



Vazquez Patricia Mabel
Trabajo Final de Graduación

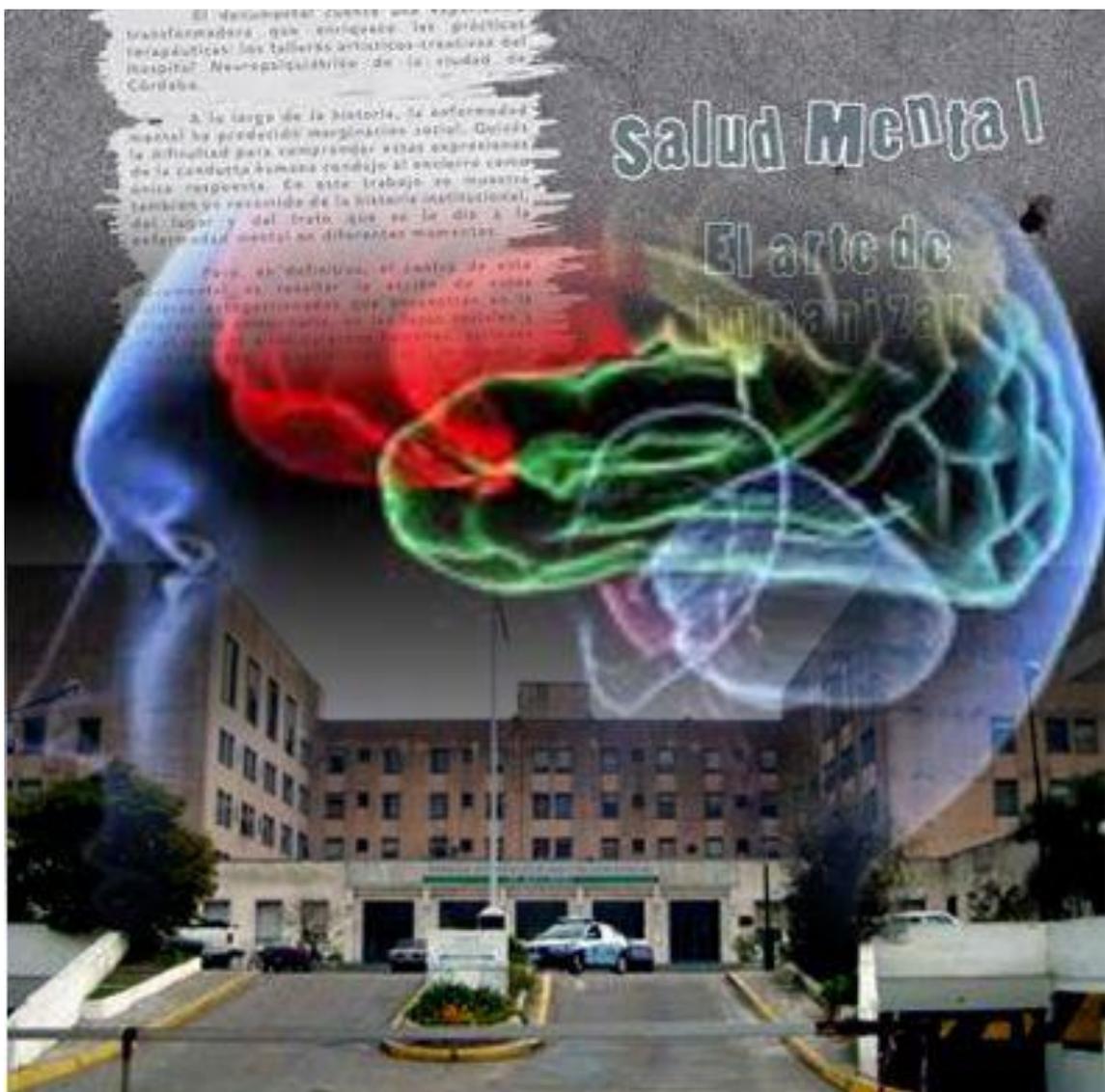


Vázquez, Patricia Mabel

Año 2014

Carrera: Abogacía

EL NUEVO PARADIGMA EN SALUD MENTAL





El nuevo Paradigma en Salud Mental

El derecho a la salud y específicamente el derecho a La Salud Mental materializado en la ley 26.657 “Derecho a la Protección de la Salud Mental” sancionada en el año 2010 reconoce los derechos de las personas con padecimientos mentales, establece los mecanismos para su vigencia y respeto, modifica significativamente el sistema de incapacidad que establecía el Código Civil y plasma en su articulado las premisas fundamentales del derecho Internacional Público. El presente trabajo tiene como objetivo analizar los lineamientos que establece esta ley de orden público comparándolos con la legislación local existente previa a su sanción. Los contenidos formulados atienden a las modalidades de abordaje de la atención en salud mental, las regulaciones de las internaciones psiquiátricas, el férreo control jurisdiccional de las mismas, la imperativa desmanicomialización que prescribe y la necesaria responsabilidad y compromiso de la sociedad en su totalidad para abordar esta problemática. Asimismo se intenta enriquecer este abordaje mediante la inclusión de distintas miradas de profesionales del derecho, de la salud, y organizaciones no gubernamentales las cuales están directa y necesariamente involucradas en virtud de las prescripciones de la nueva normativa. El propósito fundamental de esta elección radica en la convicción que un Estado de Derecho no puede carecer de una ley que proteja los derechos de aquellas personas que conforman uno de los grupos sociales mas vulnerables, y por ello la sanción de la ley 26.657 debe ser celebrada y aplicada de la manera mas expedita; eso sin dejar de observar las múltiples dificultades que aparecen y otras que lo harán posteriormente, puesto que para su efectiva aplicación no solo es necesaria una decisión política sino también los recursos concretos en orden a su puesta en funcionamiento.-

The new Paradigm in Mental Health

The right to health and specifically the right to Mental Health materialized in law 26,657 "Law for the Protection of Mental Health" enacted in 2010 recognizes the rights of people with mental illness , establishing mechanisms for its validity and respect, significantly modifies the disability system that established the Civil Code and plasma in its articles the basic tenets of public international law. This paper aims to analyze the guidelines established by this law of public order compared with the existing local legislation prior to its passage . The contents serve formulated modalities approach to mental health care , regulation of psychiatric hospitalizations , the iron judicial review thereof, the imperative desmanicomialización prescribed and necessary responsibility and commitment to the society as a whole to address this problem. It also seeks to enrich this approach by including different perspectives of legal professionals , health , and non-governmental organizations which are directly and necessarily involved under the provisions of the new regulations. The main purpose of this choice lies in the conviction that the rule of law can not be without a law to protect the rights of those who make up one of the most vulnerable social groups, and therefore the penalty of the law should be held 26,657 and applied in the most expeditious manner , that while observing the many difficulties that arise and others that they will later , as its effective implementation a political decision but also the specific resources in order to their operation is not only necessary . –

ÍNDICE

Introducción	3
Objetivo General	7
Objetivos Específicos	7
Marco Metodológico	8
a) Tipo de Investigación.....	8
b) Estrategia de Investigación	9
CAPITULO I: DERECHOS Y GARANTÍAS	10
1.- La Salud Mental en el Marco de los Derechos Humanos.....	10
2.- Intervención de los Organismos de Derechos Humanos	15
3.- Panorama Constitucional	23
CAPITULO II: LA SALUD MENTAL DESDE LA ÓPTICA DE LA LEY 26.657	28
1.- Definición de Salud Mental	28
2.- Derechos y Garantías de las Personas con Padecimiento Mental	29
3.- Ámbito de Aplicación de la Ley	35
3.1.-Obligaciones de las Obras Sociales	35
3.2.- Responsabilidad del Estado	37
3.3.- Órgano de Revisión	40
CAPITULO III: MODALIDADES DE ABORDAJE.....	44
1.- Equipo Interdisciplinario	44
1.1.- Integración	44
1.2.- Conducción y Capacitación	45
2.- Proceso de Atención	46
2.1.- Principios de la Atención Primaria de la Salud.....	47
2.2.- Promoción de los Lazos Sociales	48
CAPITULO IV: INTERNACIONES PSIQUIÁTRICAS	50
1.- Introducción	50
2.- Reglas comunes a toda Internación	53
3.- Internación Voluntaria	57
4.- Internación Involuntaria.....	60



4.1.- Procedimiento para el ingreso involuntario	60
4.2.- Revisión Judicial	63
4.3.- Control de la Internación	66
5.- Internación de Menores	67
CAPITULO V: DESMANICOMIALIZACIÓN	70
1.- De la Institucionalización a la Desinstitucionalización	70
1.1.- Antecedentes legislativos Relevantes	74
1.1.1.- La Reforma Psiquiátrica en Italia	74
1.1.2.- Regulación Antimanicomial de Ley 2.440 de la Pcia de Río Negro	76
2.- Rol de los Hospitales Generales en la Ley 26.657	78
CAPITULO VI: EL NUEVO ART. 152 TER. DEL CÓDIGO CIVIL	83
1.- Criterios recepcionados en el Código Civil Argentino.....	83
2.- Inconvenientes que plantea su interpretación	85
3.- Alcances de la Declaración Judicial de Inhabilitación o incapacidad	87
4.- Sistema de graduación de la restricción de la capacidad jurídica	89
CAPITULO VII: CONSIDERACIONES FINALES	92
BIBLIOGRAFÍA.....	94
DOCTRINA.....	94
LEGISLACIÓN	94
JURISPRUDENCIA	95
SOPORTE INFORMÁTICO	96

INTRODUCCIÓN

El complejo estilo de vida que imprimen las sociedades modernas incide en sus habitantes afectando su salud mental; la pobreza, el conflicto y la violencia, el estrés laboral, el desempleo, el aislamiento y la discriminación, actúan como poderosos determinantes de los trastornos mentales que afectan a gran parte de la población. El estrés, los ataques de pánico, la depresión, las adicciones, sumado al aumento de la expectativa de vida de las personas (frecuentemente acompañada de una disminución de las aptitudes físicas y psíquicas), provoca la necesidad de requerir una protección médica jurídica que va mas allá de la tradicional dicotomía del concepto de capacidad – incapacidad y exige del Derecho una respuesta adecuada a esta realidad.-

Los trastornos mentales están indisolublemente unidos al tema de los derechos humanos, y en función de ello, la promoción y protección de los mismos respecto de las personas con padecimientos mentales, ha sido y es una cuestión primordial de la Organización Mundial de la Salud, la que como autoridad directiva y coordinadora de la acción sanitaria en el Sistema de las Naciones Unidas, suministra información y evidencia a los Estados Miembros a los fines de guiarlos en la implementación de políticas y programas adecuados para el mejoramiento de la salud mental. En el presente trabajo de investigación se abordará el tratamiento de la salud mental en nuestro sistema normativo y las modificaciones que sufrió el Derecho a la Salud a la luz de la incidencia del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con la finalidad de evidenciar los aspectos mas relevantes y significativos de la Ley Nacional 26.657 del “Derecho a la Protección de la Salud Mental” sancionada el 3 de diciembre del 2.010. El mismo comprenderá cuatro partes fundamentales.

- La primera de ellas abarca los capítulos 1 y 2 donde se abordará la problemática salud – enfermedad mental en forma integral como parte indisoluble del Derecho a la Salud y de los Derechos Humanos de todas las personas reconocidos en importantes Instrumentos Internacionales ratificados por la República Argentina e incorporados a nuestra Carta

Magna a partir de la Reforma Constitucional de 1994. Posteriormente se hará una revisión de la legislación Infraconstitucional previa a la sanción de la Ley 26.657, para finalizar en el análisis de algunos de los contenidos esenciales de la nueva norma, tales como: la conceptualización de la Salud Mental, Derechos y Garantías de las personas con padecimiento mental, el ámbito de aplicación de la ley, el rol de las obras sociales en la cobertura en salud mental y su adecuación a los principios establecidos por la normativa vigente y los mecanismos específicos de contralor por parte del Estado a través del Órgano de Revisión, creado para proteger los derechos humanos de los usuarios de los servicios de salud mental.

- La segunda parte analiza las Modalidades de Abordaje, delineándose la forma en que se debe llevar a cabo la atención en salud mental: *Interdisciplinariedad* y *promoción de los lazos sociales*; conceptos que implican el abandono del enfoque aislado de individuo centrado en su patología psiquiátrica trasladando el foco de interés a la realidad del paciente, sus particularidades y su dinámica familiar y social actual.
- En la tercera parte, en el capítulo 4 se desarrollarán las prescripciones contenidas en la ley 26.657 de Salud Mental respecto de las Internaciones Psiquiátricas voluntarias e involuntarias y las diferencias que se plantean respecto de la normativa derogada; y en el capítulo 5 se procederá al análisis de un tema nuclear en la instalación del nuevo paradigma: la *desmanicomialización*, concepto que se incorpora a través de la prohibición absoluta de la creación de neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes privadas o públicas. Se analizará el rol de los hospitales generales a la luz de los nuevos preceptos y los distintos antecedentes legislativos nacionales e internacionales en este sentido.
- La cuarta y última parte estará dedicada a la revisión de los distintos criterios establecidos en el Código Civil respecto del régimen de incapacidad por demencia para llegar finalmente al análisis del nuevo artículo 152 ter que lo sustituye por un nuevo sistema de protección basado en el principio de capacidad; asimismo se analizará el sistema de apoyos y



salvaguardias en conformidad con lo dispuesto por la CDPD que establece la nueva normativa y la jurisprudencia actual en el mismo sentido.

Finalmente y para culminar, se elaborará una conclusión final del trabajo de investigación que, atendiendo a la novedad de la ley 26.657, dejará las puertas abiertas para un mayor análisis posterior a realizarse cuando se produzca la reforma integral del sistema de capacidad regulado en el Código Civil y se subsanen las deficiencias instrumentales y materiales que existen en la actualidad.-

OBJETIVO GENERAL:

Analizar los cambios que introduce la Ley Nacional de Salud Mental 26.657 en el régimen civil (o de incapacidad) de las personas con padecimiento mental.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Individualizar las modificaciones que establece la Ley de Salud Mental en orden a la protección del Derecho a la Salud.
- Identificar los derechos y garantías que reconoce la nueva Ley de Salud Mental.
- Comparar el concepto de Salud Mental contenido en el marco normativo derogado con el prescrito en la nueva ley, estableciendo los significados y alcances que la misma le atribuye.
- Analizar el instituto de la Internación Voluntaria y la conveniencia o no de decidir la persona por sí misma el abandono de la misma.
- Describir la modalidad de Internación que la normativa plantea y compararla con la que deroga.
- Describir las dificultades emergentes del nuevo régimen de internaciones implementadas por la Ley 26.657.
- Reseñar los distintos criterios asumidos por el Código Civil respecto del régimen de incapacidad por demencia.
- Explicar el nuevo artículo 152 Ter del Código Civil, estableciendo su alcance y modalidades a la luz de las distintas opiniones doctrinarias.
- Destacar las directivas que la ley plantea respecto a la actuación de los Equipos Interdisciplinarios durante el tratamiento y durante la tramitación del procedimiento judicial.
- Identificar el rol de los Hospitales Generales en la ley 26.657.
- Analizar los pronunciamientos jurisdiccionales más relevantes antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 26.657.

MARCO METODOLÓGICO:

El objetivo de este trabajo es seleccionar la metodología científica apropiada para el abordaje del problema de investigación, lo cual incluye elegir el tipo de estudio, la estrategia metodológica y las fuentes disponibles. La cuestión clave remite a las investigaciones metodológicas mediante las cuales el investigador diseña una estrategia que le permita el conocimiento empírico de su objeto de estudio. Se denomina estratégica a esta dimensión porque las opciones metodológicas son variadas y, por lo tanto, el investigador tiene que seleccionar, elegir y ponderar cada una de ellas, para adoptar aquellas que sean convenientes para la resolución de sus interrogantes. (Yuni y Urbano, 2006 Pág. 8).

Tipo de Investigación:

En el presente trabajo de graduación se utilizará el tipo de investigación **Exploratorio** que se utiliza cuando “existen escasos conocimientos sobre el tema; y se quieren determinar las propiedades o características de un fenómeno” (Yuni y Urbano, 2006, Pág. 15). La elección del mismo se asienta en el hecho que la nueva ley de Salud Mental, ley 26.657 sancionada el 25/11/2010, otorga un nuevo enfoque al régimen de incapacidad vinculado a salud mental y por ende existen pocos trabajos de investigación al respecto, como también son limitados los pronunciamientos jurisdiccionales.

Se tratará de ponderar la incidencia de los preceptos internacionales rectores en esta nueva herramienta jurídica, los alcances del enfoque interdisciplinario que plantea, y cuáles son los fundamentos teóricos materializados en la ley por los cuales se afirma que la persona con padecimientos mentales deja de ser objeto de derecho para pasar a ser sujeto y protagonista con plena intervención en todo el proceso judicial y de salud que se implemente respecto a su persona.

La recolección de esta información, a través de la utilización de recursos disponibles, es fundamental a los efectos de poder precisar los alcances de la ley, para responder así a la pregunta de investigación.

Estrategias de Investigación:

El método que se utilizará en este trabajo será el **método cualitativo**, el cual como lo establece su nombre, tiene como objeto la descripción de las cualidades de un fenómeno.

La investigación cualitativa es una actividad que localiza al observador en el mundo. Consiste en un conjunto de prácticas interpretativas que hacen al mundo visible. Esto significa que los investigadores cualitativos estudian las cosas en su contexto natural, intentando dar sentido o interpretar los fenómenos en función de los significados que las personas le dan (Denzin y Lincoln, 2005, Pág. 3). Además, en las fases del conocimiento iniciales de un área de la realidad, predomina la inducción porque se trata de elaborar clasificaciones y taxonomías a partir de la observación de los fenómenos. Cuando existen conocimientos válidos y aceptados como universales, suele adoptarse la lógica deductiva, que en su intento de verificar si la realidad coincide con sus enunciados teóricos, va descubriendo particularidades y casos excepcionales que permiten ampliar los conocimientos y mejorar la capacidad descriptiva de las teorías (Yuni y Urbano, 2006, pág. 12).

La selección de este método se fundamenta en el novedoso planteo que hace la ley 26.657 siendo necesario analizar las fuentes de información para ir construyendo un nuevo conocimiento más certero y fiel, de manera progresiva, reflexionando sobre los aspectos esenciales que caracterizan el fenómeno.

CAPITULO I

DERECHOS Y GARANTÍAS

1.- La Salud Mental en el Marco de los Derechos Humanos

Las exigencias sociales, culturales, económicas, intelectuales, etc. que surgen del vivir en las sociedades actuales, frecuentemente afecta la salud mental de sus habitantes provocando una inmensa carga personal, social y económica a las comunidades. La Organización Mundial de la Salud, en un informe del año 2001 dio a conocer las siguientes estimaciones:

- 450 millones de personas padecen trastornos mentales o neurológicos, o tienen problemas psicosociales, como los relacionados con el alcohol y el uso indebido de drogas.
- Cada año, un millón de personas se suicidan y entre 10 y 20 millones intentan hacerlo.
- Entre las 10 primeras causas de discapacidad en el mundo, cuatro corresponden a trastornos mentales tales como la depresión, trastornos generados por el uso de sustancias, la esquizofrenia y el trastorno bipolar; a los que actualmente se han sumado la epilepsia, la enfermedad de Alzheimer, el retraso mental y trastornos de la infancia y adolescencia.
- Los trastornos mentales aumentan el riesgo de las enfermedades físicas.
- Además de los costos de salud y los costos sociales, las personas afectadas por trastornos mentales son víctimas de violaciones de los derechos humanos, estigma y discriminación dentro y fuera de las instituciones psiquiátricas.

“La repercusión de estos trastornos en el plano económico es inmensa y produce costos que se proyectan en el tiempo, recayendo sobre los individuos, sus familias y la comunidad en general, siendo factibles de mensurar dentro de ellos: la necesidad de servicios de asistencia sanitaria y social, dificultad de acceso al mercado laboral y

permanencia en el mismo, descenso de la productividad, aumento de niveles de delincuencia e inseguridad pública, mortalidad prematura, etc.”¹.

El Atlas de la Salud Mental de la OMS del 2011 -que contiene la información actualizada más completa sobre los recursos y la inversión en atención a salud mental en el mundo- examina la situación actual de los sistemas de salud mental en los países poniendo en conocimiento de la comunidad internacional que respecto a los recursos de salud mental no se observan cambios significativos en relación a los recopilados en el año 2001. Los destinados a las personas que sufren trastornos mentales y neurológicos siguen siendo insuficientes para hacer frente a la creciente demanda y están distribuidos de manera desigual. Expresa además, que si bien una de cada 4 personas necesitará ser atendida por problemas de salud mental en algún momento de su vida, la mayor parte de los países, particularmente los de bajos y medios ingresos, apenas destinan el 2% de su presupuesto a la atención de la misma, siendo el gasto promedio en salud mental inferior a los 3 dólares por habitante. Asimismo denuncia que en estos países más de las tres cuartas partes de las personas que requieren atención de salud mental carecen por completo de acceso a los servicios más básicos.-

En base a estas investigaciones, la OMS afirma que el único método sostenible para disminuir la carga que provocan los trastornos mentales es la prevención e insta a los países a que adecuen sus legislaciones a los fines de implementar políticas que comulguen con los objetivos de la carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y de los acuerdos internacionales, los cuales deben respetar como basamento ineludible los derechos humanos. El derecho a la salud es un derecho humano, forma parte de los derechos económicos, sociales y culturales, y está íntimamente relacionado al ejercicio del derecho a la vida, derecho a la alimentación, a una vivienda digna, derecho a trabajar, derecho a la igualdad, derecho a la no discriminación, a la prohibición de un trato inhumano o degradante, derecho a la educación, derecho al desarrollo, derecho a un medio ambiente sano, etc. Es un concepto que excede la noción de ausencia de enfermedad, es un derecho prestacional que exige acciones por parte del Estado y le impone deberes

¹ Organización Mundial de la Salud (2001) *Informe sobre la Salud en el Mundo*. Recuperado de <http://www.who.int/whr/2001/es/>

positivos no sólo en la asistencia en la enfermedad sino también en la adopción de medidas y políticas activas para favorecer el bienestar y calidad de vida de sus ciudadanos.

Los derechos humanos están inseparablemente vinculados al tema de los trastornos mentales, no solo porque las personas y familias afectadas por ellos sufren estigma y discriminación, sino porque las limitaciones en los derechos humanos básicos suelen actuar como factores determinantes de la enfermedad, de allí que la gran parte de las medidas de prevención efectivas están en armonía con los principios de igualdad social, igualdad de oportunidades e igualdad de atención de los grupos más vulnerables de la sociedad.-

La proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 puso en vigencia un derecho internacional de los derechos humanos y a partir de allí la comunidad internacional ha progresado incansablemente en el reconocimiento de su importancia. Tanto la ONU como los sistemas regionales Europeo e Interamericano elaboraron importantes instrumentos jurídicos ampliamente ratificados por países de todo el mundo, que al proteger a todas las personas de raza, color, sexo, ideología o nacionalidad, también protegen los derechos y libertades de las personas con discapacidad mental.- Algunos de estos instrumentos – convenciones o tratados- contienen normas imperativas vinculantes y de cumplimiento obligatorio para los Estados que los ratificaron y otros constituyen declaraciones o estándares internacionales emitidos por la ONU y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que si bien no son vinculantes, pueden ser utilizados como guías para la formulación de políticas o programas para la reestructuración de los servicios de salud mental y para la promulgación de legislación específica en el mismo sentido.² [Versión electrónica]

Dentro del Sistema de las Naciones Unidas encontramos:

- 1) Instrumentos jurídicos vinculantes

² Javier Vásquez, (2008) Organización Panamericana de la Salud. *Derechos Humanos y Salud. Personas con Discapacidad Mental.* Recuperado de http://www.paho.org/spanish/dd/pub/10069_Discap_mental.pdf

- ◆ La Carta Internacional de Derechos Humanos (establece estándares genéricos internacionales para promover el respeto y la vigilancia de su cumplimiento).
Contiene los siguientes instrumentos:
 - Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).
 - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
 - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)
- ◆ Instrumentos especializados con disposiciones específicas para proteger los derechos de personas particularmente vulnerables al abuso y discriminación:
 - Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979).
 - Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984).
 - Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989).
 - Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006). Este es el primer documento de carácter vinculante que abarca de modo integral la protección de las personas con padecimientos físicos o mentales (Famá, Herrero y Pagano, 2008).

2) Declaraciones o estándares internacionales:

- Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (1991) llamados “Principios de la Salud Mental”.
- Normas Uniformes sobre la igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad (1993).

- Guías de la OMS para la Promoción de los Derechos Humanos de las Personas con Trastornos Mentales (1996).
- Manual de la OMS sobre Salud Mental, Derechos Humanos y legislación (2005).

Dentro del Sistema Interamericano encontramos:

1) Instrumentos jurídicos vinculantes:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos también llamada Pacto de San José de Costa Rica (entró en vigencia en 1978).
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Protocolo de San Salvador (1988).
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999).

2) Declaraciones, estándares y lineamientos técnicos:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).
- Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud (1990).
- Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Promoción y protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental (2001).
- Principios de Brasilia. Principios Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas (2005).

2.- Intervención de los Organismos de Derechos Humanos:

El surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se da a partir de la segunda mitad del Siglo XX, con posterioridad a las dos guerras mundiales, insta un nuevo paradigma legal que repercute en los ordenamientos jurídicos nacionales instalándose progresivamente en ellos. El punto de partida fue la Declaración Universal de Derechos Humanos, documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, mediante el cual los Países Miembros se comprometían a adoptar como fundamento de la convivencia universal el principio de la dignidad humana y el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Teniendo en cuenta esta fundamental directriz, posteriormente se firmaron otras Convenciones y Tratados que dieron forma a un nuevo Orden Público Internacional que paulatinamente fue transformando el derecho constitucional e interno de los estados y que considera a la persona humana como sujeto de derecho internacional, con capacidad jurídica para exigir el cumplimiento de las obligaciones que su estado u otro estado extranjero han asumido en materia de derechos humanos, pudiéndolo hacer tanto en sede nacional como internacional. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que *“los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”*³.

Los sistemas regionales de derechos humanos poseen mecanismos propios para hacer cumplir estos instrumentos: comités, comisiones o tribunales donde se pueden

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (1982). *Opinión Consultiva OC-2/82*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf

presentar demandas contra los gobiernos; existiendo además organizaciones no gubernamentales (ONG) que actúan como mecanismos informales de defensa y promoción de los mismos, entre ellos figuran La Cruz Roja, Amnistía Internacional y la Media Luna Roja. La creación de Tribunales Internacionales tales como la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue fundamental para la efectiva garantía de vigencia del respeto por los Derechos Humanos. En principio intervinieron en las violaciones o atentados mas graves a la vida y la libertad de las personas y gradualmente fueron aplicando estas normas de Derecho Internacional a cuestiones anteriormente sujetas a normas y jueces nacionales.

En América, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha expedido en recientes causas traídas a su conocimiento (caso “Congo”, caso “Lopes”) respecto de graves violaciones de los derechos de las personas con enfermedades mentales, poniendo en el centro del debate una situación que había permanecida oculta durante largo tiempo.

CASO “CONGO Vs. ECUADOR”:

Denuncia evacuada en 1994 contra el Ecuador por violación del derecho a la vida, a la integridad personal y a la protección judicial.

En 1990 Víctor Rosario Congo, quien padecía una enfermedad mental, fue acusado del delito de robo y llevado a un centro de detención del Ecuador para presos comunes sin recibir tratamiento psiquiátrico. En esas condiciones permaneció aislado por más de 40 días mostrando signos de demencia y exaltación que fueron aumentando con el correr del tiempo, razón por la cual terminó siendo agredido por un guardia de la institución quien lo golpeó repetidas veces en la cabeza con un garrote. Su representante solicitó al juez de la causa la evaluación psiquiátrica del Sr. Congo y su traslado a un centro de salud y ante la inacción de este magistrado efectuó la pertinente denuncia ante el Ministerio Público Fiscal. Cuando finalmente el fiscal ordenó el reconocimiento médico del causante se determinó que sufría “psicosis carcelaria” sugiriéndose su traslado a un centro especializado en psiquiatría. Ante esta sugerencia, el juez finalmente autorizó el traslado del detenido a un centro asistencial, el cual falleció a las pocas horas de su internación hospitalaria debido a que la desnutrición y deshidratación de tercer grado que presentaba le desencadenaron una insuficiencia cardio-respiratoria.

El presente caso fue presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sin hacer alusión directa a las disposiciones de la Convención Americana violadas, correspondiéndole a la misma, conforme el principio *juria novit curia*, determinar cuáles fueron las normas vulneradas a la luz de los hechos. Sus conclusiones fueron las siguientes:

- ◆ Congo padecía una enfermedad mental y por ello las garantías establecidas en el artículo 5 de la Convención Americana debían interpretarse a la luz de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, adoptados por la Asamblea General de la ONU como guía interpretativa en lo que se refiere a la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad mental, consideradas por este órgano como un grupo especialmente vulnerable.
- ◆ El Estado de Ecuador violó el derecho de Víctor Rosario Congo a ser tratado “con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” por cuanto el aislamiento celular al cual se lo sometió constituye un tratamiento inhumano y degradante, enmarcado en los parámetros del artículo 5 (2) de la Convención Americana, violación agravada por las condiciones de abandono en las cuales permaneció aislado y sin poder satisfacer sus necesidades básicas.
- ◆ El Ecuador ha violado el derecho a la vida del Sr. Congo, consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana y ha incurrido en la omisión de incumplir con sus obligaciones en virtud del artículo 1 (1) de la misma, y ello por cuanto omitió tomar las medidas a su alcance para asegurar el derecho a la vida de una persona que, debido a su salud, y también a las lesiones que le ocasionara un agente del mismo Estado, se encontraba en estado de indefensión, aislado y bajo su custodia.
- ◆ Asimismo la Comisión concluyó que el Estado ha violado el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 (1), en concordancia con el artículo 1 de la Convención, ya que no emprendió proceso judicial alguno para investigar y establecer responsabilidades por las lesiones y la muerte de Víctor Rosario Congo.-

Finalmente, el 29 de septiembre de 1998, la Comisión aprobó el Informe 51/98 conforme al artículo 50 de la Convención Americana concluyendo en el mismo que el Estado Ecuatoriano era responsable por la violación de los derechos del Sr. Congo y le recomendó al mismo que procediera a: 1) llevar a cabo una investigación judicial seria, imparcial y pronta a los fines de identificar, juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones; 2) Adoptar las medidas pertinentes para reparar a los causahabientes de la víctima; 3) Brindar atención médica psiquiátrica a las personas que padecen enfermedades mentales que se encuentran detenidas en centros penitenciarios; 4) Dotar al servicio de salud de su sistema penitenciario de especialistas en condiciones de identificar trastornos psiquiátricos capaces de afectar la vida y la integridad física, psíquica y moral de los detenidos. Estableciéndose en dicho informe un plazo de tres meses para presentar información respecto al cumplimiento de estas recomendaciones.⁴

CASO “XIMENEZ LOPES vs. BRASIL”

El 22 de noviembre de 1999 la señora Irene Ximenes Lopes Miranda presentó una petición ante la Comisión Interamericana contra el Brasil, en la cual denunció los hechos ocurridos en perjuicio de su hermano, el señor Damião Ximenes Lopes, quien el 1 de octubre del mismo año, había sido internado en la Casa de Reposo Guararapes (centro de atención psiquiátrica privado) para recibir tratamiento psiquiátrico. Los hechos fueron los siguientes: dos días después de la internación, su madre concurrió al establecimiento para visitar a su hijo hallándolo sangrando, con hematomas, con la ropa rota, sucio y oliendo a excremento, con las manos amarradas hacia atrás, con dificultad para respirar, agonizante, gritando y pidiendo auxilio a la policía. Ante este panorama, la Sra. Albertina Ximenes Lopes solicitó a los funcionarios de la institución que lo bañaran y recibiera atención médica. El Dr. Francisco Ivo de Vasconcelos, director clínico y médico de la Casa de Reposo Guararapes, le prescribió algunas medicinas sin practicarle exámenes físicos, y enseguida se retiró del hospital no quedando a cargo de la institución ningún médico. Dos horas después de haber sido medicado, el paciente falleció sin ser asistido por profesional

⁴ “Víctor Rosario Congo v. Ecuador”. caso 11.427. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 1994.

alguno en el momento de su muerte. Posteriormente al deceso, el director clínico examinó el cuerpo de la presunta víctima, declaró su muerte e hizo constar que el cadáver no presentaba lesiones externas y que la causa de la muerte había sido un “paro cardiorrespiratorio” no ordenando la realización de una autopsia.

El 8 de octubre de 2003, durante su 118º Período Ordinario de Sesiones, la Comisión aprobó el Informe de Fondo No. 43/03, mediante el cual concluyó, *inter alia*, que el Estado de Brasil es responsable de la violación de los derechos consagrados en los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal), 4 (Derecho a la Vida), 25 (Protección Judicial) y 8 (Garantías Judiciales) de la Convención Americana, en conexión con el artículo 1.1 de dicho tratado, debido a la hospitalización del señor Damião Ximenes Lopes en condiciones inhumanas y degradantes, a las violaciones a su integridad personal, y a su asesinato; por las violaciones a la obligación de investigar, al derecho a un recurso efectivo y a las garantías judiciales relacionadas con la investigación de los hechos. Además, la Comisión recomendó al Estado la adopción de una serie de medidas para subsanar las mencionadas violaciones fijando un plazo de dos meses para que informara sobre el cumplimiento de las mismas.

El Estado de Brasil reconoció parcialmente su responsabilidad, aceptándola respecto de la vulneración del derecho a la vida y a la integridad en los hechos relacionados con la muerte del Sr. Ximenes Lopes, también asintió la falta de prevención para evitar que ocurriera tal incidente -advirtiendo que en aquel momento el sistema de atención mental era precario-, pero no reconoció la solicitud de reparaciones derivadas de estas violaciones.-

Ante esta situación, la Comisión presentó demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos solicitando que se ordenara al Estado de Brasil la adopción de determinadas medidas de reparación.

En respuesta a esta solicitud, la Corte Interamericana el 4 de julio de 2006 declaró la responsabilidad del Estado brasilero por la violación, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes, de los derechos consagrados en la Convención Americana en los arts. 4º (derecho a la vida), 5º (derecho y a la integridad personal) y en perjuicio de sus familiares los arts. 8º (derecho a las garantías judiciales) y 25º (derecho a la protección judicial), disponiendo por unanimidad la obligación estatal de:

- Garantizar, en un plazo razonable, que el proceso interno tendiente a investigar y sancionar a los responsables de los hechos de este caso surta sus debidos efectos-
- Publicar, en el plazo de seis meses, en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, el Capítulo VII relativo a los Hechos Probados de esta Sentencia y la parte resolutive de la misma.
- Continuar desarrollando un programa de formación y capacitación para el personal médico, psiquiátrico, psicológico, de enfermería, auxiliares de enfermería y para todas aquellas personas vinculadas con la atención de salud mental, en particular, sobre los principios que deben regir el trato de las personas que padecen discapacidades mentales, conforme a los estándares internacionales en la materia y aquellos establecidos en la presente Sentencia.
- Pagar en efectivo a los familiares de la víctima una indemnización en concepto de daño material, y otra en concepto de daño inmaterial.
- Fijar el plazo de un año, contado a partir de la notificación de la Sentencia, la obligación para que el Estado rinda a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas a fin de darles cumplimiento.

Para fundamentar la responsabilidad estatal en el caso, la Corte expresó que *“los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado. Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos....no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad”*⁵.

⁵ Caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006. (Petición 12.237, Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

Al analizar las violaciones a la vida y a la integridad personal en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes, la Corte se remitió a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, como instrumento que forma parte del marco normativo de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano ratificado por el Estado el 15 agosto de 2001, como fuente de interpretación para determinar las obligaciones del Estado en relación con la Convención Americana en el presente caso.

Asimismo, el Tribunal afirmó que en el ámbito de la Organización Mundial de la Salud y en el de la Organización Panamericana de la Salud, se han establecido los principales estándares internacionales aplicables al tratamiento de salud mental, considerando que *“instrumentos tales como los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de las Naciones Unidas, y Normas Uniformes a la Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad, así como los estándares técnicos dispuestos en la Declaración de Caracas y la Declaración de Madrid, son particularmente importantes para el análisis y el escrutinio de la conformidad del tratamiento prestado al señor Damião Ximenes Lopes”*⁶

En América Latina, situaciones como las denunciadas ut supra ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no son hechos aislados, al respecto, Javier Vásquez, abogado dedicado a los derechos humanos que trabaja con la Organización Panamericana de la Salud (OPS), ha observado abusos similares en muchos países de América Latina y el Caribe y expresa que *“las violaciones son flagrantes y sistemáticas”*. Vásquez atribuye muchas de estas violaciones a la falta de información, ya sea por una falta de comprensión generalizada sobre lo que es una “violación”, o porque algunos ven a los enfermos mentales como un grupo extraño y no logran darse cuenta de que tienen los mismos derechos que las personas que no padecen enfermedades mentales o porque cuando se identifica una violación, muchas personas no saben cuáles son los recursos legales para proteger a los pacientes ni dónde acudir por ayuda. A menudo, la intervención legal se hace después de la muerte del paciente. Y en este punto, el enfoque de una investigación ya

⁶ Caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006. (Petición 12.237, Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

no estará dirigido a la víctima inmediata sino a la indemnización de la familia y a la reforma del sistema.⁷

Las realidades económicas, estructurales, sociales y culturales por un lado incrementan el riesgo de padecer enfermedades mentales y por otro dificultan la implementación de una política de Salud basada en la prevención, sin embargo, no podemos dejar de valorar el fundamental aporte que el Sistema interamericano introduce a través de sus órganos, los cuales mediante sus dictámenes y sentencias sancionan conductas, promueven la defensa de los derechos humanos y conminan a los países que suscribieron los Tratados, Convenios y Convenciones a adecuar su legislación interna y a respetar y hacer cumplir las resoluciones de estas entidades supranacionales.

Así por ejemplo, en Brasil, la influencia del caso Ximenes Lopes se materializó en la aprobación de la Ley No. 10.216, de 2001, la cual permitió la reorganización de la atención a la salud mental de la siguiente forma:

- ◆ La Casa de Reposo Guararapes fue cerrada en julio de 2001, marcando dicha fecha el proceso de transición de un modelo de asistencia enfocado en la atención médico-hospitalaria y de manicomios, hacia un modelo de abordaje descentralizado, regionalizado, con nuevos equipos y proponiendo la rehabilitación y reinserción social de las personas con enfermedades mentales.
- ◆ Se creó la Red de Atención Integral a la Salud Mental de Sobral (RAISM) compuesta por un Centro de Atención Psicosocial General, una residencia terapéutica, una unidad de internación psiquiátrica en un hospital general y por acciones de monitoreo y enseñanza sobre el programa de salud familiar.
- ◆ También se crearon una unidad ambulatoria macro-regional de psiquiatría para dar atención ambulatoria a personas que viven en otros municipios y evitar su internación, y el primer servicio público residencial terapéutico en el noreste del Brasil llamado “Residencia Terapéutica Lar Renacer”.

⁷ HENLEY, Cristina. (2004). *Una cuestión de derechos humanos*, Perspectivas de la Salud- La revista de la OPS- Volumen 9, Nro.1. Recuperado de <http://www.paho.org/spanish/dd/pin/Numero19 indice.htm>

- ◆ En el año 1992 se creó un proyecto innovador llamado “SOS Derechos del Paciente Psiquiátrico”, que recibe denuncias de usuarios del sistema de salud mental. Al inicio del proyecto eran más frecuentes las denuncias sobre malos tratos y tratamientos abusivos, pero actualmente las denuncias han cambiado refiriéndose al ejercicio de ciudadanía y a las dificultades de acceso a la justicia de las personas con enfermedad mental.

3.- Panorama Constitucional:

El nuevo orden público internacional integrado por Tratados Internacionales sobre derechos humanos que enumeran garantías individuales y libertades sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, nacionalidad, idioma o religión fue gradualmente incorporado en el derecho interno de los Estados.

En nuestro país, la articulación nacional con la internacional tuvo su impulso fundamental a partir de la reforma constitucional de 1994, que introdujo el nuevo paradigma garantista mediante la modificación del artículo 75 inciso 22, el cual en forma expresa incorpora el derecho internacional de derechos humanos a nuestro derecho constitucional y por ende a todo nuestro derecho interno. Su nueva redacción establece que *“La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”*..

En virtud de esta disposición, el derecho a la salud, al haber sido reconocido expresamente en estos pactos y convenciones que gozan de jerarquía constitucional, ha

pasado a integrar la nómina de derechos humanos que se han vuelto explícitos, y al igual que los restantes derechos sociales, genera obligaciones positivas a cargo del Estado que no se agotan en su simple reconocimiento sino que además debe preservarla con acciones, haciendo lo necesario para protegerla y promoverla mediante prestaciones y medidas de acción positivas. *“No es un derecho “de” sino un derecho “a”, es decir un derecho prestacional, que, da lugar a una prestación exigible al Estado”*⁸.

Respecto a la Salud Mental, el art. 75 Inc. 23 reivindica los derechos de las personas con padecimientos mentales al establecer la obligación del estado de *“legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”*.

*“Los objetivos del constituyente se encaminaron a promover el bienestar psicofísico de los habitantes, prolongar la vida y mejorar su calidad en todos los sectores sociales -con especial atención a los grupos más débiles-, y fomentar la solidaridad y la responsabilidad entre la población para la preservación de la salud”*⁹.

No obstante los lineamientos constitucionales, en nuestro país hasta la sanción de la Ley Nacional 26.657 del 3 de diciembre del 2010 no existía una ley marco de Salud Mental, pero dicha directiva fue recepcionada por las provincias de Río Negro, Santa Fe, Entre Ríos, Córdoba, San Juan y la ciudad de Buenos Aires, quienes habían sancionado las propias con aplicación dentro de su territorio. A nivel nacional, el marco regulatorio básico de la discapacidad estaba conformado por:

- La Ley 22.431 (de 1.981) y la Ley 24.901 (de 1.997) que la complementa y modifica, que establecían el Sistema de Protección Integral de los Discapacitados. Estas leyes -no obstante el haber asignado deberes a los órganos del Estado respecto a la salud, trabajo, educación, seguridad social y asistencia social-, adolecieron de falencias importantes debido principalmente a la carencia de conceptos específicos respecto a la salud mental, y

⁸ Kraut, A.J. (1997). *Los derechos de los pacientes*. Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot. Pág.195

⁹ Galende E. y Kraut A.J. (2006). *El sufrimiento mental. El poder, la ley y los derechos*. Buenos Aires. Lugar Editorial.

a la ausencia de órganos de control que establecieran sanciones frente al incumplimiento de sus prescripciones;

- La ley 23.592 o Ley Antidiscriminatoria que permite a las víctimas de tratos discriminatorios por motivos de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo o caracteres físicas demandar judicialmente para que se ordene dejar sin efecto el acto discriminatorio o se ordene el cese de los mismos, pudiendo solicitar la reparación de año moral y material ocasionado;

- La Ley 25.280 aprueba la Convención Interamericana para la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscripta en Guatemala el 6 de julio de 2000;

-La Ley 23.660 que regula las Obras Sociales estableciendo un sistema de cobertura obligatorio de las prestaciones básicas enunciadas en la ley que fueran requeridas por las personas con discapacidad afiliadas al sistema.-

- Este esquema normativo se completaba con las prescripciones del Código Civil respecto de las declaraciones de insania e inhabilitación (Arts. 140 y concordantes), que importaban una restricción absoluta a la capacidad para todos los actos de la vida civil; con el Art. 482 que regulaba la internación forzosa habilitando a las autoridades policiales y a las personas enumeradas en el Art. 144 del mismo cuerpo normativo, a solicitarla al juez en supuestos de peligrosidad, respecto tanto de personas declaradas insanas como de aquellas que no habían sido interdictas y con la ley 22.914 “Ley de Internación Psiquiátrica” que reglamentaba el artículo 482 del Código Civil.-

A partir de la sanción de la ley 26.657 “Derecho a la Protección de la Salud Mental”, la fuerza expansiva de los Derechos Humanos se proyecta en el derecho privado construyéndose un nuevo paradigma que repercute en el derecho a la Salud como género y en el derecho a la Salud Mental como especie. La misma, en su primer artículo, coloca al cuidado de la Salud Mental como un derecho humano fundamental asegurando el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas y el pleno goce de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional para aquellas personas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional.- No solo les reconoce todos los derechos individuales sino que además pone a su disposición las máximas garantías para el respeto a los mismos en miras

de la protección de su dignidad y autonomía, obligándose a asumir un rol activo mediante medidas de acción positivas para su efectivo goce.-

Es una ley de orden público y su protección incluye, por un lado a quienes tienen un padecimiento mental en orden a garantizarles el pleno goce de los derechos humanos, y por el otro a aquellos que gozan de salud mental a los fines de asegurarles su protección desde una perspectiva preventiva. En su art. 2° dispone que *los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental (en adelante, principios de Salud Mental) son parte integrante de la ley*, en consecuencia, y tal como lo apuntan las Dra. Famá, Herrera y Pagano, estos principios han dejado de conformar el “derecho blando” o soft law, y a los fines de una correcta aplicación de la Ley de Salud Mental, deberán ineludiblemente conjugarse con los preceptos y principios en forma conjunta, pues unos complementan a los otros¹⁰.

Asimismo establece que deberán considerarse como instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas a los siguientes documentos internacionales:

- Declaración de Caracas de la OPS y de la OMS para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud.
- Los Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas.

Cabe agregar que no obstante la referencia expresa de estos instrumentos, también son de aplicación en esta materia el resto de los instrumentos con jerarquía constitucional. Asimismo modifica significativamente el sistema de incapacidad que establecía el Código Civil, partiendo desde un régimen de incapacidad absoluta hacia un sistema gradual de capacidades, donde las declaraciones de insania no tienen ya como un fin el cercenar los derechos del interdicto, sino de proteger al mismo de las posibles consecuencias perjudiciales para sí de su accionar. El punto de partida de la concepción jurídica que impone es “*la presunción de capacidad de todas las personas*” debiéndose tener presente

¹⁰ Famá M.V., Herrera M. y Pagano L.M. (2011) *Salud Mental en el derecho de familia. Addenda de actualización*. Buenos Aires. Editorial Hammurabi.

que no toda persona con discapacidad es un enfermo mental, y no todas las personas con enfermedades mentales son, en sentido estricto, personas con discapacidad. En su articulado se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona, y en función de esta concepción incluye el tratamiento de las adicciones como parte de las políticas de salud mental. Le otorga al régimen de incapacidad vinculado a salud mental un nuevo enfoque, absolutamente interdisciplinario, y donde la persona con padecimientos mentales deja de ser objeto de derecho para pasar a ser sujeto, con plena intervención en todo el proceso judicial que lo tiene como protagonista, y donde las limitaciones que a su capacidad se dicten revisten carácter de provisorias.

En síntesis, la ley 26.657 reconoce los derechos de las personas con padecimientos mentales, establece los mecanismos para su vigencia y respeto, y plasma en su articulado las premisas fundamentales del derecho internacional público.-

CAPITULO II

LA SALUD MENTAL DESDE LA OPTICA DE LA LEY 26.657

1.- Definición de Salud Mental

La dimensión positiva de la salud mental surge de la constitución de la OMS quien la define como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

En la Observación General N° 14 elaborada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 2000 se afirma que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos y que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. Interpreta el derecho a la salud como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la misma, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro de alimentos sanos, una nutrición equilibrada, una vivienda digna, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Considerando además, que otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional¹¹.

De estas apreciaciones se desprende que la salud mental es más que la ausencia de trastornos mentales, al estar vinculada estrechamente a factores ambientales, económicos, sociales y culturales importa a la comunidad toda y no sólo a los individuos que padecen un trastorno mental. La pobreza, la falta de educación, la ausencia de servicios sanitarios,

¹¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000) .Observación General N° 14.

Recuperado de

http://www.catedradh.unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/1_instrumentos_universales/5%20Observaciones%20generales/39.pdf

el desamparo, la subalimentación, la violencia familiar y social, la carencia de medios de subsistencia, etc. no sólo conspiran contra la salud mental de los individuos, sino que frecuentemente son los factores generadores de los padecimientos mentales.

Haciéndose eco de estos análisis, la ley 26.657 en su art. 3° reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona.

Esta norma no solo reconoce la influencia social en los padecimientos mentales, sino que su intención va más allá, pues señala imperativamente que *“en ningún caso el diagnóstico en el campo de la salud mental puede hacerse sobre la base exclusiva del status o pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso; ni por falta de conformidad o adecuaciones con los valores predominantes de la comunidad donde vive; ni por la elección o identidad sexual o por la existencia de antecedentes psiquiátricos”*. De este modo abandona definitivamente aquella percepción disvaliosa que durante largo tiempo posibilitó el apartamiento de la sociedad de personas no socializadas y difíciles de disciplinar sin ponderar las causas que originaban estas dolencias.

El cambio de paradigma que imprime también se ve reflejado en el art. 4° que incluye el tratamiento de las adicciones como parte integrante de las políticas de salud mental, por cuanto al prescribir que *“las personas con uso problemático de drogas legales e ilegales tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en relación con los servicios de salud”*, reconoce implícitamente la influencia de factores sociales en este flagelo de las sociedades modernas que afecta particularmente a los sectores mas vulnerables que antes quedaban fuera del sistema.-

2.- Derechos y Garantías de las personas con Padecimiento Mental:

Hoy nadie niega que, puesto que según la ley todo hombre es persona, todos merecen, en cuanto titulares de derechos, la protección del ordenamiento jurídico. No obstante, esta apreciación se relativiza en el caso de quienes sufren padecimientos mentales observándose que, cuando la capacidad de obrar se halla totalmente restringida y debe ser sustituida, el ejercicio efectivo de los derechos se diluye, y la representación que apunta a

dar seguridad en las relaciones jurídicas y también protección, no siempre opera en beneficio de los intereses del incapaz debido a las falencias legales y operativas del sistema tutelar vigente¹².

Atendiendo esta realidad, la ley 26.657 plasma en su cuerpo legal (Art. 7) en forma explícita, los derechos que el Estado reconoce y garantiza a las personas con padecimiento mental, lo cual significa sin más, la incorporación de los Principios Para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1991 a nuestro sistema normativo. Otero y Salinas, afirman que *“este artículo le otorga a la persona con padecimiento mental el estatuto de sujeto de derecho. La posibilidad de que el mismo forme parte del proceso que lo involucra, de su tratamiento, de su trabajo y de decisiones importantes en su vida. Sería un pasaje desde una persona pasiva que recibe tratamiento o asistencia a un sujeto activo que elige sobre cuestiones vitales de su devenir humano”*¹³.

Dentro de los derechos explícitamente incorporados encontramos como punto de partida el de *asegurar la recuperación y preservación de su salud* mediante el derecho a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, con acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios.

Otro de los derechos ampliamente garantizados por la ley es el *“conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia”*, el cual se vincula con los siguientes derechos: *“el derecho de ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o quien la persona con padecimiento mental designe (inciso e) ; con el derecho del asistido, su abogado, un familiar, o allegado que éste designe, a acceder a sus antecedentes familiares, fichas e historias clínicas”* (inciso g), reforzándose con el artículo 17, el cual prescribe que *“en los casos en que la persona no estuviese acompañada por familiares o se desconociese su identidad, la institución que realiza la internación, en colaboración con los organismos públicos que correspondan, debe realizar averiguaciones tendientes a conseguir datos de los familiares*

¹² Kraut, A.J. (2006) *Salud mental. Tutela jurídica*. Buenos Aires. Editorial Rubinzal – Culzoni

¹³ Sainz, Otero, Orlandelli y Salinas (2011) *Ley Nacional de Salud Mental N°26.657: Comentarios Interdisciplinarios*. Buenos Aires. Ediciones Centro Norte.

o lazos afectivos que la persona tuviese o indicase, o esclarecer su identidad, a fin de propiciar su retorno al marco familiar y comunitario lo antes posible". El derecho a la identidad es un derecho personalísimo expresamente reconocido constitucionalmente, apunta a la dignidad de la persona y está íntimamente vinculado a la libertad, de allí su incorporación al plexo de derechos de la ley Nacional. Atendiendo a las directivas de esta norma, el Art. 17 del Decreto Reglamentario prescribe que se deberán implementar políticas públicas activas que tengan como objetivo facilitar el rápido acceso al DNI a las personas que carezcan de él. Asimismo determina que a los fines de identificar a los usuarios de este tipo de instituciones que además de no poseer documentos carezcan de lucidez y no presenten vínculos de referencia visible que le permitan conocer su identidad, se debe proceder a la búsqueda de los datos de identidad y filiación mediante procedimientos expeditos, los que deberán iniciarse como máximo a las CUARENTA Y OCHO (48) horas de haber tomado conocimiento de la situación¹⁴.

El derecho a la vida familiar se presenta como otro de los pilares fundamentales. La familia como núcleo de la sociedad y elemento imprescindible para el desarrollo pleno de los seres humanos como personas, tiene reconocimiento en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos; ésta distinción se traslada a la esfera de las personas con padecimientos mentales a través de la sanción de esta ley y del principio 7° de los Principios de Salud Mental de la ONU que establece la importancia de la comunidad y la cultura, prescribiendo en sus apartados que *"todo paciente tendrá derecho a ser tratado y atendido, en la medida de lo posible, en la comunidad en la que vive... con un tratamiento adecuado a sus antecedentes culturales y... cuando el tratamiento se administre en una institución psiquiátrica, tendrá derecho a ser tratado cerca de su hogar o del hogar de sus familiares o amigos y tendrá derecho a regresar a la comunidad lo antes posible"*.-

En cuanto a la atención y tratamiento de los pacientes con padecimientos mentales, les asisten los derechos *"a recibir una atención basada en fundamentos científicos ajustados a principios éticos y a no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin un consentimiento fehaciente"*. Estas normas que tienden a la protección de la salud y la dignidad del ser humano, por un lado impiden que las personas

¹⁴ Decreto 603/2013- Reglamentación de la Ley Nacional 26.657. Art. 17.

con padecimientos mentales sean sometidas a tratamientos crueles o inhumanos so pretexto de ser curativos, y, por el otro, ordenan que toda atención de salud debe estar ajustada a principios éticos. Su protección alcanza el ámbito de los tratamientos experimentales por cuanto exige como condición previa a los mismos, la obtención del consentimiento informado por parte del paciente. Refuerza este mandato el Principio 11, ap. 15 de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y El Mejoramiento de la salud Mental adoptados por la ONU en 1991 que expresamente establece que *“no se someterá nunca a tratamientos psicoquirúrgicos u otros tratamientos irreversibles o que modifican la integridad de la persona a pacientes involuntarios de una institución psiquiátrica, y esos tratamientos sólo podrán, en la medida en que la legislación nacional lo permita, aplicarse a cualquier otro paciente cuando éste haya dado su consentimiento informado y cuando un órgano externo independiente compruebe que tal consentimiento existe y que el tratamiento es el más conveniente para las necesidades de salud del paciente”*. En función de estas directrices, el Decreto Reglamentario de la ley Nacional hace recaer en la Autoridad de Aplicación la responsabilidad de determinar cuáles son las prácticas que se encuentran basadas en fundamentos científicos ajustados a principios éticos, afirmando que todas las que no se encuentren previstas, estarán prohibidas (art. 7 inc. c) y ordena la aprobación previa por parte de esta Autoridad, de los proyectos de investigaciones clínicas o tratamientos experimentales (Art. 7 Inc. m). En este inciso se define el contenido del “consentimiento fehaciente”, entendiéndose por tal a la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente o por sus representantes legales, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada por parte del equipo interdisciplinario interviniente, el cual deberá brindarse ante el organismo público que la Autoridad de Aplicación determine, fuera de un contexto de internación u otra forma de restricción de la libertad. Asimismo ordena a la Autoridad de Aplicación -en consulta con el Consejo Nacional de Bioética y Derechos Humanos-, la elaboración del Protocolo de consentimiento fehaciente y la aprobación de los proyectos referidos, los cuales una vez aprobados deberán ser remitidos al órgano de revisión para su convalidación.¹⁵

¹⁵ Decreto 603/2013- Reglamentación de la Ley Nacional 26.657. Art. 17 inc. c), inc. m).

En cuanto a los derechos de autodeterminación y a la intimidad, la ley es pródiga en contemplarlos estableciendo que la persona con padecimiento mental tiene *“derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades.... ; derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten, y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado, incluyendo las alternativas para su atención, que en el caso de no ser comprendidas por el paciente se comunicarán a los familiares, tutores o representantes legales; derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades; derecho a recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación.-*

El pleno reconocimiento del paciente mental como sujeto de derecho toma distancia del concepto de incapacidad jurídica permitiéndole poder elegir sobre cuestiones vitales que hacen al cuidado de su propio cuerpo, previa información adecuada y comprensible de todo lo referente a su salud y tratamiento y de los derechos que lo asisten, en un pie de igualdad respecto a las normas aplicables a los demás enfermos. *“Todo paciente con plena capacidad, o sus representantes legales, en su caso, podrán disponer directivas anticipadas sobre su salud mental, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos y decisiones relativas a su salud, las cuales deberán ser aceptadas por el equipo interdisciplinario interviniente a excepción que aquellas constituyeran riesgo para sí o para terceros. El equipo interdisciplinario deberá acatar dicha decisión y adoptar todas las formalidades que resulten necesarias a fin de acreditar tal manifestación de voluntad, dejando expresa constancia en la historia clínica”¹⁶.*

Para el Dr. Stingo (2011) *“en los tratamientos en salud mental las palabras constituyen un acto verbal específico, en cuanto que son instrumentos terapéuticos. Corresponde analizar la incidencia de su acción en el tratamiento y el valor y poder que tienen en relación con el paciente, al que las palabras suelen impactar de un modo*

¹⁶ Decreto 603/2013- Reglamentación de la Ley Nacional 26.657. Art. 17 inc. k).

especial. De ahí la necesidad que el terapeuta deba manejar su discurso con cuidado, respeto y diligencia” (Sainz, Otero, Orlandelli y Salinas, pág. 57).

Al respecto, es importante incorporar las expresiones vertidas por miembros de la Asamblea Permanente de Usuarios y Sobrevivientes de los Servicios de Salud Mental (APUSSAM) quienes, en ocasión de analizar el alcance de este inciso respecto al reconocimiento *del derecho del paciente a tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades*, manifestaron que *“deberá entenderse que todo ser humano toma decisiones “dentro de sus posibilidades”. En la presente ley, toda decisión vinculada con la atención de los usuarios, debe ser tomada con su participación como agentes y protagonistas principales del proceso, y debe ser condición para hacer posible la efectividad del tratamiento. De ninguna manera deberá entenderse la aclaración “dentro de sus posibilidades” como una limitación a la participación en la toma de decisiones, ni como una forma de relativizar el derecho de las personas a decidir. La participación siempre estará presente y será cada usuario quien decida por su salud”*¹⁷.

El *derecho a la intimidad*, es un derecho personalísimo reconocido constitucionalmente y expresamente reiterado en los instrumentos internacionales, hace a la dignidad de la persona y la posibilidad de tener una esfera privada ante la cual los demás deben abstenerse de interferir o perturbar. En el caso puntual de la persona con padecimientos psíquicos, el respeto a su intimidad cobra una particular dimensión por cuanto es el aspecto más vulnerado, especialmente en las internaciones psiquiátricas en instituciones u hospitales.

El *“derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable”*, establecido en el art 7 Inc. n, no se agota en su proclamación, de hecho, el art. 42 de la misma ley establece como su salvaguardia que *“las declaraciones de inhabilitación o incapacidad no podrán extenderse por más de tres años”*. La norma tiene su sentido de ser en relación a aquellos padecimientos mentales que tienen la posibilidad

¹⁷ APUSSAM, (2011). *Propuestas para la reglamentación de la Ley Nacional de Salud Mental N°26.657.* inciso k. recuperado de http://ar.groups.yahoo.com/group/red_derechoshumanosysaludmental/message/1281

de revertirse mediante tratamientos adecuados. Con idéntica intención de evitar la restricción de derechos innecesariamente y en especial el derecho a la libertad, la ley prescribe que en caso *“de internación involuntaria o voluntaria prolongada las condiciones de la misma sean supervisadas periódicamente por el órgano de revisión”*; concibiendo únicamente como necesaria la internación cuando mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.

Otros derechos reconocidos expresamente son el derecho a la libertad de cultos (*derecho a recibir o rechazar asistencia o auxilio espiritual o religioso*), derecho a la no discriminación por enfermedad mental –*“derecho a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado- ; derecho a no ser sometido a trabajos forzados y derecho a recibir una justa compensación por su tarea en caso de participar de actividades encuadradas como laborterapia o trabajos comunitarios, que impliquen producción de objetos, obras o servicios que luego sean comercializados”*.

3.- *Ámbito de Aplicación de la ley 26.657*

3.1 *Obligaciones de las Obras Sociales:*

A los efectos de asegurar la protección jurídica del derecho a la salud, el art. 6 ordena que *“los servicios y efectores de salud públicos y privados, cualquiera sea la forma jurídica que tengan, deben adecuarse a los principios establecidos en la presente ley”*.

Ningún efector de salud está excluido de esta obligación y, en función de ello, *“la Autoridad de Aplicación deberá asegurar, junto con las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que las obras sociales regidas por las leyes 23.660 y 23.661, el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI), la Obra Social del Poder Judicial de la Nación(OSPJN), la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las Obras Sociales del personal civil y militar de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas de Seguridad, de la Policía Federal Argentina, de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, del Servicio Penitenciario Federal y los retirados, jubilados y pensionados del mismo ámbito, las entidades de medicina prepaga, las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como todos aquellos agentes que*

brinden por sí o por terceros servicios de salud independientemente de su naturaleza jurídica o de su dependencia institucional, adecuen su cobertura a las previsiones de la Ley N° 26.657”¹⁸.

En esta norma se plasma la responsabilidad directa que le compete al Estado, tanto en la obligación de asumir la estrategia de coordinación y planeamiento de la política de Salud, como en el seguimiento de la misma para que todos los efectores responsables cumplan con la cobertura prestacional. *“Debe destacarse que el legislador ha puesto en un claro pie de igualdad las obligaciones tanto del Estado como la de los entes privados en el cumplimiento de la ley”* (Sainz, Otero, Orlandelli y Salinas, Pág. 47).

El mandato es de vital importancia pues, al colocar al Estado como garante de su cumplimiento, impide que en el futuro puedan generarse limitaciones a estas prestaciones a través de decretos o leyes posteriores, tal como ocurrió a través del Decreto 486/2002 por el cual el Poder Ejecutivo declaró la Emergencia Sanitaria Nacional. Por medio de este decreto se facultaba al Ministerio de Salud a definir las prestaciones básicas esenciales del Sistema Nacional de Obras Sociales, del Sistema Nacional del Seguro de Salud y del INSSJP (Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados) previstas por la ley 24.901 (Sistema de las prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad), debiendo considerar sólo aquellas con prioridad necesarias para la preservación de la vida y la atención de las enfermedades mientras subsista la emergencia. En dicha oportunidad, diversas asociaciones colectivas y numerosos particulares en representación legal de incapaces, interpusieron una medida cautelar ante la justicia en lo Contencioso Administrativo Federal solicitando que se ordene al Poder Ejecutivo se abstenga de limitar la cobertura integral consagrada por la ley 24.901. La jueza interviniente concedió dicha medida cautelar expresando en sus consideraciones que la ley 24.901 *“estableció con carácter de prestación básica, un sistema de atención integral de las personas con discapacidad, que no puede quedar reducido a la mera prestación médica, sino que debe necesariamente integrarse con prestaciones de rehabilitación, terapéuticas educativas y asistenciales; y éstas son*

¹⁸ Decreto 603/2013- Reglamentación de la Ley Nacional 26.657. Art. 6.

precisamente las prestaciones que están destinadas a ser suprimidas en el marco de la reglamentación para cuyo dictado se faculta al Ministerio de Salud por vía del art. 34 del decreto 486/02, en tanto solo se considera prioritaria aquella que conduzca al mantenimiento de la vida y atención de la enfermedad”....; concluyendo que"las facultades conferidas al Ministerio de Salud por la norma que en autos se cuestiona, se presentan como violatorias del mandato constitucional establecido en el art. 75, Inc. 23 de la ley fundamental que, en su parte pertinente establece que corresponde al Congreso legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...”¹⁹.

Cabe señalar que, previo a la sanción de la ley de protección a la salud mental, la garantía a la protección efectiva de estos derechos reposaba en la justicia, la cual en numerosas oportunidades se expidió en forma contundente respecto a la primacía del cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado en materia de derechos humanos.

3.2 Responsabilidad del Estado:

La Ley de Salud Mental en el Capítulo IX (Arts. 31 al 37), explicita las obligaciones que el Estado debe asumir y concretar en plazos específicamente pautados, determinando el cómo y el cuándo poner en marcha la reestructuración psiquiátrica en el país.

A tales efectos, establece que la Autoridad de Aplicación de la ley es el Ministerio de Salud de la Nación a partir del área específica que designe o cree a tal efecto, la cual debe establecer las Bases para un Plan Nacional de Salud Mental acorde a los principios establecidos en el diseño legal vigente (art. 31). Este organismo será el encargado de fijar

¹⁹ “Fendin y otros c/PEN-dto. 486/2 s/amparo ley 16.986” Juzgado en lo contencioso administrativo federal N°3. Extraída de Galende E., Kraut, A:J (2006). *El sufrimiento Mental*. Buenos Aires. Lugar Editorial.

los estándares mínimos de protección a nivel nacional, y de centralizar y conducir las políticas públicas a través de estrategias de promoción, prevención, asistencia, rehabilitación y dispositivos de atención basados en la comunidad, teniendo a su vez la responsabilidad de promover y monitorear a las provincias y a la ciudad Autónoma de Buenos Aires en la adopción del mismo criterio.

En cumplimiento de estos recaudos legales, la Autoridad de Aplicación tendrá a su cargo las siguientes funciones, a saber:

- *“Desarrollar recomendaciones dirigidas a las universidades públicas y privadas para que la formación de los profesionales en las disciplinas involucradas sea acorde con los principios, política y dispositivos que se establezcan en cumplimiento de la presente ley, haciendo especial hincapié en el conocimiento de las normas y tratados internacionales en derechos humanos y salud mental. Asimismo, debe promover espacios de capacitación y actualización para profesionales, en particular para los que se desempeñen en servicios públicos de salud mental en todo el país” (art. 33).* La capacitación en los derechos humanos en la materia es el pilar fundamental para la comprensión e internalización de este nuevo paradigma, y teniendo en cuenta que la ley sólo atiende a la misma en orden a los profesionales de la salud mental, en el Decreto Reglamentario la misma se hace extensiva *“a todas las áreas que intervienen en orden a la intersectorialidad”²⁰.*
- *“Promover, en consulta con la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y con la colaboración de las jurisdicciones, el desarrollo de estándares de habilitación y supervisión periódica de los servicios de salud mental públicos y privados” (art. 34).*
- *“Realizar un censo nacional en todos los centros de internación en salud mental del ámbito público y privado para relevar la situación de las personas internadas, discriminando datos personales, sexo, tiempo de internación, existencia o no de consentimiento, situación judicial, situación social y familiar, y otros datos que*

²⁰ Decreto 603/2013- Reglamentación de la Ley Nacional 26.657. Art. 33.

considere relevantes....y en su realización, debe promover la participación y colaboración de las jurisdicciones” (art. 35). Asimismo la norma establece plazos perentorios, debiéndose realizar el primer censo dentro de los CIENTO OCHENTA (180) días corridos de la sanción de la presente ley, y de allí en más los mismos deben reiterarse con una periodicidad máxima de DOS (2) años. Este mandato no sólo es el punto de partida que permitirá conocer en forma fehaciente la situación real de todas y cada una de las personas con padecimiento mental internadas, su situación legal familiar, social, voluntariedad de la internación, etc., sino que además es información vital a los efectos de diseñar políticas públicas adecuadas, y monitorearlas en el tiempo.

- *“Debe, en coordinación con los ministerios de Educación, Desarrollo Social y Trabajo, Empleo y Seguridad Social, desarrollar planes de prevención en salud mental y planes específicos de inserción socio-laboral para personas con padecimiento mental. Dichos planes, así como todo el desarrollo de la política en salud mental, deberá contener mecanismos claros y eficientes de participación comunitaria, en particular de organizaciones de usuarios y familiares de los servicios de salud mental, promoviendo que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adopten el mismo criterio” (art. 36). En este punto, las Dras. Fama, Herrera y Pagano afirman que “el rol de las organizaciones de la sociedad civil es fundamental por su actuación a nivel preventivo y educativo; por su intervención concreta en sistemas de apoyo, tratamiento y rehabilitación; y por su seguimiento de la actuación de los distintos actores involucrados, alzándose como uno de los mecanismos de control y evaluación mas eficaces e imparciales para diagnosticar las virtudes y carencias del sistema de salud mental” (Famá, Herrera y Pagano, Pág. 66).*
- *Debe promover, en coordinación con la Superintendencia de Servicios de Salud, la adecuación de la cobertura en salud mental de las obras sociales a los principios establecidos en la presente ley, en un plazo no mayor a los NOVENTA (90) días corridos a partir de la sanción de la misma (art. 37). El art. 37 del Decreto Reglamentario desarrolla y estipula el contenido del Programa Médico Obligatorio y para ello fija que el él deben constar los dispositivos y prácticas alternativas en*

salud mental que se mencionan en la ley y otros que se consideren necesarios, elimina la necesidad del certificado de discapacidad para acceder a ellos y excluye del mismo las prestaciones contrarias a estos principios. Además, estipula que la Superintendencia de Servicios de Salud deberá controlar que los agentes del seguro de salud identifiquen a aquellas personas que se encuentren con internaciones prolongadas y/o en instituciones monovalentes debiendo establecer un proceso de externación e inclusión en dispositivos sustitutos, en los plazos perentorios que la ley establece. A través estas directivas claras, el Estado incluye en la cobertura de salud obligatoria a los sectores mas desprotegidos, asegurando el derecho de los usuarios de los servicios de salud mental a recibir atención integral, rehabilitación e integración social, evitando la permanente estigmatización y maltrato al cual se veían sometidas al ser excluidas de la cobertura de salud de las obras sociales.-

Una de las obligaciones más relevantes y fundamentales del Estado a los efectos de la puesta en marcha del paradigma tiene que ver con la cuestión presupuestaria, tema que reiteradamente se ha puntualizado en todos los documentos internacionales como emergente más importante en orden a la implementación del nuevo concepto en salud mental. Al respecto, el art. 32 de la ley 26.657 establece lo siguiente, a saber: *“en forma progresiva en un plazo no mayor a TRES (3) años a partir de la sanción de la presente ley, el Poder Ejecutivo debe incluir en los proyectos de presupuesto un incremento en las partidas destinadas a salud mental hasta alcanzar un mínimo del DIEZ POR CIENTO (10%) del presupuesto total de salud. Se promoverá que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adopten el mismo criterio”*. El 10% establecido por la ley es el piso mínimo que deberán tener en cuenta los legisladores al sancionar la ley de presupuesto, no pudiendo de ninguna manera evadir esta prescripción legal, so pena de impugnar el presupuesto por inconstitucional.

3.3 Órgano de Revisión:

El Principio 17 -Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y Para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental de la ONU- prevé la creación del órgano de revisión, expresando que el mismo *“será un órgano judicial u otro órgano independiente e imparcial establecido por la legislación nacional que actuará de conformidad con los*

procedimientos establecidos por la legislación nacional....y el mismo deberá contar con la asistencia de uno o más profesionales de salud mental calificados e independientes y tendrá presente su asesoramiento”. La Ley 26.657 a su vez, en el Capítulo X, art. 38, crea un Órgano de Revisión (OR) en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa, cuya función será la de proteger los derechos humanos de los usuarios de los servicios de salud mental.

Si bien el Decreto Reglamentario puntualiza detalladamente la integración, funcionamiento y funciones asignadas al OR, en el presente trabajo nos limitaremos a esbozar los lineamientos generales de las mismas, a saber:

- Integración (Art. 39 Decreto 603/2013): el OR debe ser multidisciplinario, debiendo estar integrado por un representante del Ministerio de Salud de la Nación, un representante de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, un representante del Ministerio Público de la Defensa, un representante de asociaciones de usuarios y/o familiares del sistema de salud, un representante de asociaciones de profesionales y otros trabajadores de la salud y un representante de organizaciones no gubernamentales abocadas a la defensa de los derechos humanos. Las entidades que sean designadas para tal efecto, integrarán el OR por el término de dos años pudiendo ser reelegidas por un solo período consecutivo al cabo del cual deberán elegirse nuevas organizaciones. Cada institución deberá designar un representante titular y uno suplente y su labor tendrá carácter ad honorem, sin perjuicio de las retribuciones salariales que cada uno pueda percibir de parte de las organizaciones a las que pertenecen.
- Funcionamiento (Art. 38 Decreto 603/2013): El OR guiará su actuación conforme a las decisiones adoptadas por los integrantes individualizados en el art. 39 de la Ley. Dictará su reglamento interno de funcionamiento y establecerá los lineamientos políticos y estratégicos de su intervención; deberá reunirse con la periodicidad que indique su reglamento interno, y al menos una vez por mes, pudiendo sesionar con un quórum mínimo de cuatro miembros presentes. La toma de decisiones será por mayoría simple de los miembros presentes. El OR funcionará en el ámbito jurisdiccional del Ministerio Público de la Defensa, la cual tendrá a su cargo la coordinación ejecutiva a través de la implementación de una Secretaría Ejecutiva y

de un equipo de apoyo técnico y otro administrativo. Los titulares de las áreas de política institucional y legal y técnica serán provistos por la Defensoría General de la Nación, actuarán como representantes legales del organismo y participarán sin voto en las reuniones.

- Funciones: El Órgano de Revisión tiene funciones de asesoramiento y contralor, las cuales están fijadas en el art. 40 de la presente ley. Entre ellas podemos señalar que está facultada para: realizar recomendaciones a la Autoridad de Aplicación; realizar propuestas de modificación a la legislación de salud mental; promover y colaborar en la creación de órganos de revisión en cada una de las jurisdicciones; requerir información a las instituciones para evaluar las condiciones en que se realizan los tratamientos; supervisar de oficio y por denuncia las condiciones de las internaciones y evaluar que las internaciones involuntarias se encuentren debidamente justificadas y no se prolonguen más allá del tiempo mínimo necesario, pudiendo realizar denuncias en caso de irregularidades, requerir la intervención judicial y eventualmente, apelar a las decisiones del juez. Debe controlar el cumplimiento de esta ley resguardando los derechos humanos de los usuarios del sistema de salud mental, velar por el respeto de los derechos de las personas en procesos de declaración de inhabilidad y durante la vigencia de dichas sentencias y en las situaciones que hubiere irregularidades, puede hacer presentaciones ante el Consejo de la Magistratura o ante el Organismo que en cada jurisdicción evalúe y sancione la conducta de los jueces.

Si bien la creación de un órgano de revisión inscripto en el marco de la estructura Judicial con funciones de garantizar el cumplimiento de la ley y el debido respeto de los derechos reconocidos a las personas con padecimientos mentales, implica un notorio avance en la materia, también ha recibido algunas críticas debido a las dudas que despiertan las diferentes instancias institucionales. Así, el Dr. Stingo resalta el riesgo de la burocratización del sistema, no sólo por las distintas y diversas instancias que lo componen, sino también por la pluralidad de miembros que lo integran, expresando además, que dicho órgano asumiría algunas funciones que hoy tiene el Defensor de Menores e Incapaces y, en menor medida el Curador Oficial (Sainz, Otero, Orlandelli y Salinas, Pág. 149). Habrá por tanto que cursar la experiencia del funcionamiento del



órgano referido a fin de evaluar su conveniencia, apreciando como se interrelacionan y co-ayudan en la práctica los diferentes agentes públicos e instituciones comunitarias en pos de cumplimentar los objetivos que son el eje rector en esta reforma en materia de salud mental que la nueva normativa impone.

CAPITULO III

MODALIDADES DE ABORDAJE**1.- Equipo Interdisciplinario****1.1 Integración**

Art. 8 *“Debe promoverse que la atención en salud mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente, se incluyen las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes”*

La prescripción de la atención a través de equipos interdisciplinarios es el eje central de la nueva norma, puesto que al considerar que la salud mental es un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos debe necesariamente considerar las distintas miradas profesionales en el abordaje de esta dolencia, ya sea para desarrollar estrategias de prevención, promoción o reinserción comunitaria, como respecto a la atención primaria de la salud, y muy especialmente en los procesos judiciales de declaración de insania o inhabilitación.- *“La tradicional mirada psiquiátrica debe ir acompañada de la apreciación de los demás componentes sociales, familiares y ambientales que de manera inexorable están conectados con la cuestión médica”* (Famá, Herrera y Pagano, pág. 23).

Al respecto, los Dres. Kraut y Diana afirman que *“esto no releva la importante función y responsabilidad de jueces y médicos (psiquiatras y legistas) en materia de internación, insania e inhabilitación. Simplemente la ley democratiza la responsabilidad y enfoque de la salud mental y coloca al Estado como su principal garante, no sólo a través de políticas y acciones positivas, sino también por vía presupuestaria”*²¹.

²¹ Asesoría General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires, (2011), *Panorámicas de Salud Mental*. Recuperado de http://asesoria.jusbaires.gob.ar/sites/default/files/06_Panoramicas_salud_mental.pdf

La interdisciplinariedad implica la capacidad de interactuar con otras disciplinas desde una perspectiva de derechos humanos. En el campo de la salud mental impone la necesidad que la atención al usuario de dichos servicios no esté en manos únicamente del médico psiquiatra sino que la misma sea brindada por un equipo de profesionales que aborden cada una de las problemáticas desde su especialización, creando nuevas formas de diálogo sin abandonar las particularidades de cada profesión.-

1.2 Conducción y Capacitación:

Art 13 *“Los profesionales con título de grado están en igualdad de condiciones para ocupar los cargos de conducción y gestión de los servicios y las instituciones, debiendo valorarse su idoneidad para el cargo y su capacidad para integrar los diferentes saberes que atraviesan el campo de la salud mental. Todos los trabajadores integrantes de los equipos asistenciales tienen derecho a la capacitación permanente y a la protección de su salud integral, para los cual se deben desarrollar políticas específicas”.*

La democratización establecida por la ley respecto a los equipos interdisciplinarios, no sólo exige pluralidad de profesionales de distintos campos, sino que se traduce en la posibilidad de que cualquiera de ellos pueda ocupar cargos de conducción o gestión de los servicios siempre y cuando cumplan con los requisitos de título de grado, idoneidad para el cargo y capacidad para integrar los distintos saberes en salud mental. Este artículo es uno de los más resistidos por la Asociación de psiquiatras Argentinos (APSA) quien en oportunidad de analizar el Proyecto de Ley de Ley de Salud Mental se expresó en contra de ésta democratización profesional. Con similares consideraciones Pérez Dávila manifestó que...*“la conformación de grupos interdisciplinarios para asegurar el contralor y seguimiento de los enfermos mentales, no les otorga facultades a los integrantes no médicos para asimilarse al médico psiquiatra. El único facultado como jefe de dichos grupos de salud, en donde recaen las decisiones es el médico psiquiatra...”*²².

Sintetizando, podemos decir que esta polémica hace visible la perspectiva biologista y científicista imperante en el ámbito de la salud mental, con predominio

²² Derecho y Salud, (2011), *“Riesgos de incorporar a los “adictosdelincuentes” como enfermos mentales”*. Recuperado de <http://mariacristinacortesi.blogspot.com.ar/2011/12/riesgos-de-incorporar-los.html>

exclusivo de los médicos psiquiatras en su tratamiento, los que, en la mayoría de los casos consideran como si la ley tratara de desplazar las atribuciones e incumbencias de una profesión a otras. El gran desafío es superar estas barreras a través de una capacitación profunda y permanente dirigida tanto a los profesionales que están desempeñando funciones en los equipos interdisciplinarios, como para aquellos que aún están estudiando; la cual debe estar orientada a la formación para un ejercicio no autoritario de la práctica en salud haciendo hincapié en los beneficios de la interacción entre varias disciplinas, siempre desde la perspectiva de los derechos humanos.

2.- Proceso de atención

La nueva norma impone el paso de un sistema paternalista a otro sistema de atención de la salud basado fundamentalmente en la inclusión social y comunitaria del paciente con padecimientos mentales. Al concebir la Salud Mental *“como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona”* incluye dentro del concepto una amplísima variedad de contenidos biológicos, socio-económicos, ambientales, demográficos, culturales, etc.. Y en función de tales contenidos se deben tener en cuenta los recursos con que cuenta el Estado, cobrando vital importancia la redistribución de los mismos a los fines de alcanzar el más alto nivel posible de salud para toda la población. Como la atención primaria de la salud excede el marco de la atención hospitalaria, el Estado está obligado a diseñar políticas públicas abarcativas, las que deben incluir entre otros ítems el acceso al agua limpia potable, abastecimiento de alimentos, condiciones sanitarias adecuadas, acceso a la información y educación, a la vivienda, al trabajo y seguridad social, las que, para asegurar una distribución equitativa de los recursos, deberán tener en cuenta los distintos niveles de desarrollo regionales asegurando la igualdad de oportunidades y acceso para todos. *“Por logro de la igualdad de oportunidades se entiende el proceso mediante el cual los diversos sistemas de la sociedad, el entorno físico, los servicios, las actividades, la información y la documentación se ponen a disposición de todos, especialmente de las personas con*

discapacidad” (Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, 1994).

Asimismo dirige su interés al factor humano encargado de la atención de las personas con padecimientos mentales, marcando pautas claras al Ministerio de Salud, -Autoridad de Aplicación de la misma- para que conjuntamente con otros ministerios diseñen un Plan Nacional de Salud Mental que incluya planes educativos para la formación, capacitación y actualización de profesionales que se desempeñen en los servicios públicos de atención mental en todo el país, planes de prevención en salud mental y planes específicos de inserción socio-laboral. Asume la necesidad de que este sector cuente con mayores recursos económicos, instando al Poder Ejecutivo a que incremente las partidas destinadas a salud mental hasta alcanzar el diez por ciento del presupuesto total de salud.

2.1 Principios de la atención primaria de la salud.

Con la intención de abordar la atención primaria de la salud desde esta mirada integral, la ley Nacional de Salud Mental pone en manos de la Autoridad de Aplicación el *“promover que las autoridades de salud de cada jurisdicción, en coordinación con las áreas de educación, desarrollo social, trabajo y otras que correspondan, implementen acciones de inclusión social, laboral y de atención en salud mental comunitaria” (Art. 11)*. En el mismo sentido, el Art. 11 del Decreto Reglamentario estipula el *“como implementarlas”* a través de una red de servicios de salud mental con base en la comunidad en articulación con redes intersectoriales y sociales. El objetivo de esta red de servicios es satisfacer las necesidades de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación a través de servicios, dispositivos y prestaciones tales como: centros de atención primaria de la salud, servicios de salud mental en el hospital general con internación, sistemas de atención de la urgencia, centros de rehabilitación psicosocial diurno y nocturno, dispositivos habitacionales y laborales con distintos niveles de apoyo, atención ambulatoria, sistemas de apoyo y atención domiciliaria, familiar y comunitaria y cualquier otra práctica y dispositivo que favorezca la inclusión social. La norma fortalece esta protección ordenando la inclusión del componente de salud mental en los planes y programas de provisión de insumos y medicamentos.

2.2 Promoción de los lazos sociales.

La ley en análisis al disponer en su Art. 8 que *“el proceso debe realizarse preferentemente fuera del ámbito de internación hospitalario y en el marco de un abordaje interdisciplinario e intersectorial, basado en los principios de la atención primaria de la Salud. Se orientará al reforzamiento, restitución o promoción de los lazos sociales”* marca una clara directriz: evitar la institucionalización de las personas con padecimiento mental. Para lograrlo, ordena la descentralización de la atención incorporando a la sociedad en su conjunto en el abordaje de la salud mental como problema que nos ocupa e involucra a todos, hace hincapié en la reconstrucción de lazos comunitarios y apunta a la re vinculación del paciente con su familia. En esta inclusión toma en cuenta todos los aspectos de la persona (el intelectual, el afectivo, el social, el laboral, el familiar), dejando de lado la objetivación del paciente y su diagnóstico de cronicidad estático y rotulador para enfocarlo desde sus capacidades y a partir de ellas promover la integración social. Parte de la premisa de que toda persona es un ser social y por ello necesita de la comunidad para su completo desarrollo y realización; que el padecimiento mental es un proceso dinámico y no estático, y que el acompañamiento familiar es fundamental en su recuperación. Diseña una nueva estrategia mediante la implementación de redes que apuntalan el proceso de desinstitucionalización de los pacientes a través de la creación de nuevos servicios, dispositivos y prestaciones, no sólo para los usuarios sino también para sus familias puesto que, al reconocer el rol esencial que desempeñan en su recuperación, también se reconoce las dificultades que atraviesan en su cotidianeidad en todos los planos (relacional, familiar, económico, laboral, etc.)- *“El fortalecimiento de lazos familiares es clave para la efectiva satisfacción de los derechos de las personas con padecimiento mental, pero no es una tarea sencilla, por ello se deben implementar servicios de atención integral a las familias, donde se les brinde atención, contención y apoyo para transitar la vida con una persona con estos padecimientos del mejor modo posible”* (Famá, Herrera y Pagano. 2008. pág. 101).

La inclusión de las adicciones como parte integrante de las políticas de salud mental instaaura el abordaje de nuevas patologías que surgen de las interacciones sociales, con diferentes problemáticas que antes quedaban fuera de la atención de los hospitales

generales, las cuales deben enfocarse a través de una red de servicios de salud que tienda a la prevención, detección temprana de los factores y los grupos de riesgo, tratamiento, rehabilitación y acompañamiento familiar.

La tarea a desarrollar es de proporciones gigantescas y requerirá de recursos humanos y materiales en gran escala, por ello es imprescindible abordar el cambio de paradigma desde la comunidad, con el compromiso y trabajo de todos, actuando cada uno de nosotros como soldados en defensa de los derechos humanos.

El Dr. Mahler refirió: *“Si el ser humano ha sido capaz de llegar a la luna y de explorar planetas, con toda seguridad encontraremos la manera de alcanzar nuestros objetivos. Ante todo, necesitamos determinación, una voluntad inquebrantable de superar los obstáculos, proceder por ensayo y error y nuevos ensayos, y no ceder al desaliento si progresamos más lentamente de lo que deseamos”*²³.

²³ Organización Mundial de la Salud (2007). Comentario extraído del documento *Contribución de la atención primaria de salud a los Objetivos de Desarrollo del Milenio*. Recuperado de http://www.who.int/dg/speeches/2007/20070816_argentina/es/index.html

CAPITULO IV

INTERNACIONES PSIQUIÁTRICAS

1.- Introducción:

Gran parte de la legislación de salud mental hoy derogada, tenía la finalidad de proteger el cuerpo social aislando a los pacientes peligrosos e internando a quienes no representaban ningún peligro pero que no podían cuidarse solos. La directriz principal se localizaba en el art. 482 del Código Civil que ordenaba que *“el demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial. Las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez, de las personas que por padecer enfermedades mentales, o ser alcoholistas crónicos o toxicómanos pudieren dañar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública. Dicha internación sólo podrá ordenarse, previo dictamen del médico oficial. A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la internación de quienes se encuentren afectados de enfermedades mentales aunque no justifiquen la declaración de demencia, alcoholistas crónicos y toxicómanos, que requieran asistencia en establecimientos adecuados, debiendo designar un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aún evitarla, si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos”*. Esta norma ampliaba el espectro de las personas susceptibles de ser internadas forzosamente, procediendo la misma tanto respecto de personas declaradas insanas como de aquellas que no lo estaban (perturbados mentales, alcohólicos y toxicómanos) y no sólo ante la probabilidad de que se dañe a si mismo o dañe a otros, sino también por la posible afectación de la tranquilidad pública. En el año 1983 se sancionó la ley 22.914 “Ley de Internación Psiquiátrica”, reglamentaria del artículo 482 del Código Civil, destinada a regular la internación psiquiátrica en establecimientos de salud mental públicos y privados previendo que la misma procedía por orden judicial, a instancias del propio interesado o su representante legal, por disposición

policial o en caso de urgencia a pedido de las personas enumeradas en el art. 144 del mismo cuerpo legal. Regulaba los recaudos a tomarse en cada uno de estos supuestos; establecía un mecanismo de control judicial ordenando a los jueces impulsar de oficio las actuaciones judiciales, e imponía al asesor de incapaces plazos estrictos con periodicidad de seis meses a los fines de verificar la evolución de la salud del paciente, el régimen de atención, las condiciones de alojamiento, el cuidado personal y la atención médica recibida, debiendo dar cuenta de ello al juez interviniente.-

Esta legislación avaló durante décadas la violación sistemática de los derechos de las personas con padecimientos mentales, excluyéndolos de la sociedad sin consideración alguna a los derechos que por ser persona les corresponden. Al convertirse en “objetos de protección legal” se los depositaba en instituciones o manicomios donde pasaban gran parte de su vida sin posibilidades de objetar la internación, ni de solicitar una nueva evaluación, sin contacto con la comunidad, ni de ejercer ningún derecho. La posibilidad que la norma otorgaba a la autoridad policial para disponer la internación de las personas en los supuestos de daño para si mismos o para terceros o por la sola afectación de la tranquilidad pública, resultaba cuanto menos abusiva, puesto que en la práctica la evaluación requerida importaba el traslado del presunto demente y el cercenamiento de su libertad personal por la sola disposición de la policía. Durante la vigencia de esta normativa, la jurisprudencia argentina se hizo eco del estado de indefensión de las personas con padecimientos mentales, existiendo numerosos fallos de la Corte Suprema de Justicia en los cuales trata de compensar estas desigualdades. En uno de estos precedentes, en ocasión de resolver sobre un conflicto de competencias traído a su conocimiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó *“Este Tribunal no pudo pasar por alto circunstancias excepcionales en atención a derechos y garantías de raigambre constitucional, que tiene como protagonista a quien se encuentra sometido a una internación psiquiátrica no voluntaria. La debilidad jurídica que sufren las personas con padecimientos mentales crea "grupos de riesgo" en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales. El derecho debe ejercer una función preventiva y tuitiva de los mismos. La medida de internamiento lleva a cabo una auténtica privación de libertad de la persona. En este sentido, el internamiento involuntario sólo debe tener un carácter excepcional. Lo expresado precedentemente marca la necesidad de asegurar un*

reconocimiento a la garantía de una internación psiquiátrica oportuna, limitada en el tiempo y adecuada a parámetros constitucionales; donde se encuentran comprometidos principios tales como razonabilidad, proporcionalidad e igualdad; y se impone un control judicial acerca de la necesidad de continuar con esta privación de libertad”²⁴.

Finalmente, la sanción de la Ley 26657 resuelve definitivamente esta cuestión regulando expresamente en el Capítulo VII todo lo atinente a las internaciones voluntarias e involuntarias. Atendiendo a la conceptualización de la internación como una medida privativa de la libertad de las personas, los Arts. 14 y 15 preceptúan que la misma “*debe ser considerada como un recurso terapéutico de carácter restrictivo que solo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario y social. Debe ser lo más breve posible y en ningún caso puede ser indicada o prolongada para resolver problemáticas sociales o de vivienda, para lo cual el Estado debe proveer los recursos adecuados a través de los organismos públicos competentes. Debiendo promoverse el mantenimiento de vínculos, contactos y comunicación de las personas internadas con sus familiares, allegados y entorno laboral y social*”.

Su contenido intrínseco discurre en armonía con lo establecido en el Principio 15, inciso 1 de las normas de atención de los Principios de Salud Mental de la ONU que reconoce el derecho de todo paciente a recibir la atención sanitaria y social que corresponda a sus necesidades de salud, debiendo ser atendido y tratado con arreglo a las mismas normas aplicables a los demás enfermos. Lo que implica tener en consideración que el solo hecho de que la persona deba ser sometida a un tratamiento psiquiátrico no es condición sine qua non para disponer su internación, como así tampoco lo es el que no tenga donde vivir ni ingresos para subsistir. La internación requiere como condición que sea indicada por el equipo interdisciplinario y solo cuando se acredite que la misma aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones.

La directiva del mantenimiento de los vínculos de los pacientes con sus familiares y entorno, también va dirigida al equipo interdisciplinario quien debe en todo momento promoverlos, salvo que disponga lo contrario en forma excepcional y únicamente por

²⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación. 19/02/2008. "R.M.J. s/ insanía". Numero 1195.XLII.

razones terapéuticas, las cuales deberán estar debidamente fundadas. El Art. 14 del Decreto Reglamentario especifica que *“las normas de internación o tratamiento que motiven el aislamiento de las personas con padecimientos mentales (limitando visitas, llamados, correspondencia o cualquier otro contacto con el exterior) son contrarias al deber de promover el mantenimiento de vínculos. Las restricciones deben ser excepcionales, debidamente fundadas por el equipo e informadas al juez competente.... Nunca alcanzarán al abogado defensor y podrán ser revisadas judicialmente”*.

En el tratamiento de estos pacientes, adquiere suma relevancia la Historia Clínica, la cual es considerada un documento fundamental en el que deben registrarse diariamente cada una de las intervenciones del equipo interdisciplinario, especialmente aquellas medidas que importen alguna restricción de sus derechos. Es el único documento válido desde el punto de vista clínico y legal, constituye el registro completo de la atención prestada al paciente durante su enfermedad y en función de ello debe ser suscripta con rigurosidad incluyendo en ella todos los detalles que justifiquen el diagnóstico y tratamiento. También deberá dejarse constancia fehaciente de las acciones y herramientas utilizadas para la comprensión y formación del consentimiento informado del paciente y de los medios y tecnologías especiales que se utilizaron a tales fines. Con estas prescripciones, la Historia Clínica se constituye en una herramienta valiosa para el Órgano de Revisión al momento de evaluar las condiciones en que se realizan los tratamientos en las instituciones públicas y privadas.

2.- Reglas comunes a toda intervención.

Reza el Art. 16 *“toda disposición de internación, dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas, debe cumplir con los siguientes requisitos:*

- *a) Evaluación, diagnóstico interdisciplinario e integral y motivos que justifican la internación con la firma de al menos dos profesionales del servicio asistencial donde se realice la internación, uno de los cuales debe ser necesariamente psicólogo o médico psiquiatra;*
- *b) Búsqueda de datos disponibles acerca de la identidad y el entorno familiar;*

c) Consentimiento informado de la persona o del representante legal cuando corresponda. Sólo se considera válido el consentimiento cuando se presta en estado de lucidez y con comprensión de la situación, y se considerara invalidado si durante el transcurso de la internación dicho estado se pierde, ya sea por el estado de salud de la persona o por efecto de los medicamentos o terapéuticas aplicadas. En tal caso deberá procederse como si se tratase de una internación involuntaria". Para Néstor Stingo, en este punto el legislador comete el error conceptual de considerar que los psicofármacos pueden hacerle perder la lucidez al paciente sin tener en cuenta que la misma es un síntoma de la enfermedad que se hallaba presente antes de suministrarle la medicación (Sainz, Otero, Orlandelli y Salinas, 2011, Pág. 93).

La norma deja definitivamente de lado el viejo modelo tutelar de incapacitación y sustitución en la toma de decisiones y en su reemplazo incorpora todos los principios de la nueva legislación internacional en materia de salud mental. El usuario de los servicios de salud mental es el protagonista fundamental, sujeto de derecho con plena capacidad jurídica para ser titular y ejercer sus derechos en iguales condiciones que las demás personas. Este reconocimiento se traslada a la letra de la ley especialmente en lo referido a las internaciones, dejando en claro que se debe respetar su voluntad en todo proceso que la afecte, particularmente las relacionadas con la restricción de la libertad ambulatoria. El Estado debe adoptar todas las medidas que apunten a la toma y ejecución de sus propias decisiones, previo asegurarse que la información que le fue proporcionada a tales efectos sea adecuada y comprensible para el usuario.

Establece un plazo perentorio de cuarenta y ocho horas para determinar la viabilidad de la internación previo cumplimiento de los requisitos establecidos, a saber:

El equipo interdisciplinario debe realizar una evaluación y diagnóstico integral volcando en la Historia Clínica del paciente todos los datos necesarios que justifican su decisión de internación la cual debe ser suscripta por al menos dos profesionales del servicio especificando que uno de ellos debe necesariamente ser psicólogo o médico psiquiatra. Esta indicación que faculta a ambos profesionales a disponer la medida en igualdad de condiciones, deja en claro la intención del legislador de romper con la hegemonía que el médico psiquiatra ostentaba hasta el momento en la toma de decisiones

respecto a lo referente a salud mental, y se apoya en la Ley Nacional 23.277 que Regula el Ejercicio Profesional de la Psicología, la cual en el Título IV de los derechos y obligaciones (Art. 8) establece que *“los profesionales que ejerzan la psicología están obligados a aconsejar la internación en establecimiento público o privado de aquellas personas que atiendan y que por los trastornos de su conducta signifiquen un peligro para sí o para terceros, así como su posterior externación”*.

Y como no podía ser de otra manera, fue arduamente criticada por la Asociación de psiquiatras Argentinos (APSA) con conceptos similares a los vertidos por el Dr. Pérez Dávila quien en oportunidad de analizar el Proyecto de Ley de Salud Mental expresó que *“la ley otorga facultades impropias a profesionales no médicos desconociendo que el único profesional que puede prescribir, internar o externar a un enfermo es el médico psiquiatra; los psicólogos jamás pueden ni podrán asimilarse a los médicos psiquiatras, porque no tienen conocimiento médico, no pueden ordenar estudios ni tampoco interpretar sus resultados; su capacidad diagnóstica es de índole psicológica y subjetiva y por lo tanto parcial; no puede diferenciar lo orgánico-biológico de lo psicológico.- El único de los integrantes del Equipo Interdisciplinario con facultades de "prescripción" conferidas por la Ley 17132 (que regulan el ejercicio de la medicina y otras profesiones afines) es el médico psiquiatra. Prescribir significa indicar, ordenar desde fármacos, estudios médicos, medidas terapéuticas de emergencia (lavado gástrico, sedación, colocación de vías, etc.), internación, y externación”*²⁵.

El debate está planteado, y al respecto incluyo las conclusiones vertidas en la Addenda de Actualización donde se afirma que *“los psicólogos cuentan con la formación necesaria que los habilita para establecer cuando una persona se encuentra en situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros que amerite su internación; ello en nada obsta a que, a los fines de un adecuado tratamiento y con la debida prontitud, se hagan los estudios precisos para determinar si la crisis tuvo por base una causa orgánica o funcional”* (Famá, Herrera y Pagano, 2011. Pág. 35). En lo personal, considero que independientemente del profesional que suscriba la decisión de la internación, la misma se

²⁵ Derecho y Salud, (2011), *“Riesgos de incorporar a los “adictos delincuentes” como enfermos mentales”*. Recuperado de <http://mariacristinacortesi.blogspot.com.ar/2011/12/riesgos-de-incorporar-los.html>

debe tomar a partir de un diagnóstico interdisciplinario integral y la garantía de que se hayan tomado todos los recaudos necesarios está dada por la obligatoriedad de volcar todos los datos en la historia clínica lo que incluye la firma del responsable. Teniendo en cuenta que ésta es un documento sometido a control jurisdiccional y también utilizado por el Órgano de Revisión para evaluar las condiciones en que se realizan los tratamientos, es de esperar que se tomarán todas las medidas pertinentes para realizar un correcto diagnóstico y evaluación independientemente del profesional que figure como responsable del equipo de salud del servicio asistencial.

En la Historia Clínica se deben consignar todos los datos personales y aquellos referidos al grupo familiar a los efectos de viabilizar lo antes posible el retorno del paciente a su grupo familiar y comunitario; en los casos en que se desconocen dichos datos, deben dejarse asentadas todas las acciones realizadas por el equipo interdisciplinario a los efectos de su identificación.

El consentimiento informado en este inciso tiene un tratamiento específico priorizándose el respeto de la voluntad y consentimiento del usuario del servicio de salud mental, siendo la regla la presunción de capacidad del mismo. Esta norma concuerda con los lineamientos propuestos en el Manual de Recursos de la OMS sobre salud mental que, al respecto indica que *“el consentimiento libre e informado debe constituir la base del tratamiento y de la rehabilitación de la mayoría de las personas con trastornos mentales. Debe presumirse desde un principio que todos los pacientes tienen discernimiento, y deben agotarse los esfuerzos para permitir que una persona acepte voluntariamente el ingreso o el tratamiento, antes de adoptar procedimientos involuntarios”*²⁶. Reforzando los mismos, la norma incorpora lo preceptuado por el Principio 11 de los Principios de Salud Mental que entiende por consentimiento informado aquel obtenido libremente sin amenazas ni persuasión indebida, después de proporcionar al paciente información adecuada y comprensible, en una forma y lenguaje que éste entienda acerca del diagnóstico y su evaluación; el propósito, método, duración y beneficios que se esperan obtener; demás

²⁶ Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental. 2006. *tratamiento de salud mental voluntario e involuntario*. Pág. 49. Recuperado de http://www.who.int/mental_health/policy/legislation/WHO_Resource_Book_MH_LEG_Spanish.pdf

modalidades posibles de tratamiento; y dolores o incomodidades posibles y riesgos y secuelas del tratamiento propuesto. E incluye que el consentimiento se considerará invalidado debiendo procederse como internación involuntaria en los supuestos en que el estado de lucidez se pierda durante el transcurso de la internación, considerando como una de las posibles causas el efecto de los medicamentos.

La particular situación de los pacientes “que no protestan” contra el ingreso es tenida en cuenta en el Manual de Recursos de la OMS que advierte que *“la falta de protesta contra el ingreso, que se suele dar en pacientes que no comprenden ya sea por su propia patología o por padecer retraso mental severo, no debe ser interpretada como consentimiento porque el mismo debe necesariamente ser voluntario e informado. Esto implica que existen opciones, y que la persona está en condiciones y tiene el derecho de elegir entre esas opciones. Es fundamental que los derechos de los pacientes “que no protestan” sean protegidos de manera similar a los de los usuarios involuntarios, siendo posible que sea necesario llevar a cabo una evaluación de su grado de discernimiento y adecuación, y que se requiera su confirmación por más de un profesional. Los pacientes “que no protestan” deben, como los usuarios involuntarios, estar sujetos a procedimientos obligatorios y automáticos de revisión”*²⁷.

La garantía del respeto a la autodeterminación y autonomía del paciente con padecimiento mental respecto al consentimiento vertido, se vuelve a reforzar en la misma ley en el art. 19, por cuanto prescribe que *“el consentimiento obtenido o mantenido con dolo, debidamente comprobado por autoridad judicial, o el incumplimiento de la obligación de informar establecida en la presente ley, harán pasible al profesional responsable y al director de la institución de las acciones civiles y penales que correspondan”*.

3.- La internación Voluntaria.

²⁷ Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental. 2006. *tratamiento de salud mental voluntario e involuntario*. Pág. 52. Recuperado de http://www.who.int/mental_health/policy/legislation/WHO_Resource_Book_MH_LEG_Spanish.pdf

El principio de la autonomía de la voluntad también se reconoce en el Art. 18, 1° parte: *la persona internada bajo su consentimiento podrá en cualquier momento decidir por sí misma el abandono de la internación....* El mismo se complementa con el Principio 15 Inc. c de los Principios de Salud Mental que indica que *“todo paciente que no haya sido admitido involuntariamente tendrá derecho a abandonar la institución psiquiátrica en cualquier momento a menos que se cumplan los recaudos para su mantenimiento como paciente involuntario, en la forma prevista en el principio 16; el paciente será informado de ese derecho”*. El Principio 16, por su parte, se ocupa de especificar en que casos una persona puede ser admitida como paciente involuntario o retenida como paciente involuntario en una institución psiquiátrica a la que ya hubiera sido admitida como paciente voluntario, y a tales efectos prescribe que para ello se requiere que un médico calificado y autorizado por ley a esos efectos, determine que esa persona padece una enfermedad mental y considere: que debido a tal enfermedad existe un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros; o que la enfermedad mental sea grave y el hecho de que no se la admita o retenga puede llevar a un deterioro considerable de su condición o impedir que se le proporcione un tratamiento adecuado.

Del análisis dinámico de la ley 26.657 y los Principios de Salud Mental surgen los alcances de esta norma, lo cual permite concluir que el respeto de la autodeterminación y autonomía de la voluntad del paciente con padecimiento mental no es absoluto, su posibilidad de decidir por sí mismo el abandono de la internación deberá estar sujeta al análisis de su patología, tratamiento, estado de salud en general y por supuesto también se deberá considerar su estado en relación al proceso legal de interdicción del cual es sujeto. Lo expresado no implica que este derecho se vuelve una cuestión abstracta, sino que a la par de las indicaciones del equipo interdisciplinario sobre la posibilidad de ejercicio de este derecho de opción del paciente, también se darán todas las garantías para que este alta médico no sea negado arbitrariamente, habilitándose la intervención de la autoridad judicial para la verificación de la conveniencia o no de continuar la internación y del OR a los mismos efectos, otorgándosele el derecho de designar un abogado ya sea por sí mismo o a través de su representante legal.

El mismo Art. 18 se ocupa de fijar el mecanismo que se debe respetar en las internaciones voluntarias a los efectos de que no decaigan los controles que pudieran llevar

a la institucionalización del paciente, fijando los siguientes plazos: ...”*en todos los casos en que las internaciones voluntarias se prolonguen por más de SESENTA (60) días corridos, el equipo de salud a cargo debe comunicarlo al OR y al juez. El juez debe evaluar en un plazo no mayor de CINCO (5) días de ser notificado, si la internación continúa teniendo carácter voluntario o si la misma debe pasar a considerarse involuntaria, con los requisitos y garantías establecidas para esta última situación...*” Si bien este artículo se ocupa de regular las internaciones voluntarias, vemos que permite la posibilidad de que las mismas se transformen en involuntarias pasados los 60 días de internación. Pero para que este cambio en las condiciones de voluntariedad se produzca, no requiere del mero transcurso del tiempo, sino de la intervención del juez quien a su vez en el lapso de 5 días corridos debe evaluar si las condiciones han cambiado o no. Esto deja en claro que son los jueces quienes deciden y custodian las garantías. Respecto al plazo de 60 días que deben transcurrir para que se de intervención al juez -en las internaciones a pedido del propio interesado-, coincido con lo expresado por Famá, Herrera y Pagano en que es un plazo excesivo, debiendo haberse mantenido el plazo de veinte días que preveía la ley 22.914 en su art. 2 para este tipo de internaciones. (Addenda de actualización. 2011. Pág.40).

La norma no hace mención al órgano jurisdiccional que debe entender en este procedimiento, no obstante ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo la ocasión de pronunciarse en varios expedientes donde se plantearon conflictos de competencia estableciendo como regla que *“es el juez del lugar donde se encuentre el centro de internación el más indicado para adoptar las medidas urgentes necesarias para dar legalidad y controlar las condiciones en que el tratamiento de internación se desarrolla, sin perjuicio de que resuelva declarar su incompetencia o, en su caso, requiera la intervención del juez del domicilio del causante si así correspondiere. La debida tutela de los derechos esenciales de la persona sometida al tipo de proceso como el de autos, impone al juez del lugar de la internación forzosa la obligación de tomar las medidas urgentes que aquélla requiera. En consecuencia, en el supuesto de suscitarse una contienda de competencia entre magistrados, el deber de aquél no cesa hasta tanto el conflicto no sea resuelto....El hecho de que el juez que conoce en el trámite de internación se encuentre en el mismo lugar que el establecimiento donde habita el eventual incapaz, en*

*primer término, coadyuva al contacto directo y personal del órgano judicial con el afectado por la medida. Además, favorece la concentración en ese marco de todas las diligencias médicas destinadas a determinar su estado de salud, y finalmente propende a eliminar trámites procesales superfluos u onerosos y la prolongación excesiva de los plazos en la adopción de decisiones vinculadas a la libertad ambulatoria del individuo, aspectos todos ellos vinculados a los principios de inmediatez y economía procesal*²⁸.

El Art. 18 en el segundo apartado contempla la posibilidad de la continuación de la internación por problemáticas de orden social, estableciendo que en estos casos “*el juez deberá ordenar al órgano administrativo correspondiente la inclusión en programas sociales y dispositivos específicos y la externación a la mayor brevedad posible, comunicando dicha situación al órgano de revisión*”. En esta directiva se hacen manifiestos los deberes especiales que tiene el Estado para garantizar el respeto y garantía de los derechos humanos mediante el mecanismo de reinserción comunitaria, una vez que se estabilizó su condición psiquiátrica.

4.-La Internación Involuntaria

4.1 Procedimiento para el ingreso involuntario

Art. 20 “*La internación involuntaria de una persona debe concebirse como recurso terapéutico excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios, y sólo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. Para que proceda la internación involuntaria, además de los requisitos comunes a toda internación debe hacerse constar:*

- *Dictamen profesional del servicio asistencial que realice la internación. Se debe determinar la situación de riesgo cierto e inminente a que hace referencia el primer párrafo, con la firma de dos profesionales de diferentes disciplinas, que no tengan relación de parentesco, amistad o vínculos económicos con la persona, uno de los cuales deberá ser psicólogo o médico psiquiatra.*
- *b) Ausencia de otra alternativa eficaz para su tratamiento.*

²⁸CSJN (27/12/2005) "Tufano, R- A. s/ internación". Competencia N° 1511 XL.

- *C) Informe acerca de las instancias previas implementadas si las hubiera.*

La ley nuevamente hace alusión expresa a la excepcionalidad de la internación psiquiátrica concibiéndola como recurso terapéutico sólo en caso en que no sean posibles los abordajes ambulatorios; incorpora como previsión, que la internación involuntaria únicamente podrá ser dispuesta cuando a criterio del equipo de salud “*mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros*” (Principios de Salud Mental, Principio 16 apartado a). Hace recaer la decisión de la misma sobre el equipo interdisciplinario asegurando la inmediata tutela judicial, mediante la previsión del derecho a revisión judicial desde su inicio, a los efectos de autorizarla, y su control posterior mediante exámenes periódicos a intervalos razonables; al igual que asegura la garantía del debido proceso y el derecho a contar con asistencia jurídica. Además, amplía las protecciones para la persona puesto que, a los efectos de preservar la imparcialidad del diagnóstico o evaluación prescribe expresamente que los profesionales responsables de determinar esta situación de riesgo, no deberán tener relación ni de parentesco, ni de amistad ni vínculos económicos con el paciente.

El Decreto Reglamentario por su parte, en el Art. 20, analiza el alcance de la terminología empleada, estableciendo que se debe entender por “*riesgo cierto e inminente a aquella contingencia o proximidad de un daño que ya es conocido como verdadero, seguro e indubitable que amenace o cause un perjuicio a la vida o integridad física de la persona o de terceros, el cual deberá ser verificado mediante una evaluación actual del equipo interdisciplinario, cuyo fundamento no puede reducirse exclusivamente a una clasificación diagnóstica; no incluyéndose en esta ponderación, los riesgos derivados de actitudes o conductas que no estén condicionadas por un padecimiento mental.*”

El nuevo abordaje de los padecimientos psíquicos que derivan en una privación de la libertad, se plasma en el Código Civil a través de la reforma del Art. 482 que en su nueva redacción introduce las siguientes modificaciones:

- En el primer párrafo incorpora la figura del equipo interdisciplinario del servicio asistencial;
- En el segundo párrafo, elimina la facultad que tenían las autoridades policiales para disponer la internación previo dictamen del médico oficial y en su reemplazo establece que las autoridades públicas deberán disponer el

traslado a un establecimiento de salud para su evaluación.- Esta modificación atiende a dos elementos: por un lado al referirse a cualquier autoridad pública, es más abarcativo que el anterior; y, por el otro, destierra la facultad de disponer la internación permitiendo únicamente su traslado a un establecimiento de salud. Considero de suma importancia el incluir en el presente trabajo, las prescripciones referidas a las Fuerzas de Seguridad formuladas en el Art. 20 del Decreto Reglamentario de la Ley respecto de la actuación de las mismas, el que reza: *“las Fuerzas de Seguridad que tomasen contacto con una situación de riesgo cierto e inminente para la persona o para terceros por presunto padecimiento mental, deberán intervenir procurando evitar daños, dando parte inmediatamente y colaborando con el sistema de emergencias sanitarias que corresponda”*. Agrega que *“la Autoridad de Aplicación conjuntamente con el Ministerio de Seguridad, deberán elaborar protocolos de intervención y capacitación basados en el criterio de evitar todo tipo de daños”*. En esta norma queda plasmada la intención del legislador tendiente a evitar las situaciones de maltrato y abuso a los que frecuentemente son sometidas las personas con padecimiento mental so pretexto del peligro que representan para sí mismas y para los demás. Estimo oportuno incluir en este trabajo, una experiencia acaecida hace pocos días en la Sección de enfermos crónicos del Área de Salud Mental de un Hospital Regional, donde se verificó que a raíz de una pelea entre dos internos debido a la descompensación psiquiátrica de uno de ellos, intervino un agente de seguridad que le dio fin a la misma golpeando salvajemente al paciente, ante la ausencia total de personal médico o de enfermería que se hiciera cargo del abordaje terapéutico. Lamentablemente se -aún con la vigencia de esta Ley-, hechos de esta naturaleza no son sucesos aislados, de allí la importancia y necesidad que a la brevedad se elaboren de los protocolos de intervención y capacitación tendientes a reglamentar la intervención de las Fuerzas de Seguridad a los efectos de impedir hechos como los relatados .Asimismo considero que dichos protocolos son la herramienta fundamental en orden a

la posibilidad de exigir el cumplimiento y respeto de todos los recaudos que contiene la ley.

- En el tercer párrafo, en la anterior redacción, en caso de urgencia el juez -a pedido de las personas enumeradas en el art. 144- podía, previa información sumaria, disponer la internación de personas afectadas de enfermedades mentales y adicciones aunque no justifiquen la declaración de demencia, debiendo designar un defensor especial para asegurar que la internación no se prologue más de lo indispensable. En la nueva redacción se elimina la figura del defensor especial y se faculta al juez a disponer, no ya la internación, sino la evaluación por medio de un equipo interdisciplinario de salud, siempre y cuando de la información sumaria recogida previamente surgieran indicios de que la problemática constatada pudiera tener vinculación con un padecimiento mental o adicción.
- Respecto de las personas susceptibles de ser internadas, cambia el criterio de peligrosidad (personas que por padecer enfermedades mentales, o ser alcoholistas crónicos o toxicómanos pudieren dañar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública), por la categorización de “personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones” (lo que incluye patologías de cualquier tipo de adicción); exigiendo además, no ya la peligrosidad, sino el riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.

4.2 Revisión judicial

Análisis del Art, 21:

“La internación involuntaria debidamente fundada debe notificarse obligatoriamente en un plazo de DIEZ (10) horas al juez competente y al órgano de revisión, debiendo agregarse a las CUARENTA Y OCHO (48) horas como máximo todas las constancias previstas en el artículo 20”...

Los plazos que establece la ley para que el equipo asistencial ponga en conocimiento del juez competente y del OR la medida de internación debidamente fundada son muy breves. *“El lapso de diez horas corridas comienzan a contarse desde que se efectivizó la medida y aún cuando su vencimiento opere en día y horario inhábil judicial.*

La comunicación podrá realizarse telefónicamente, o por otra vía tecnológica expedita y verificable que se acuerde” (Art. 21 Decreto Reglamentario). Una de las observaciones que se hace al respecto es que el texto legal debería tener el agregado que el plazo será de aplicación una vez que se informatice el sistema y exista una red sanitaria-judicial (Stingo, N. (2011). Pág. 106).

Se establece además un plazo de cuarenta y ocho horas para que remitan al Tribunal todas las constancias exigidas por la ley para la procedencia de dicha medida (acreditación de riesgo cierto e inminente, ausencia de otra alternativa eficaz para su tratamiento e informe de instancias previas implementadas si las hubiera).

El derecho de defensa se hace presente previo a resolver la internación dispuesta por el servicio asistencial, debiendo *“el juez garantizar el derecho de la persona internada de ser oída” (Art. 21 Decreto Reglamentario). En el mismo sentido, el art. 8, párrafo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.*

El derecho a la asistencia técnica de un abogado está también reconocido en el mismo texto de la ley en el art. 22 al decir: *“la persona internada involuntariamente o su representante legal, tiene derecho a designar un abogado. Si no lo hiciera, el Estado debe proporcionarle uno desde el momento de la internación....”* La función del abogado es la exclusiva defensa de los intereses de la persona que se encuentra internada involuntariamente, debiendo *“el juez garantizar que no haya conflictos de intereses²⁹”* en el caso que el mismo sea designado por el representante legal del paciente. *“En el ejercicio de la asistencia técnica, el abogado defensor –público o privado- debe respetar la voluntad y preferencias de la persona internada, en lo relativo a su atención y tratamiento³⁰;* debe ocuparse del resguardo de sus cuestiones patrimoniales

²⁹ Decreto 603/2013- Reglamentación de la Ley Nacional 26.657. Art. 22.

³⁰ Decreto 603/2013- Reglamentación de la Ley Nacional 26.657. Art. 22.

impostergables y urgentes, puede oponerse a la internación, solicitar la externación, tener acceso a las actuaciones, y si no puede comprender la voluntad de la persona internada, igualmente deberá procurar que las condiciones generales de internación respeten las garantías mínimas exigidas por la ley.

...”El juez en un plazo máximo de TRES (3) días corrido de notificado debe:

- a) Autorizar, si evalúa que están dadas las causales previstas por esta ley;
- b) Requerir informes ampliatorios de los profesionales tratantes o indicar peritajes externos, siempre que no perjudiquen la evolución del tratamiento, tendientes a evaluar si existen los supuestos necesarios que justifiquen la medida extrema de la internación involuntaria ;

“El informe ampliatorio solo procede si, a su criterio el informe original es insuficiente, interrogándose puntualmente sobre aquellos aspectos que requieran ser completados. Ante un pedido de informe ampliatorio o peritaje externo, el plazo máximo para autorizar o denegar la internación no podrá superar los siete días” (Art. 21 inc. b. Decreto Reglamentario).

- c) Denegar, en caso de evaluar que no existen esos supuestos, en cuyo caso debe asegurar la externación de forma inmediata.

....”El juez solo puede ordenar por sí mismo una internación involuntaria cuando, cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 20, el servicio de salud responsable de la cobertura se negase a realizarla”.

Al respecto, el Art. 21 del Decreto Reglamentario sólo determina que debe entenderse por “servicio de salud responsable de la cobertura” al máximo responsable de la cobertura de salud, sea pública o privada, sin incluir en el mismo las especificaciones previstas por el Proyecto de Reglamentación en el mismo artículo, que estimo hubieran sido apropiadas por cuanto amplían la comprensión de los alcances de este ítem. La citada norma contemplaba lo siguiente: “el juez no puede internar salvo indicación del equipo de salud asistencial pero, existiendo tal indicación, y ante el supuesto que se argumentase carencia de espacios adecuados o la institución se negare a internar al paciente sin orden judicial, el magistrado tiene la facultad de ordenar el cumplimiento de la indicación al máximo responsable de la Obra Social o cobertura privada de salud o al responsable sanitario de la jurisdicción si la persona no tiene cobertura u Obra Social”.

4.3 Control de la internación.

Art. 24: Si el juez autorizó una internación involuntaria, debe *“solicitar informes con una periodicidad no mayor a TREINTA (30) días corridos a fin de reevaluar si persisten las razones para la continuidad de dicha medida, y podrá en cualquier momento disponer su inmediata externación...”*

...Si transcurridos los primeros NOVENTA (90) días y luego del tercer informe continuase la internación involuntaria, el juez deberá pedir al órgano de revisión que designe un equipo interdisciplinario que no haya intervenido hasta el momento, y en lo posible independiente del servicio asistencial interviniente, a fin de obtener una nueva evaluación. En caso de diferencia de criterio, optará siempre por la que menos restrinja la libertad de la persona internada”.

Ante la privación de la libertad de las personas con padecimiento mental, la ley exige que el juez monitoree mensualmente dicha medida para que la misma no se prolongue más allá del tiempo indispensable que requiera su compensación. En aquellos supuestos en que la internación se prolongue por 90 días, debe solicitar al OR la designación de un nuevo equipo interdisciplinario, independiente y distinto al que ya hubiese intervenido a los efectos de obtener una evaluación imparcial.

La CSJN ha tenido la posibilidad de expedirse respecto a la necesidad de asegurar la garantía del debido proceso habiendo expresado que *“...en los procesos donde se plantea una internación psiquiátrica involuntaria o coactiva, es esencial el respeto a la regla del debido proceso en resguardo de los derechos fundamentales de las personas sometidas a ella...en virtud del estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el cual se encuentran frecuentemente quienes son sometidos a tratamientos de esta índole, erigiéndose por ende, como esencial el control por parte de los magistrados de las condiciones en que aquélla se desarrolla” ...*³¹. En otra oportunidad manifestó *“...la medida de privación de la libertad del paciente debe ser revisada judicialmente mediante procedimientos simples, expeditivos, dotados de la mayor celeridad y, si correspondiera*

³¹ CSJN (27/12/2005) "Tufano, R- A. s/ internación". Competencia N° 1511 XL.

prolongarla por razones terapéuticas, ello debe ser objeto de un minucioso control periódico jurisdiccional obligatorio de los motivos de la internación, a los efectos de estudiar si las condiciones que determinaron su reclusión se mantienen o se modificaron en el tiempo, y siempre en el marco de los principios y garantías constitucionales mencionados. De no ser así, la internación se convierte en los hechos en una pena privativa de la libertad sin límite de duración”³².

5.- Internación de Menores.

.... “Las personas con discapacidad mental conforman un colectivo social en particular situación de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia, abandono y un grupo de riesgo con “debilidad jurídica estructural”, lo que conlleva la necesidad de una protección especial de parte del derecho y del sistema judicial en su conjunto, garantizando el acceso a la justicia y a un debido proceso legal, en especial, a la defensa técnica. Derecho de defensa que debe sin dudas abandonar el histórico abordaje asistencialista del problema y considerar a dichas personas como sujetos de derechos con capacidad para ejercerlos por sí...”³³.

Los legisladores, atendiendo a esta significativa vulnerabilidad, preceptuaron en el Artículo 26 que *“en caso de internación de personas menores de edad o declaradas incapaces se la debe considerar como internación involuntaria y proceder de acuerdo a lo establecido en la presente ley. En el caso de niños, niñas y adolescentes, además se procederá de acuerdo a la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos”*.

La ley de Salud Mental hace una referencia específica a los menores de edad (niños, niñas y adolescentes) adecuando la legislación nacional a los principios y tratados internacionales de derechos humanos. Parte de la consideración de los menores como sujetos de derechos que pueden y deben ser protegidos del accionar del Estado protector que -en miras de desempeñar dicha función- toma medidas que vulneran aún más su

³² CSJN. 19/02/2008. "R.M.J. s/ insanía". Número 1195.XLII.

³³ CSJN. 19/02/2008. "R.M.J. s/ insanía". Numero 1195.XLII

debilidad jurídica estructural, otorgándole una protección especial que les garantiza el acceso a la justicia, el respeto al debido proceso y el derecho a la defensa técnica. Se apoya sólidamente sobre la ley nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes y en la Convención de los Derechos del Niño. Al reconocerlos como sujetos de derecho, rige para ellos el principio del consentimiento informado para la internación y para los diversos tipos de tratamientos que reciba tendientes al restablecimiento de su salud psíquica, teniendo en cuenta su grado y posibilidades de comprensión los cuales son evaluados por los equipos de salud. No obstante la necesidad de recabar el consentimiento del menor para la internación, a los efectos legales éstas siempre se consideran involuntarias, lo que permite sujetarlas a control de legalidad y a la obligatoriedad de revisión periódica para hacerlas cesar en caso de inexistencia de riesgo cierto e inminente o de la existencia de una alternativa menos restrictiva de derechos³⁴.

El Decreto Reglamentario, en el art. 26 completa el contenido de la norma estipulando que *“deben ser asistidos por un abogado defensor, preferentemente especializado en los términos del artículo 27 inc. c) de la Ley 26.061”*. Remite a la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que en el artículo señalado establece las garantías mínimas a respetar en los procedimientos judiciales o administrativos que los tengan como sujetos, la cual prescribe que se les debe garantizar el derecho *“a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio de todo procedimiento judicial o administrativo que lo incluya y, en caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle un abogado de oficio”* (art. 27 Inc. c. ley 26.061). Respecto al consentimiento informado, en el art. 26 inciso d) del Decreto sólo se estableció que en las internaciones de personas declaradas incapaces o menores de edad se deberá *“poner a su disposición la suscripción del consentimiento informado”* sin realizar ninguna especificación al respecto. En este punto - atendiendo a la particular situación de vulnerabilidad y la persistencia del abordaje

³⁴ Rodríguez, L. (2011). *La nueva ley de salud mental 26.657. A propósito de la internación psiquiátrica involuntaria y del derecho de defensa técnica de las niñas, niños y adolescentes con padecimientos en su salud Psíquica.* Recuperado de http://asesoriatutelar.com.ar/materialdeintereses/documentos/03_



asistencialista respecto de toda situación en la que se ven involucrados niños, niñas y adolescentes-, considero que deberían haberse tenido en cuenta las indicaciones incluidas en el Borrador de la Reglamentación, las que distinguían diferentes modalidades según la edad de los menores, prescribiendo que *“las personas mayores de 14 años y las declaradas incapaces deben suscribirlo, y en caso de que el equipo tratante considere y fundamente que no se encuentra en condiciones de formarse un juicio propio deben suscribirlo los padres o representantes legales; siendo menores de esa edad, su opinión respecto de la internación deberá constar en la historia clínica”*. Aclarando además que, *“no obstante la existencia del consentimiento informado, la internación de personas menores de 18 años o declaradas incapaces deberá ser considerada siempre involuntaria a los efectos de la notificación y controles pertinentes”*.

CAPITULO V

DESMANICOMIALIZACION

1.- De la Institucionalización a la Desinstitucionalización.

Desde el comienzo de los tiempos “la locura” ha sido un concepto construido socioculturalmente en torno a la enfermedad mental, que al ser asociado a valores e imágenes negativas, fue profundizando prejuicios y miedo hacia quienes la padecían llevándolos a la marginalidad y reclusión. Así lo expresó Foucault, quien tras una reseña histórica sobre la consideración social de la lepra en la Edad Media, puso de resalto que ...“*lo que durará más tiempo que la lepra, y que se mantendrá en una época en la cual, desde muchos años atrás los leprosarios están vacíos, son los valores y las imágenes que se habían unido al personaje del leproso; permanecerá el sentido de su exclusión, la importancia en el grupo social de esta figura insistente y temible, a la cual no se puede apartar sin haber trazado antes alrededor de ella un círculo sagrado*”...(Foucault, 1964, p.16). Lo mismo ocurrió con la locura, que al reemplazar la figura del leproso, se fue asentando en un espacio moral de exclusión ligada a la internación en hospicios o asilos como el lugar natural de quienes la padecían.

Esta visión del enfermo mental permitió la creación de verdaderos “depósitos” de personas, que bajo la denominación de instituciones psiquiátricas o manicomios sustraía de la vista de la sociedad civilizada a todos aquellos seres que no le eran útiles y alteraban la normal convivencia social.

Con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos se comenzó a correr el velo visibilizándose la real situación que imperaba en estos establecimientos, en los que la regla era el abuso y violación sistemática de los derechos inherentes a la condición humana. En función de esta realidad global, se fueron creando numerosos instrumentos internacionales que, con la finalidad de desandar este camino, impusieron un nuevo paradigma que adoptó como fundamento de la convivencia universal el principio de la dignidad humana y el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Esta construcción paradigmática que abarcó a todos los

seres humanos en general, hizo hincapié en forma particular respecto a los grupos sociales más vulnerables tales como las mujeres, los niños, los privados de la libertad, los discapacitados y los enfermos mentales. Respecto a los padecimientos mentales, los instrumentos internacionales pusieron en el centro de la cuestión la abolición de estas terroríficas instituciones psiquiátricas o manicomios reemplazándolas por el servicio de atención psiquiátrica comunitaria. Uno de los documentos más significativos fue la Declaración de Caracas del 14 de noviembre de 1990 -auspiciada por la OMS y la OPS- que en su análisis parte de la comprobación que la atención psiquiátrica convencional no permite alcanzar los objetivos compatibles con una atención comunitaria, descentralizada, participativa, integral, continua y preventiva, debido a que el hospital psiquiátrico, como única modalidad asistencial, aísla al enfermo de su medio generando mayor discapacidad social, crea condiciones desfavorables que ponen en peligro los derechos humanos y civiles del enfermo, requiere la mayor parte de los recursos financieros y humanos asignados por los países a los servicios de salud mental, e imparte una enseñanza insuficiente vinculada con las necesidades de salud mental de las poblaciones, de los servicios de salud y otros sectores. Declara que la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica ligada a la Atención Primaria de Salud en los marcos de los Sistemas Locales de Salud permite la promoción de modelos alternativos centrados en la comunidad y dentro de sus redes sociales; e implica la revisión crítica del papel hegemónico y centralizador del hospital psiquiátrico en la prestación de servicios. Afirma que los recursos, cuidados y tratamientos provistos deben salvaguardar, invariablemente, la dignidad personal y los derechos humanos y civiles; basarse en criterios racionales y técnicamente adecuados y propender a la permanencia del enfermo en su medio comunitario. Asimismo conmina a los Estados para que sus legislaciones se ajusten de manera tal que aseguren el respeto de los derechos humanos y civiles de los enfermos mentales, promuevan la organización de servicios comunitarios de salud mental que garanticen su cumplimiento; y capaciten el recurso humano en Salud Mental y Psiquiatría apuntando a un modelo cuyo eje pase por el servicio de salud comunitaria y propicie la internación psiquiátrica en los hospitales generales, de acuerdo con los principios rectores que fundamentan esta Reestructuración.-

Estos lineamientos impregnan toda la Ley Nacional de Salud Mental y concreta la desmanicomialización en forma expresa en su artículo 27 por el cual “*queda prohibida por*

la presente ley la creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados. En caso de los ya existentes se deben adaptar a los objetivos y principios expuestos, hasta su sustitución definitiva por los dispositivos alternativos. Esta adaptación y sustitución en ningún caso puede significar reducción de personal ni merma en los derechos adquiridos de los mismos”.

La Desinstitucionalización, especialmente en lo que se refiere a los hospitales monovalentes, ha dado lugar a manifestaciones encontradas, algunas de ellas notoriamente en contra como la del Dr. Pérez Dávila, quien objetó esta norma señalando que la prohibición de la construcción y autorización de nuevos neuropsiquiátricos no ayuda a resolver la problemática de la salud mental. “...*Es necesario modificar, modernizar y sistematizar un tipo de atención más personalizado del enfermo (por ello la necesidad de grupos interdisciplinarios, lo que no significa igualdad de conocimientos científicos médicos, y mucho menos, conferirles igualdad de facultades). Hay casos de manifestación aguda que necesitan hospitalización, requieren personal especializado, médicos y personal no médico adiestrados para el manejo terapéutico del enfermo mental, especialmente las personas adictas con alto grado de toxicidad y pacientes con padecimientos mentales en situación crítica con instintos agresivos desmesurados peligrosos para sí mismos y para los terceros...Ya sin los enfermos mentales, se encuentran desbordados a diario por las atenciones superpobladas a las que se ven expuestos; nadie puede negar que las consecuencias serán peores en cuanto a la calidad prestacional y a los innumerables riesgos no sólo a los que quedarán expuestos los médicos y personal no médico hospitalario, sino también el resto de los pacientes y allegados o familiares que puedan encontrarse en el recinto, en cualquier situación de agresión desbordada, donde puede haber concreto peligro no sólo en alterar la salud, sino de perder la vida misma.*”³⁵.

En sentido contrario, Leonardo Gobacz expresa que “...*la prohibición de la creación de nuevos hospitales monovalentes de internación apunta a integrar definitivamente la atención de la salud mental en el sistema de atención de salud general*

³⁵ Derecho y Salud, (2011), “*Riesgos de incorporar a los “adictos delincuentes” como enfermos mentales*”. Recuperado de <http://mariacristinacortesi.blogspot.com.ar/2011/12/riesgos-de-incorporar-los.html>

para la población. Por un lado, porque las instituciones monovalentes tienden rápidamente a ser utilizadas como depósitos de personas, en mucha mayor medida que un hospital general. Pero también porque la definición de que la salud mental requiere dispositivos separados del resto de la atención en salud contribuye a la discriminación de los afectados. La creación de los dispositivos alternativos (casa de convivencia, hospitales de día, cooperativas de trabajo, etc.) constituye una de las claves de la nueva ley, sin ellos, los equipos asistenciales quedan entre la espada y la pared, teniendo que elegir entre la internación en hospitales monovalentes y la nada, o no pudiendo hacer efectivo un alta de una internación por la ausencia de los mismos... ”³⁶.

Más allá de las distintas miradas en torno a esta directiva de la ley y las dificultades actuales para su inmediata implementación, coincido con el Dr. Néstor Stingo en que “*los hospitales o instituciones psiquiátricas monovalentes privadas o públicas, al igual que aquellos de otras especialidades clínicas, son muy importantes y efectivos en las estrategias terapéuticas y en la formación de profesionales especializados, ya que al nuclear médicos con distintos enfoques teóricos y pluralidad de pensamientos permiten avances significativos en el tratamiento de las enfermedades*”³⁷. Lo cual no implica de ninguna manera que no debe modificarse el “status quo”, sino que por el contrario, deberían adaptarse a la nueva legislación disminuyendo el número de pacientes y desarrollando proyectos de adecuación y sustitución por dispositivos alternativos de rehabilitación en la comunidad y capacitación del personal. Sin olvidar que dicha norma atiende no solo a evitar las internaciones prolongadas indefinidamente, recaudo que estaría cubierto por el control de las internaciones, sino que fundamentalmente apunta a un cambio de paradigma respecto al enfermo mental en cuanto a la discriminación y segregación social, para lo cual se requiere del acompañamiento de políticas de inclusión y de capacitación y educación comunitarias. Estas son el eje fundamental donde se debe asentar esta nueva concepción.

³⁶ Panorámicas de salud mental: a un año de la Ley Nacional N° 26.657. (20/12/2011). “*La Ley de Salud Mental y el Proyecto Nacional*”. Recuperado http://asesoria.jusbaires.gob.ar/sites/default/files/06_Panoramicas_salud_mental.pdf

³⁷ Sainz, Otero, Orlandelli y Salinas (2011) *Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657: Comentarios Interdisciplinarios*. Buenos Aires. Ediciones Centro Norte.

Considero relevante incluir la experiencia norteamericana comentada por Kraut a los efectos de tomarla como un antecedente de “desinstitucionalización” a tener en cuenta para que no se cometan los mismos errores. En el año 1953 Kennedy puso en marcha un ambicioso programa de Psiquiatría Comunitaria para lo cual se crearon numerosos centros comunitarios de salud mental y se procedió a la externación masiva de enfermos internados en los hospitales psiquiátricos. Esta experiencia en particular fue funesta siendo algunas de sus consecuencias: el desamparo de pacientes graves, la falta de asistencia médica adecuada en la comunidad (ausencia de servicios para el tratamiento y apoyos para el paciente y su familia), aumento de las reinternaciones, etc. Las causas de este rotundo fracaso se debieron a la falta de implementación de políticas de fondo y falta de inversión en salud mental, no se logró forjar una nueva mentalidad en la comunidad ni se establecieron alternativas criteriosas de asistencia, únicamente significó espectaculares ahorros para el Estado³⁸.

1.1 Antecedentes legislativos Relevantes:

1.1.1 La Reforma Psiquiátrica en Italia

Tomando como base el análisis de Kraut, se puede afirmar sin duda alguna que el artífice de la reforma psiquiátrica en Italia fue el médico psiquiatra Franco Basaglia, quien a partir de efectuar una profunda crítica al sistema de salud mental, puso en marcha un movimiento destinado a la erradicación definitiva de los manicomios. En 1.962 fue nombrado director del Hospital psiquiátrico de Gorizia, lugar donde comenzó a realizar una experiencia de comunidades terapéuticas absolutamente innovadora, en un momento histórico en que la concepción legal y social del sistema ligado a los enfermos mentales giraba alrededor de la peligrosidad y el escándalo público, con ausencia total de cualquier consideración a la salud. Basaglia consideraba al paciente bajo dos dimensiones: por sus síntomas lo veía como un enfermo y por su situación de exclusión y estigmatización social como la expresión de un síntoma social. A lo largo de su carrera profesional puso en

³⁸ Kraut, A.J. (2006). “*Salud Mental. Tutela Jurídica*”. Buenos Aires. Rubinzal –Culzoni Editores. Pág. 361.

práctica un proceso de desinstitucionalización en los hospitales donde trabajaba, para lo cual eliminó las prácticas violentas y abrió los pabellones a la comunidad para lograr la interacción, favoreciendo la creación de cooperativas sociales donde los pacientes compartían espacios de trabajo con otros miembros de la comunidad. Fundó un movimiento llamado “Psiquiatría democrática” siendo sus objetivos la externación del paciente y el cierre de los manicomios. Su lucha a través de este movimiento y el apoyo de la izquierda italiana lograron que en 1978 fuera aprobada casi por unanimidad en el Parlamento la Ley 180 de Reforma Psiquiátrica en la cual se ordenaba el cierre progresivo de los hospitales psiquiátricos y la consiguiente prohibición de construir otros nuevos, promoviendo la atención comunitaria.

La ley prevé, entre otras medidas:

- La creación de servicios psiquiátricos específicos para el diagnóstico y cura dentro de los hospitales generales con un máximo de 15 camas.
- La creación de pequeños departamentos de hospitalización en los hospitales generales o en los centros de salud mental comunitarios y también la creación de pequeñas estructuras protegidas para personas imposibilitadas de vivir con su familia o de auto cuidarse.
- El tratamiento es considerado terapéutico y voluntario y la internación sólo puede decretarse residualmente como último recurso terapéutico.

Kraut realiza una crítica conceptual a la ley afirmando que en la misma falta la intervención judicial que controle la legalidad de la internación/externación puesto que es el alcalde, llamado “sindico” quien la autoriza. Si bien el juez posteriormente controla que la misma no haya sido arbitraria, la decisión recae sólo en los profesionales de la salud. *“La experiencia italiana enseña que todo intento de transformación de un sistema de salud mental debe ser apoyado por la comunidad, por los profesionales especializados y por los técnicos, y acompañado por reformas legislativas en temas esenciales como la capacidad, la imputabilidad, etc.”*³⁹

³⁹ Kraut, A.J. (2006). *“Salud Mental. Tutela Jurídica”*. Buenos Aires. Rubinzal –Culzoni Editores. Pág. 379 y sgtes.

Teniendo en cuenta nuestra realidad en el campo de la Salud Mental, la experiencia de Basaglia es prueba suficiente de que el cambio es factible de ser llevado a cabo pudiéndonos servir como guía, no sólo las profundas modificaciones que introdujo, sino también sus palabras, en especial cuando nos señala: *“Lo importante que hemos demostrado es que lo imposible se ha vuelto posible. Diez, quince, veinte años atrás, era impensable que un manicomio pudiera ser destruido. Tal vez los manicomios vuelvan a ser cerrados, incluso más cerrados que antes, yo no lo sé, pero de todas maneras nosotros hemos demostrado que se puede asistir a la persona loca de otra manera, y el testimonio es fundamental. No creo que el hecho de que una acción logre generalizarse quiera decir que se ha vencido. El punto importante es otro, es que ahora se sabe que se puede hacer”*⁴⁰.

1.1.2 Regulación Antimanicomial Ley 2.440 de la Pcia de Río Negro.

La Ley 2.440 de Salud Mental y Tratamiento y Rehabilitación de las Personas con Sufrimiento Mental, fue aprobada en setiembre de 1991 y reglamentada en 1992. Sus antecedentes fueron la Declaración de Caracas (1990), y la ley 180 de Italia. *“Fue la primera ley antimanicomial del país que surgió en medio de un proceso “desmanicomializador” iniciado en 1984 cuando se dispuso el cierre del hospital monovalente de Allen, transformándolo en uno general, y a la par se organizó un modelo descentralizador”* (Famá, Herrera y Pagano.2008. Pág.71).

Parte de la consideración del enfermo mental como “persona con sufrimiento mental” y en su articulado:

- promueve un sistema de salud que atendiendo a la entidad total y plena del ser humano, garantice el tratamiento y rehabilitación de las personas de cualquier edad que lo padece.
- Prohíbe la habilitación y funcionamiento de manicomios, neuropsiquiátricos o cualquier otro equivalente, público o privado, que no se adecue a los principios individualizados en la Ley.

⁴⁰ Revista Topia. *“la condena de ser loco y pobre”*. Recuperado de <http://www.topia.com.ar/editorial/libros/la-condena-de-ser-loco-y-pobre>

- Concibe a la internación como último recurso terapéutico y luego del agotamiento de todas las formas y posibilidades terapéuticas previas. La internación debe implicar que se tienda permanentemente a lograr la externación de la persona y su tratamiento ambulatorio.
- Establece como eje y causa de esta instancia terapéutica, la reinserción comunitaria de quien resulte internado teniendo en cuenta la singularidad de la persona humana, sus diversos momentos vitales y sus potencialidades de autonomía.
- El fin último de esta ley y de todas las acciones que de ella se desprenden es la recuperación de la identidad, dignidad y respeto de la persona humana con sufrimiento mental, expresada en términos de su reinserción comunitaria.
- Introduce la creación de equipos de evaluación para determinar la estrategia terapéutica más adecuada, los cuales contemplarán las situaciones en términos singulares para cada individuo y de acuerdo a sus diferentes momentos proponiendo tantas estrategias como necesidades plantee.
- Establece que la Provincia desconoce como válido todo medio terapéutico, cualquiera fuere su naturaleza, destinado exclusivamente a obtener la estabilización, claustración o reclusión de las personas como fin en sí mismo, desvinculado del propósito social contenido en esta Ley.

Kraut señala que no obstante la buena intención de esta ley, la falta de financiamiento así como la falta de sincronía en los códigos civil y penal fue afectándola y, según algunos críticos, hoy se ha visto deteriorada. *“La lucha entre quienes bregan por mantener estas nuevas formas institucionales que garanticen la atención y el seguimiento de los sufrientes mentales así como la construcción de la ciudadanía, y quienes pugnan por volver a las viejas prácticas, parece no estar definitivamente resuelta”*⁴¹.

⁴¹ Kraut, A.J. (2006). *“Salud Mental. Tutela Jurídica”*. Buenos Aires. Rubinzal –Culzoni Editores. Pág. 401.

Es de esperar que pasados doce años de su sanción, y fortalecida por la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental, ahora sea el momento para que comience a aplicarse en forma plena. Lo sucedido en Río Negro nos hace concluir que la existencia de una legislación en salud mental no garantiza por sí misma la vigencia de sus preceptos ni el respeto y la protección de los derechos humanos. Para que lo plasmado en la ley se concrete en la realidad se requiere que el Estado asuma su obligación ineludible de realizar acciones positivas al respecto, para lo cual resulta imperativo que se constituya el Órgano de Revisión y que se respete sin dilación el plazo previsto para el aumento presupuestario en los recursos destinados a Salud Mental. Además de las obligaciones estatales, se requiere del trabajo conjunto y sin descanso de todos los operadores que trabajan en las distintas áreas de salud mental, de los usuarios del servicio, de las familias de las personas con padecimientos mentales, las organizaciones intermedias y la sociedad toda.

2.- Rol de los Hospitales Generales en la Ley 26.657.

Reza el artículo 28 *“las internaciones de salud mental deben realizarse en hospitales generales. A tal efecto los hospitales de la red pública deben contar con los recursos necesarios. El rechazo de la atención de pacientes, ya sea ambulatoria o en internación, por el solo hecho de tratarse de problemática de salud mental, será considerado acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592”*.

“A los efectos de contar con los recursos necesarios para efectuar internaciones de salud mental en hospitales generales del sector público, el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y el Ministerio de Salud deberán contemplar en la construcción de nuevos hospitales, áreas destinadas específicamente a la atención en salud mental, promoviendo que igual criterio adopten todas las jurisdicciones. Asimismo establecerán planes de apoyo para el reacondicionamiento o ampliación de los Hospitales Generales con el mismo objetivo” (Art. 28 del Decreto Reglamentario).

Esta directiva legal recoge los lineamientos de la Declaración de Caracas que a los efectos de la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica, propicia la internación psiquiátrica en los hospitales generales y prescribe que la capacitación del recurso humano en Salud Mental y Psiquiatría debe hacerse apuntando a un modelo cuyo eje pasa por el servicio de salud comunitaria. De esta forma los Hospitales Generales adquieren una

trascendencia vital pues al ser la salud mental parte de la salud no tiene razón de ser que la misma no se aborde como cualquier otra problemática dentro del plan de Salud Pública y en efectores de salud comunes a toda la sociedad. Los principios de no discriminación e inclusión que plantea la ley, necesariamente deben tener en cuenta que el lugar desde donde se impartan los servicios de salud deben ser comunes a todas las personas, sin que esto implique una disminución en la calidad de la atención a los pacientes con padecimientos mentales.

La norma solo establece que las internaciones deben realizarse en hospitales generales sin especificar su calidad de públicos o privados, por lo que se considera que incluye ambas posibilidades siempre que los mismos se adecuen a las directrices que en materia de salud mental establece esta ley. En la actualidad hay muy pocos hospitales generales en la Argentina capacitados en su estructura para hacer frente al abordaje de la problemática de salud mental, especialmente si se tiene en cuenta que las adicciones integran esta especialidad, situación que el legislador pondera previendo para ello la construcción de nuevos hospitales, y reacondicionamiento o ampliación de los existentes.

Considero oportuno incorporar las reflexiones y opiniones de profesionales de la salud respecto de los artículos 27 y 28 (prohibición de creación de hospitales monovalentes y tratamiento de la salud mental en los hospitales generales), a los efectos de hacer visible la magnitud del trabajo a realizar para la efectiva internalización de esta propuesta normativa:

- El Dr. Pérez Dávila señala que *“confundir lo ideal con ausencia de un criterio de realidad (diseñar un prototipo de perfección que se desea sin posibilidad de concretarlo) es tan peligroso como inoperante, y para nada puede resultar beneficioso para la sociedad en la práctica diaria. Pretender que los Hospitales Generales se hagan cargo de la atención del enfermo mental y de los adictos es desconocer absolutamente criterios sanitarios y administración hospitalaria (muestra la enorme diferencia de pretender un ideal no adaptable a la realidad concreta)”*⁴².

⁴² Derecho y Salud, (2011), “Riesgos de incorporar a los “adictos delincuentes” como enfermos mentales”. Recuperado de <http://mariacristinacortesi.blogspot.com.ar/2011/12/riesgos-de-incorporar-los.html>

- 1.1.3 b) Para el Dr. José Buchovksy, de la Asociación Médica Argentina, *“Esta es una ley que parece muy progresista pero es muy reaccionaria, intenta hacer ver que el poder médico hegemónico es la traba de cualquier cambio en el sistema de salud, con concepciones muy negativas hacia el trabajo médico. Y en realidad, lo que queda claro es que el médico termina siendo un chivo expiatorio de la ineficiencia de los diferentes gobiernos que no pueden resolver los problemas sanitarios de nuestro país”*⁴³.

Completando la reflexión y análisis de esta cuestión, las conclusiones del “Posgrado en Determinantes Sociales de la Salud Mental de la Universidad Nacional de Buenos Aires” realizado por los profesionales Paula Raimondi (Psiquiatra infanto-juvenil), María Victoria Alcoba (Psicóloga) y Alejandro Todaro Kicyla (Médico) importan una mirada crítica, no sobre la ley 26657, sino sobre el rol de los operadores de la salud y su idiosincrasia que permite entender la virulenta reacción sobre estos ítems. El estudio (exploratorio y descriptivo) pretende identificar y analizar las concepciones sobre Inclusión Social que portan los trabajadores de la Salud Mental, cómo ello determina sus prácticas y cómo perciben los trabajadores su propio rol en las prácticas de inclusión. Con esa finalidad entrevistan a distintos profesionales en la materia llegando a las siguientes conclusiones:

“El concepto de Inclusión Social es vinculado por los entrevistados, en la mayoría de los casos, con el de Rehabilitación. Pareciera ser que ser trabajador de salud mental es solo “curar” al paciente para que una vez “mejorado” pueda funcionar como un engranaje más en la sociedad, sin pensar en la posibilidad de que la sociedad pueda generar otros tipos de vínculos para que, en vez de repetir la lógica de la exclusión pueda ésta transformarse en una lógica de inclusión. Así, por ejemplo, en una entrevista, frente a la pregunta de qué prácticas favorecerían la Inclusión Social, se respondió que: ... “Todo, por ejemplo, terapia ocupacional, los talleres protegidos, hospital de día, las casas de

⁴³ Asociación de médicos municipales de la ciudad de Buenos Aires (2012). “*Primeras Jornadas Interdisciplinarias de Salud Mental y Derecho*”. Recuperado http://www.medmun.org.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=945:gremiales-prueba&catid=96:mundo-hospitalario-ano-xviii-no155-agosto-2009

medio camino”... La respuesta no incluye modificar ninguna práctica, sólo dispositivos, como si sólo hubiera que esperar o exigir a alguna autoridad que los dispositivos existan, siendo pensados éstos como espacios imprescindibles para que la Inclusión Social sea posible. La “pertenencia social” estaría en el dispositivo y no en la sociedad, los dispositivos están pensados desde la lógica paternalista, en la que al paciente se le debe dar lo que los terapeutas creen conveniente para su curación. La Ley plantea un cambio de paradigma en el campo de la Salud Mental pero los entrevistados parecen sostener que cuando existan los dispositivos, el cambio estará hecho. Sólo en una entrevista de las realizadas se respondió en una línea diferente volcándose conceptos relacionados con prácticas comunitarias y red de trabajo, pensando en estrategias de Atención Primaria: ...“en realidad se puede llevar a cabo en cualquier lado [en referencia a la Inclusión Social], hablo de circular... En una sola institución no lo podría hacer. Para hacer una práctica comunitaria, se tiene que trabajar en red y uno circular por la red, así como los usuarios. Podría ser pero en red”... Computando estos resultados, suponemos que podría suceder que, aun teniendo todos los nuevos dispositivos, las lógicas de funcionamiento continúen siendo las mismas....

...En lo que respecta a las representaciones del propio rol de los trabajadores de la Salud Mental, en la mayoría de las entrevistas no se destaca ningún interrogante sobre sus prácticas y la posibilidad de modificarlas a fin de promover la inclusión de los usuarios. “Existe una clara correlación entre la concepción de Inclusión Social que portan y las prácticas que llevan adelante. Siendo la individualidad la óptica desde donde conceptualizan la Inclusión Social, el foco de la intervención está puesto en el individuo. En el único caso en que se hizo referencia a la posibilidad de modificar las propias prácticas la entrevistada destacó que: ... “Me parece que lo primero es que la pensemos nosotros como profesionales...Que la tengamos en cuenta al momento que estamos frente a un paciente y empezar a cambiar la forma que tenemos de trabajar... Hay que hacer también mucho trabajo con la comunidad para que haya menos prejuicios que no haya tanto miedo...”

“...La mayoría de los entrevistados no responden según el enfoque de derechos, lo que deja ver la necesidad de profundizar y trabajar esta temática en el seno de las

instituciones, tanto en aquellas en donde se desarrollan las prácticas, como en aquellas destinadas a la formación de los profesionales... ”⁴⁴.

Considero que este documento arroja luz sobre el tema y permite tomar plena conciencia de la vigencia actual de los dos paradigmas que rodean la problemática de la salud mental, lo que trasciende la implementación edilicia e instrumental de la reforma llegando a la base más profunda que involucra las concepciones internalizadas en los operadores de la salud que aún continúan con la visión hegemónica, asistencial, individual y tardía imperante en el sistema de salud que se intenta derrocar. La tarea de concientización incluye a toda la sociedad y puntualmente a todos los operadores que se vinculan con salud mental siendo imprescindible, entre otras cosas, que el Ministerio de Educación modifique los planes de estudio en todas las ramas, especialmente las académicas, incluyendo obligatoriamente el tratamiento de los Derechos Humanos a través del análisis e interpretación de los instrumentos internacionales y en particular lo establecido en la presente ley.

Tal como lo apunta Leonardo Gorbarcz *“la Ley N° 26.657 fue sancionada en un contexto histórico de convivencia de dos paradigmas, y en tal sentido ha sido un momento propicio. Porque su cumplimiento es posible en tanto hay actores que pueden comprenderla y apropiársela, pero también necesario, porque la realidad aún no ha cambiado lo suficiente”⁴⁵.*

⁴⁴ Revista Margen (2012). *“Inclusión Social en Salud Mental: la concepción y el rol de los trabajadores de Salud Mental”*. Recuperado <http://www.margen.org/suscri/margen64/raimondi.pdf>

⁴⁵ Panorámicas de salud mental: a un año de la Ley Nacional N° 26.657. (20/12/2011). *“La Ley de Salud Mental y el Proyecto Nacional”*. Recuperado http://asesoria.jusbaires.gob.ar/sites/default/files/06_Panoramicas_salud_mental.pdf

CAPITULO VI:

EL NUEVO ART. 152 TER. DEL CODIGO CIVIL.

1.- Criterios recepcionados en el Código Civil Argentino

El Código Civil fue un receptor de los discursos jurídicos que marcaban las tendencias europeas, las que según palabras de Ruiz se fundaban en la siguiente concepción: “*los hombres no son sujetos de derecho sino que son sujetos borrados. El derecho los interpela y los constituye*” (Ruiz, 2001, s.d.). A la par del desenvolvimiento médico de las enfermedades mentales y a la transformación del imaginario social en torno de las mismas, se fueron desarrollando tres criterios para elaborar una definición en el ámbito del derecho.

El primero de estos criterios fue el **psiquiátrico puro** adoptado por Vélez Sarsfield en el Art. 141 del Código Civil, que disponía que “*Se declaran dementes los individuos de uno y otro sexo que se hallen en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, aunque tengan intervalos lúcidos o la manía sea parcial*” y en consonancia con ello la nota al art. 3.615 expresa: “*Nombramos solo en el artículo a los dementes porque la demencia es la expresión genérica que designa todas las variedades de la locura; es la privación de la razón con sus accidentes y sus fenómenos diversos. Todas las especies de demencia tienen por principio una enfermedad esencial de la razón, y por consiguiente, falta de deliberación y voluntad*”.... Este criterio era el resultante del paradigma médico y social imperante en tiempos de la redacción del Código Civil, que consideraba a la locura como una enfermedad incurable que implicaba el aislamiento de toda vida social y familiar.-

Con el transcurso de los años el criterio psiquiátrico puro fue abandonado, siendo reemplazado por el **criterio económico social o sociológico** propiciado por Spota, el cual se fundaba en una teoría opuesta a la anterior desentendiéndose de la causa que producía efectos de “ineptitud en la vida socioeconómica del sujeto”, y apuntaba a establecer la conducta deficitaria independientemente de su origen (Spota, 1947, s.d.). Encontraba su apoyo en el art. 468 del Código Civil (“*Se da curador al mayor de edad incapaz de*

administrar sus bienes”), con fundamento en que la circunstancia de estar enfermo incidía sobre el rendimiento en lo vital, social y laboral, posibilitando la interdicción de aquella persona que sin estar afectada por una enfermedad mental, se hallara en imposibilidad física de administrar sus bienes y de gobernarse a sí misma por padecer de una dolencia o defectos físicos determinados. Esta teoría fue severamente criticada en tanto permitía incapacitar a una persona sana sobre la base de pruebas discutibles acerca de su aptitud frente a la vida.

El último criterio propiciado por la mayor parte de la doctrina y adoptado por la jurisprudencia es el llamado *criterio mixto biológico* establecido por la reforma de la Ley 17.711, que sustituyó el texto del Art. 141 del Código Civil por el siguiente “*Se declaran incapaces por demencia, las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes*”. La norma traduce que la declaración de demencia es un acto jurisdiccional que tiene una naturaleza mixta por cuanto involucra cuestiones médicas o de hecho y jurídicas o de derecho. En esta dirección, se ha expedido la jurisprudencia en numerosos precedentes pudiendo citar:

a) El fallo de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que sostuvo que “*de acuerdo con el criterio mixto biológico jurídico auspiciado por la mayor parte de la doctrina, recogido por la jurisprudencia y que es consagrado por la reforma de la ley 17.711 en su artículo 141, para determinar cuando una persona es insana en sentido jurídico, se requiere que exista enfermedad mental, puesto que ello es indispensable para que se dé seguridad al pronunciamiento, y que la consecuencia de la enfermedad sea la imposibilidad del sujeto de administrar su patrimonio y dirigir su persona*”.⁴⁶

b) La Sala L del mismo Tribunal que en 1993 sentenció que “*en el proceso de insania, la función del juez no se agota con la mera comprobación del antecedente de hecho, sino que consiste en decidir si la enfermedad mental priva al sujeto de la aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.*”⁴⁷

c) En otro precedente dictado por la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 20 de junio de 1965 se sostuvo “*que el dictamen de los facultativos que*

⁴⁶ CNCiv., Sala C , 16/10/85, “M.,J.C” LL, 1986-C-360

⁴⁷ CNCiv., Sala L , 7/7/93 “De S.,G”. JA, 1995-II, síntesis-

asegura que el denunciado está sano tiene alcance decisorio y que resulta inadmisibile que el juez se aparte del mismo para determinar la interdicción del denunciado”⁴⁸.

La ley 17.711 introdujo además, el concepto de la *Inhabilitación* en el Art. 152 bis como una figura intermedia entre las personas sanas e insanas, con el propósito exclusivo de la protección del patrimonio de *“quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio”*. *“Ello es corolario de la manera en que las codificaciones del siglo pasado concebían la protección de los derechos; el centro de gravedad era el aspecto patrimonial y en base al reconocimiento pleno del derecho de propiedad se regulaba el resto de las instituciones”⁴⁹.*

Si bien la sanción de esta ley implicó un avance en relación a la conceptualización de los grados de incapacidad, el enfoque era específicamente patrimonialista. El tránsito hacia el derecho moderno fue dándose a través de los aportes de la doctrina y jurisprudencia que fueron avanzando en el entendimiento de que respecto a los padecimientos mentales no cabe un enfoque único, sino que se debe poner en el centro de la cuestión al individuo y a sus intereses, lo cual requiere un análisis específico en cada caso atendiendo a su patología, pero también a sus necesidades y posibilidades.

2.- El nuevo Art. 152 ter: inconvenientes que plantea su interpretación.

Finalmente, la ley 26657, al incorporar al Código Civil el art. 152 ter produce una modificación sustancial en dicho ordenamiento, no en forma expresa, por cuanto subsisten inalterados los artículos que regulan el régimen de capacidad - incapacidad (140 a 152 bis), sino tácitamente, imponiendo los siguientes cambios:

- Las evaluaciones que resultan prueba fundamental para la declaración de interdicción del presunto demente deben tener carácter interdisciplinario.
- Sujeta la extensión de la sentencia de interdicción al plazo de tres años.

⁴⁸ CNCiv., Sala E, 20/7/65 “P.A. de P.I., F. y otros”. ED, 12-333 y JA,1996-I-208.

⁴⁹ Famá M.V., Herrera M. y Pagano L.M. (2008) *Salud Mental en el derecho de familia*. Buenos Aires. Editorial Hammurabi

- Adopta un régimen de gradualidad de capacidades que deja de lado el rígido sistema anterior.

El sistema anterior distinguía entre capacidad de hecho y capacidad de derecho, atribuyendo al incapaz todos los derechos pero quitándole en forma total la posibilidad de ejercerlos, con lo cual los mismos se convertían en un deseo que sólo podía ser concretado a través de su representante legal o curador. El artículo 152 ter derriba esta concepción tutelar al establecer que en todos los procesos de interdicción se debe *procurar que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible*” y de esta forma el nuevo paradigma hace su aparición en forma concreta en la misma letra de la ley, reconociendo al presunto incapaz su calidad de sujeto de derechos entendiéndose como tal la capacidad civil de hecho y la capacidad de obrar y de ejercicio por sí mismo de los derechos. Kraut ha expresado que *“la aplicación del sistema creado por la Convención de la ONU para Personas con Discapacidad debe guiarse por el principio de la “dignidad del riesgo”, es decir, el derecho a transitar y vivir en el mundo, con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse. Este derecho fundamental incluye, especialmente, la capacidad de actuar, es decir, la posibilidad de realizar actos regulados jurídicamente para hacer efectivas las decisiones que toma una persona, y no sólo para ser considerado sujeto teórico de derechos y obligaciones”*⁵⁰.

La ley Nacional de Salud Mental solo incluyó este artículo sin modificar el resto del cuerpo normativo, encontrándonos con disposiciones referidas a los dementes e inhabilitados conjuntamente con el artículo 152 ter que plantea un régimen absolutamente opuesto; pero este hecho no obsta a la aplicación de los principios expuestos por cuanto los mismos habían sido previamente receptados por vía jurisprudencial. Se debe resaltar, que para no caer en incongruencias normativas, se requiere de una pronta modificación del Código Civil la que debe derogar todos los artículos relativos a la incapacidad de hecho por demencia. Esta modificación está prevista en el Anteproyecto de reforma del Código

⁵⁰ Panorámicas de Salud mental (2011). *A un año de la sanción de la Ley Nacional N° 26.657. Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria.* Kraut A. y Diana N. Recuperado de http://asesoriatutelar.com.ar/materialdeinteres/documentos/07_PUBLICACIONES/7_1_Coleccion_De_Incapaces_a_Sujetos_de_Derechos/06_Panoramicas_salud_mental.pdf

Civil y Comercial de la Nación que en sus fundamentos recepta el nuevo paradigma en materia de personas incapaces y con capacidad restringida por razones de salud, y en sus disposiciones establece reglas generales que deben observarse en toda decisión que limite la capacidad de ejercicio de estas personas; fija quiénes pueden ser protegidos por estos procesos, las personas legitimadas para iniciarlos, las facultades y deberes judiciales, el régimen de la prueba; reconoce nuevas figuras como las redes de apoyo, priorizando los aspectos personales, sociales y familiares de los individuos por sobre los aspectos patrimoniales. Se incorporan expresamente normas sobre la internación para evitar abusos o extralimitaciones no infrecuentes en la práctica. Se sistematizan las normas sobre validez y nulidad de los actos celebrados por estas personas, según sean realizados con anterioridad o posterioridad a la inscripción de la sentencia. La figura de los inhabilitados se reserva para el supuesto de prodigalidad, que se regula apuntando especialmente a la protección del interés patrimonial familiar. Distingue la capacidad de derecho de la capacidad de ejercicio, realizando importantes modificaciones respecto de ésta última a fin de adecuar el derecho positivo a la Convención Internacional de los derechos del niño y la Convención Internacional de las personas con discapacidad. De allí la flexibilidad de las normas, las permanentes referencias a nociones como “edad y grado de madurez”, la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas, las facultades judiciales para la determinación de esas restricciones, la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de estas personas, etc.⁵¹.

3.- Alcances de la Declaración Judicial de Inhabilitación o incapacidad.

Art. 42 “Incorpórase como artículo 152 ter del Código Civil: *las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por mas de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible*”.

⁵¹ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. (2011). Recuperado de http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION_0.pdf

Uno de los cambios medulares que impone la ley es el carácter interdisciplinario de la evaluación a los efectos de las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad. Así, el dictamen que da razón al pronunciamiento deja de encontrarse en cabeza principal de tres médicos psiquiatras legistas, para requerirse el examen de facultativos conformados por evaluaciones interdisciplinarias. Esto por cuanto la nueva visión del sistema judicial de salud mental entiende que debe otorgarse una mirada comprensiva no solo de la patología de base del causante sino de todos los demás aspectos que hacen a su desarrollo social. Es decir, no será solamente el dictamen médico indicador de la patología el eje rector para fundar la declaración de incapacidad, sino que su conveniencia será evaluada por profesionales de diferentes ramas, a fin de dar una mirada integral sobre la situación. Más no prevé la ley quienes deben conformar dicho equipo interdisciplinario, entendiéndose en general que serán quienes componen los Equipos Técnicos o Asesorías Periciales según el Juzgado o Tribunal de trámite.

En segundo lugar, el nuevo articulado sujeta la extensión de la sentencia al plazo de tres años. Ello implica un cambio trascendente en la legislación derogada, que establecía que las sentencias de interdicción mantenían su vigencia hasta tanto fuesen revocadas por contrario imperio o como resultas de un proceso judicial de rehabilitación. En esta tesitura, la ley 26.657 intenta que la declaración de insania no resulte prolongada en el tiempo por encima del plazo necesario para salvaguardar el interés del incapaz, puesto que puede observarse en la práctica tribunalicia que en muchos casos, la falta de revisión de las sentencias importa someter a condición de interdicción permanente a personas que han cursado y superado padecimientos mentales. Además debe leerse este párrafo en su integridad, ya que el mismo determina la obligación de que el juez de grado, en su sentencia, declare expresamente qué actos y funciones le son prohibidos al incapaz proclamando el principio de capacidad gradual, que desarrollaré en el próximo título. Sin perjuicio de su conveniencia, esta norma, suscita el siguiente interrogante: ¿qué sucede con la sentencia al cabo de tres años de su dictado? ¿Es posible interpretar que pierde vigencia luego del plazo referido? ¿Ello importaría, entonces, que el incapaz recobra su capacidad por el mero transcurso del tiempo? ¿Y en quien recaería la obligatoriedad de realizar un nuevo examen interdisciplinario de la situación del causante, a fin de meritar la conveniencia de su interdicción? ¿Debería ordenarlo el juez de oficio o debe requerirse

instancia de parte? Dichas cuestiones no resultan claras, y pueden redundar incluso en un perjuicio para el incapaz, puesto que durante un lapso de tiempo -desde el cumplimiento de los tres años hasta la nueva sentencia de interdicción si la hubiera- serian plenamente capaces, quedando fuera de la tutela judicial que merecen.

“Más allá de estas observaciones teóricas, desde la práctica la doctrina ha coincidido en que la disposición legal no puede implicar una caducidad de pleno derecho del pronunciamiento judicial, pues ello podría acarrear graves perjuicios en los intereses de las personas a quienes precisamente se busca proteger y cuyos derechos se quiere garantizar, especialmente en el ámbito patrimonial. Lo que en rigor prevé la norma es la obligación de revisar los alcances de la sentencia cada tres años para verificar si subsisten las circunstancias que dieron lugar a la restricción de la capacidad de ejercicio de ciertos derechos”⁵².

4.- Sistema de graduación de la restricción de la capacidad jurídica

La norma imperante dispone que la declaración de inhabilitación o incapacidad siempre deberá especificar las funciones y actos que limita, afirmación que encuentra su fundamento en la presunción de capacidad de las personas y en el derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable (ley 26.657). Su objetivo apunta a darles fin a las categorías jurídicas cerradas de interdicción e inhabilitación y en su lugar instaurar una única categoría de capacidad donde las limitaciones que en protección de la persona se dicten deberán estar especificadas en la sentencia procurando que la afectación a su autonomía sea la menor posible.

Tal como lo refieren Famá, Herrera y Pagano, *“la sociedad no se divide en sujetos capaces o incapaces, sino que está conformada por sujetos con capacidades diversas que pueden encontrarse en diversas situaciones, tener más o menos dificultades y necesitar niveles de ayuda o asistencia distintos para adoptar sus decisiones”* (Addenda. 2011. Pág. 84). A tales efectos, se requiere articular un sistema de apoyos o salvaguardias principalmente a través de la figura del curador, el cual tendrá como función no el sustituir

⁵² Famá, Herrera y Pagano (2011), *salud Mental en el Derecho de Familia. Addenda de Actualización. Buenos Aires. Editorial Hammurabi*

la voluntad de su representado, sino el acompañarlo en la toma de decisiones que afecten a su persona.

El sistema de apoyo y salvaguardias se encuentra previsto expresamente en el art. 12 Inc. 4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que establece que *“los Estados Partes aseguran que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a sus circunstancias, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial”*.

De lo expresado podemos concluir que la ley no distingue entre capaces e incapaces, las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y en el ejercicio de esa capacidad pueden necesitar de apoyos a los efectos de favorecerlos en la toma de decisiones. No obstante ello, introduce salvaguardias como precaución o garantías para que el apoyo no sea una forma de suplir su voluntad yendo más allá de lo permitido y así vulnerar sus derechos.

En este sentido, es de resaltar el dictamen de la Asesora de Incapaces de Mar del Plata que, en un proceso donde se discutía la declaración de Insania a los efectos de percibir una Pensión Asistencial, solicita la declaración de la inconstitucionalidad del Decreto Reglamentario de la Ley N° 10.205 de Pensiones Sociales que establece que para el cobro de la pensión por discapacidad, cuando el beneficiario estuviere mentalmente incapacitado es necesario que *“...se le designe un curador a sus bienes...”*, como así también presentar el *“...testimonio de la designación y aceptación de curatela, discernimiento del cargo y autorización expresa para percibir haberes...”*. *“El decreto reglamentario introduce una modificación sustancial en la ley obligando a la promoción de un proceso relativo a la capacidad de la persona que no resulta necesario para el goce de prestaciones asistenciales del Estado, con franca violación al plexo de Normas Internacionales de protección a la personalidad jurídica, capacidad jurídica y dignidad de*

la persona. En sus considerandos expresa que la íntegra regulación civil en materia de "capacidad-incapacidad" de las personas, y más aún la relativa a los beneficios administrativos por discapacidad, merece ser seriamente revisada a la luz de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad; "una resolución respetuosa de los Derechos...deberá ajustarse a lo establecido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de Las Personas con Discapacidad, variando el concepto normativo a través de ella de la premisas capacidad - incapacidad o inhabilitación, si bien dado que aún no se ha modificado la legislación interna se debe conjugar la operatividad de las disposiciones de la Convención Internacional con el marco legal actual. La mirada de tutela judicial efectiva (art. 15 CPBA) se postula desde la Convención, no a través de un mecanismo cercenatorio de las capacidades de la persona, sino exigiendo la adopción de "las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica". Justamente, el mecanismo de "salvaguardas y apoyos" establecido por la Convención exige que tales medidas sean " adecuadas y efectivas para impedir los abusos", que respeten los derechos de la persona, y que "sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. La exigencia es imperativa: "Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas". Considero entonces que no resulta adecuada, proporcional y adaptada a las circunstancias de la persona y al grado de afectación de sus derechos e intereses, una Reglamentación legal que, en la búsqueda de concesión de un derecho asistencial "se cobra a cambio" la capacidad misma de la persona. La solución legal resulta a mi entender discriminatoria, colisionando con los principios de igualdad y no discriminación receptados en la Convención en su art. 5, pto 2"⁵³.

⁵³ Trib. De familia N° 1. Mar del Plata. (2009). "L.L.A.A S/Insania y Curatela" Exped. 36.203. Dictamen de la Asesora de Incapaces. Recuperado de <http://www.villaverde.com.ar/es/docencia/nueva-ley-de-salud-mental/>

CAPITULO VII

CONSIDERACIONES FINALES

La investigación realizada en cuanto a los alcances, contenido y espíritu de la ley 26.657 desarrollados en el presente trabajo, permite inferir que la Argentina hoy cuenta con una legislación específica de Salud Mental que comulga en su totalidad con los principios establecidos en el Orden Público Internacional de los Derechos Humanos. En esta creación legislativa incidió profundamente la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales, la cual fue recogida prontamente por el Poder Judicial Argentino preparando el terreno para la sanción de la Ley. Si bien en el plano legislativo aún no se derogaron prescripciones contrarias a la actual legislación, las mismas ya no se aplican debido a la internalización del nuevo paradigma de Derechos Humanos y Salud Mental presente en todo el pensamiento jurídico. El Estado Nacional avanza, en consonancia con los tratados internacionales que rigen la materia, no solo hacia una protección mas completa y eficaz de las personas con padecimientos mentales, sino también hacia la prevención de dichas afecciones, en el entendimiento de que la salud mental es, por sobre todas las cosas, un problema de salud pública, y por tanto merece la misma –o superior consideración jurídica- que la que se otorga al resto del sistema sanitario.

Como trabajadora de la Salud Mental que presta servicios en una Curaduría Oficial de Alienados es factible observar que la realidad de exclusión, vulnerabilidad, soledad y apatía social que rodea y estigmatiza a las personas con padecimientos mentales, no es una práctica social de siglos anteriores, por el contrario, siempre está vigente y presente en las distintas esferas de la vida de ellas. La sanción de esta ley no transformará inmediatamente su realidad, se debe recorrer un largo camino antes, el cual se encuentra plagado de múltiples obstáculos (de tipo instrumental, falta de recursos humanos, carencia de hospitales generales, escasez de dispositivos, etc.) siendo el más importante a vencer el prejuicio de peligrosidad y miedo que genera la presencia del “loco” lo cual es un fuerte indicador del aún vigente del paradigma tutelar no derrocado. Estimo que la herramienta más poderosa que tenemos a nuestro alcance para favorecer su implantación es la

educación de profesionales de la salud, profesionales jurídicos y de la comunidad en su conjunto, sólo a través de ella se pueden internalizar los postulados básicos de la ley.

Como conclusión final, transcribo las palabras de las Dras. Famá, Herrera y Pagano quienes expresan que la Ley Nacional de Salud mental “...se constituye en un valiosísimo instrumento que hace posible el efectivo reconocimiento de los derechos de las personas con padecimientos mentales. Por primera vez, el ordenamiento interno argentino interpela a las personas con padecimientos mentales como verdaderos sujetos de derecho, en el sentido de reconocerles no sólo su titularidad, sino también la capacidad de ejercicio. El avance no es menor, pues desde el discurso se ha restituido la palabra a quienes la tenían negada, se ha reconocido identidad y protagonismo a los prisioneros del anonimato. Queda ahora en manos de todos los operadores que trabajamos en las distintas áreas vinculadas con la salud mental internalizar el nuevo paradigma y proyectar en prácticas concretas-judiciales y extrajudiciales- la efectiva satisfacción de los derechos humanos reconocidos por la nueva ley, participando activa y comprometidamente de la transformación que se busca”⁵⁴.-

⁵⁴ Famá, Herrera y Pagano (2011), *salud Mental en el Derecho de Familia. Addenda de Actualización*. Buenos Aires. Editorial Hammurabi

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- FAMÁ –HERRERA –PAGANO. (2008) *Salud Mental en el Derecho de Familia*. Buenos Aires. Ed. Hammurabi
- GALENDE E. Y KRAUT A. J. (2006) *El sufrimiento mental, El Poder, La Ley y Los Derechos*. Buenos Aires. Editorial Lugar.
- SAINZ, G.; OTERO D.; ORLANDELLI M. Y SALINAS G. (2011). *Ley Nacional de Salud Mentada Comentada*. San Isidro. Ediciones Centro Norte.
- KRAUT A. J. (2006) *Salud Mental. Tutela Jurídica*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores.
- KRAUT, A.J. (1997). *Los derechos de los pacientes*. Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot.
- FAMÁ, M.V.; HERRERA M. Y PAGANO, L. M. (2011), *salud Mental en el Derecho de Familia. Addenda de Actualización*. Buenos Aires. Editorial Hammurabi

LEGISLACIÓN:

- CÓDIGO CIVIL ARGENTINO
- LEY 26.657 “Derecho a la Protección de la Salud Mental”
- DECRETO 603/13. Reglamentación de la Ley Nacional 26.657.
- LEY 22.914 “Internación. Egresos. Establecimientos de Salud Mental”
- RECOMENDACIÓN SOBRE LA PROMOCION Y PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL –Comisión Interamericana de Derechos Humanos – 04/04/2001.
- Los PRINCIPIOS DE NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCION DE LOS ENFERMOS MENTALES Y PARA EL MEJORAMIENTO DE LA ATENCION DE SALUD MENTAL. Asamblea General, resolución 467119 del 17 de diciembre de 1991.

- DECLARACION DE CARACAS. Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en los Sistemas Locales de Salud del 14 de noviembre de 1990.
- PRINCIPIOS DE BRASILIA RECTORES para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas del 9 de noviembre de 1990.
- FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION (2011).
- MANUAL DE RECURSOS DE LA OMS SOBRE SALUD MENTAL. 2006. *Tratamiento de salud mental voluntario e involuntario.*
- COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. (2000) .Observación General N° 14.

JURISPRUDENCIA

- Trib. De familia N° 1. Mar del Plata. (2009).”L.L.A.A S/Insania y Curatela” Exped. 36.203. Dictamen de la Asesora de Incapaces
- “Víctor Rosario Congo v. Ecuador”. caso 11.427. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 1994.
- Caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006. (Petición 12.237, Comisión Interamericana de Derechos Humanos).
- “Fendin y otros c/PEN-dto. 486/2 s/amparo ley 16.986” Juzgado en lo contencioso administrativo federal N°3. Extraída de Galende E., Kraut, A.J. ((2006). *El sufrimiento Mental. Buenos Aires.* Lugar Editorial
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. 19/02/2008. "R.M.J. s/ insanía". Número 1195.XLII.
- CSJN (27/12/2005) "Tufano, R- A. s/ internación". Competencia N° 1511 XL
- CNCiv., Sala C , 16/10/85, “M.,J.C” LL, 1986-C-360
- CNCiv., Sala L, 7/7/93 “De S.,G”. JA, 1995-II, síntesis-

SOPORTE INFORMÁTICO

- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2001) *Informe sobre la Salud en el Mundo*. Recuperado de <http://www.who.int/whr/2001/es/>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1982). *Opinión Consultiva OC-2/82*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf
- HENLEY, Cristina. (2004). *Una cuestión de derechos humanos*, Perspectivas de la Salud- La revista de la OPS- Volumen 9, Nro.1. Recuperado de http://www.paho.org/spanish/dd/pin/Numero19_indice.htm
- APUSSAM, (2011). *Propuestas para la reglamentación de la Ley Nacional de Salud Mental N°26.657*. inciso k. recuperado de http://ar.groups.yahoo.com/group/red_derechoshumanosysaludmental/message/1281
- ASESORIA TUTELAR DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, (2011), *Panorámicas de Salud Mental*. Recuperado de http://asesoria.jusbaires.gob.ar/sites/default/files/06_Panoramicas_salud_mental.pdf
- JAVIER VASQUEZ, (2008) Organización Panamericana de la Salud. *Derechos Humanos y Salud. Personas con Discapacidad Mental*. Recuperado de http://www.paho.org/spanish/dd/pub/10069_Discap_mental.pdf
- DERECHO Y SALUD, (2011), “*Riesgos de incorporar a los “adictos delincuentes” como enfermos mentales*”. Recuperado de <http://mariacristinacortesi.blogspot.com.ar/2011/12/riesgos-de-incorporar-los.html>
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2007). Comentario extraído del documento *Contribución de la atención primaria de salud a los Objetivos de Desarrollo del Milenio*. Recuperado de http://www.who.int/dg/speeches/2007/20070816_argentina/es/index.html

- RODRIGUEZ, L. (2011). *La nueva ley de salud mental 26.657. A propósito de la internación psiquiátrica involuntaria y del derecho de defensa técnica de las niñas, niños y adolescentes con padecimientos en su salud psíquica*. Recuperado de http://asesoriatutelar.com.ar/materialdeinteres/documentos/03_SEGUIMIENTO_DE_LA_INSTITUC/3_1/c_La_nueva_Ley_de_salud_mental_a_proposito.pdf
- PANORAMICAS DE SALUD MENTAL: a un año de la Ley Nacional N° 26.657. (20/12/2011). *“La Ley de Salud Mental y el Proyecto Nacional”*. Recuperado de http://asesoria.jusbaires.gob.ar/sites/default/files/06_Panoramicas_salud_mental.pdf
- REVISTA TOPIA. *“la condena de ser loco y pobre”*. Recuperado de <http://www.topia.com.ar/editorial/libros/la-condena-de-ser-loco-y-pobre>
- ASOCIACION DE MEDICOS MUNICIPALES DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (2012). *“Primeras Jornadas Interdisciplinarias de Salud Mental y Derecho”*. Recuperado de http://www.medmun.org.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=945:gremiales-prueba&catid=96:mundo-hospitalario-ano-xviii-no155-agosto-2009
- REVISTA MARGEN (2012). *“Inclusión Social en Salud Mental: la concepción y el rol de los trabajadores de Salud Mental”*. Recuperado de <http://www.margen.org/suscri/margen64/raimondi.pdf>

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Este formulario estará completo sólo si se acompaña de la presentación de un resumen en castellano y un abstract en inglés del TFG

El mismo deberá incorporarse a las versiones impresas del TFG, previa aprobación del resumen en castellano por parte de la CAE evaluadora.

Recomendaciones para la generación del "resumen" o "abstract" (inglés)

“Constituye una anticipación condensada del problema que se desarrollará en forma más extensa en el trabajo escrito. Su objetivo es orientar al lector a identificar el contenido básico del texto en forma rápida y a determinar su relevancia. Su extensión varía entre 150/350 palabras. Incluye en forma clara y breve: los objetivos y alcances del estudio, los procedimientos básicos, los contenidos y los resultados. Escrito en un solo párrafo, en tercera persona, contiene únicamente ideas centrales; no tiene citas, abreviaturas, ni referencias bibliográficas. En general el autor debe asegurar que el resumen refleje correctamente el propósito y el contenido, sin incluir información que no esté presente en el cuerpo del escrito.

Debe ser conciso y específico”. Deberá contener seis palabras clave.

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Patricia Mabel Vazquez
E-mail:	patmavazquez@gmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogada

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	El nuevo Paradigma en Salud Mental
Título del TFG en inglés	The new Paradigm in Mental Health
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	PIA
Integrantes de la CAE	Dra. Miriam Méndez y Dra. Paula Meiriño
Fecha de último coloquio con la CAE	25 de junio de 2013
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	PDF

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente**
- Si, después de mes(es)**
- No autorizo**



Firma del alumno