

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO XXI



**Trabajo Final de Graduación de la Carrera de
Abogacía.**

“Una nueva mirada en materia de incapacidad de hecho absoluta por demencia a la luz de la incorporación del art. 152 ter y modificación del art. 482 del Código Civil”

Tutor: María Alejandra Quintanilla y Mariano Astiz Campos

Alumno: Cappellini, Julieta Soledad

Legajo: ABG01829

Año: 2014

Resumen

El presente trabajo busca demostrar como incide la incorporación del art. 152 ter y la modificación del art. 482 del Código Civil en el régimen de capacidad de hecho de los dementes.

Para abordar la temática se realizó un análisis del régimen de capacidad establecido en el Código Civil delimitando conceptos fundamentales, principios generales y resaltando artículos trascendentales que hacen al tópico. Luego se procedió estudio y tratamiento de antecedentes normativos y específicamente de la Ley Nacional de Salud Mental ya que constituye el instrumento mediante el cual se incorporan ambos artículos. A partir de allí se ha observado cómo impactan estos dos artículos dentro del régimen, de qué forma, en qué medida y cómo se manifiestan los mismos en la realidad social.

Luego del análisis realizado se llega a la conclusión de que si bien en muchas ocasiones los preceptos normativos resultaban un tanto incongruentes al estar inmersos en un cuerpo legal inspirado en ideas tutelares, patrimonialistas y principalmente distintas, estábamos en presencia de un cambio paradigmático en materia de capacidad que iba mucho más allá de dichos preceptos normativos y que éstos de alguna forma introducían al texto legal el espíritu de un nuevo paradigma marcando el comienzo de un gran cambio.

Abstract

In this research study it is intended to demonstrate how the incorporation of the article 152 ter. and the modification of the art. 482 of the Civil Code have an influence on the fact capacity rules of the insane.

As to approach this topic, an analysis of the capacity act established in the Civil Code was made, specially delimiting fundamental concepts, general principles and highlighting transcendental articles that construct the topic. Thus, an study and treatment of the normative antecedents and of the National Law of Mental Health have been made since this law works as an instrument which incorporates both articles. Taking this into account, it has been observed how these two articles interact and how they are evidenced in reality. After the analysis has been carried out, it has been concluded that, even though in several occasions the normative principles were slightly incongruent, the fact of being immersed inside a legal body which is inspired in ideas that are tutelary, patrimonial and mainly distinctive, we were in presence of a paradigmatic change in capacity matter that went far beyond those normative principles and that these, in some way, introduced the legal text the spirit of a new paradigm paving the way for a great change.

Índice

Resumen	2
Abstract.....	3
Introducción.....	6
<i>Objetivos</i>	9
<i>Metodología</i>	10
1.La capacidad y la incapacidad	
1.1Capacidad.....	13
1.1.1.Capacidad de derecho	13
1.1.2.Capacidad de hecho	14
1.2Incapacidad	14
1.2.1.Incapacidad de derecho	15
1.2.2.Incapacidad de hecho.....	15
1.3Inhabilitados.....	17
2.Marco regulatorio argentino relativo a los incapaces de hecho por demencia	
2.1.La historia de locura	19
2.2.Dementes. Definición	21
2.3.Declaración de demencia.....	23
2.4.Tutela constitucional de los padecientes mentales.	27
3.Una nueva mirada en materia de salud mental	
3.1.Los derechos humanos y los padecientes mentales.	38
3.1.3.Instrumentos internacionales de derechos humanos.....	39
3.1.4.Instrumentos internacionales de derechos humanos en materia de salud mental.	39
3.2.Instrumentos legales en la Argentina.....	43
3.3. Análisis de la Ley Nacional de Salud Mental.....	44
4.Artículo 152 ter y 482 del Código Civil	
4.1.Análisis del artículo 152 ter del Código Civil.	52
4.1.1.Examen de los facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias	53
4.1.2.Plazo de vigencia de la sentencia de incapacidad.....	59
4.1.3.Funciones y actos que se limita.	63

4.2.Análisis del artículo 482 del Código Civil66
5.Conclusiones.....	73
Referencias bibliográficas76

Introducción

La temática a abordar en el presente trabajo tratará sobre el cambio paradigmático producido en el régimen de capacidad de hecho de las personas con padecimientos mentales mediante la incorporación del art 152 ter¹ y la modificación del art 482² del Código Civil por medio de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657.

En concreto se busca evidenciar las transformaciones producidas en la normativa vigente a partir de la adopción e incorporación de ideas nuevas e innovadoras en materia de capacidad plasmadas en la Ley de Salud Mental e incorporadas expresamente mediante los artículos mencionados anteriormente.

Para ello se realizará un análisis del régimen de capacidad, delimitando conceptos fundamentales, principios generales, exponiendo ideas conceptuales de los autores más prestigiosos en la temática y a partir de allí realizaremos un estudio de la Ley Nacional de Salud Mental para comprender el origen de los preceptos normativos

¹ Artículo 152 ter: Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más 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.

²Artículo 482: No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial.

Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.

A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud para las personas que se encuentren afectadas de enfermedades mentales y adicciones, que requieran asistencia en establecimientos adecuados aunque no justifiquen la declaración de incapacidad o inhabilidad.

que hacen al objeto de estudio del presente. Desde este punto analizaremos el art. 152 ter y el art. 482 del C.C. mencionando las diferencias que vayan surgiendo a lo largo del desarrollo y determinando como queda articulado el régimen de capacidad.

A modo introductorio y sintéticamente podemos decir que con el fin de proteger a las personas que como consecuencia de su padecimiento mental carecen de idoneidad para dirigir su persona y administrar sus bienes el Código Civil las declara incapaces de hecho absoluto, lo que implica ausencia total de capacidad de obrar para realizar cualquier acto jurídico, por lo tanto se designa a un representante que actuará por nombre y cuenta del incapaz.

En virtud de lo prescripto por los tratados internacionales ratificados por nuestro país y la posterior sanción de la Ley Nacional de Salud Mental en el año 2010 con dos claras modificaciones al Código Civil, se adopta una posición distinta basada en el principio de capacidad progresiva, entendiendo como tal al reconocimiento de los derechos en la medida real de las aptitudes físicas y psíquicas de las personas. Nos apartamos de la concepción de la incapacidad como categoría rígida y de la famosa dicotomía sano-enfermo establecida por el codificador, al incorporar el concepto de gradualidad.

La problemática seleccionada posee una fuerte implicancia social, ya que la discapacidad mental es una posibilidad que puede acontecer en la vida de cualquier persona, nadie está exento de eso. “Se estima que el 25% de la población mundial padece uno o más trastornos mentales o de comportamiento a lo largo de su vida, que una de cuatro familias tiene al menos uno de sus miembros con padecimientos mentales” (Organización Mundial de la Salud, 2001). Padecer una enfermedad mental afecta al enfermo y a todo su grupo familiar conllevando no solo cargas emocionales si

no también económicas. La significancia de lo mencionado se ve traducida en la relevancia otorgada a esta problemática dentro de la salud pública.

A lo mencionado anteriormente debemos agregar que considerando el efecto tan gravoso que acarrea la declaración de incapacidad en la vida de cualquier persona, se considera sumamente significativo el tratamiento e investigación de todo aquello que de alguna manera incida en dicho aspecto.

Al escoger el tópico se contempló la importancia de realizar una investigación en profundidad para determinar si realmente este cambio de paradigma jurídico producto de las reformas mencionadas ut supra se puede articular dentro del Código Civil, teniendo en cuenta que adopta una visión totalmente distinta, y por otro lado percibir como se manifiesta esta transformación basada principalmente en los Derechos Humanos en la realidad social.

El trabajo de investigación se dividirá en cinco capítulos y dentro de cada uno de ellos se ira avanzando hasta llegar al objetivo que impulso a tratar este tema. En el primer capítulo se expondrán conceptos básicos y esenciales para explicar el origen de la problemática que se plantea y a partir de aquí definir expresamente a través de preguntas de investigación concretas las inquietudes que impulsaron a la elección del tema, así como los objetivos a los que aspiramos llegar teniendo en cuenta obviamente el alcance y la limitación del presente trabajo.

En el capítulo dos se efectuará una exposición detallada del régimen relativo a los dementes establecido en el Código Civil. En el capítulo tres nos adentramos específicamente a la Ley Nacional de Salud Mental exponiendo de manera clara, concisa y organizada lo referente a antecedentes, ideología, artículos trascendentales,

cambios paradigmáticos que surgen de la letra de la ley, importancia de su sanción, entre otros.

Una vez que arribamos a nuestro punto de estudio, la incorporación del art. 152 ter y modificación del art. 482 del Código Civil, comenzamos con el desarrollo del capítulo cuarto en el cual se realizará un análisis pormenorizado de dichos preceptos normativos, incorporando los hallazgos literarios más relevantes en los cuales se basa nuestro trabajo. Por último en el capítulo número cinco se procederá al análisis e interpretación en profundidad de los datos más significativos que resultaron del estudio de la temática planteada. El cual concluirá con la exposición de conclusiones a las que arribamos como producto del estudio, análisis, observación y comprensión del tema abordado en el presente

✓ *Objetivos*

- Objetivo General
 - Demostrar el impacto provocado en el régimen de capacidad civil de hecho de los dementes a partir de la incorporación del art. 152 ter y la modificación del art. 482 del Código Civil mediante la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657.
- Objetivos específicos
 - Fijar con precisión y delimitar las características del régimen de capacidad de hecho en el Código Civil en relación a los dementes antes de la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental.

- Realizar un análisis sobre la incorporación y el impacto que la Ley 26.657 produjo en el régimen de los dementes.
- Determinar los beneficios y perjuicios que produjo dicha modificación al Código Civil.
- Conocer e interpretar las causas vinculadas a la temática que motivaron al legislador para sancionar la Ley de Salud Mental.
- Conocer opiniones doctrinarias referentes al tema.
- Conocer la jurisprudencia existente respecto a la temática abordada.
- Conocer la opinión de profesionales de la psicología y psiquiatría.

✓ *Metodología*

Para el desarrollo del presente Proyecto de Investigación Aplicada se utilizó un tipo de investigación:

- Exploratoria: debido a que se comenzó por explorar una temática sobre la cual no se conocía demasiado para aumentar el grado de familiaridad con la misma y reunir la información necesaria para iniciar el proceso de investigación (Yuni y Urbano, 2006).
- Descriptiva: se apuntó a realizar una descripción del objeto de estudio determinando conceptos y rasgos fundamentales (Yuni y Urbano, 2006)

Para comenzar con la realización del presente trabajo fue sumamente necesario determinar una estrategia metodológica como modo lógico y organizado para alcanzar los objetivos planteados, en razón de ello se escogió el método cualitativo ya que se buscaba descubrir y profundizar íntegramente la temática seleccionada.

Siguiendo este lineamiento en un primer momento utilizamos fuentes de información secundaria y terciaria para reunir la información que se vinculaba en líneas generales con el tópico escogido para poder nutrirnos de conceptos esenciales y de esta forma estar preparados para abordar un tema sumamente definido como lo es éste. Luego siguiendo el recorrido de exploración natural comenzamos con una investigación más profunda y específica del tema utilizando fuentes primarias (sentencias, fallos y legislación a nivel internacional, nacional y provincial) y opiniones doctrinarias de especialistas en capacidad de hecho de los dementes y de los cambios introducidos al régimen de capacidad como consecuencia de la Ley Nacional de Salud Mental.

En cuanto a la técnica que se utilizó para la recolección de datos fue la de revisión documental ya que se recurrió al análisis de leyes, bibliografía, artículos periodísticos, doctrina, jurisprudencia, etc.

Luego de realizar un estudio profundizado y detallado del material comencé por abordar cada uno de los objetivos específicos que de alguna manera marcaron un plan de acción que desembocó en el abordaje del objetivo general que fue el que impulsó al estudio y tratamiento de esta temática.

Por último cabe destacar que el trabajo desarrollado abarcó un gran periodo de tiempo ya que la regulación en materia de capacidad establecida por Velez Sarsfield en 1869 constituyó nuestro punto de partida. Desde aquí fuimos avanzando en la investigación junto con los cambios y progresos producidos en materia de capacidad en los distintos niveles (provincial, nacional e internacional) hasta llegar a nuestro objeto de estudio, incorporado en el Código Civil en el año 2010.

Capítulo 1: Capacidad e incapacidad

1.1 Capacidad. Definición

Para hacer un estudio de la condición legal de los dementes ante nuestra legislación es necesario que previamente se realice un ligero análisis de lo que debemos entender por incapacidad y para ello debemos comenzar por conceptualizar la capacidad.

En el lenguaje común, capacidad significa aptitud, suficiencia, aquel que puede llevar a cabo algo. Dada la naturaleza del hombre su existencia sería imposible si no tuviera capacidad, ya que se trata de un atributo inherente a la personalidad jurídica y la calidad que define a las personas como tales. “Se conceptualiza como la aptitud para adquirir derechos y disponer por si” (Buteler Caceres, 2005, p.68).

La capacidad se clasifica entre la capacidad de derecho entendida como la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y la capacidad de hecho entendida como la aptitud para ejercer por si los derechos de los cuales se es titular.

1.1.1 Capacidad de derecho

La capacidad de derecho según Freitas “Es el grado de aptitud de cada clase de persona para adquirir derechos o para ejercer por sí o por otras personas, los actos que no le son prohibidos” (Buteler Caceres, 2005, p.68). La persona siempre goza de

capacidad de derecho debido a que la falta de la misma implicaría la negación de la personalidad jurídica, la capacidad no puede faltar en términos absolutos, siempre el hombre por su mera condición de tal tiene capacidad de derecho. Sin embargo esta aptitud tampoco se presenta en forma plena en el sujeto, a la hora de hablar de capacidad de derecho tenemos que saber que se presenta en forma gradual oscilando entre los extremos pero sin alcanzarlos (Llambias, 2001). Tanto las personas de existencia visible como las de existencia ideal gozan de capacidad de derecho.

1.1.2 Capacidad de hecho

Se puede definir como “la aptitud de las personas naturales para actuar por si mismas en la vida civil” (Llambias, 2001, p.347). Según Freitas “Es la aptitud o grado de aptitud de la personas de existencia visible, para ejercer por si actos de la vida civil” (Buteler Caceres, 2005, p.69).

La capacidad de hecho a diferencia de la expresada anteriormente solo se presenta en personas de existencia visible por que presupone de la voluntad y ésta solo se da en el ser racional. Puede presentarse en forma plena y también puede faltar de manera absoluta o en cierta medida (Buteler Caceres, 2005).

1.2 Incapacidad

Si nos transportamos a la época de Roma nos encontramos con que para tener capacidad el hombre debía reunir tres estados: de libertad, ciudadanía y familia, quien ostentaba los tres estados tenía plena capacidad y aquel a quien le faltaban todos los

estados carecía de personalidad jurídica. Para los romanos los términos persona y sujeto no eran sinónimos de seres humanos.

En la legislación de la edad media la incapacidad se traducía en la muerte civil del sujeto consistente en el despojo de todos los derechos civiles y políticos.

Dejando de lado las incapacidades de la época antigua y medieval fijamos atención en principios consagrados en nuestro ordenamiento jurídico. La capacidad constituye la regla y la incapacidad, entendida como la ausencia de capacidad, la excepción. Todas las personas son capaces menos aquellas expresamente declaradas incapaces por la ley.

Si bien todos los hombres son sujetos de derechos y por lo tanto capaces de obligarse, adquirir y ejercer sus derechos, es necesario en ciertas situaciones limitar esa capacidad en consideración a razones de orden fisiológico, moral o psiquiátrico, constituyendo estas limitaciones en la ley positiva lo que se conoce como incapacidades (ausencia de capacidad).

Dentro de la incapacidad debemos diferenciar entre incapacidad de derecho e incapacidad de hecho dependiendo si se carece de la aptitud para ser titular de ciertos derechos o se carece de la aptitud para ejercer por si mismo los derechos de los cuales se es titular.

1.2.1 Incapacidad de derecho

La incapacidad de derecho consiste en no poder ser titular de determinados derechos o de una determinada relación jurídica. Este tipo de incapacidad se encuentra expresamente establecida por la ley, nunca puede ser absoluta dado que no se puede concebir a una persona sin derechos y por lo tanto sin personalidad jurídica, esto hace

que siempre estaremos frente una incapacidad de derecho relativa. La incapacidad de derecho se establece en pos del orden moral buscando proteger las relaciones humanas con el fin de prevenir conductas incorrectas.

Podríamos decir que “son incapaces de derecho aquellas personas a las cuales se le prohíbe la adquisición de ciertos derechos o el ejercicio de ciertos actos, por sí o por otras personas” (Buteler Cacerres, 2005, p. 109). A modo de ejemplo mencionamos el art 1.361³ del C.C en cuanto veda al mandatario de adquirir bienes de su mandante. Como consecuencia lógica del fin que se busca al establecer este tipo de incapacidad no se puede remediar ya que si así fuese resultaría contradictorio.

1.2.2 Incapacidad de hecho

Se traduce en la imposibilidad para ejercer por sí los derechos de los cuales se es titular. La incapacidad de hecho se establece en virtud de la carencia física o psíquica

³ Artículo 1.361: Es prohibida la compra, aunque sea en remate público, por sí o por interpuesta persona:

1° A los padres, de los bienes de los hijos que están bajo su patria potestad;

2° A los tutores y curadores, de los bienes de las personas que estén a su cargo y comprar bienes para éstas, sino en los casos y por el modo ordenado por las leyes;

3° A los albaceas, de los bienes de las testamentarias que estuviesen a su cargo;

4° A los mandatarios, de los bienes que están encargados de vender por cuenta de sus comitentes;

5° A los empleados públicos, de los bienes del Estado, o de las Municipalidades, de cuya administración o venta estuviesen encargados;

6° A los jueces, abogados, fiscales, defensores de menores, procuradores, escribanos y tasadores, de los bienes que estuviesen en litigio ante el juzgado o tribunal ante el cual ejerciesen, o hubiesen ejercido su respectivo ministerio;

7° A los Ministros de Gobierno, de los bienes nacionales o de cualquier establecimiento público, o corporación civil o religiosa, y a los Ministros Secretarios de los Gobiernos de Provincia, de los bienes provinciales o municipales, o de las corporaciones civiles o religiosas de las provincias.

que padecen algunos sujetos y que afecta el pleno ejercicio de sus derechos. Con el fin de resguardar su integridad y sus bienes nuestro Código Civil los declara como incapaces de hecho, constituyendo una medida protectoria frente a los actos de aquellas personas que busquen aprovecharse de su falta de madurez.

Los incapaces de hecho son representados por otra persona que obra por nombre y cuenta del incapaz. El art 58 del C.C establece que “este Código protege a los incapaces, pero solo para suprimir los impedimentos de su incapacidad, dándoles la representación que en él se determina. . .”

Dentro de esta categoría si podemos diferenciar entre incapaces de hecho absoluto y relativo dependiendo de que la capacidad se ausente en forma total o parcial.

- El art. 54 del Código Civil establece que tienen incapacidad de hecho absoluta: las personas por nacer, los menores impúberes, los sordomudos que no saben darse a entender por escrito y los dementes que constituyen nuestro objeto de estudio.
- El art. 55 del Código Civil establece que son incapaces de hecho relativo los menores adultos.

1.3 Inhabilitados

Con la reforma de la ley 17.711 se incorporó el art. 152 bis que constituye una suerte de morigeración del sistema, creando una nueva categoría dentro del régimen de incapacidad, la de los inhabilitados. Se trata de personas que son capaces pero que para determinados actos requieren de la ayuda de un tercero, este último no reemplaza en su totalidad la voluntad del inhabilitado sino que lo asiste. En este sistema se brinda protección al inhabilitado mediante un régimen asistencial, como vemos no se trata de un incapaz ya que es capaz para la generalidad de los actos a pesar de que para efectuar válidamente algunos actos específicos requieran de la conformidad del asistente (Llambias , 2010).

En virtud de lo prescripto por el art 152 bis quedan encuadrados dentro de este régimen quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio; los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 del Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio; quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes.

Capítulo 2: Marco regulatorio argentino relativo a los incapaces de hecho por demencia

Luego de haber realizado un breve repaso por los conceptos esenciales que se vinculan a este tema, nos centraremos específicamente en los dementes como objeto de estudio del trabajo de investigación y todo lo que gira en torno a ellos.

2.1 La historia de la locura

El concepto de la locura es un concepto dinámico que adopta diversas formas al encontrarse influenciado por la cultura, la época y las creencias de las que estemos hablando, así a lo largo de la historia nos encontramos con una gran diversidad de conceptos que seguidamente analizaremos (Porter, 2002).

En la antigüedad se consideraba que la locura era obra de entes no naturales (dioses o demonios) que por un castigo, manipulación o venganza actuaban sobre el cuerpo y la mente humana. Las personas que padecían de locura eran reconocidas como víctimas que no tenían control alguno de su cuerpo y su mente (Porter, 2002).

Con el advenimiento del cristianismo la locura se vincula estrechamente al pecado, al defecto moral o al resultado de una degeneración religiosa o falta de virtudes. Se consideraba que la locura era consecuencia de la celebración de pactos con el

demonio o vinculaciones con la brujería por lo que la persona loca se encontraba dominada por las fuerzas del mal.

En los comienzos del siglo XV la locura era una enfermedad del alma, a fines del siglo los que padecían males mentales eran expulsados de las ciudades y vivían errantes y sujetos a maltratos permanentes o eran abandonados a la deriva en naves sin timón. En el siglo XVII surge la idea manicomial traducida en encerrar a los locos y a todos los marginales juntos, con la finalidad de proteger el orden público y reducir la mendicidad y ociosidad como fuentes del desorden social. El objetivo del encierro no era terapéutico, con esto se buscaba ocultarlos, encerrarlos y sacarlos de la vida social ya que eran un objeto indeseable para la sociedad. La reclusión en estos lugares constituía una sentencia de muerte por las condiciones a las que eran sometidos (Foucault, 2003).

Tiempo más tarde los locos son discriminados de los demás marginados, la idea de la peligrosidad de estas personas aumenta y el modelo de exclusión social se justifica en la misma. El tratamiento de los locos se basaba en tratos degradantes, sometimiento a la autoridad, trabajos forzosos, castigos y torturas corporales, entre otros. “Yo los he visto desnudos, cubiertos de harapos, no teniendo más que paja para librarse de la fría humedad del empedrado en que están tendidos. Los he visto mal alimentados, privados de aire que respirar, de agua para calmar su sed y de las cosas más necesarias de la vida. Los he visto entregados a auténticos carceleros, abandonados a su brutal vigilancia. Los he visto en recintos estrechos, sucios, infectos, sin aire, sin luz, encerrados en antros donde no se encerraría a los animales feroces que el lujo de los gobiernos mantiene con grandes gastos en las capitales.” (Foucault, p. 42, 2003)

A fines del siglo XVIII comienzan a advertirse cambios en torno a la forma de tratar la locura dejando de lado los castigos corporales y tratos degradantes, apuntando al tratamiento moral de la locura. Uno de sus inspiradores, Pinel, introdujo cambios trascendentales con respecto a este punto basándose en principios racionales, laicos, en la moral social, ciudadana, la familia y el trabajo.

Ya en el siglo XIX finalmente se considera a la locura como una enfermedad mental alejándose definitivamente de concepciones sobrenaturales. Se deja de ver al loco como un insensato, un ser completamente ilógico y se lo considera un alienado. Para Kraepelin la enfermedad mental era producto de un organismo que funcionaba mal, consideraba que se heredaba por lo que justificaba el encierro y la esterilización de los mismos. Pinel intenta humanizar el tratamiento de los locos y explica que la locura puede ser hereditaria, producto de un defecto cerebral o bien adquirida por un defecto moral (Kraut, 2006)

Como podemos apreciar luego de este breve repaso por la historia de la locura los enfermos mentales existieron en todos los tiempos, lo que fue cambiando y presentando variaciones fue la forma de tratarlos y el lugar que se les otorgo a nivel social.

2.2 Dementes. Definición

La Real Academia Española define al demente como quien padece de demencia, deterioro de sus facultades mentales. Gramaticalmente demencia deriva del latín de-

alejado y mens genitivo de mentis-mente, de modo que es la pérdida progresiva de las funciones cognitivas debido a daños o desordenes mentales.

La ley civil fija una edad en los individuos llegada la cual supone que sus facultades tanto físicas como intelectuales se encuentran lo suficientemente desarrolladas para el ejercicio pleno de sus derechos. Si bien la generalidad de las personas alcanza dicha madurez hay casos en que no sucede de esa manera como es en el caso de los dementes.

La regulación relativa a los incapaces de hecho absolutos por demencia se encuentra en el Título X de la Sección I, del Libro I, del Código Civil. Velez Sarsfield por su parte utilizó el término demente para referirse a las personas disminuidas en sus facultades mentales, lo cual ha sido objeto de varias críticas debido a la imprecisión del mismo ya que se lo utilizó para referirse a la generalidad de las enfermedades mentales mientras que la demencia en un sentido técnico constituye un solo tipo de enfermedad mental.

Según la nota del art 3.615 la demencia es la expresión genérica que abarca todas las variedades de la locura, es la privación de la razón con sus accidentes y fenómenos. De ser así la demencia trasladada a un lenguaje técnico – científico correspondería al concepto de enajenación mental (Buteler Cáceres, 2005). Nerio Rojas, psiquiatra argentino, define a la enajenación mental como “un trastorno general y persistente de las funciones intelectuales, cuyo carácter patológico es ignorado o mal comprendido por el enfermo, y que impide la adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente, sin provecho para sí mismo, ni para la sociedad" (Buteler Cáceres, 2005, p. 136).

2.3 Declaración de demencia

El art. 141 del Código Civil declara como incapaces por demencia a las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.

Para establecer la incapacidad de las personas que sufren de algún trastorno mental la doctrina diferencia tres sistemas:

- Médico: solo se examina si el sujeto padece algún tipo de enfermedad mental típica, sin importar si la misma incide en las relaciones sociales o no (Llambias, 2001).
- Biológico- jurídico: se requiere la presencia del factor biológico que se traduce en la enfermedad propiamente dicha y del factor social en cuanto la enfermedad mental obstruya el manejo de su persona y su patrimonio (Llambias, 2001).
- Económico-social: solo se tiene en cuenta la incapacidad para administrar sus bienes independientemente de su estado mental.

El Código Civil luego de la ley 17.711 adopta el criterio medico- jurídico, de modo que la enfermedad mental tiene que producir en la persona un efecto jurídico concreto, que es imposibilitarlo de manejarse a sí mismo y administrar sus intereses. El criterio más apropiado a mí entender, considerando que la finalidad de la declaración de demencia consiste en proteger al sujeto que como consecuencia de una enfermedad mental no se encuentra en condiciones de dirigir su persona y administrar sus bienes, si la enfermedad mental no afectara la vida jurídica del sujeto, carecería de toda razón de ser.

De este artículo se desprenden los presupuestos necesarios para dictar la sentencia de interdicción. Por un lado la enfermedad mental como requisito biológico, definida por la psiquiatría como la forma de existencia o de conciencia patológica que se distingue o define por su fisonomía clínica, su estructura y evolución, la enfermedad debe ser grave, actual y crónica. Por otro lado se requiere del factor jurídico traducido en la afectación de la enfermedad mental en la vida jurídica del sujeto.

Tratándose de una incapacidad excepcional que no se presenta en todas las personas y considerando los efectos de la sentencia de interdicción, surge la necesidad de comprobar fehacientemente la enfermedad para poder declararla y dictar la consecuente sentencia de interdicción (Rivera, 1998). El art. 140 del C.C. establece que ninguna persona será habida como demente sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente.

La declaración de demencia deberá hacerse solo a solicitud de parte, no existe la declaración de oficio, este requisito establecido en el art. 142 se encuentra regulado por el art. 144 determinando las personas legitimadas activamente a tal efecto : el esposo o esposa no separados personalmente o divorciados vincularmente; los parientes del demente; el Ministerio de Menores; el respectivo cónsul, si el demente fuera extranjero y cualquier persona cuando el demente sea furioso o incomode a sus vecinos. Se trata de una enumeración taxativa (Rivera, 1998).

Por otra parte el mismo art. 142 exige que el sujeto sea sometido al examen de facultativos y de determinar la demencia en dicho dictamen deberá ser calificada en su respectivo carácter y si fuese manía determinar si es total o parcial (art. 143 del C.C.). Se trata de un elemento esencial para declarar la insania de una persona. El Código habla de facultativos por lo que la doctrina entiende que deben ser médicos psiquiatras y deben ser al menos dos ya que se indica pluralidad.

Mediante la sustanciación del juicio de insania se nombrará un curador provisorio que va a representar y defender los intereses del presunto incapaz (art. 147 del C.C.).

El Código Civil establece dos limitaciones para el sometimiento de un sujeto al juicio de insania: por un lado el art 145 del C.C establece que no podrán ser declarados dementes las personas menores de 14 años, el fundamento radica en que ya estamos frente un incapaz de hecho absoluto por tratarse de un menor impúber, razón por la cual carecería de todo sentido la superposición de dos incapacidades de hecho absolutas. Y por otro lado el art 146 del C.C. estableciendo como segunda limitación el impedimento de solicitar la declaración de demencia cuando ya se hubiese declarado improbadamente, con excepción de que se acrediten nuevos hechos. La finalidad de esta limitación es proteger al sujeto de los perjuicios que puede provocar en su salud el sometimiento a diversos juicios de insania.

Cuando una persona es declarada demente mediante una sentencia de interdicción se afecta en forma directa su capacidad al convertirse en un incapaz de hecho absoluto con las correspondientes consecuencias jurídicas que dicha incapacidad produce. Como primera medida será representado por un curador que se hará cargo del cuidado de la persona y los bienes del incapaz. Los actos jurídicos posteriores a la sentencia otorgada por el demente serán nulos según lo establecido en el art. 472 del C.C. En cuanto a aquellos otorgados con anterioridad a la sentencia de interdicción la misma ejerce una cierta influencia sobre el pasado estableciendo un periodo de sospecha desde la época en que la enfermedad se hizo pública (art. 473 del C.C.)

Un punto de suma importancia y que no podemos pasar por alto es la influencia de la enfermedad mental en la libertad de una persona, en todos los casos en que se restringe la libertad el tema merece especial atención y más aun en este caso que se

restringe la libertad personal como consecuencia de padecer una enfermedad. La ley con la finalidad de proteger lo máximo posible la libertad personal del insano estableció como principio general que el demente no será privado de su libertad personal, sin embargo hay situaciones que constituyen excepciones a dicho principio:

- A saber que el demente se dañe a sí mismo o terceros. Sin embargo no será trasladado a una casa de dementes sin autorización según el art. 482 del C.C.
- La internación como medida de prevención dispuesta por la autoridad policial siempre dando rápida intervención al juez y previo dictamen del médico oficial en los casos en que interdictos se dañaran a sí mismos, a terceros o afectaran la tranquilidad pública.
- La internación solicitada para aquellas personas que padecen de algún tipo de enfermedad mental y requieren de la internación para lograr un mejor tratamiento. Esta internación también será declarada por el juez y se designará a un defensor especial para controlar que la medida no se aparte de la finalidad que tiene en sí misma.

Se trata de una medida excepcional, subsidiaria y transitoria a la que se hace referencia en los dos párrafos anteriores agregados por la Ley 17.711 (Rivera, 1998).

Como se puede apreciar el sistema descrito se basa en un modelo tutelar de incapacitación con el que se busca proteger al demente reemplazando totalmente su voluntad para preservar sus bienes y resguardar su integridad.

Velez Sarsfield adopto un sistema de capacidad basado en dos polos extremos sin puntos intermedios, haciendo una división tajante entre sanos y enfermos. De esta forma una persona que es declarada demente por sentencia no puede realizar

válidamente ningún tipo de acto jurídico, ya que estamos ante un incapaz de hecho absoluto según el art. 54 inciso 3 del Código Civil y en virtud de lo dispuesto por el art. 1041 son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces. Esto implica para el demente una suerte de muerte civil, una vez dictada la sentencia de incapacidad hay cosa juzgada sobre su estado de capacidad y debe mantenerse dicho estado hasta que otra sentencia disponga lo contrario (Buteler Cáceres, 2005).

2.4 Tutela constitucional de los padecientes mentales

La Constitución Nacional como ley suprema de la Nación contiene numerosos artículos destinados a reconocer derechos fundamentales de todas las personas (art. 16, 19, 33, 75 inc. 22, 75 inc. 23). A su vez existen normativas internacionales de derechos humanos que forman parte del derecho interno en virtud de lo prescripto por el artículo 75 inc. 22⁴ de la Carta Magna y que representan la incorporación y el reconocimiento de nuevos derechos y garantías.

⁴ Artículo 75 inc. 22 de la C.N.: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

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

Las personas que padecen de una enfermedad mental representan un sector vulnerable dentro de la sociedad por lo que muchas veces como consecuencia de su debilidad o fragilidad se ven expuestas a que no se reconozcan ni respeten sus derechos fundamentales.

A continuación desarrollaremos particularmente los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico que brindan una mayor protección a los sectores frágiles de la sociedad y específicamente a las personas afectadas por una enfermedad mental.

- Derecho a la vida

Se trata de un derecho implícito considerado como derecho fundamental de la persona humana ya que el ejercicio del resto de los derechos reconocidos y garantizados por nuestra Constitución dependen de éste. El derecho a la vida encierra una determinada calidad de vida, vivir con dignidad, con justicia y en forma plena (Kraut, 2006).

Se encuentra previsto expresamente como derecho de todo individuo en el artículo 3⁵ de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al considerar a la vida como derecho inherente a todo individuo, prohibir la pena de muerte y en el caso que en algunos países aun se utilice establece regulaciones (art. 6⁶) y en la

reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

⁵ Artículo 3 DUDH: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

⁶ Artículo 6 PIDCP: 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

Convención Americana sobre Derechos Humanos al establecer por un lado el respeto y la protección de la vida y por el otro la regulación de la pena de muerte (Kraut, 2006).

- Derecho a la salud

La salud es definida como “un estado de completo bienestar físico, mental y social y no meramente como la ausencia de enfermedad” (Organización Mundial de la Salud, 1948).

El derecho a la salud es un derecho implícito de la Constitución Nacional pero que se encuentra entre los derechos reconocidos por la misma en virtud de la Declaración Universal de Derechos Humanos al establecer en su artículo 25⁷

2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.

5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

⁷ Artículo 25 DUDH: 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados

el derecho de las personas a gozar de un nivel de vida que le asegure la salud, y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en cuanto establece en su artículo 12⁸ el reconocimiento del derecho de toda persona al disfrute en el mayor nivel posible de salud física y mental.

Se trata de un derecho fuertemente vinculado con el derecho a la vida constituyendo una suerte de extensión del mismo, puesto que gozar de salud implica tener una buena calidad de vida que a su vez es un factor componente del derecho a la vida (Kraut, 2006).

- Derecho a la integridad personal y al trato humano

El derecho a la integridad personal se traduce en la protección de la persona como unidad, abarcando todas las esferas que hacen a su existencia (física, moral y psíquica), frente a todas aquellas amenazas, restricciones, agresiones y ataques de las que puede ser víctima.

y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

⁸ Artículo 12 PIDESC: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Los artículos 3 y 5⁹ de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconocen como derecho a la seguridad de las personas y establece la prohibición de todos aquellos tratos y penas que resulten crueles, inhumanos o degradantes. Por otra parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 7¹⁰ agrega a lo expresado anteriormente que nadie será sometido sin su consentimiento a experimentos médicos o científicos y en su art. 10¹¹ que toda persona privada de su libertad será tratada en forma humana y respetando su dignidad personal. Por último la Convención Americana de Derecho Humanos en su artículo 5 establece que “1.Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (Kraut, 2006).

Las personas que padecen enfermedades mentales y específicamente los pacientes institucionalizados son sujetos pasivos de tratos que afectan a su persona desde el punto de vista físico, psíquico y moral, debido a que se

⁹ Artículo 5 DUDH: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

¹⁰ Artículo 7 PIDCP: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

¹¹ Artículo 10 PIDCP: 1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.2.a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

encuentran en una situación de suma vulnerabilidad. Este derecho específicamente brinda la protección que requieren e impone la obligación de que así sea.

- Derecho a la libertad

La libertad constituye un derecho fundamental e inherente a las personas, muchos de los derechos reconocidos y garantizados por nuestra Carta Magna dependen de la libertad del individuo.

La Libertad no se encuentra expresamente reconocida en la Constitución Nacional como derecho subjetivo, su reconocimiento surge de la interpretación del texto legal en su conjunto, especialmente del preámbulo y de los artículos 14¹², 15¹³ y 19¹⁴ del mismo (Bidart Campos, 2003).

El artículo 19 de la Constitución Nacional al establecer que nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, establece una pauta general de conducta traducida en que los individuos

¹² Artículo 14 C.N: Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

¹³ Artículo 15 C.N: En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República.

¹⁴ Artículo 19 C.N: Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

conociendo con exactitud lo que está prohibido y permitido pueden elegir y actuar de acuerdo a sus apreciaciones personales y su sistema de valores.

Por otra parte en el artículo 18 del mismo cuerpo legal se establecen garantías mínimas destinadas a la protección de la libertad de las personas frente a la potestad del Estado en materia penal. Este artículo en el tema que tratamos particularmente adquiere gran importancia ya que varias veces las personas que padecen de enfermedades mentales son privadas de su libertad y requieren de protección para que no se produzcan abusos ni limitaciones arbitrarias (Kraut, 2006).

Existe un fuerte reconocimiento de la libertad como derecho fundamental a nivel internacional, específicamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Si bien es un derecho fundamental y esencial para cualquier ser humano para aquellas personas que padecen de alguna enfermedad mental la libertad se transforma en un derecho extremadamente valioso, esto se debe a que frecuentemente ven lesionada o restringida su libertad. Algunos al encontrarse privados de la facultad de decidir sobre su persona y su patrimonio de acuerdo a sus apreciaciones personales y otros cuando como consecuencia de su enfermedad mental son internados en instituciones psiquiátricas restringiendo de esta forma su libertad ambulatoria.

Más adelante veremos en profundidad como el derecho a la libertad de estos sujetos se encuentra en una lucha permanente con un sistema de internaciones que se aleja de los objetivos y el fin terapéutico. Olvidando

principalmente que se trata de personas padecientes de una enfermedad mental que requieren de cuidados y tratamientos para su recuperación y no restricciones arbitrarias a sus derechos.

- Derecho a la intimidad, honra y reputación

Se trata de derechos sumamente ligados a la esfera íntima de la persona la cual se encuentra protegida por la Constitución Nacional e instrumentos internacionales de derecho.

El derecho a la intimidad es el derecho de toda persona a que se respete su vida íntima, privada y familiar. El artículo 19 de la C.N. expresa que las acciones de los hombres que no ofendan el orden y la moral pública están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Se protege un ámbito de autonomía personal constituido por todos aquellos actos, sentimientos, costumbres, pensamientos y hábitos que componen la vida privada y están reservadas al individuo.

La honra es la estima y la valía que una persona tiene de sí misma y la reputación es la opinión que los demás tienen de una persona. Tanto el honor como la reputación de las personas se encuentran reconocidos como derechos fundamentales de las personas que hacen a la dignidad de las mismas en el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17¹⁵) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 11¹⁶).

Los enfermos mentales sufren una fuerte segregación y discriminación a nivel social que conlleva inevitablemente a la estigmatización por el solo hecho de padecer una enfermedad. Esto inevitablemente afecta su honra y reputación lo que hace aun mas difícil su recuperación e inclusión en la sociedad. Por otro lado el derecho a la intimidad a pesar de que constituye un derecho humano fundamental y hace a la dignidad de las personas parece olvidarse en reiteradas ocasiones, fundamentalmente en los pacientes institucionalizados.

- Derecho a la igualdad y a la no discriminación

El artículo 16 de la Constitución Nacional consagra expresamente el derecho a la igualdad asegurando que todos los habitantes son iguales ante la ley. La norma elimina prerrogativas de sangre, de nacimiento, fueros personales y títulos de nobleza, por otro lado establece a la idoneidad como única condición para la admisibilidad de un empleo y la igualdad como base de impuesto y cargas públicas. Además observamos el principio de igualdad traducido en los artículos 15¹⁷, 20¹⁸ y 14¹⁹ de la Carta Magna.

¹⁵ Artículo 17 PIDCP: 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

¹⁶ Artículo 11 CADH: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

¹⁷ Artículo 15 C.N: .- En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los

Este principio “consiste en eliminar discriminaciones arbitrarias entre las personas” (Bidart Campos, 2003, p. 268), la discriminación se traduce en un trato diferencial hacia una persona basado en motivos tales como el sexo, el color de piel, ideologías, religión, situación económica, enfermedades, entre otros.

Hay que tener en cuenta que la igualdad no significa igualitarismo, es decir que hay diferencias que deben considerarse para lograr la igualdad. De no considerarse las situaciones y condiciones particulares en la que se encuentran los distintos sujetos no se estaría respetando el principio de igualdad de los iguales en igualdad de condiciones (Kraut, 2006).

En la realidad diaria quienes padecen de una enfermedad mental se encuentran en numerosas situaciones de desigualdad basadas en un trato discriminatorio por motivo de su enfermedad. Esto imposibilita la inclusión social, el acceso a un trabajo digno y el crecimiento personal. Como vemos se trata de personas que se encuentran en una situación particular por lo que requieren de un tratamiento jurídico diferencial que les asegure igualdad,

que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República.

¹⁸ Artículo 20 CN: Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

¹⁹ Artículo 14 CN: Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

protección y sancione la arbitrariedad, de este modo la ley protege a las personas con minusvalías psíquicas de prácticas discriminatorias sufren a diario.

Capítulo 3: Una nueva mirada en materia de Salud Mental

3.1 Los derechos humanos y los padecientes mentales

Los derechos humanos son atributos inherentes a todos los seres humanos sin distinción de ningún tipo y se encuentran a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional. (Naciones Unidas de Derechos Humanos <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx> 17/04/2014). De esta forma los Estados se obligan a respetar los derechos humanos de las personas y garantizar su goce y ejercicio asumiendo un importante compromiso en la causa.

Cuando hablamos de la Ley 26.657 no podemos evitar hacer referencia a los derechos humanos, puesto que se trata de una ley que se realizó desde esa perspectiva y fundamentalmente porque fueron las convenciones internacionales de derechos humanos las que impactaron favorablemente en el sistema interno de nuestro país para que se comenzara a trabajar en este cambio paradigmático que hacía tiempo se venía gestando a nivel mundial.

Las personas que padecen de una enfermedad mental son vulnerables por razones inherentes a su identidad o condición y en muchas ocasiones se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades. Con esta normativa justamente se apunta a la protección de este sector o grupo de personas.

La Ley Nacional de Salud Mental fue producto de diversas normativas, principios, directivas y disposiciones nacionales e internacionales que fueron creando las bases adecuadas para que hoy luego de un largo recorrido contemos con una Ley en materia de salud mental nutrida de los avances más modernos en la materia.

3.1.1 Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

3.1.2 Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en materia de Salud Mental

- Declaración de Alma Ata 1978.

La Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud de Alma Ata realizada el doce de septiembre de mil novecientos setenta y ocho y organizada por la Organización Mundial de la Salud, la Organización Panamericana de la Salud y UNICEF, en la cual participaron 134 países y 67 Organizaciones Internacionales, expresó la necesidad de una acción urgente

por parte de todos los gobiernos, de todo el personal de salud y de desarrollo y de la comunidad para proteger y promover la salud de todos los pueblos del mundo y de esta forma llevar una vida social y económicamente productiva.

Se establece a la atención primaria de salud como la calve dentro de este proceso, en el punto IV se la define como la asistencia primaria esencial, basada en métodos y tecnologías prácticas, científicamente fundadas y socialmente aceptables, puestas al alcance de todos y a un costo que toda la comunidad pueda afrontar en cualquier etapa de su desarrollo con auto responsabilidad y autodeterminación. Este constituye el primer contacto con el sistema de salud y el primer elemento de un proceso permanente de asistencia sanitaria. La atención primaria de salud forma parte del sistema de salud pero también del desarrollo económico y social.

Las intenciones plasmadas a lo largo de los diez puntos desarrollados en la Declaración de Alma Ata se traducen en reafirmar que la salud es el estado de completo bienestar físico, mental y social, el cual se trata de un derecho humano fundamental para toda persona y que lograr un buen nivel de salud es un objetivo social por lo que requiere del trabajo de todos los sectores. Por esta razón el desarrollo y avance de la economía y la sociedad es sumamente importante para lograr una mejor salud y viceversa, una mejor salud en el pueblo es indispensable para un desarrollo económico y social sostenido, esto ayuda a mejorar la calidad vida y alcanzar la paz mundial.

- Declaración de Caracas

La Conferencia sobre Reestructuración de Atención Psiquiátrica en América Latina dentro de los Sistemas Locales de Salud, convocada por la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de Salud adopta la Declaración de Caracas el 14 de noviembre de 1990, en Caracas Venezuela. Donde se plasma la necesidad, los beneficios y consideraciones de la reestructuración de la atención psiquiátrica e insta a la colaboración y apoyo a Ministerios de Salud y de Justicia, a los Parlamentos, los Sistemas de Seguridad Social y otros prestadores de servicios, las organizaciones profesionales, las asociaciones de usuarios, universidades y otros centros de capacitación y a los medios de comunicación para asegurar un exitoso desarrollo para el beneficio de las poblaciones.

- Principios de Brasilia

En el mes de noviembre del año 2005 con el fin de evaluar los desarrollos producidos desde 1990 se desarrolla la Conferencia Regional para la Reforma de los Servicios de Salud Mental: 15 años después de Caracas. A tal fin el Ministerio de la Republica Federativa de Brasil, la Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud convocaron al personal gubernamental de salud mental, organizaciones de la sociedad civil, usuarios y familiares.

Los principios de Brasilia son una actualización de la Declaración de Caracas, a la vista de los limitados avances en la consecución de sus objetivos, constituyen un recordatorio de todo lo que queda pendiente 15

años después de las buenas intenciones suscritas en la Declaración de Caracas.

- Convención Internacional de Derechos de las personas con discapacidad

Se trata de un instrumento internacional de Derechos Humanos cuyo fin es proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. El texto fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de diciembre de 2006, abierta a la firma el 30 de mayo de 2008 después de ser ratificada por veinte países.

La Convención cuenta con un preámbulo y cincuenta artículos. En el artículo 1º se menciona como propósito promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales a todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Se adopta un concepto distinto de discapacidad al incluir como personas con discapacidad a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás.

En el artículo 3º se establecen los principios rectores de la Convención

a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;

b) La no discriminación;

- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

En el resto del articulado se plasman obligaciones de los Estados partes y la aplicación derechos específicos establecidos en la Convención.

3.2 Instrumentos legales en la Argentina

Teniendo en cuenta la organización federal de nuestro país, las provincias no han delegado a la Nación la facultad de legislar en materia de salud mental, por lo que antes de la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental contábamos con leyes provinciales de las provincias de Córdoba (9.848), Chubut (384), Entre Ríos (8.806), Río Negro (2.440), San Luis (536), San Juan (6.976) ,Santa Fe (10.772) y la ley 448 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que se transformaron en importantes antecedentes de lo que hoy es la ley marco en materia de salud mental, ya que fueron adoptando conceptos e ideologías que luego se vieron plasmados en la Ley 26.657(Leandro Gorbacz ,2012).

3.3 Análisis de la Ley Nacional de Salud Mental

En nuestro país, el sistema de salud mental se encontraba desfasado respecto de los cambios ocurridos a nivel mundial. Con la sanción de Ley Nacional de Salud Mental 26.657 se incluyeron al ordenamiento legal todos los cambios, prácticas y concepciones reconocidas en instrumentos internacionales y particularmente en la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, lo que proporcionó un marco legal para abordar asuntos claves referentes al tema. Era sumamente necesario la legislación en materia de salud mental para brindar una protección adecuada a personas que por padecer de trastornos mentales se enfrentan al estigma, la discriminación y la marginación aumentando las posibilidades de que se violen sus derechos y no se realicen socialmente (Panorámicas de Salud Mental a un año de la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental, 2011).

La salud mental ha estado impregnada de estigma y discriminación durante un largo tiempo, era un área que en materia de salud había quedado en el abandono, olvidando que la salud física y mental son componentes vitales para cualquier persona. Sin salud mental no hay bienestar general para los individuos ni para la sociedad, sin embargo no se le atribuye la misma importancia a la salud mental que a la salud física. La salud mental se define como “el estado de bienestar general que permite a los individuos realizar sus habilidades, afrontar el estrés normal de la vida, trabajar de manera productiva y fructífera y hacer una contribución significativa a su comunidad” (Organización Mundial de la Salud, 2004).

Específicamente en lo que nuestro tema compete la sanción de esta ley produjo un cambio de paradigma en cuanto el demente como incapaz de hecho absoluto y sujeto

de tutela, dejando de considerar al demente como objeto de protección para pasar a ser sujeto pleno de derecho. Este cambio fue fruto de los avances doctrinarios, científicos, medicinales, culturales y producto de fuertes discusiones parlamentarias, de modo que ha sido parte de la propia evolución social.

En materia de capacidad la Ley 26.657 se nutre de las teorías más modernas, introduciendo cambios verdaderamente positivos que fueron creando un nuevo sistema basado en: la visión integral de la salud mental, el concepto de capacidad progresiva, la figura de un equipo interdisciplinario de profesionales y técnicos, la internación como recurso excepcional, transitorio y de corta duración, la atención en hospitales generales, la eliminación paulatina de los psiquiátricos, entre otros. Con esta nueva visión se apunta a evitar y superar la discriminación y estigmatización de los enfermos mentales para lograr la inclusión social de los mismos.

A partir de su sanción se adoptó un modelo social de discapacidad en donde el Estado debe reconocer la titularidad de todos sus derechos pero fundamentalmente la capacidad del sujeto para ejercerlos por sí mismo, evitando la pasividad en la que se somete al sujeto en pos de protección, dando la posibilidad de elegir y actuar por sí mismo creando condiciones adecuadas para que así suceda.

Nos referimos a la capacidad jurídica como el derecho que tienen todas las personas tanto para ser titulares de derechos así como la capacidad o posibilidad concreta de ejercerlos (REDI y Laufer Cabrera, 2010). Se refiere entonces a la capacidad de actuar, el derecho a tomar decisiones sobre nuestras vidas en un marco de respeto por la dignidad e independencia personal, es un derecho en sí mismo y una garantía transversal e instrumental que permite ejercer todos los demás derechos por voluntad propia. La privación de la capacidad jurídica para actuar no solo ha lesionado la igualdad ante la ley si no también la posibilidad de defenderse y ejercer muchos

derechos humanos. No podemos evitar hacer mención a la dignidad del riesgo, principio que surge de este sistema traducido en el derecho a transitar y vivir en el mundo con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse (REDI y Laufer Cabrera, 2010).

“Se hace imprescindible comprender que el modelo social de la discapacidad y capacidad jurídica plena que establece la ley implica un cambio paradigmático y trascendental, el cual se puede sintetizar en tres puntos: desde un paradigma de peligrosidad hacia el paradigma de capacidad; desde un enfoque tutelar hacia uno de derechos y desde la exclusión hacia la inclusión” (Panorámicas de Salud Mental a un año de la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental, 2011, p. 21).

Ya situados en este contexto y adentrándonos específicamente en el articulado de la Ley Nacional de Salud Mental entre las principales innovaciones podemos mencionar las siguientes:

La ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental (Art 1 LSM). Al fijar su objeto se utiliza la denominación padecimiento mental dejando atrás términos como trastorno, enfermedad o demencia ampliando de esta forma la protección brindada por el Código Civil.

En el art. 3 se reconoce que la salud mental no está determinada exclusivamente en forma biológica si no por diversos componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, abarcando todas las facetas del ser humano y su vida en sociedad. La preservación y mejoramiento de éstos implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Se establece como principio la presunción de capacidad de todas las personas.

De la simple lectura se puede apreciar la idea de inclusión social que emana del espíritu de la Ley, de allí que se incluyan, tal como lo hace el art 4 de la ley, a las adicciones como parte integrante de política de salud mental al considerarla como un tipo de padecimiento y problema mental (Alonso Sainz, Otero, Orlandelli, Salinas, 2013).

En el art 7 el Estado reconoce los derechos de las personas con padecimiento mental , apreciándose el mencionado cambio de concepción del sujeto como objeto de protección a sujeto de derecho al considerarlo parte activa en todo lo referente a su vida y el tratamiento en sí. A modo de ejemplo se puede mencionar el derecho al consentimiento informado, el derecho a acceder a sus antecedentes familiares, fichas médicas e historias clínicas, el derecho a tomar decisiones relacionadas con su atención y tratamiento, derecho a que en caso de internación las condiciones sean supervisadas periódicamente, entre otras.

Se observan expresiones tales como equipo interdisciplinario, abordaje interdisciplinario, evaluación interdisciplinaria, criterios interdisciplinarios, entre otras. Esto sucede debido a que se incorpora una nueva forma de abordar las problemáticas que justamente se basa en interdisciplina, entendida como el intercambio e interacción de conocimientos entre distintos profesionales. Más adelante se realizará un análisis detallado de todo lo referente al abordaje interdisciplinario razón por la que no nos detenemos en profundidad en esta oportunidad

Se apunta a la implementación de acciones de inclusión social, laboral y de atención en salud mental comunitaria, promoviendo el desarrollo de dispositivos tales como consultas ambulatorias, servicios de inclusión social y laboral para personas después del alta institucional, atención domiciliaria supervisada y apoyo a las personas y grupos familiares y comunitarios, servicios para la promoción y prevención en salud

mental, así como otras prestaciones tales como casas de convivencia, hospitales de día, cooperativas de trabajo, centros de capacitación socio-laboral, emprendimientos sociales, hogares y familias sustitutas.

A partir de esta normativa las internaciones se convierten en el último recurso terapéutico y en caso de no poder evitarse y ser imprescindibles para el tratamiento deben preservarse los vínculos, contactos y comunicación del paciente con sus familiares y con el entorno social y laboral. Se debe cumplir con una evaluación interdisciplinaria estableciendo los motivos de la internación y debe contar con la firma de dos profesionales uno de ellos debe ser psicólogo o psiquiatra (Art 14). Se elimina del Código Civil el concepto de peligrosidad y se sustituye por el de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros como criterio de internación (Carpintero, 2011).

Por otro lado hablamos de desmanicomialización, ya que no se pueden crear nuevos manicomios y los existentes se deben adecuar a los lineamientos establecidos por la ley, promoviendo el desarrollo de dispositivos tales como: casas de convivencia, hospitales de día, cooperativas de trabajo, centros de capacitación socio-laboral, emprendimientos sociales, hogares y familias sustitutas (art. 27) (Hermosilla y Cataldo, 2012).

La ley 26.657 introdujo modificaciones expresas en nuestro Código Civil y es aquí en donde se encuentra nuestro punto de análisis y estudio.

El art 42 de la Ley Nacional de Salud Mental incorpora el art 152 ter con el siguiente texto: “Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más 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.”

Por otra parte el art 43 de la Ley Nacional de Salud Mental sustituye el art 482 del C.C. por el siguiente: “No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial.

Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.

A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud para las personas que se encuentren afectadas de enfermedades mentales y adicciones, que requieran asistencia en establecimientos adecuados aunque no justifiquen la declaración de incapacidad o inhabilidad.”

La incorporación de estos artículos produce cambios expresos e implícitos en el sistema de capacidad desarrollado ut supra. El punto central se encuentra en percibir como juegan estas modificaciones impregnadas de los más recientes avances en la materia dentro de un sistema rígido, de larga data e impregnado de una visión totalmente distinta como es el de nuestro Código Civil.

A partir de este punto se plantean distintos interrogantes ¿podemos seguir hablando en la actualidad del demente como un incapaz de hecho absoluto? ¿El interdicto queda desprotegido? ¿Cuál es la diferencia ahora entre un interdicto y un inhabilitado? ¿Cómo se trata el tema de la seguridad jurídica a la hora de contratar con un interdicto? ¿Cómo se articula el equipo interdisciplinario creado por la Ley Nacional de Salud Mental en nuestro Código? ¿La sentencia revisable cada tres años, es viable?

¿Qué efectos produce la caducidad de dicho plazo? ¿La adicción es una nueva causal de incapacidad? ¿Es posible la armonización de estos dos artículos dentro del sistema de capacidad del Código Civil?

Para poder realizar un estudio correcto de la temática mencionada ut supra desarrollamos en profundidad los conceptos y el sistema en si establecido por Velez Sarsfield, centrándonos en la visión y el fin que tuvo en mira a la hora de crearlo, para poder comprender la importancia y el impacto ocasionado a partir de la sanción de dicha Ley.

Se trata de un tema que contiene muchos aspectos, debido a que trabaja una problemática social impregnada de componentes históricos y culturales que fue evolucionando a través del tiempo y después de mucho esfuerzo se encuentra plasmado en una Ley sumamente ambiciosa e idealista, ya que intenta transformar la visión del demente que rigió desde la sanción del Código Civil, lo cual implica una transformación y adecuación total del sistema en todos los aspectos(sociales, jurídicos, psicológicos, culturales, psiquiátricos, arquitectónicos) .

Debido a la amplitud de la temática, el alcance de nuestra investigación se circunscribe a analizar el impacto explícito e implícito producido en el Código Civil y la articulación de ideas tan innovadoras y progresistas con las ideas patrimonialistas y tutelares de las que se encuentra impregnado nuestro ordenamiento jurídico.

La temática reviste de suma importancia en primer lugar porque se trata de personas que representan un sector vulnerable de la sociedad por padecer algún tipo de afección mental , razón por la cual son merecedores de protección por parte de la ley, lo que no debe implicar la exclusión, estigmatización y discriminación que trajo aparejada dicha protección. No nos podemos estancar en un sistema que ya no se adapta a una sociedad que apunta hacia la inclusión social, al sujeto con capacidad progresiva, a la

enfermedad mental ya no como un estado permanente, a un asistencialismo y a la no discriminación. Se trata de un cambio radical en la visión del demente que impacta en la tajante división de sanos y enfermos establecida por Vélez Sarsfield, alterando de manera trascendental el sistema de capacidad basado en dicha dicotomía.

A todo esto debemos agregar que la importancia del estudio radica principalmente en la articulación de estos dos sistemas y en la posibilidad de la aplicación de dichos cambios en la realidad. Los resultados de esta investigación nos sirven a todos como parte integrante de esta sociedad, desde la solidaridad con respecto a personas que sufren algún padecimiento y como posibles enfermos mentales ya que es una posibilidad latente en la vida de las personas. Es sumamente provechoso saber de los avances que como sociedad hemos logrado en cualquier temática y este es uno de ellos.

Capítulo 4: Análisis del art 152 ter y 482 del Código Civil

4.1 Análisis del art 152ter del Código Civil

Dentro de este marco conceptual analizaremos en profundidad la incorporación del art 152 ter al Código Civil: “Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más 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.”

Al introducir una nueva idea de capacidad jurídica definida en términos prácticos como el derecho que tienen todas las personas tanto para ser titulares de derechos así como la capacidad o posibilidad concreta de ejercerlos, se trata de no privar al sujeto de la posibilidad de elegir y actuar en un marco de respeto por la dignidad y la libertad personal. De modo que la capacidad se tiene que ver afectada en la menor medida posible y de acuerdo al nivel de afección o padecimiento mental que se posea, evitando transformar al sujeto en objeto de protección bajo la excusa de protegerlo de los peligros de la vida en sociedad, de allí que el artículo en análisis procure afectar mínimamente la autonomía personal (Mariano Laufer Cabrera y REDI, 2010).

4.1.1 Examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias

El art 142²⁰ del CC establece como requisito esencial el examen de facultativos, se trata de una prueba rigurosamente científica relacionada con la esencia misma del procedimiento, opera como garantía de la justicia y acierto de un proceso que proyectara sus efectos sobre un aspecto sumamente importante como es la capacidad de las personas, de allí la necesidad de que esta prueba resulte del propio texto legal (Rivera, 2007).

La opinión técnica es imprescindible para que el juzgador tenga la convicción de la existencia de la enfermedad mental y por lo tanto el requisito biológico necesario para la declaración de incapacidad. El Código Civil no determina el número y la calidad de los facultativos, solo se indica pluralidad. La doctrina considera que por la importancia y lo delicado del tema es imprescindible que se trate de médicos psiquiatras ya que el juez no posee conocimientos relativos en la materia por lo que requiere de los conocimientos de especialistas en el tema, no es posible prescindir de la pericia médica ya que sin dicha pericia el pronunciamiento sería nulo (M.T. Bergoglio/ M.V. Bertoldi de Foucarde, 2000).

En el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Córdoba el art. 832 inc. 3 establece que se designarán tres médicos psiquiatras o legistas para que informen sobre el estado de las facultades mentales del insano. Por otro lado el art. 837 establece que se deberán expedir sobre el diagnóstico, fecha aproximada en que la enfermedad se manifestó, pronóstico, régimen aconsejable para su protección y asistencia y por último necesidad de internación.

²⁰ Artículo 142: La declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte, y después de un examen de facultativos.

En este contexto analizamos la primera parte del art 152 ter mencionado ut supra. De la simple lectura del artículo consideramos que el juez solo podrá fundar su sentencia en un examen de facultativos, lo que lleva a transformar el imperium de los jueces por el de los facultativos alterando el principio de la libre convicción (Somer, 2012). Esto nos obliga a tratar la vieja discusión sobre la valoración, la eficacia de la pericia médica y la actitud del juzgador ante el dictamen médico. Al respecto existen tres criterios diferentes:

- Niega efectos vinculantes para el juez: se afirma que al no contar con el sistema de pruebas legales, en virtud del cual cada prueba tiene un valor y un grado de eficacia predeterminado por la ley, el dictamen pericial debe ser apreciado y valorado como cualquier otra prueba no resultando vinculante para el juzgador. Sin embargo se reconoce que se trata de una prueba esencial para dictar sentencia en este tipo de juicios. A este criterio se adhieren Salvat, Lafaille, Rojas, Busso, Arauz Castex. (Rivera, 2007).

- Para Orgaz el dictamen obliga al juzgador en su aspecto médico pero no en su aspecto jurídico. Esto quiere decir que el juzgador en el aspecto técnico no puede efectuar ningún tipo de consideración por la simple razón de carecer de conocimientos específicos en la materia sin embargo no impide que se puede apartar en el aspecto jurídico del dictamen, consistente en la aptitud del sujeto para dirigir su persona o administrar sus bienes, acerca de lo cual el informe tiene un mero valor ilustrativo al igual que otros elementos de convicción allegados a la causa (Llambias, 2001).

- El tercer criterio sustentado por Llambias, distingue el sentido del dictamen dependiendo si admite o niega la enfermedad mental del denunciado. Si el dictamen determina que el denunciado esta sano, es

inaceptable que el juez se aparte del mismo ya que no reconoceríamos al dictamen médico como garantía de justicia. Pero si del dictamen se estableciera la enfermedad del denunciado, el juzgador basándose en otras pruebas podría apartarse del diagnóstico. La función del examen de los facultativos es constituir una garantía de justicia y acierto de una decisión que impactará en forma directa en un tema de suma importancia como lo es la capacidad de las personas (Llambias, 2001).

En este artículo se incluyen las evaluaciones interdisciplinarias y debemos decir que se trata de una derivación directa de la Ley Nacional de Salud Mental, ya que se propone una mirada interdisciplinaria que se aprecia a lo largo de todo el articulado. Desde el momento en que en el art. 3 se define a la salud mental como un proceso determinado por diversos competentes, se reconoce que el padecimiento mental es una problemática compleja que trasciende una mirada médica o psicológica requiriendo de otras disciplinas para su abordaje. Esto nos lleva a concluir la adopción de la interdisciplina como modalidad de trabajo en materia de salud mental. Tal como se establece en el art. 8 la atención de la salud mental estará 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.

Ya en los años 80 resultaba evidente que los problemas de padecimiento subjetivo no se podían abordar únicamente desde la mirada de una disciplina específica y que se debía romper con el paradigma hegemónico positivista y con las explicaciones mono y multicausales (Stolkiner, 2005). La historia de la salud mental en la Argentina

tenía antecedentes de acciones interprofesionales y marcos teóricos comunes desde la década del 60 (Carpintero y Vanier, 2004).

Como consecuencia de la dictadura militar este proceso había quedado estancado y los servicios de salud mental se mantuvieron en un aislamiento total. Con el retorno de la democracia comienza nuevamente este proceso impulsando a trabajar desde la multiplicidad de conocimientos, actores, prácticas y disciplinas. Esto lleva a que las problemáticas de padecimiento subjetivo se traten desde la concepción multidimensional del problema, de modo que el enfoque adoptado no se pueda reducir a lo terapéutico o medicinal.

La década del 90 se caracterizó por la desmembración y división institucional, lo que impactó considerablemente en el Sistema de Salud constituyendo un retraso en materia de abordaje interdisciplinario, puesto que se requiere de un contexto integrador para el adecuado desarrollo de esta modalidad de trabajo (Stolkiner, 2005).

El contexto actual fue propenso para que las políticas de salud incluyan formas de asistencia y promoción en comunidad, postulados de trabajo en equipo y de abordajes multidisciplinarios dejando atrás el biologismo duro (Stolkiner, 2005). Ya situados en el marco histórico considero oportuno el abordaje de algunos conceptos.

La interdisciplina consiste en que distintos profesionales complementen sus saberes sin ningún tipo de jerarquía, conformando un equipo para lograr el objetivo propuesto. Se basa en la acción mancomunada y efectiva desde la diversidad de incumbencias profesionales. “Esta nueva modalidad de trabajo rompe con la hegemonía medico-psiquiatra y permite la evaluación desde distintas ópticas y perspectivas en un enfoque integral y más democrático de la salud mental” (Panorámicas de la salud

mental a un año de la sanción de la Ley Nacional N° 26.657, 2011, p.60). No se busca la fragmentación del objeto de estudio si no la construcción común del problema mediante una estrategia interdisciplinaria. Es fundamental que no se tomen conocimientos como verdades absolutas para poder cuestionar, indagar y abrir otros caminos de conocimiento dando lugar a la creación.

“La interdisciplina nace de la incontrolable indisciplina de los problemas que se nos presentan actualmente. De la dificultad de encasillarlos. Los problemas no se presentan como objetos, si no como demandas complejas y difusas que dan lugar a prácticas sociales inervadas de contradicciones e imbricadas con cuerpos conceptuales diversos” (Stolkiner, 1987, p. 313). Cuando hablamos de interdisciplinar hacemos referencia a este movimiento y en esto se basa la transformación en las formas de representar el pensamiento científico y su relación con las prácticas.

Se trata de un posicionamiento que obliga a reconocer la incompletitud de las herramientas de cada disciplina, apelando a los conocimientos de otros campos, a la multireferencialidad teórica en el abordaje de los problemas y la existencia de corrientes de pensamientos que atraviesan distintos saberes disciplinarios (Stolkiner, 2005).

Es importante mencionar y saber que la “la simple yuxtaposición de disciplinas o su encuentro casual no es interdisciplina. La construcción conceptual común del problema que implica un abordaje interdisciplinario supone un marco de representación común entre disciplinas y una cuidadosa delimitación de los distintos niveles de análisis del mismo y su interacción” (Stolkiner, 1999).

Lo que se busca es la participación democrática en el campo de la salud mental de todas las disciplinas y saberes. En busca de eso en el art. 13 de la Ley de Salud

Mental se establece que los profesionales con título de grado están en igualdad de condiciones para ocupar cargos de conducción y gestión de los servicios y las instituciones siempre que resulten idóneos y capacitados para su desarrollo abriendo el campo de participación a otras disciplinas y saberes (Millan, 2014).

En cuanto a los equipos interdisciplinarios, la ley establece directivas de forma general en cuanto a su composición, su forma de interactuar, la cantidad de integrantes la cual variará de acuerdo a cada grupo y de la institución que representan.

Sin embargo la temática presenta algunos obstáculos tal como lo menciona el Dr. Russo en la reunión plenaria de comisiones al establecer que la interdisciplina es muy fácil de promover desde lo discursivo pero en la práctica esto no resulta igual, ya que implica un ejercicio de modestia y humildad que no es muy fácil de lograr. Trabajar en un equipo interdisciplinario requiere de una preparación especial con la que no contamos, ya que no se preparan profesionales orientados a la búsqueda del límite del saber, a cuestionar fundamentos y alcances que permita la creación de nuevos saberes, sino que la formación se encuentra direccionada a la competencia individual y de mercado, constituyendo una verdadera dificultad para esta modalidad de trabajo. El legislador tuvo en cuenta dicho obstáculo por lo que en el art. 33 del cuerpo normativo recomienda a la Autoridad de Aplicación desarrollar recomendaciones dirigidas a las Universidades públicas y privadas para que la formación de profesionales sea orientada de acuerdo a los principios establecidos en la Ley.

Entendemos que la incorporación del artículo en análisis no ha derogado las normas contenidas en el art 832 inciso 3 y 837 del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Córdoba, si no que a dichos requisitos se suma la evaluación interdisciplinaria exigida por el art. 152 ter del C.C. Se incorpora la evaluación del

sujeto desde otras disciplinas, lo que lleva inevitablemente a ampliar los aspectos a considerar al evaluar: si puede vivir solo, si puede cumplir con las indicaciones terapéuticas que se le efectúen, si puede prestar consentimiento para las practicas o tratamientos que se le propongan, si puede contraer matrimonio, si puede ejercer la patria potestad respecto de sus hijos menores o incapaces, si puede trasladarse solo por la vía pública, si conoce el valor del dinero, si requiere supervisión y asistencia permanente para el desarrollo de su vida, si puede realizar una actividad laboral remunerada, si puede cobrar y administrar un beneficio previsional o vender bienes, si puede casarse, si puede efectuar compras o ventas que resulten necesarias para la satisfacción de sus necesidades básicas de subsistencia. Estos son algunos de los puntos que en la práctica los jueces solicitan que se especifiquen (Stingo, 2011).

4.1.2 Plazo de vigencia de la sentencia de incapacidad o inhabilitación

De la simple lectura del artículo observamos una limitación temporal referida a las declaraciones de inhabilitación o incapacidad al establecer que no podrán extenderse por más de tres años. ¿Cómo debemos interpretar este límite temporal?

Este plazo tiene como antecedente directo el art 12 inciso 4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en cuanto establece “...que se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas, que no haya conflictos de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, 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.”Como podemos apreciar se impone la obligación de efectuar exámenes periódicos de todas las medidas adoptadas en función de la capacidad jurídica del sujeto, en pos de garantizar una mejor protección y afectar de la menor manera posible al incapaz.

Ahora bien conociendo el antecedente y la finalidad que se busca al establecer dicho plazo de vigencia analizaremos su aplicación en la realidad, las distintas posturas doctrinarias y los interrogantes que surgen como consecuencia del mismo.

Un importante sector de la doctrina procesal considera que la sentencia de inhabilitación e interdicción tendrá efectos por un plazo no mayor de tres años, cesando de pleno derecho las limitaciones impuestas en dichos procesos, salvo que con anterioridad alguno de los sujetos legitimados peticione y pruebe la subsistencia de los presupuestos que condujeron a su declaración, esto se debe a que la ley no establece ningún tipo de continuidad. El vencimiento del plazo implicaría que el demente o inhabilitado recupere su capacidad para realizar cualquier acto jurídico (Millan, 2011).

De considerar que el plazo produce la caducidad de la sentencia, estaríamos frente a diversas problemáticas como la desprotección del sujeto, la inseguridad en el tráfico jurídico, la economía y la celeridad procesal y obviamente se tendría que rever el proceso de rehabilitación establecido en el art. 841²¹ del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, entre otras.

Esta postura basada en la interpretación literal de la norma y adecuada a los principios que pregonan la menor intervención en la vida de los sujetos que padecen

²¹ Artículo 841 CPCC: El declarado demente o inhabilitado podrá promover su rehabilitación. El tribunal designará tres médicos psiquiatras o legistas para que lo examinen y, de acuerdo con los trámites previstos para la declaración de demencia, hará o no lugar a la rehabilitación.

enfermedades mentales, no es razonable desde el punto de vista de la protección del incapaz y la seguridad jurídica, lo que nos lleva a considerar otros enfoques.

Otra parte de la doctrina a la cual nos adherimos considera que el plazo de tres años al que hacemos referencia no debe considerarse como un plazo de caducidad, si no como un plazo máximo dentro del cual se debe evaluar y examinar nuevamente al sujeto, a fin de determinar si siguen presentes los presupuestos que dieron origen a la sentencia de interdicción o inhabilitación o se presentó una mejoría en su estado, lo que implicaría la revisión de las limitaciones impuestas a la capacidad. Esto se relaciona directamente con el art. 7 inc n de la Ley Nacional de Salud Mental al establecer como derecho que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable. No estaríamos hablando de un nuevo proceso de insania o inhabilitación cada tres años si no más bien de un reexamen de la situación del sujeto, constituyendo una especie de control.

Dicho plazo constituye una limitación temporal que se dirige al juez y que le impone adoptar las medidas que resulten convenientes para revisar al causante y comprobar si las restricciones del caso se ajustan a la situación real y actual de la persona afectada, regla que guarda estricta relación con la directiva de preservar la autonomía del sujeto. En definitiva, se trata de impedir que la situación de restricción se extienda más allá de lo necesario.

En la práctica habitual se considera que el juez en la sentencia determina el plazo dentro del cual se realizará la revisión, dejando constancia en la agenda informática del tribunal, en dicha fecha ordenará de oficio la revisión de la sentencia, para lo cual se llevará a cabo una evaluación interdisciplinaria y en consideración de la misma mantendrá o modificará la sentencia anterior. Si bien no implica un nuevo

proceso se notificará al causante, curador y al defensor de menores e incapaces de las actuaciones (Somer, 2012).

Adherimos a esta postura porque al interpretar el término de tres años como un plazo de caducidad que importa el cese absoluto de la declaración de incapacidad o inhabilitación, en primera medida se deja desprotegido al enfermo mental y como consecuencia directa disminuye la seguridad en el tráfico jurídico, evidentemente presenta más problemas que soluciones (Guahnon, 2011).

Nos parece oportuno incluir en el presente lo expresado por la CAMARA CIVIL - SALA B- 54998/2008 al referirse a los alcances de lo dispuesto por el nuevo art. 152 ter del Código Civil en cuanto establece que las declaraciones judiciales de incapacidad o inhabilitación “No podrán extenderse por más de tres (3) años”. “En tal sentido, ha sostenido que el plazo de tres años que fija la ley como límite de la interdicción debe entenderse, en sintonía con los instrumentos internacionales de derechos humanos y en armonía con el resto del ordenamiento jurídico interno, que es un término que obliga a revisar dentro de ese plazo los alcances de la sentencia dictada; esto es, realizar un reexamen de la situación del causante a fin de determinar si ese pronunciamiento se adecua a las actuales circunstancias de la persona.

Esta revisión constituye una garantía para aquél a quien le ha sido limitada su capacidad, y es parte de la nueva visión que ha impuesto la nueva ley de salud mental. En ese sentido, debe procurarse que el examen de la situación actual del causante sea concienzudo y que no se limite a una “actualización automática” de la decisión que ha limitado su capacidad.

En ese sentido, es claro que dicha revisión constituye una de las herramientas mediante las cuales el poder judicial cumple con el derecho de la causante al trato personalizado y humanitario y la garantía de acceso directo al órgano de decisión establecida en las citadas convenciones. Dicho de otro modo, el requisito del art. 152 ter no debe derivar en una “actualización automática” para que el pronunciamiento conserve su validez; sino que se trata de un requerimiento que busca hacer operativo el principio que establece que la capacidad jurídica plena es la regla, y su limitación, la excepción. En consecuencia, la exigencia a los magistrados es la de una evaluación completa y pormenorizada de la situación del causante a los efectos de establecer si corresponde mantener la decisión a la que oportunamente se arribó, o si, por el contrario, se impone su modificación.”

Sin embargo creemos que hay casos en que este plazo no resulta conveniente ya que hay enfermedades que son irreversibles desde el punto de vista psiquiátrico, por lo que carecería de todo sentido someter a exámenes periódicos a sujetos que padecen este tipo de enfermedades cuando se tiene la certeza de que los supuestos facticos que se tuvieron en cuenta a la hora de dictar la sentencia de interdicción o inhabilitación no presentarían variaciones. Por lo que considero que en el caso de enfermedades irreversibles debería eximirse de la obligación de revisar en forma periódica la sentencia de interdicción pudiendo el juez establecerlo al momento de dictar la resolución.

Lo que no queda claro es que pasaría de no cumplir con dicha revisión ¿acarrea algún tipo de consecuencia?

4.1.3 Funciones y actos que se limitan

Al establecer que en las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad se deberán especificar las funciones y actos que se limitan, inevitablemente surgen múltiples cuestionamientos.

Anteriormente cuando el juez declaraba la incapacidad de una persona todos los actos realizados con posterioridad a la sentencia no tenían ningún tipo de valor como consecuencia directa de encuadrar al sujeto en un incapaz de hecho absoluto. Expresamente el art. 472 del Código Civil establece que serán de ningún valor los actos de administración que el incapaz celebre luego de dictada la sentencia que declare la incapacidad. La doctrina sostiene que se debe entender a los actos de administración en un sentido amplio y extensivo a los actos de disposición, abarcando todos los actos jurídicos entre vivos, concluyendo entonces que se trata de actos nulos de nulidad absoluta (Buteler Caceres,2005). Por su parte el art. 1041 del Código Civil establece que son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia a una representación necesaria. Esto nos lleva a concluir que el demente declarado como tal en juicio no puede otorgar válidamente ningún tipo de acto jurídico.

Con la incorporación del art 152 ter al Código Civil el juez al dictar la sentencia de interdicción no limitará la capacidad en forma absoluta, si no solo con respecto a aquellos actos específicos que el sujeto no pueda realizar como consecuencia de padecer alguna enfermedad mental. De este modo el art. 54 del Código Civil resultaría totalmente incompatible con lo instituido, puesto que no existirían sujetos totalmente incapaces por demencia, “la incapacidad no será ya de la persona en sí, si no de ésta con relación a determinados actos jurídicos” (Guahnon, 2011). Se trataría de un sistema de capacidad genérica con la excepción de aquellos actos que el tribunal considere que

requieren asistencia. De ser así no se encuentran diferencias sustanciales con el régimen de inhabilitación, por lo cual carece de todo sentido contar con dos institutos jurídicos que contemplen la misma situación de hecho (Tobias, 2010). Sin embargo si consideramos la posibilidad de situaciones en que el grado de la enfermedad mental sea tal que no permita la realización de ningún tipo de acto jurídico tendría lugar la aplicación del art. 54 y 141 del C.C.

Otro aspecto de gran importancia que no podemos dejar de tratar es la seguridad jurídica. Considerando que las restricciones a la capacidad variarán de acuerdo a las particularidades de cada situación, será sumamente necesario rever los sistemas de publicidad de las sentencias en razón de que se tomará conocimiento de las restricciones y el modo de suplirla mediante éstos. De esta forma los terceros tendrán pleno y certero conocimiento acerca de la capacidad del sujeto lo que garantizará la seguridad jurídica en sus negocios (Tobias, 2010).

La eficacia de este régimen de capacidad gradual depende en gran medida del sistema de publicidad, el cual a pesar de ser pasible de una revisión no se ha modificado por lo que deberá funcionar de acuerdo al mecanismo previsto en la Ley de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas N° 26.413. La confianza de las relaciones jurídicas debería quedar asegurada con la actividad de un sistema de registración de los actos limitados y condicionados a regímenes de salvaguardas para personas con enfermedad mental.

4.2 Análisis del artículo 482 del Código Civil

Siguiendo los lineamientos ideológicos de la Ley Nacional de Salud Mental se modificó el artículo 482 del Código Civil quedando redactado de la siguiente forma: “No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial.

Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.

A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud para las personas que se encuentren afectadas de enfermedades mentales y adicciones, que requieran asistencia en establecimientos adecuados aunque no justifiquen la declaración de incapacidad o inhabilidad.”

Para poder apreciar con mayor precisión las modificaciones realizaremos una comparación entre la redacción original y la nueva redacción, y a partir de allí nos introduciremos al análisis del mismo.

El primer párrafo en la redacción original establecía, “el demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en los 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.” Después de la sanción de la Ley 26.657 el primer párrafo quedó redactado de la siguiente forma, “no podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial.”

Se puede percibir que si bien la ley sigue preservando la libertad personal ya no se habla de dementes si no de incapaces por causa de una enfermedad mental y se incluye a la adicción como causal, ampliando la protección hacia estas personas. Anteriormente la excepción al principio general de libertad personal se traducía en el simple temor que el demente se dañe a sí mismo o a terceros, actualmente se lo sustituye por el riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. La ley no define lo que se entiende por riesgo cierto e inminente por lo que a tal fin acudimos a lo prescripto en los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental, parte integrante de la Ley Nacional de Salud Mental en virtud del art. 2, “entendemos que se refiere a la posibilidad que la persona con certeza, de forma segura e indubitable se pueda producir daño a si misma o a terceros y que el episodio sucederá prontamente” (Stingo, p.171, 2011).

Aquí también se puede observar la inclusión de una mirada interdisciplinaria a través de la incorporación del equipo interdisciplinario del servicio asistencial, el cual deberá evaluar al sujeto a fin de determinar su internación. El único habilitado para determinar la necesidad de internación de una persona es el equipo interdisciplinario, el juez solo aprobará la medida y realizará el correspondiente control. A diferencia de lo

establecido anteriormente se estima que el juez no cuenta con los conocimientos necesarios para determinar que una persona como consecuencia de una enfermedad mental o adicción sea pasible de internación. Se requiere ser sumamente justo y preciso en este aspecto ya que se está decidiendo sobre la libertad personal de un sujeto, razón por la cual considero que fundamentar esa decisión en bases solidas como el conocimiento específico y la mirada interdisciplinaria de profesionales en la materia es altamente provechoso. A modo de síntesis la evaluación para privar la libertad de una persona pertenece a un equipo interdisciplinario del servicio asistencial, los profesionales del ámbito judicial solo deberán aprobarlo o desecharlo desde el punto de vista jurídico.

El segundo párrafo del artículo 482 en su redacción original establecía “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.”

Actualmente establece “Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.”

Se reemplaza el término autoridades policiales por autoridades públicas resultando más abarcativo que el anterior. Actualmente las autoridades públicas no tienen la facultad para disponer la internación de una persona, pero si se le impone el deber de disponer el traslado a un establecimiento de salud para la correspondiente evaluación del sujeto que como consecuencia de una enfermedad mental o una adicción

se encuentre en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, no alcanzando la mera probabilidad de dañar su salud o la de terceros y afectar la tranquilidad pública. También podemos observar una ampliación de las patologías al referirse a un sujeto que padece enfermedades mentales o cualquier adicción y no limitándose solo a alcoholistas crónicos o toxicómanos.

En cuanto al tercer párrafo del mencionado artículo, anteriormente el juez a pedido de las personas enumeradas en el art 144 del C.C. previa información sumaria podía disponer la internación de quienes se encontraran afectados de enfermedades mentales aunque no justifiquen la declaración de demencia, alcoholistas crónicos y toxicómanos . Actualmente el juez en igualdad condiciones podrá disponer ya no la internación si no la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud no solo a las personas afectadas de enfermedades mentales, alcoholistas crónicos y toxicómanos si no a aquellas afectadas por cualquier adicción.

Prima facie se estaría eliminando la figura del defensor especial que anteriormente se designaba para controlar el tiempo de la internación y evitarla de ser posible, entendemos que dicha responsabilidad de control queda en el servicio de salud. Sin embargo pensamos que la intervención del Ministerio Público no puede ser dejado de lado en su totalidad (Alonso, Saniz y Orlandelli, 2011).

Cuando analizamos este artículo debemos tener presente que estamos tratando la posibilidad de privar la libertad de una persona en contra de su voluntad, de allí la importancia trascendental de este artículo en particular y de toda regulación que se refiera al tema.

La Ley introduce con respecto a este punto lineamientos centrales que se manifiestan en el artículo analizado al establecer que la internación es un recurso terapéutico excepcional, solo se utilizará cuando sea más beneficioso que otras intervenciones realizables en su entorno familiar, social o comunitario y debe ser lo más breve posible en función a criterios terapéuticos interdisciplinarios. Se diferencia entre la internación voluntaria e involuntaria. En el primer caso se debe cumplir con los requisitos generales a toda internación establecidos en el art 16²² de la Ley Nacional de Salud Mental, en este tipo de internaciones la persona podrá decidir por sí misma abandonar el tratamiento, si la internación se extiende más de 60 días corridos el equipo de salud debe comunicarle al órgano de revisión y al juez, este último en el plazo de 5 días de ser notificado deberá determinar si la internación sigue siendo voluntaria o pasa a considerarse involuntaria. En el segundo caso además de los requisitos del art 16 se deben constatar los establecidos en el art 20²³ del mismo cuerpo legal. Se le asigna el

²² Artículo 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 considerará 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.

²³ Artículo 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:

derecho de designar un abogado y si no lo hiciera el Estado debe proporcionarle uno con el objetivo de garantizar sus derechos.

A medida que fuimos profundizando en el estudio de las internaciones comenzamos a ver que la problemática no solamente es jurídica si no que tiene una fuerte vinculación con lo cultural y lo social. El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) realizó en el año 2008 un trabajo de investigación llamado vidas arrasadas, en el cual se revelaron datos aterradores acerca de los centros de internaciones psiquiátricas. Se han detectado graves violaciones a los derechos humanos de las personas afectadas mentalmente entre las que podemos mencionar, muertes que no son investigadas, privación de la libertad en celdas de aislamiento, abusos físicos y sexuales, falta de atención médica, condiciones insalubres de alojamiento, tratamientos inadecuados, sobrepoblación, entre otros. Por otro lado un dato llamativo es que se advirtió un gran porcentaje de pacientes sociales que a pesar de encontrarse recuperados y aptos para ser externados no se pueden ir simplemente porque no tienen a dónde ir y el Estado no provee soluciones al respecto.

La Ley Nacional de Salud Mental hace un fuerte hincapié en esta problemática instaurando el llamado proceso de desmanicomialización, traducido en la prohibición de la creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes y exigiendo a los ya existentes su adecuación a principios y objetivos de

-
- a) 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 de este artículo, 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;
 - c) Informe acerca de las instancias previas implementadas si las hubiera.

la Ley 26.657. “El termino desmanicomialización que surgió con los movimientos antimanicomiales de los 70, alude no solo a terminar con los establecimientos tradicionales de internación prolongada si no a romper los supuestos manicomiales y segregativos con respecto a la locura” (Stolkiner, 2014). “Seria lograr que las internaciones, en caso de ser necesarias, sean lo más breves posibles y transcurran en institutos comunes de salud donde se tengan en cuenta todos los aspectos del proceso salud/ enfermedad/ cuidado. Y que la sociedad incorpore a estos sujetos de otra manera” (Stolkiner, 2014). “No podemos entender a la desmanicomializacion como un negocio inmobiliario; cerramos el manicomio, soltamos a todos y vendemos los terrenos. No, cuidado el proceso de desmanicomializacion no debe desconocer que hay personas que llevan años de institucionalización y han sufrido un deterioro casi irreversible. Va a costar llevar la ley a todo el territorio nacional. La idea es usar el manicomio lo menos posible, solo para los periodos agudos, poner casa de transición hasta que la sociedad pueda ir haciéndose cargo de sus propios enfermos mentales, pero esto requiere un cambio cultural” (Zaffaroni, 2014, p. 6).

Como vemos los problemas son complejos y el desafío sumamente difícil pero no imposible ya que se cuentan con los recursos necesarios para reformar el sistema orientándolo principalmente al respeto por los derechos humanos.

Capítulo 5: Conclusión

El presente trabajo tuvo como objetivo apreciar el impacto provocado en el régimen de capacidad de las personas afectadas por problemas mentales a partir de la incorporación del art. 152 ter y la modificación del art. 482 del Código Civil mediante la Ley Nacional de Salud Mental.

Se ha observado que el artículo 152 ter inspirado en concepciones más modernas y nutrido de los avances más recientes en materia de derechos humanos tiene que convivir en un régimen de incapacidad basado en concepciones antiguas y desfasadas para la actualidad. Esto nos llevó inmediatamente a preguntarnos cómo convive este artículo dentro del sistema, ya que al realizar una lectura del mismo junto con el resto del articulado resultaba incongruente.

En primer lugar concluimos que la razón de esta incongruencia radica en que dicha incorporación se basa en un nuevo concepto de capacidad jurídica que surge de los avances en el orden internacional y transforma la dicotomía sano-enfermo del régimen de capacidad del Código Civil, al admitir la existencia de puntos intermedios y con ello la gradualidad de la capacidad en las personas. Advirtiendo que dicha convivencia se produce debido a que no se deroga ninguno de los preceptos normativos que conforman dicho régimen, si no que se flexibilizan los institutos jurídicos preexistentes al incorporar por ejemplo las evaluaciones interdisciplinarias a las existentes, determinar específicamente los actos y funciones que no pueden realizar

como consecuencia de su enfermedad y al incorporar la revisión de las sentencias de interdicción e inhabilitación cada un cierto periodo de tiempo.

En segundo lugar en cuanto a las modificaciones del art. 482 del C.C se ha observado que solo se podrá privar de la libertad a una persona por causas de enfermedad mental o adicción en situaciones excepcionales, donde exista un riesgo cierto e inminente para sí o terceros quedando eliminado el concepto de peligrosidad. Se incorporó un equipo interdisciplinario como el único facultado para disponer de la internación de una persona cumpliendo de esta manera un papel esencial y de suma trascendencia en la misma, siendo los jueces responsables de la aprobación y el posterior control de la medida terapéutica.

Luego de haber analizado el artículo en profundidad me encuentro en condiciones de afirmar que limitar la intervención de los jueces en los procesos de internación y otorgarle relevancia a los equipos interdisciplinarios en la determinación de la misma tiende a un mayor respeto y protección de la libertad personal de las personas que padecen enfermedades mentales o sufren de adicciones.

Se ha concluido que esta nueva normativa apunta a la protección de los derechos humanos, a un cambio de ideas en torno a la capacidad, a darles un lugar dentro de la estructura social a aquellas personas que sufren de algún tipo de discapacidad evitando la discriminación y estigmatización de las mismas y aspirando principalmente a su inclusión social. Los dos artículos analizados introducen a nuestro ordenamiento aires renovadores e impregnados de ideologías sumamente ambiciosas. A pesar de que resulten un tanto incongruentes con el resto del articulado representan un gran avance en la materia y van preparando el campo propicio para comenzar la ardua tarea de llevar

adelante los fines propuestos por la ley, que luego de analizar en profundidad la temática puedo afirmar que trascienden ampliamente estos dos artículos.

Arribando a la parte final de este trabajo de investigación puedo concluir que ambos preceptos normativos han impactado favorablemente en el régimen de capacidad de hecho de los dementes dejando atrás una estructura jurídica tutelar y patrimonialista para dar lugar a un nuevo paradigma centrado principalmente en la persona como sujeto de derechos. A pesar de que se ha adherido a la línea doctrinaria defensora de este cambio paradigmático no somos ajenos a todos aquellos inconvenientes interpretativos que trajeron consigo la incorporación y modificación de ambos artículos. Por otra parte desde el punto estrictamente jurídico si bien las modificaciones incorporan al Código Civil un nuevo aire gestado en el espíritu de la ley 26. 657 siguen subsistiendo los mismos institutos jurídicos que rigieron desde un comienzo en materia de capacidad lo que me lleva a concluir que estas modificaciones por si solas no resultan suficientes para cambiar un régimen que sigue viendo a los incapaces de hecho por demencia como objetos de protección.

Listado de referencias

ALONSO SAINZ, G., OTERO, D., ORLANDELLI, M., SALINAS, G. (2011). *Ley Nacional de Salud Mental N°26.657: Comentarios Interdisciplinarios*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Centro Norte.

BIDART CAMPOS, GERMAN J. (2003). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo I, II, III. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

BUTELER CACERES, JOSÉ (2005). *Manual de Derecho Civil*. Córdoba, Argentina: Advocatus.

CARPINTERO, E. y VANIER, A (2004). *Las huellas de la memoria. Psicoanálisis y salud mental en la Argentina de los 60 y 70*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Topia Editorial.

FOUCAULT, MICHEL (2003). *Historia de la locura en la época clásica*. Tomo I. Editorial Fondo de Cultura Económica.

GORBACZ, L (2012). Ley de Salud Mental 26.657. Antecedentes y perspectivas. *Psiencia Revista Latinoamericana de Ciencia Psicológica*, 4 (2), 141-146.

GUAHNON, SILVIA (2011). *Ley Nacional de Salud Mental N°26.657: Comentarios Interdisciplinarios*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Centro Norte.

HERMOSILLA, A.M. y CATALDO, R. (2012). Ley de Salud Mental 26.657. Antecedentes y perspectivas. *Psiencia Revista Latinoamericana de Ciencia Psicológica*, 4 (2), 135-140.

KRAUT, ALFREDO JORGE (2006). *Salud mental. Tutela jurídica*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

LLAMBIAS, JORGE JOAQUIN (2001). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. "Nociones fundamentales de las personas." (19 Ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

LLOVERAS DE RESK, M.E., BERTOLDI DE FOURCADE, M.V., BERGOGLIO, M.T. (2000). *“Lecciones de Derecho Civil” Personas naturales y jurídicas.* (2 Ed.). Córdoba, Argentina: Advocatus.

MILLÁN, F (23/01/2014). Intervención de los equipos interdisciplinarios en la nueva Ley de Salud Mental. <http://millanfernando.blogspot.com.ar/2014/02/equipos-interdisciplinarios-en-salud.html>

MINISTERIO PUBLICO TUTELAR DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES (2011). *Panorámicas de Salud Mental: a un año de la sanción de la Ley Nacional 26.657.* Buenos Aires, Argentina: Eudeba.

PORTER, ROY (2002). *Breve historia de la locura.* Editorial Turner.

RED POR LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (REDI) Y LAUFER CABRERA, M. (2010). *Capacidad jurídica y acceso a la justicia: una propuesta de reforma legal desde las organizaciones de las personas con discapacidad.* Facultad de Derecho UBA.

RIVERA, JULIO CÉSAR (2007). *Instituciones de Derecho Civil.* Tomo I (4 Ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

SOMER, MARCELA (2012). Algunas consideraciones en torno a la interpretación y aplicación del artículo 152 ter del Código Civil [versión electrónica], *Compendio jurídico-Errepar 4*, 111

STINGO, NESTOR (2011). *Ley Nacional de Salud Mental N°26.657: Comentarios Interdisciplinarios.* Buenos Aires, Argentina: Ediciones Centro Norte.

STOLKINER, A (1999). La interdisciplina: entre la epistemología y las prácticas [Versión electrónica], *revista EL CAMPO PSi*, (10).

STOLKINER, A. (2014). Detrás de las paredes. Derechos humanos, padecimiento psíquico y encierro. *Revista Acción*, (1.144), 4-7.

STOLKINER, ALICIA (1987). De interdisciplinas e indisciplinas. *El niño y la escuela. Reflexiones sobre lo obvio.* Buenos Aires, Argentina: Nueva Visión.

TOBÍAS, J (23/11/2010). *Reunión plenaria de las comisiones de legislación general, de justicia y asuntos penales, de salud y deporte y de presupuesto y hacienda*. Salón Eva Perón, Buenos Aires, Argentina.

YUNI, J. y URBANO C. (2006). *Técnicas para investigar recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación*. Córdoba, Argentina: Editorial Brujas.

ZAFFARONI, E. (2014). Detrás de las paredes. Derechos humanos, padecimiento psíquico y encierro. *Revista Acción*, (1.144), 4-7.

Jurisprudencia

Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - SALA B, 31 de Octubre de 2013 (caso L., A.A. s/ARTICULO 152 TER. CODIGO CIVIL).

Artículos de páginas web

Artículo: “*Ley Nacional de Salud Mental: análisis y perspectivas*”- Autor: Carpintero, Enrique.- Dirección web:

<http://www.topia.com.ar/articulos/ley-nacional-salud-mental-an%C3%A1lisis-y-perspectivas>

Artículo: “*Interdisciplina y Salud Mental*”- Autor: Stolkiner, Alicia (2005)- Dirección web:

http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/obligatorias/066_salud2/material/unidad1/subunidad_1_3/stolkiner_interdisciplina_salud_mental.pdf

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Cappellini, Julieta Soledad
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	34414663
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	"Una nueva mirada en materia de incapacidad de hecho absoluta por demencia a la luz de la incorporacion del art 152 ter y modificacion del art. 482 delCodigo Civil"
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	julieta_cappellini@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis (Marcar SI/NO) ^[1]	SI
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha:

Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado