

Título: Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria

Autores: Kraut, Alfredo J. Diana, Nicolás

Publicado en: LA LEY 08/06/2011, pág. 1

1. Introducción. 2. Un avance. 3. Consideraciones previas. 4. Objetivos, principios y ámbito de validez y eficacia. 5. Interdisciplinariedad del abordaje de la salud mental. Internación, desmanicomialización y derivaciones. 6. Autoridad de aplicación. Organo de revisión. 7. Modificaciones a los arts. 152 ter y 482 del Código Civil; derogación del decreto ley 22.914/83. 8. Conclusión.

Abstract: “La legislación de salud mental es necesaria para proteger los derechos de las personas con trastornos mentales que, como se dijo, son una parte vulnerable de la sociedad. Estas personas se enfrentan al estigma, la discriminación y la marginación en todas las sociedades, incrementando las posibilidades de que: (a) se violen sus derechos y (b) no se realicen socialmente.”

1. Introducción

Con fecha 3 de diciembre de 2010, fue publicada en el Boletín Oficial la ley 26.657 (Adla, LXXI-A, 16), que regula, en el orden nacional, el derecho a la protección de la salud mental, y que ha merecido hasta la fecha de la publicación del presente distintos comentarios doctrinarios, (1) algunos más críticos que otros, y ha comenzado a ser aplicada por nuestros jueces, (2) pese a la ausencia de reglamentación por parte del Poder Ejecutivo al tiempo que se escribe la presente.

Al decir de Ortega y Gasset, "Conforme se avanza por la existencia, va uno hartándose de advertir que la mayor parte de los hombres —y de las mujeres— son incapaces de otro esfuerzo que el estrictamente impuesto como reacción a una necesidad externa." (3) Reacción que en el imperativo del legislador se transforma en un estímulo destinado a satisfacer necesidades sociales y responsabilidades políticas a cargo, en ambos casos, del Estado (nacional, provincial y municipal).

Vale resaltar que la ley 26.657 (4) fue fruto de una discusión parlamentaria —con una fuerte confrontación sectorial, teórica e ideológica— de hace muchos años, que no hace más que adecuar la legislación nacional a los principios y tratados internacionales de derechos humanos de los cuales la República Argentina es parte. Nada hay de improvisado o forzado en su texto y algún error formal o material que tuviere, como toda norma humana es esencialmente perfectible, sin que ello obste a su puesta en práctica por los efectores del sistema de salud nacional y provincial. (5)

Tal como lo resalta la exposición de motivos del Proyecto de Ley Nacional de Salud Mental, constan entre sus antecedentes más próximos el Proyecto de Ley presentado en 2007 (Expediente 276-D-07) y el Dictamen conjunto de las Comisiones de Acción Social y Salud Pública, Legislación General y Justicia de la Honorable Cámara de Diputados, aprobado con modificaciones el 9 de diciembre de 2008 (incluido en el Orden del Día 1625 de 16 de diciembre de 2008), que recoge gran parte de los aportes, modificaciones y propuestas que surgieron en el proceso de debate del marco normativo con los actores involucrados en el campo de Salud Mental y Derechos Humanos, entre ellos, los aportes de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación; de la Organización Panamericana de la Salud (OPS); del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS); del Consejo General de Salud Mental de la ciudad de Buenos Aires; del Movimiento Social de Desmanicomialización y Transformación Institucional; y de muchos otros referentes latinoamericanos e internacionales; autoridades nacionales, provinciales y municipales en la materia, legisladores y jueces nacionales; otros integrantes de organismos de derechos humanos; autoridades e integrantes de equipos e instituciones de salud; investigadores y docentes de universidades públicas; integrantes de asociaciones de familiares y usuarios de atención en Salud Mental. Asimismo, el Proyecto de Ley Nacional de salud Mental, también fue puesto a consideración en numerosos encuentros en distintas instituciones y jurisdicciones del país.

Entre otras cuestiones, refiere la exposición de motivos que, a partir de la apertura democrática que viviera nuestro país desde 1983, la salud mental fue caracterizada como una de las prioridades del sector salud. Fue en esa época que se puso en marcha un proyecto de organización nacional del área y se crearon los denominados "programas participativos nacionales", que instalaron la cuestión de la desinstitucionalización, con experiencias concretas a partir de los '90 en las Provincias de Río Negro, Santa Fe y San Luis, y para el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con la sanción de la ley 448 (2000) (Adla, LX-E, 5902). La problemática de la salud-enfermedad y atención mental en Argentina es relevante para la salud pública y requiere ser abordado tanto en su especificidad como en forma integral como parte indisoluble del Derecho a la Salud y los Derechos Humanos en general de todas las personas.

La Exposición de Fundamentos del Proyecto de Ley, postula que "según el Informe de la Salud en el mundo de la Organización Mundial de Salud (OMS) del año 2001, 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 (OMS, 2001); que la carga que representa el familiar enfermo no es sólo emocional sino económica y que el impacto de la enfermedad mental es además de negativa, prolongada (UK 700 Group, 1999). Según datos preliminares PROSAM- MSN, en la Argentina existen 54 instituciones con internamiento crónico: 1 colonia nacional; 11 colonias y 42 hospitales psiquiátricos provinciales. La cantidad de personas internadas en instituciones públicas estatales es de alrededor de 21.000 (14.000 en colonias y 7.000 en hospitales psiquiátricos). Para luego agregar que el Informe Vidas Arrasadas - La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos - Un Informe sobre Derechos Humanos y Salud Mental en Argentina, producto de una investigación llevada a cabo en nuestro país por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Mental Disability Rights International (MDRI) durante los años 2004-2007, denuncia la persistencia de situaciones de negligencia, abuso y privación de libertad de personas por causa de su padecimiento mental. (6)

Como síntesis introductoria a partir, únicamente, de los fundamentos del proyecto sancionado, lo reseñado "son sólo algunas miradas posibles de la problemática salud-enfermedad-atención mental, que requiere en forma imprescindible ser reconocido en su complejidad y abordado interdisciplinariamente. Continuar, promover y afianzar políticas, acciones, investigación, a nivel nacional es una deuda que aún tiene el Estado Nacional en el marco de la defensa de los Derechos Humanos de las personas con padecimiento mental. Deuda que, conforme indica el art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional, es una obligación indelegable del Congreso Nacional, en cuanto la norma impone en cabeza de dicho órgano legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales de derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. (7)

El horizonte luminoso de la igualdad que marca esta nueva norma "es apenas perceptible, una ilusión que sostiene malamente el imaginario de la modernidad frente a un mundo oscuro, opaco, habitado por individuos sin identidad ni reconocimiento, a los que se procura invisibilizar, desconocer y olvidar. Seres vulnerables de vulnerabilidad extrema hacia los cuales sólo se dirigen, casi siempre y en el mejor de los casos, miradas indiferentes (a veces encubiertas de un manto de piedad definitivamente hipócrita)". (8)

Por ello, más allá de los comentarios y críticas que puedan plantearse a favor o en contra de la nueva ley, el operador jurídico y, en especial, los efectores del sistema de salud (subsistema de salud mental) deben aprehender la norma como un cambio de paradigma frente a la visión decimonónica de las personas con padecimientos mentales, como una válvula de escape del concepto biológico-jurídico de incapacidad, todavía latente en el Código Civil de Vélez, reforma mediante del Decreto Ley 17.711/68 (Adla, XXVIII-B, 1810).

2. Un avance

La ley 26.657 como se expresa, fue el corolario de tres años de ardua labor y aun cuando su texto puede contener deficiencias de técnica jurídica, si se quiere, no fue un producto antojadizo menos todavía espontáneo o improvisado.

Conforme lo indica la OPS, (9) dicha organización internacional participó activamente en su proceso de discusión y elaboración junto a actores del área de salud mental, autoridades gubernamentales del campo de los derechos humanos, ONG, organizaciones de usuarios y familiares, profesionales, academias y asociaciones gremiales. La nueva ley surge el mismo año en que fuera creada nuevamente la Dirección Nacional de Salud Mental.

La salud mental abarca una amplia gama de actividades directa o indirectamente relacionadas con el componente de bienestar mental incluido en la definición de salud que da la OMS: "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". Se relaciona, de este modo, "con la promoción del bienestar, la prevención de trastornos mentales y el tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas por dichos trastornos". (10) A ese norte apunta la nueva ley que anotamos.

El concepto de salud mental es mucho más amplio que la ausencia de trastornos mentales. El conocimiento sobre "la salud mental y, en términos más generales, sobre el funcionamiento de la mente son importantes, porque proporcionan el fundamento necesario para comprender mejor el desarrollo de los trastornos mentales y del comportamiento. En los últimos años, la nueva información procedente de la neurociencia y la medicina conductual ha ampliado de manera espectacular nuestros conocimientos sobre el funcionamiento de la mente. Resulta cada vez más evidente que dicho funcionamiento tiene una base fisiológica, además de estar esencialmente relacionado con el funcionamiento físico y social, y con los resultados de salud". (11) De allí que ahora se alude a personas con discapacidad intelectual o social como una forma más comprensiva y menos discriminatoria de la problemática que los afecta.

En lo que este punto importa, "La ley 26.657 incorpora las recomendaciones de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad y los estándares internacionales más modernos en el campo de la salud mental. El consentimiento informado y la creación de comisiones de revisión del estado de los pacientes internados junto a la prohibición de la apertura de nuevos hospitales psiquiátricos y la obligatoriedad

de la internación en hospitales generales, son algunos de los ejemplos de los avances mencionados. La ley constituye un texto de avanzada en la Región y sin duda permitirá a otros países promover transformaciones. Se abre ahora para la Argentina una nueva etapa histórica: el desafío de hacer efectiva la aplicación de la ley construyendo un sistema de salud mental más justo y accesible para todos". (12) De allí que ahora se alude a personas con discapacidad intelectual o psicosocial como una forma más comprensiva de la problemática.

La ley 26.657 viene a llenar también las carencias normativas que sirven de base para la adopción de políticas públicas concretas en pos de la realización de la persona en comunidad.

¿Era necesaria una Ley Nacional sobre Salud Mental?

Para responder dicha pregunta nos remitimos a un trabajo de la OMS publicado en 2005, (13) donde se sostuvo que la legislación sobre salud mental es necesaria para proteger los derechos de las personas con trastornos mentales, ya que son un sector especialmente vulnerable de la sociedad. Estas personas se enfrentan a la estigmatización, a la discriminación y la marginación en casi todas las sociedades, incrementándose así la probabilidad de que se violen sus derechos. Las afecciones mentales afectan, en ciertas ocasiones, a la capacidad de la persona para la toma de decisiones y puede que además ésta no busque o acepte un tratamiento para su problema. El riesgo de violencia o lesiones que se puede asociar a los trastornos de salud mental es relativamente bajo. El tema es su valoración "social". (14) Una ley específica sobre salud mental proporciona un marco legal para abordar asuntos clave como la reinserción y la integración en la comunidad de personas con trastornos mentales, la prestación de una atención de calidad, a su accesibilidad, la protección de los derechos civiles y la protección y promoción de derechos en otras áreas clave (vivienda, educación y especialmente un empleo digno.)

En el citado informe y con relación a países con una legislación sobre salud mental limitada, como lo era Argentina hasta la sanción de la ley glosada, la OMS recomendó (15) que dichos Estados debían: "1. Revisar la legislación sobre salud mental existente en el país para descubrir exactamente sus componentes; 2. Establecer prioridades para los nuevos componentes y para las modificaciones necesarias en la nueva legislación sobre salud mental; 3. Si no hay una legislación sobre salud mental específica en el país, consultar con las principales partes interesadas los pro y contras de disponer de una legislación de ese tipo. Deben tomarse decisiones de acuerdo con la situación política, cultural y social del país. El enfoque más efectivo es probablemente aquel que combine una legislación específica para salud mental con otros componentes integrados en las leyes existentes; 4. Presionar a los miembros clave del área ejecutiva del gobierno, a los ministerios, partidos políticos, al parlamento etc. para disponer de un comité de redacción nombrado oficialmente; 5. Si no se obtiene el respaldo inmediato de estas personas, se debería movilizar y reforzar a las organizaciones de consumidores, cuidadores y otros grupos de apoyo y organizar con ellos una campaña de educación y concienciación para destacar la necesidad y la racionalidad de la legislación sobre salud mental".

Toda enfermedad produce un estado de desapoderación y desvalimiento humano que necesita ser asistido, lo aliena de la sociedad o, en realidad, la sociedad genera su apartamiento. (16) Según la OMS, hacia 2001: (17)

* 450 millones de personas en el mundo se encuentran o estuvieron afectadas por afecciones mentales, neurológicas o problemas de comportamiento en algún momento de sus vidas;

* Aproximadamente 873.000 personas mueren por suicidio cada año;

* 288 millones de personas están afectados por problemas ligados al alcohol;

* 60 millones de personas sufren retardo mental, 20 millones de demencia, 45 millones de esquizofrenia

* Las enfermedades mentales son similares y comunes en todos los países y causan grandes padecimientos y costos económicos;

* Las personas con padecimientos mentales son objeto de aislamiento social, pobre calidad de vida y creciente mortalidad;

* Los desórdenes mentales causan grandes gastos económicos e implicancias sociales;

* Uno de cada cuatro pacientes que se atienden en servicios médicos del mundo poseen al menos una afección mental, neurológica o relacionada con un desorden del comportamiento, que no son diagnosticadas menos aún tratadas;

* Las enfermedades mentales crónicas influyen en enfermedades tales como el cáncer, problemas del corazón, diabetes, VIH y trastornos cardiovasculares;

* La falta de diagnóstico y tratamiento de las enfermedades mentales disminuye el funcionamiento del sistema inmune de las personas;

* La aplicación correcta de tratamientos cuya eficacia ha sido comprobada respecto de la mayoría de enfermedades mentales, favorece la inserción social directa de las personas con padecimientos mentales;

* Los obstáculos nacionales para el efectivo tratamiento de las enfermedades mentales se evidencian en la falta de reconocimiento de su seriedad y de la comprensión de los beneficios que conlleva. Las políticas públicas de salud y trabajo, las compañías aseguradoras y los diseños institucionales discriminan los problemas

físicos de los mentales, sin integrar el sistema de salud;

* Los países con mediano y bajo desarrollo aplican solo el 1% de su presupuesto público en salud para proyectos y programas en salud mental; por lo tanto las políticas públicas en salud mental, la legislación, las instituciones y tratamientos para personas con enfermedades mentales no tienen la prioridad ni el lugar que se merecen.

Más recientemente, la OMS ha puntualizado que más del 75% de quienes padecen trastornos mentales en el mundo en desarrollo no reciben tratamiento ni atención. Un nuevo programa de la OMS dado a conocer el "Día Mundial de la Salud 2008," puso de relieve el enorme vacío en materia de tratamiento de cierto número de trastornos mentales, neurológicos y de uso de sustancias. En toda África, por ejemplo, nueve de cada 10 personas con epilepsia quedan privadas de tratamiento, sin posibilidad de acceso a medicamentos anticonvulsivos sencillos y baratos que cuestan menos de US\$ 5 por año por persona. (18)

No cabe duda alguna, de que "se crea aquí una zona de conflicto entre el discurso psiquiátrico y el jurídico. La psiquiatría asistencial ha evolucionado conceptualmente, mientras que cierto derecho normativo —impregnado por el discurso psiquiátrico forense— quedó anclado en viejas terminologías —"enajenado", "alienado", "demente", "peligrosidad", "inimputabilidad"—, palabras que ni el derecho ni la psiquiatría han definido con nitidez". (19)

A la estigmatización normativa y la del discurso médico - jurídico se agrega en este sector del mundo, la generada por el factor económico. La combinación pobreza-salud mental, a su vez, se traduce en la permanente postergación en la agenda de los Estados en vías de desarrollo del análisis e implementación de políticas públicas adecuadas al problema. (20)

Es allí donde la función globalizadora del sistema internacional de los derechos humanos adquiere mayor importancia, no solamente por el reconocimiento que los Estados realizan de principios, derechos y garantías de orden universal, sino también por la responsabilidad que esa afirmación supone para su operatividad, dejando a un lado el mero carácter programático detrás del cual se han escudado los gobiernos durante décadas.

Aspectos todos ellos que la Ley 26.657 supera, al menos desde el compromiso asumido por el legislador en su sanción, lo que no es poca cosa, aunque ello sólo no baste: al decir del actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Ninguna sentencia judicial aislada (ni siquiera de la Corte Suprema), ninguna ley por sí sola va a solucionar estos problemas. Se necesitan políticas públicas coordinadas". (21) A la sociedad le interesa "la resolución de los conflictos existentes; más por lo mismo le han de interesar necesariamente los instrumentos que el Estado crea para conseguir ese fin. Consecuentemente el jurista ha de atender los dos paños buscando y elaborando los objetivos propios de ambos: el conocimiento teórico y el conocimiento práctico". (22)

Intentando un acercamiento entre ambos modos de acercarnos al conocimiento, no escindibles sino complementarios, abarcaremos en este breve comentario los siguientes aspectos de la Ley 26.657:

- * Objetivos, principios y ámbito de validez y eficacia
- * Derechos y garantías tutelados: Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado
- * Interdisciplinariedad del abordaje de la salud mental
- * Internación, desmanicomialización y derivaciones
- * Autoridad de aplicación
- * Órgano de Revisión
- * Convenios de cooperación con las Provincias
- * Modificaciones a los arts. 152 ter y 482 del Código Civil; derogación del Decreto Ley 22.914/83.

3. Consideraciones previas

3.1. Los principios, Caracas y Brasilia...

Una nutrida normativa viene siendo aplicada en nuestro país, más allá del desajuste entre las disposiciones vigentes y la realidad. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana), (23) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), (24) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), (25) la Convención Interamericana sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (la Convención Interamericana sobre Discapacidad) (26) y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (27) A su vez, quedan incorporados algunos de los estándares especializados adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, tales como los Principios para la Protección de las Personas con Enfermedades Mentales y el Mejoramiento de la Salud Mental (Principios de Salud Mental), (28) Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (Normas Uniformes), (29) así como documentos sobre las políticas redactados por la Organización Mundial de Salud sobre cuáles son las mejores prácticas a implementar, incluyendo la Declaración de Caracas (30) y la Declaración de Montreal sobre la discapacidad intelectual, (31) la Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Promoción y

Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental. (32) Y, más recientemente, las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. (33)

Todo este conglomerado normativo y principista coloca la realización del ser humano como un fin en sí mismo, siendo su persona inviolable y constituyendo un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. (34) Memoramos, haciendo propias las palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que "Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los "derechos humanos" —porque son los derechos esenciales del hombre— esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, lato sensu, carezca de la protección constitucional adecuada". (35)

A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, incs. 22 y 23, de la Ley Suprema), ha sido el Máximo Tribunal el que ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga. (36)

Dichos pactos internacionales "contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del art. 25, inc. 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los arts. 4º, inc. 1º y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— (Adla, LIII-D, 4125), del art. 24, inc. 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 10, inc. 3º, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Adla, XLIV-B, 1250), vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar". (37)

Es innegable, por tanto, que el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos en materia de derechos humanos, y que el incumplimiento genera responsabilidad doméstica e internacional.

La tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación, por caso, de la Convención Americana de Derechos Humanos. Garantizar la vigencia de los compromisos internacionales asumidos por la Argentina entraña, asimismo, el deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. (38)

Cuando el país, como Estado soberano, ratifica un tratado internacional se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado contemple, máxime si éstos están descriptos con una concreción tal que permita su aplicación inmediata. Por ello, la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino, en el marco de lo dispuesto en el art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional. (39)

Es de interés también destacar el contenido de los "Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud mental", aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 17 de diciembre de 1991, mediante Resolución 46/119; como también de la Declaración de Luxor sobre los Derechos Humanos para los Enfermos Mentales de 1989 (40) y Declaración de Caracas de 1990. (41)

Se reconocen como derechos de las personas con padecimientos mentales además de la enunciación del art. 7º de la Ley 26.657, los siguientes: 1) a la personalidad; 2) a la vida y a la integridad personal; 3) a no ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes; 4) a la libertad y seguridad personales; 5) a las garantías del debido proceso; 6) a la dignidad; 7) a la intimidad; 8) a la confidencialidad; 9) a la igualdad ante la ley; 10) a no ser discriminados; 11) a no ser sometidos a violencia física o psíquica; 12) a la protección judicial contra violaciones de los derechos fundamentales y a la reparación por daños injustos; 13) a la libertad de conciencia y de religión; 14) específicamente, a la salud mental, abarcando los siguientes derechos: a) asistencia adecuada (diagnóstico y tratamiento, e internación como ultima ratio); b) rehusarse al tratamiento sugerido; c) aplicación del tratamiento menos agresivo; d) continuidad del tratamiento; e) costo razonable del tratamiento; f) adecuado control del tratamiento y a su debido registro; g) interconsulta; h) información sobre el riesgo-beneficio de la terapia aplicada y la participación del paciente o de sus representantes en su elección, dando su asentimiento; i) acceso del paciente a la documentación e historia clínica, cuidando que ello no afecte su estado; j) comunicarse; k) hospitalización solo en casos necesarios; l) protección de la indemnidad; m) evitar conductas auto o heterolesivas; n) respeto y dignidad inherente a toda persona; ñ) garantías procesales y judiciales frente a la internación institucional y a su control; o) a la externación y al alta médica como etapas del tratamiento; y p) no ser declarado incapaz, insano o inhabilitado sino en los casos en que médica y jurídicamente corresponda. (42)

En materia de salud mental la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de los casos "Tufano"(43), "Hermosa"(44), "S. de B., M. del C."(45) y "R., M. J."(46), ha delineado, con anterioridad a la sanción de la Ley 26.657, cuál es su piso jurídico con sustento, principalmente, en convenios, normas, principios, informes y

precedentes internacionales, en particular, provenientes del sistema interamericano de derechos humanos —nos referimos, en especial, a los casos "Congo"⁽⁴⁷⁾, "Ximenes Lopes"⁽⁴⁸⁾ y "Porco"⁽⁴⁹⁾— obligatorios para la Argentina, conforme lo expuesto, en su condición de Estado parte. ⁽⁵⁰⁾

En efecto, resulta emblemático y didáctico el caso resuelto también por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El caso bajo examen llegó a conocimiento de la Corte Suprema a raíz del conflicto de competencia trabado entre un juzgado nacional en lo civil de Capital Federal y un juzgado civil y comercial del Departamento Judicial de Morón, Provincia de Buenos Aires, respecto del proceso de incapacidad e internación de M.J.R., alojado actualmente en un establecimiento psiquiátrico de la localidad bonaerense de Castelar. Los hechos de esta causa se remontan a más de 25 años atrás: luego de que en 1982 M.J.R. fuera declarado inimputable y sobreseído definitivamente en el sumario penal instruido en su contra por el delito de homicidio agravado, se dispuso como medida de seguridad —en los términos del art. 34, inc. 1° del Código Penal— mantener su internación en una clínica de la Capital Federal. Posteriormente, y ante esta situación, el Asesor de Menores, por imperio del artículo 144 del Cód. Civil, promovió un proceso de incapacidad ante la justicia nacional en lo civil. El titular del Juzgado N° 14 de dicho fuero declaró la interdicción civil de M.J.R. y dispuso mantener su internación en mérito a un informe del Cuerpo Médico Forense que había dictaminado sobre la afección mental de esquizofrenia del causante, sobre su peligrosidad, tanto para sí como para terceros y la probabilidad de su fuga del establecimiento. La disparidad de criterios entre la justicia nacional en lo civil y la justicia criminal de instrucción sobre qué juzgado debía ejercer en forma exclusiva y excluyente todas las medidas tutelares y de seguridad con referencia a M.J.R. motivó una primera contienda de competencia. La causa fue erróneamente elevada a la Corte Suprema en 1984 y resuelta finalmente por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil —en su carácter de superior del tribunal que había prevenido—, la que dispuso la radicación de las actuaciones en el Juzgado N° 14; de esta forma, desplazó a la justicia criminal en lo concerniente a la protección de los derechos civiles del causante.

Sin embargo, el 22 de mayo de 1992, por una resolución de carácter administrativo de la Cámara del fuero, el expediente fue reasignado al Juzgado N° 9, cuyo titular se declaró incompetente para entender en el proceso ya que M.J.R. se encontraba internado en un establecimiento psiquiátrico de la localidad de Castelar, Provincia de Buenos Aires. El magistrado a quien fueron remitidas las actuaciones, titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 4 del Departamento Judicial de Morón, rechazó la inhibitoria por considerar que había sido decretada en forma tardía y, el 6 de noviembre de 1992, dispuso elevar las actuaciones a la Corte Suprema. No obstante, la elevación recién fue cumplida el 18 de octubre de 2006, catorce años después de la orden. El expediente había sido erróneamente archivado y sólo se procedió a su desarchivo ante el pedido de la madre de M.J.R. a los efectos de ser designada como nueva curadora en reemplazo de su esposo. Antes de remitir los autos a la Corte Suprema para dirimir el conflicto de competencia pendiente de resolución, el actual titular del juzgado de Morón procedió a formar un cuadernillo de control de internación.

La Corte Suprema —por unanimidad— resolvió que, en el caso, resultaba competente para entender en el control de internación del causante el juez del lugar donde se encuentra el centro de internación, quien debe adoptar las medidas urgentes necesarias para dar legalidad y controlar las condiciones en que el tratamiento de internación se desarrolla. Dicha solución fue concordante con lo expuesto por la Corte en el precedente "Tufano", en el cual se había establecido que cuando se hubiere trabado un conflicto de competencia en materia de internación o interdicción, el tribunal que esté conociendo el caso —aún si resolviere inhibirse— debía seguir interviniendo en la causa a fin de no dejar a la persona en un estado de desamparo, brindándole una tutela judicial efectiva y garantizándole el debido proceso.

Más allá de la resolución del conflicto de competencia, la Corte advirtió que no podían soslayarse en esta causa la existencia de numerosas irregularidades en su tramitación, que hacían necesario abordar la cuestión —incluso en el marco del planteo de competencia— a la luz de normas internacionales y nacionales relativas a la correcta protección de las personas con padecimientos mentales internadas forzosamente. Ello, debido al estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el cual se encuentran frecuentemente estas personas.

El pronunciamiento de la Corte jerarquiza los principios constitucionales de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, igualdad, tutela judicial efectiva y el debido proceso como fundamentales y básicos para la protección de los derechos de los pacientes con padecimientos mentales, particularmente cuando éstos están sometidos a internaciones involuntarias. Entre los instrumentos internacionales tenidos en cuenta por la Corte para extraer un catálogo de derechos mínimos específicos de las personas que padezcan trastornos psíquicos, la Corte destacó la aplicación de los "Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental". Este documento es considerado como el estándar más completo a nivel internacional sobre la protección de los derechos de las personas con padecimientos mentales; también ha sido tomado por la Comisión y por la Corte Interamericanas de Derechos Humanos como fundamento para decidir en los casos "Víctor Rosario Congo c. Ecuador" y "Ximenes Lopes c. Brasil", arriba citados.

En opinión de la Corte Suprema, este catálogo de derechos fue conculcado casi en su totalidad en el caso de M.J.R., tanto al tiempo de su ingreso en una institución psiquiátrica como durante su permanencia. Finalmente,

junto con la resolución respecto del conflicto de competencia, la Corte Suprema ordenó por la autoridad correspondiente —con carácter de urgente— la realización de un detallado informe científico sobre el estado psicofísico y las condiciones de internación de M.J.R. para que obre en la causa, con expresa observación a las pautas y principios relevados en dicho fallo.

No puede soslayarse en este campo el compromiso internacional asumido por la República Argentina, con relación a las 100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, que tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial. (51)

Las 100 Reglas "imponen a los integrantes del poder judicial el deber insoslayable de 'hacerse cargo' de que la edad, el sexo, el estado físico o mental, la discapacidad, la pertenencia a minorías o a comunidades indígenas, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, la privación de libertad, las condiciones socioeconómicas hacen vulnerables a millones de personas más allá de que el derecho los declare iguales. Al mismo tiempo recomiendan la elaboración de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de quienes estén en situación de vulnerabilidad. Esas 100 Reglas constituyen nuevas formas de subjetividad y lo hacen a partir de poner al descubierto la discriminación, la fragmentación y la marginalidad. Es tanto como dar vuelta la noción de igualdad que la modernidad consagró para superar las diferencias más terribles que atraviesan el mundo social". (52)

3.2. Contexto de la legislación de salud mental

La legislación de salud mental es necesaria para proteger los derechos de las personas con trastornos mentales que, como se dijo, son una parte vulnerable de la sociedad. Estas personas se enfrentan al estigma, la discriminación y la marginación en todas las sociedades, incrementando las posibilidades de que: (a) se violen sus derechos y (b) no se realicen socialmente.

A veces, los trastornos mentales pueden afectar las capacidades de toma de decisión de las personas, que no siempre pueden buscar o aceptar tratamiento para sus problemas. Rara vez, las personas con trastornos mentales pueden ser un riesgo para ellas mismas y terceros debido a que sus capacidades de toma de decisión se ven afectadas. El riesgo de violencia o daño asociado con los trastornos mentales es relativamente bajo. No debería permitirse que las ideas erróneas comunes acerca de este tema influyeran la legislación de salud mental.

No demasiado tiempo antes de la sanción de la nueva norma, el CELS había concluido que en materia de legislación de salud mental, nuestro país requería la sanción una ley marco nacional de salud mental, por parte del Poder Legislativo Nacional adaptada a los estándares internacionales de derechos humanos a los que las provincias deberían adherir. (53) Se indicaba que la norma debía asegurar, como mínimo:

i. Garantías del debido proceso en los trámites de internación psiquiátrica involuntaria o forzosa, que incluyan:

1. El derecho a la revisión judicial de todas las internaciones involuntarias por parte de una autoridad independiente dentro de las 72 horas desde el comienzo de la internación;

2. El derecho a la revisión periódica de las internaciones involuntarias por un órgano de revisión independiente e imparcial;

3. El derecho a contar con representación legal desde las primeras audiencias de internación y en todas las audiencias subsiguientes. El Estado debería garantizar la defensa gratuita si el individuo no pudiera contratar a un abogado;

ii. Principios vinculados a la asistencia en salud mental, que incluyan tratamiento y rehabilitación adecuados y basados en la comunidad, y que estén orientados a las necesidades y deseos de los individuos que reciban estos servicios; y también garantías de que todo tipo de asistencia sea provisto sólo después de obtener el consentimiento informado de ellos;

iii. Los demás derechos reconocidos en los estándares internacionales pertinentes a las personas con discapacidades mentales. La norma constituye un avance enorme para la Argentina en todo lo que significa salud mental. La ley incluye a los pacientes y también a los profesionales, sin distinciones fundadas en supuestos campos de actuación (o míticas incumbencias profesionales): psiquiatras, psicólogos, terapeutas ocupacionales, enfermeros, sociólogos... La Ley 26.657, trata de dar pasos firmes para avanzar en procura de legalidad para un colectivo de personas que viven fuera de la legalidad, víctimas fáciles en un sistema que, en la realidad concreta, los excluye.

Hay algunas normas que son esenciales para avanzar en la construcción de legalidad de las personas con sufrimiento mental y seguir profundizando las reformas antimanicomiales que no es sino la sustitución de lógicas manicomiales —hoy dominantes sustentadas por la violencia institucional— y, en el caso de muchos pacientes internados, por el miedo que rodea la relación profesional-paciente como anulación de la subjetividad.

Esta ley rige sobre todo el territorio argentino; y todas las normas provinciales y de colegios deberán adecuarse a esta normativa.

El primero se relaciona con la incorporación expresa de los "Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud mental," siguiendo la línea jurisprudencial iniciada con "Tufano."

Los "Principios" no son un tratado o acuerdo de cumplimiento internacional obligatorio. Sin embargo, estos principios nos permiten la interpretación sobre derechos humanos internacionalmente reconocida. Los "Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud mental" proveen una guía detallada para la aplicación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos a las personas con enfermedades mentales. Estos principios también pueden utilizarse como legislación modelo (model law) para que los países reformen su legislación interna. Tal ha sido la posición adoptada por la Argentina, al sancionar la ley 26.657 en cuanto hace suyos los principios al incorporarlos formalmente al sistema legal argentino, superando el reconocimiento pretoriano del Máximo Tribunal y la discusión académica sobre oponibilidad jurídica y por tanto, vigencia y eficacia.

Desde el conocimiento práctico, la experiencia señala que los principios no se cumplen porque los médicos, otros profesionales de la salud mental, proveedores de servicios y funcionarios públicos les niegan a las personas con enfermedades mentales la oportunidad de hacerse oír y de tomar decisiones por sí mismas. A ello, se suma un grado de complacencia formal por parte de los operadores jurídicos, partícipes necesarios en los triunfos y derrotas del sistema de salud mental.

Los "Principios" reconocen el derecho de las personas con enfermedades mentales a participar en la adopción de decisiones sobre sus propios tratamientos y a tomar decisiones básicas sobre sus propias vidas. El modelo de sustitución y tutela debe ser desterrado como modelo protectorio.

El sistema argentino de servicios sociales y de salud mental para las personas con discapacidades psiquiátricas e intelectuales hasta la sanción de la ley 26.657, a nivel federal y en la mayor parte de las provincias argentinas, se encontraba desfasado respecto de los cambios ocurridos en el mundo durante los últimos 30 años. Debido, en gran parte, a la inexistencia de servicios de salud mental de carácter comunitario, las personas con discapacidades mentales han sido segregadas de la sociedad, a la fecha, al ser ubicadas en instituciones psiquiátricas. Dicha segregación constituye una forma de discriminación contra las personas con discapacidades y también contra las personas inadecuadamente etiquetadas con un diagnóstico psiquiátrico, una práctica prohibida por el derecho internacional de derechos humanos y que la nueva norma busca abolir. (54)

La capacidad jurídica puede entenderse como la aptitud de una persona de ser titular de derechos, así como la capacidad o posibilidad concreta de ejercer esos derechos. Al reconocer la capacidad jurídica en una persona, legalmente se la habilita para celebrar acuerdos vinculantes con otros; de esa forma hacer efectivas sus decisiones acerca de diversos asuntos, por los que será jurídicamente responsable. El modelo social de la discapacidad establece que la persona con discapacidad debe ser tratada como sujeto de derechos, con igual dignidad y valor que las demás, y que es obligación del Estado reconocer su titularidad en todos los derechos, pero también, fundamentalmente, su capacidad plena de ejercerlos por sí misma. (55)

El respeto del modelo social implica que no debe privarse a la persona de su posibilidad de elegir y actuar. La aplicación del sistema creado a partir de la Convención de la ONU para Personas con Discapacidad debe guiarse por el principio de la "dignidad del riesgo", es decir, el derecho a transitar y vivir en el mundo, con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse. En contraposición a este paradigma, los sistemas jurídicos de muchísimos países, tutelares y asistencialistas, se han basado en la dicotomía clásica entre "capacidad de derecho" —o capacidad de goce— y "capacidad de hecho" —o capacidad de ejercicio— reconociendo la primera, pero no la segunda, y de esa manera se ha cercenado sistemáticamente la posibilidad de que, en la práctica, puedan ejercer sus derechos, bajo la excusa de proteger a las personas con discapacidad de "los peligros de la vida en sociedad".

Este derecho fundamental incluye, especialmente, la capacidad de actuar, es decir, la posibilidad de realizar actos regulados jurídicamente para hacer efectivas las decisiones que toma una persona, y no sólo para ser considerado sujeto teórico de derechos y obligaciones.

La capacidad jurídica es tanto un derecho en sí mismo, como una garantía transversal e instrumental que permite ejercer todos los demás derechos por voluntad propia.

La dignidad inherente se refiere al valor de cada persona, al respeto de sus experiencias y opiniones.

La autonomía individual implica poder estar a cargo de la propia vida y tener la libertad de tomar decisiones.

Tomando como eje el art. 12 de la Convención mencionada, los Estados parte aceptan el igual reconocimiento de las personas con discapacidad como personas ante la ley, en lo que representa un verdadero cambio de paradigma. (56) También prevé que algunas personas con discapacidad pueden necesitar ayuda para ejercer su capacidad jurídica y para ello el Estado debe ofrecer apoyo a esas personas y establecer salvaguardias contra el potencial abuso de ese apoyo. La toma de decisiones con apoyo es una aplicación del modelo social de la discapacidad al área de la capacidad legal.

Históricamente, en la Argentina, la privación de la capacidad jurídica para actuar no sólo ha lesionado la

igualdad ante la ley, sino incluso la posibilidad de defenderse y ejercer muchos otros derechos humanos (casarse, votar, prestar consentimiento para tratamientos médicos, oponerse a una internación, ejercer la patria potestad con relación a sus hijos, adoptar, etc.). El Código Civil de Vélez Sarsfield, reforma de 1968 mediante, utiliza un concepto biológico-jurídico de discapacidad que implica la primacía de la mirada médica para determinar la incapacidad de una persona. En efecto, se estipula expresamente la incapacidad (total o parcial) "por demencia" o "disminución de facultades" a aquellas personas que "por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes", o de las que se estime que "del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio" (arts. 141 y 152 bis). También se incapacita a los "sordomudos", cuando éstos "no puedan darse a entender por escrito" (art. 153).

El sistema jurídico argentino, hasta la sanción de la ley 26.657, no garantizaba adecuadamente el reconocimiento de la capacidad jurídica y la salud mental de las personas con discapacidad. El diseño normativo se afincaba en el antiguo modelo tutelar de incapacitación, por medio del cual se sustituye a la persona con discapacidad en la toma de decisiones, privándosele de su capacidad legal y confinándola a un estado de pasividad, negando su voluntad, a efectos de protegerla de los "peligros de la vida en sociedad". Este esquema legal se basaba en la idea médica de que la persona, en tales circunstancias, no se halla en condiciones de elegir opciones, siendo así el Estado el que debe velar por sus intereses, cuidando de este "objeto de protección". Se restringe, en apariencia y en la práctica, la capacidad de ejercer derechos, para evitarle así los eventuales males mayores que puede traer aparejado su interrelación con el mundo exterior.

Actualmente en Argentina, las personas con discapacidad pueden ser judicializadas en razón de la discapacidad, a través de procesos de interdicción, por medio de los cuales se procede a limitar la capacidad jurídica de la persona, nombrando a un representante que le va a suplir en todas o algunas decisiones de su vida. En definitiva, con relación a la posibilidad de ejercer derechos por parte de las personas con discapacidad, existía y todavía existe una enorme brecha entre el actual sistema jurídico argentino, y el modelo social de la discapacidad y la capacidad jurídica universal y plena.

Juega, en esta materia, la responsabilidad y visión del legislador, para anticiparse y reconocer derechos directamente operativos en nuestro país, y que debieran incorporarse en el futuro Código Civil. A saber, correspondería considerarse al menos que:

- * Las personas humanas o de existencia visible pueden ejercer por sí mismas todos sus derechos, salvo aquellos actos que la autoridad judicial haya restringido, de acuerdo al régimen que se haya establecido judicialmente.

- * La capacidad jurídica, capacidad civil de hecho, capacidad de obrar y capacidad de ejercicio por sí de los derechos deben entenderse como sinónimos.

- * La presunción de la salud mental de las personas humanas como así también su capacidad general de obrar, aun cuando se encuentren internadas en un establecimiento de salud mental o de adicciones. Se presume que los actos son ejecutados con discernimiento, intención y libertad.

- * La restricción de la capacidad de hecho conforme a las pruebas producidas interdisciplinariamente.

- * La restricción a la capacidad de ejercicio sólo debe operar respecto de los actos específicamente determinados y limitados en el tiempo.

- * Podrá restringirse judicialmente la capacidad civil de hecho de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, como así también la de las personas con adicciones severas, cuya patología afecte el discernimiento para otorgar válidamente los actos destinados a su cuidado personal y patrimonial.

- * El respeto del debido proceso adjetivo durante los procesos vinculados a la restricción de la libertad o de la capacidad, con evaluaciones interdisciplinarias periódicas.

- * Graduación de la restricción de la capacidad civil del sujeto en la respectiva sentencia, explicitando las funciones y los actos jurídicos que se restringen, sean patrimoniales o extramatrimoniales y cuales puede realizar por sí o con asistencia de los apoyos.

- * Inscripción registral de las sentencias de la restricción a la capacidad así como las funciones y alcances de los apoyos.

- * El establecimiento de "asesores" o "apoyos" y "salvaguardias". Entendiendo por los primeros a toda medida judicial que facilite a la persona con discapacidad intelectual o psicosocial tomar sus propias decisiones para realizar actos jurídicos; y por las segundas, a toda medida judicial que apunte a evitar el ejercicio abusivo y la acción negligente por parte del apoyo para la toma de decisión.

- * La inclusión de directivas o decisiones anticipadas.

- * Ampliación de la responsabilidad de los efectores del sistema de salud (públicos y privados), los magistrados y miembros del ministerio público en materia de responsabilidad civil en torno a los daños generados por falta de servicio en materia de internaciones, inhabilitaciones e insanias.

4. Objetivos, principios y ámbito de validez y eficacia

El art. 1° de la ley 26.657 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 que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El ámbito de predicación de la norma abarca a "todas las personas" (universo indeterminado) que "se encuentren en el territorio nacional" (universo determinable), colocando el principio de progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos como piedra basal sobre la cual se sustenta el sistema de salud mental. La norma establece así un "orden público de salud mental", sin perjuicio de regulaciones más beneficiosas para la protección de estos derechos, presentes o futuras, sea en el ámbito provincial como de la Ciudad de Buenos Aires.

Como contratara de este piso jurídico, debe considerarse en la aplicación y eficacia de la ley, como frente a nuevas regulaciones que se sancionen en el futuro por las jurisdicciones mencionadas, el principio de no retrogradación en lo que a derechos humanos concierne.

Será el Poder Judicial quien deberá ejercer, finalmente y en cada caso particular, una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas aplicables, incluida la ley 26.657, y los tratados internacionales del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho, por ejemplo, la Corte Interamericana, respecto a la Convención Americana. (57)

Las Reglas de Brasilia, en sus declaraciones particulares, postulan que "es el Estado quien debe garantizar en primer término, la seguridad jurídica, que implica el funcionamiento adecuado de la totalidad del ordenamiento jurídico de un país, con pleno respeto a las reglas del ordenamiento jurídico de un país, con pleno respeto a las reglas preestablecidas y a los mecanismos de modificación de las mismas, así como que esta garantía sólo se consigue con el esfuerzo coordinado de los diferentes poderes públicos, correspondiéndole al poder judicial una importante cuota de responsabilidad en la articulación y eficacia de la misma".

La ley 26.657 se encuadra en el ámbito de la competencia asignada al legislador nacional en el marco de los incisos 12, 18, 19, 22 y 23 de la Constitución Nacional.

La conjunción de tales prescripciones, implicó una acentuación del estado social de derecho, no cabiendo duda alguna de "según la letra de la Constitución el estado tiene la carga constitucional de dar respuestas satisfactorias a una serie de necesidades básicas y elementales". (58)

Lejos de una potencial confrontación entre la ley 26.657 y las normas provinciales que regulan la materia, debe estarse por su coexistencia y aplicación armónica, respetando el principio de suprema de la ley y la Constitución Nacional (art. 31, C.N.) y, al mismo tiempo, evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo legal y constitucional. (59) Consideramos importante la inclusión que hace el art. 2° de la ley 26.657, de determinados instrumentos internacionales, aquí apuntados, incluidos en el soft law o model law internacional (60) como "instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas", sigue y confirma el criterio jurisprudencial abierto a partir del caso "Tufano" y ratificado por unanimidad en el caso "R., M. J."

No es el mismo efecto lo expreso que lo implícito, jamás. Destacamos que el conjunto de disposiciones de la Constitución Nacional que consagra un marco de libertades y garantías, conformado por los derechos básicos de los individuos, constituye una trama de ubicación de los individuos en la sociedad, en la que se entrelazan derechos explícitos e implícitos y en la cual la libertad individual está protegida de toda imposición arbitraria o restricción sin sentido, desde que su art. 28 impide al legislador obrar caprichosamente de modo de destruir lo mismo que ha querido amparar y sostener. (61)

Corresponde recordar, al respecto, que el Capítulo I, Sección 2ª, numerales 7) y 8), de las Reglas de Brasilia, establecen que se entiende por discapacidad "la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social; y que los Estados deben procurar establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación".

5. Interdisciplinariedad del abordaje de la salud mental. Internación, desmanicomialización y derivaciones

La nueva ley introduce cambios positivos, algunos de ellos adoptados en alguna medida en otras jurisdicciones, por ejemplo, en la CABA con la ley 448.

Uno de estos cambios radica en el concepto de salud mental entendido como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y

mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Ello, además de la presunción de la capacidad de las personas (v. art. 3°).

Otro aspecto es el abordaje de las adicciones como parte integrante de las políticas de salud mental (art. 4°). Sumando a ello que la existencia de diagnóstico no implica presunción de riesgo de daño o incapacidad, los que se deducen de una evaluación interdisciplinaria (art. 5°). Todos los servicios y efectores, públicos y privados, deben adecuarse a la nueva ley (art. 6°).

Se define un catálogo mínimo de derechos (art. 7°) que conforman un piso, de ninguna forma un techo. A saber: a) Derecho a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios, con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de su salud; b) Derecho a conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia; c) Derecho a recibir una atención basada en fundamentos científicos ajustados a principios éticos; d) Derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria; e) Derecho a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe; f) Derecho a recibir o rechazar asistencia o auxilio espiritual o religioso; g) Derecho del asistido, su abogado, un familiar o allegado que éste designe, a acceder a sus antecedentes familiares, fichas e historias clínicas; h) Derecho a que en el caso de internación involuntaria o voluntaria prolongada, las condiciones de la misma sean supervisadas periódicamente por el Órgano de Revisión; i) Derecho a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado; j) Derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten, y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado, incluyendo las alternativas para su atención, que en el caso de no ser comprendidas por el paciente se comunicarán a los familiares, tutores o representantes legales; (62) k) Derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades; l) Derecho a recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación; m) Derecho a no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin un consentimiento fehaciente; n) Derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable; o) Derecho a no ser sometido a trabajos forzados; y p) Derecho a recibir una justa compensación por su tarea en caso de participar de actividades encuadradas como laborterapia o trabajos comunitarios, que impliquen producción de objetos, obras o servicios, que luego sean comercializados.

En lo que se refiere al abordaje debe ser a través de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados y acreditados por autoridad competente (art. 8°).

La atención debe realizarse preferiblemente fuera del ámbito de internación hospitalario, basada en los principios de atención primaria de salud (art. 9°).

Rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, a través de medios y tecnologías adecuadas a las personas con discapacidad (art. 10).

Cada jurisdicción debe promover acciones de inclusión social, laboral y de atención en salud mental comunitaria (art. 11).

A su vez, la prescripción y los tratamientos psicofarmacológicos deben ser con fines terapéuticos (no castigo, conveniencia de terceros o suplir la necesidad de acompañamiento terapéutico), siempre en el marco de abordajes interdisciplinarios (art. 12).

El nuevo sistema creado por la Ley 26.657 transcurre en una visión integral de la salud mental, que pone énfasis en el rol de la familia, la comunidad y la figura del equipo interdisciplinario de profesionales y técnicos en el rol de tutela y atención de las personas con padecimientos mentales. Esto no releva la importante función y responsabilidad de jueces y médicos (psiquiatras y legistas) en materia de internación, insania e inhabilitación. Simplemente la ley democratiza la responsabilidad y enfoque de la salud mental y coloca al Estado como su principal garante, no sólo a través de políticas y acciones positivas, sino también por vía presupuestaria.

La norma impone, y entendemos acertado, que la atención en salud mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario (63) "integrado por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente. Se incluyen las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes".

La interdisciplina ya es una victoria de la ciencia y su preeminencia sobre otras formas de trabajo individualistas se basa en la acción mancomunada y efectiva desde la diversidad de incumbencias profesionales. Todos son profesionales de la salud mental y solo complementando sus saberes —sin rivalidades ni falsas competencias— se conforma un "equipo" sin jerarquías de ningún tipo. Los profesionales con título de grado "están en igualdad de condiciones para ocupar los cargos de conducción y gestión de los servicios y las instituciones, debiendo valorarse su idoneidad para el cargo y su capacidad para integrar los diferentes saberes que atraviesan el campo de la salud mental. ..." Rompe con la hegemonía médico-psiquiátrica y permite una

evaluación desde distintas ópticas y perspectivas, en un enfoque integral, integrado y más democrático de la salud mental.

Como lo ha postulado la PMS, la salud mental ha estado oculta tras una cortina de estigma y discriminación durante largo tiempo. Ha llegado la hora de que salga a la luz. La magnitud, el sufrimiento y la carga en términos de discapacidad y costos para los individuos, las familias y las sociedades son abrumadores. En los últimos años el mundo se ha tornado más consciente de la enorme carga y el potencial que existe para hacer progresos en salud mental. En efecto, podemos lograr un cambio usando el conocimiento que está presto a ser aplicado. Necesitamos invertir sustancialmente más en salud mental y debemos hacerlo ahora.

Pero, "¿Qué tipos de inversión? Inversión financiera y en recursos humanos. Una proporción mayor de los presupuestos nacionales debe ser asignada para desarrollar una adecuada infraestructura y servicios. Simultáneamente, más recursos humanos son requeridos para proveer la atención y el cuidado que necesitan aquellos que sufren trastornos mentales y para proteger y promover la salud mental. Los países, especialmente aquellos con recursos limitados, necesitan establecer políticas, planes e iniciativas definidas a fin de promover y apoyar la salud mental." ¿Quién debe invertir? No sólo el Estado, sino también, todos nosotros, los que estamos interesados en la salud y el desarrollo de los pueblos y comunidades. Esto incluye las organizaciones internacionales, agencias de apoyo al desarrollo, fundaciones y corporaciones, el mundo de los negocios... (64)

La internación, traducida en la afectación de la libertad de las personas con padecimientos que no pueden ser tratadas por abordajes ambulatorios, se trata de un recurso terapéutico excepcional, transitorio y de corta duración, el cual, a partir de la Ley 26.657, debe realizarse preferentemente en hospitales generales.

La internación es un recurso terapéutico de carácter restrictivo y sólo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social. La norma impone el deber de promover el mantenimiento de vínculos, contactos y comunicación de las personas internadas con sus familiares, allegados y con el entorno laboral y social, salvo en aquellas excepciones que por razones terapéuticas debidamente fundadas establezca el equipo de salud interviniente (art. 14). Deberes, todos ellos, que se condicen con la obligación de las autoridades de salud de cada jurisdicción, en coordinación con las áreas de educación, desarrollo social, trabajo y otras que correspondan, en la implementación de acciones de inclusión social, laboral y de atención en salud mental comunitaria, 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 (art. 11).

Va de suyo que cuando se habla de internaciones en general, en el art. 14 la ley alude a internaciones terapéuticas para avertar un riesgo grave, "cierto e inminente", como legitimador únicamente de una internación involuntaria o forzosa (art. 20). La norma implica así un intento de pasaje del modelo actual que es facilitador de reclusiones innecesarias o abusivas —malas prácticas reconocidas y nunca sancionadas— a uno restrictivo y sólo autorizado como último recurso terapéutico.

El art. 16 indica que la internación de pacientes deberá hacerse con la firma de dos profesionales o técnicos integrantes del equipo interdisciplinario, uno de los cuales debe ser necesariamente psicólogo (65) o médico psiquiatra. Cierta sector de los psiquiatras ha reaccionado de manera virulenta contra la ley: Consideran que en todos los casos de internación tiene que figurar la firma de un médico psiquiatra, acompañado de otro integrante del equipo de salud mental, preferentemente un psicólogo. Alegan que hay una serie de patologías orgánicas que se manifiestan a través de signos o síntomas de enfermedad mental o de trastornos de conducta. Y en esta línea, el único profesional capacitado para hacer diagnósticos diferenciales que eviten cometer errores en el diagnóstico es, precisamente, el médico psiquiatra. Estamos en desacuerdo. Un sector de la corporación de psiquiatras se enrola en este retroceso en la concepción de la salud mental interdisciplinaria... Solamente cuando se trata de medicar al paciente (fármacos) se requiere la intervención de un médico psiquiatra (66) no así, cuando —en el contexto de un tratamiento— se considera indispensable la internación, sea institucional o domiciliaria, o bien indicar una psicoterapia o un alta o salidas a prueba.

Conceptualmente se reemplaza el criterio de internación involuntaria que se sustenta en la confusa noción de peligrosidad para sí o para terceros por la "constatación de riesgos cierto o inminente (67) con la firma de dos profesionales de diferentes disciplinas (art. 20).

El art. 23 regula el alta, externación sin el alta o bien un simple permiso de salida, colocando en cabeza del equipo interdisciplinario la responsabilidad de la decisión, sea una internación voluntaria o involuntaria con excepción de los casos de internación respecto a las personas incluidas en el art. 34, inc. 1), párrafos segundo y tercero, del Código Penal. (68) Los jueces son ahora verdaderos monitores y revisores de la legalidad del procedimiento, pudiendo mantener la internación aún en oposición del criterio del equipo interdisciplinario. Ello, es evidente, debiendo contar un informe, estudio o pericia que avale la decisión más allá del criterio dogmático del decisor. Lo contrario, tornará la sentencia interlocutoria dictada en consecuencia, un acto nulo,

revocable por la Alzada y eventualmente fundamento válido para ser denunciado por el órgano de revisión ante el Consejo de la Magistratura de la Nación, en el orden federal.

Otro elemento de la ley modifica el Código Civil para impedir las internaciones de personas por su "peligrosidad." Las internaciones involuntarias deben estar justificadas, deben ser por un tiempo mínimo y quedan restringidas y sujetas a control por un órgano de revisión en el que participarán organismos de derechos humanos. (69) Se propicia que las internaciones, siempre por lapsos breves, se efectúen en hospitales generales: éstos —si se cumple la ley— no podrán negarse a recibir a estos pacientes porque esto "será considerado acto discriminatorio". Pasados sesenta días de una internación voluntaria (es decir, aquella iniciada con el consentimiento del paciente o de su representante legal) debe notificarse al juez competente y al órgano de revisión. En este caso, el juez debe decidir si mantiene la internación como tal o la transforma en una internación involuntaria, que como corolario impide que la persona internada pueda dejar el establecimiento por su sola voluntad y, al mismo tiempo, la existencia de un riesgo cierto e inminente para sí o terceros.

Las internaciones involuntarias requieren de una evaluación interdisciplinaria; siendo insuficiente e inoponible en la actualidad, el solo dictamen del médico psiquiatra o legista, por ejemplo, no sólo para internaciones, sino también los procesos de insania e inhabilitación, impuesto por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en sus arts. 624, 625 y 631, los que deben considerarse derogados implícitamente por el nuevo art. 152 ter del Código Civil, introducido por la Ley 26.657. El juez debe autorizar cada internación, pero pierde la facultad de ordenar internaciones; también se suprime el requisito de pedir autorización del juez para dar el alta. En distintas provincias hay muchos pacientes cuya alta se demora porque el juez no la autoriza.

Pensamos que tanto en los casos de las internaciones dispuestas por orden judicial, como en las perfeccionadas contra la voluntad de la persona por el equipo de salud tratante, los permisos de salida, las salidas a prueba, así como las externaciones, debieran ser decididas y efectivizadas directamente por dicho equipo interdisciplinario, con la condición, tal como prevé la Ley 26.657, de que una vez dispuesta sea inmediatamente comunicada al tribunal competente, único autorizado para controlar la legalidad de la medida.

Al respecto, es provechoso indicar que, conforme el art. 28 de la Ley 26.657, las internaciones de salud mental deben realizarse en hospitales generales. A tal efecto los hospitales de la red pública deben contar con los recursos necesarios. El rechazo de la atención de pacientes, ya sea ambulatoria o en internación, por el solo hecho de tratarse de problemática de salud mental, será considerado acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592 (Adla, XLVIII-D, 4179).

Al menos cada treinta días el equipo interdisciplinario del establecimiento que se trate debe remitir un informe al juez sobre la situación y evolución de la persona internada. Si transcurridos noventa días de una internación involuntaria, si la institución insiste en mantener a la persona bajo encierro, la ley exige una segunda opinión, a cargo del órgano de revisión que la propia ley establece. Si este organismo se expide en contra, la institución deberá dejar en libertad al paciente. Además, "los asistidos, sus abogados o familiares tienen derecho a acceder a las historias clínicas y a tomar decisiones relacionadas con su tratamiento."

Para facilitar las externaciones, la normativa requiere "promover servicios de inclusión social y laboral para personas después del alta institucional; atención domiciliaria supervisada y apoyo a grupos familiares y comunitarios; casas de convivencia, hospitales de día, cooperativas de trabajo, centros de capacitación y familias sustitutas". (70)

6. Autoridad de aplicación. Órgano de revisión

6.1. Autoridad de aplicación

La autoridad de aplicación de la ley 26.657, es el Ministerio de Salud de la Nación o el área específica que se designe (71) o cree, la que debe establecer las bases para un Plan Nacional de Salud Mental acorde a los principios establecidos.

En forma progresiva y como nota no menor, en un plazo no mayor a tres años a partir de la sanción de la presente ley, el Poder Ejecutivo debe incluir en los proyectos de presupuesto un incremento en las partidas destinadas a salud mental hasta alcanzar un mínimo del 10% del presupuesto total de salud, promoviéndose que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adopten el mismo criterio.

La autoridad de aplicación debe desarrollar recomendaciones dirigidas a las universidades públicas y privadas, para que la formación de los profesionales en las disciplinas involucradas sea acorde con los principios, políticas y dispositivos que se establezcan en cumplimiento de la presente ley, haciendo especial hincapié en el conocimiento de las normas y tratados internacionales en derechos humanos y salud mental. Asimismo, debe promover espacios de capacitación y actualización para profesionales, en particular para los que se desempeñen en servicios públicos de salud mental en todo el país.

En consulta con la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y con la colaboración de las jurisdicciones, la autoridad de aplicación debe, a su vez, promover el desarrollo de estándares de habilitación y supervisión periódica de los servicios de salud mental públicos y privados.

Dentro de los ciento ochenta días corridos de la sanción de la Ley 26.657, se debía realizar un censo

nacional en todos los centros de internación en salud mental del ámbito público y privado para relevar la situación de las personas internadas, discriminando datos personales, sexo, tiempo de internación, existencia o no de consentimiento, situación judicial, situación social y familiar. (72) Dicho censo debe reiterarse con una periodicidad máxima de dos años.

Esta misma autoridad de aplicación, en coordinación con los ministerios de Educación, Desarrollo Social y Trabajo, Empleo y Seguridad Social, debe desarrollar planes de prevención en salud mental y planes específicos de inserción socio-laboral para personas con padecimiento mental.

Finalmente, el art. 37 de la ley 26.657 impone a la Autoridad de Aplicación, en coordinación con la Superintendencia de Servicios de Salud, que promueva la adecuación de la cobertura en salud mental de las obras sociales a los principios establecidos en la presente ley, en un plazo no mayor a los noventa días corridos a partir de su sanción. Lamentablemente, este artículo no incluyó a otros efectores, como las empresas de medicina prepaga, también éstas deberán adecuarse, por cuanto así lo dispone, en forma genérica, el art. 6° de la misma ley. (73)

6.2. Órgano de revisión

La norma establece, en general, la intervención del Ministerio Público de la Defensa respecto a las internaciones involuntarias de las personas con padecimientos mentales, respetando su autonomía y garantizando el ejercicio de su derecho de defensa.

Junto al Ministerio Público actuará, conforme el art. 22 de la ley 26.657, el abogado de la persona internada involuntariamente, quien por sí o a través de su representante legal, tiene derecho a designar un abogado. Si no lo hiciera, el Estado debe proporcionarle uno desde el momento de la internación. El defensor podrá oponerse a la internación y solicitar la externación en cualquier momento. El juzgado deberá permitir al defensor el control de las actuaciones en todo momento.

Empero, en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa la ley impone la creación e intervención del órgano de revisión tenderá la participación de las asociaciones de usuarios y familiares del sistema de salud. Esta inclusión es muy valiosa por la prédica y lucha esforzada que están haciendo los familiares en pos de los derechos de los pacientes y percibir cómo desde las organizaciones la interacción de los familiares con los médicos y con el hospital ayuda realmente a que los enfermos puedan rescatar sus capacidades y encontrar una salida más fácilmente. (74)

Otro artículo central de la norma y uno, quizás de los más polémicos, dispone "Queda prohibida por la presente ley la creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados. En el caso de los ya existentes se deben adaptar a los objetivos y principios expuestos, hasta su sustitución definitiva por los dispositivos alternativos. Esta adaptación y sustitución en ningún caso puede significar reducción de personal ni merma en los derechos adquiridos de los mismos" (art. 27).

La ley no plantea el cierre de los hospitales neuropsiquiátricos, sino que no se pueden crear nuevos hospitales. (75) Lo que tenemos que hacer es transformar los hospitales gradualmente.

La ley, a fin de que el manicomio tienda a desaparecer, promueve dispositivos alternativos como "casas de convivencia y hospitales de día". (76) Esto tiene sentido, porque el proceso de atención debe realizarse preferentemente fuera del ámbito de internación hospitalario y en el marco de un abordaje interdisciplinario e intersectorial, basado en los principios de la atención primaria de la salud. Se orientará al reforzamiento, restitución o promoción de los lazos sociales (art. 9°).

A tono con la ley 26.529 (Adla, LXX-A, 6), aún no reglamentada, la internación debe ser lo más breve posible, en función de criterios terapéuticos interdisciplinarios, debiendo registrarse diariamente en la historia clínica, tanto la evolución del paciente como cada una de las intervenciones del equipo interdisciplinario.

La ley 26.657 modifica el sistema de inhabilitaciones: hasta ahora, una persona que, en el marco de una crisis, perdiera capacidad para administrar sus bienes, podía quedar privada para siempre de todos sus derechos. Además los profesionales y empleados en instituciones psiquiátricas serán "responsables de informar, al juez y al órgano de revisión, sobre cualquier trato indigno o inhumano".

Misma exigencia corresponde tanto para las obras sociales y a las prepagas de llevar adelante el Programa Básico Obligatorio de Salud Mental, además de adecuar sus instalaciones y prestaciones a los principios, derechos y obligaciones de la ley 26.657. Y consideramos que la autoridad de aplicación, de oficio, por denuncia de particulares o del propio órgano de revisión, deberá imponer sanciones en casos de incumplimiento.

Ahora el desafío apunta a diseñar los mecanismos que permitan aplicar la ley y de este modo, con una fuerte prédica a lo largo de todo el país, una fuerte lucha política, desgajar, desmembrar el poder manicomial —aún muy pregnante en nuestro país—, político, gremial y empresario, —las empresas de salud y empresas farmacéuticas— (77) que hoy se percibe fuertemente en el campo de la salud mental.

El Estado, —nacional y provinciales— para que la ley tenga vigencia, debe asignar un presupuesto adecuado para dar una cobertura sanitaria universal a todos los ciudadanos independientemente de sus posibilidades económicas.

De lo contrario, la ley puede seguir el camino de la ley progresista ley 448, que no tiene casi aplicación. (78)

Como una cuestión adicional y que hace a la operatividad y vigencia de la norma en el orden nacional, el art. 41 prevé que la promoción de convenios con las jurisdicciones para garantizar el desarrollo de acciones conjuntas tendientes a implementar los principios expuestos en la presente ley (v.gr. convenios: (a) de cooperación técnica, económica y financiera de la Nación para la implementación de la presente ley; (b) de cooperación para la realización de programas de capacitación permanente de los equipos de salud, con participación de las universidades, y (c) de asesoramiento para la creación en cada una de las jurisdicciones de áreas específicas para la aplicación de políticas de salud mental).

7. Modificaciones a los arts. 152 ter y 482 del Código Civil; derogación del Decreto Ley 22.914/83

Una cuestión final, pero no por ello menos relevante y que ha motivado ciertas críticas, es la de las modificaciones expresas introducidas en el Código Civil y las implícitas que conllevan éstas con las normas inherentes a los procesos de insania, inhabilitación e internación, en los códigos de rito nacional y provinciales.

El art. 42, incorpora como art. 152 ter del Código Civil, 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".

Entendemos que esta modificación tiene un carácter expansivo dentro del Código Civil, ya que a partir de ahora toda referencia a exámenes de facultativos (arts. 142 y 143) o de sanidad (art. 150), como también en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, respecto a los dictámenes, informes o certificados de médicos legistas o psiquiatras (arts. 624, 625 y 631), relacionados a declaraciones de incapacidad, inhabilitación y procesos de internación, quedan sustituidos por el examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias.

El art. 43, sustituye el art. 482 del Código Civil, 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 art. 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 inhabilitación."

El nuevo art. 482 viene así a eliminar la figura de la internación policial por razones de urgencia y la sustituye por los traslados dispuestos por autoridades públicas, verdadera superación discursiva que deja de lado la estigmatización propia de la figura policial.

Por último el art. 44, deroga el dec.-ley 22.914/83 (Adla, XLIII-D, 3763), que supo cubrir un bache importante a nivel local y federal en materia de internación, pero con una aplicación muy limitada luego de la provincialización del territorio de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur en 1990, con la sanción de la ley 23.775 (Adla, L-B, 1257), y con el posterior reconocimiento de la autonomía a la Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994.

8. Conclusión

La realización de los personas con padecimientos mentales pasa por el respeto a su libertad, su dignidad y a su persona, por reconocernos en el otro; y en ellos, por reconocerlos como tales. Podemos referirnos a la libertad como la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos; pero también como el estado o condición de quien no es esclavo o no está preso. (79)

El concepto técnico y filosófico de libertad, único que, según Sartre, cabe considerar, es aquel que se vincula directamente con la autonomía de la elección equivalente al hacer y supone "para distinguirse del sueño y del deseo, un comienzo de realización. Así, no diremos que un cautivo es siempre libre de salir de la prisión, lo que sería absurdo, ni tampoco que es siempre libre de desear la liberación, lo que sería una perogrullada sin ningún alcance, sino que es siempre libre de tratar de evadirse (o de hacerse liberar), es decir que, cualquiera que fuere su condición, puede proyectar su evasión y mostrarse a sí mismo el valor de su proyecto por medio de un comienzo de acción". (80)

Frente a la ley 26.657, el operador jurídico tiene tanta responsabilidad en esta tarea como la poseen todos los profesionales de la salud, y los gobiernos nacional y provinciales. Debemos evitar que la actividad jurídica se desplace, como lo viene haciendo, "desde la adquisición del conocimiento a su comunicación persuasiva, desde la comprensión a la argumentación;"(81) omitiendo asumir su rol social y carácter eminentemente práctico. El límite en todo esto no son las normas. El límite es el hombre, continente y contenido de todo el sistema jurídico.

Lejos estamos de la idea de que "[l]a furia de los locos, como la de los malvados, puede dirigirse tanto contra sus semejantes como contra sí mismos. Si en este último caso, sólo las cadenas perpetuas tienen el poder de limitarlos, en todos los demás casos en los que únicamente se teme el primer peligro, las celdas separadas, y como en el caso de las prisiones, sometidas a vigilancia, harían del todo inútil el uso de cadenas y de otros tipos de coerción". (82)

La única furia es la inserta en el entramado social a espaldas de una realidad que no quiere observarse, menos todavía asimilarse como propia, aunque es un tema incluido en las agendas nacionales, pero no prioritario.

Creemos que el camino está demarcado; falta quizás comenzar a transitarlo en firme siguiendo el rumbo de la jurisprudencia de la Corte Suprema, el establecido por el orden internacional de los derechos humanos a través de las recomendaciones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y las opiniones consultivas y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del sistema del Pacto de San José de Costa Rica, (83) en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, (84) y ahora, en especial, con la sanción de la Ley 26.657.

Debemos empezar a aceptar a nuestros locos como una parte de nosotros mismos, que nunca dejó de pertenecer a la sociedad y como, con Don Quijote —sea de paso, no institucionalizado—, comprender que su libertad va de la mano de nuestra libertad. Compromiso y comprensión son los pilares que sustentan el proyecto mencionado, y sobre los cuales debe sostenerse cualquier programa que pretenda encarar con seriedad el tema. La comprensión "es a menudo una manera de acercarse a la solución de los problemas. Creemos que la Argentina es un país viable que puede llegar a contar con garantías constitucionales eficaces. Reconocer las causas de las actuales deficiencias es una manera de acercarse a la respuesta deseada". (85) La soledad que los pacientes mentales sufren ante la ausencia de la sociedad, cae sin mayor esfuerzo en su olvido, es decir, en la cesación del afecto y cuidado que se merecen por el solo hecho de formar parte de la sociedad.

Nuestro compromiso con el prójimo no es más que nuestro compromiso con nosotros mismos y con un sistema internacional de los derechos humanos concebido para la tutela especial de la persona y que los Estados no pueden desconocer y deben primordialmente garantizar.

A la sociedad le interesa "la resolución de los conflictos existentes; más por lo mismo le han de interesar necesariamente los instrumentos que el Estado crea para conseguir ese fin. Consecuentemente el jurista ha de atender los dos paños buscando y elaborando los objetivos propios de ambos: el conocimiento teórico y el conocimiento práctico". (86) Y si bien las instituciones humanas no son racionales, somos nosotros quienes podemos decidir luchar para darles una racionalidad progresiva. (87)

Por ello, las meras especulaciones sobre las imperfecciones de la ley, que como toda norma humana es perfectible, consideramos que serán superadas por la reglamentación y de la aplicación e interpretación armónica de su texto en consonancia con el resto del ordenamiento jurídico, en particular, los tratados y convenciones de derechos humanos de los cuales la Argentina forma parte.

Esperamos haber contribuido con este trabajo a quienes tienen a su cargo la tarea, desde el Estado y fuera de él, del discernimiento de las condiciones sociales (políticas, económicas, jurídicas y culturales) que dificultan la realización del hombre en sociedad, del respeto de su libertad y de su condición de igual cuando bajo algún padecimiento mental ve alterada su vida en plenitud.

La Ley 26.657 era un paso necesario para cumplir con los estándares internacionales en materia de salud mental y derechos humanos, pero no el único ni suficiente. (88) Esperemos que el nuevo Código recepte muchas de estas propuestas para los tiempos venideros.

Es cierto que las solas normas no bastan, se requiere educación y compromiso de la sociedad en su conjunto para que tal como lo dispone la Convención sobre Personas con Discapacidad, en su art. 1º, se promueva, proteja y asegure el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y el respeto de su dignidad inherente.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

(1) MARTÍNEZ ALCORTA, Julio A., "Primera aproximación al impacto de la Ley Nacional de Salud Mental en materia de capacidad civil," LA LEY, Sup. Act. 07/12/2010, p. 1; DJ 16/02/2011, p. 101 KIELMANOVICH, Jorge L., "El nuevo juicio de interdicción y de inhabilitación (ley 26.657)", LA LEY, 17/02/2011; MAYO, Jorge A./TOBÍAS, José W., "La nueva ley 26.657 de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil," LA LEY, DFyP 2011 (marzo), p. 153; PÉREZ DÁVILA, Luis Alejandro, "Nueva ley de salud mental N° 26.657", LA LEY, Sup. Act. 05/05/2011, p. 1; PLOVANICH, María Cristina, "Reparación de daños por suicidio de un paciente psiquiátrico no internado", LLC 2011 (abril), p. 285; PAGANO, Luz M., "Las internaciones involuntarias en la ley 26.657," ED de 11/2/2011; RIVERA, Julio C./HOOFT, Irene, "La nueva ley 26.657 de Salud Mental," SJA, 25/5/2011; LAFERRIERE, Jorge N. / MUÑIZ, Carlos, "La nueva Ley de Salud Mental. Implicancias y deudas pendientes en torno a la capacidad," ED del 22/2/2011, 241, n. 12.697; SIRKIN, Eduardo, "Acerca de la nueva ley de Salud Mental; su reforma a los

Códigos Civil y Procesal de la Nación," eDial.com - DC1533, 3/3/2011.

(2) Juzg. Familia Río Gallegos, n. 1, "C., L. H.", sentencia de 27/01/11; C. Civ. y Com. Mar del Plata, "L., A. D.", sentencia de 24/02/11. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III, "L., A. D.", sentencia de 24/02/11, LLBA 2011 (mayo), 392, con nota de GABRIELA YUBA; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, "G., N. T. y C., A. E.", sentencia de 12/05/11, entre otras.

(3) ORTEGA Y GASSET, JOSÉ, La rebelión de las masas, 9ª ed., Buenos Aires, Espasa Calpe, 1947, p. 90.

(4) El proyecto originado en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, tramitó por Exp. 0126-D-2009, iniciado el 2/03/09 y suscripto por los legisladores: GORBACZ, Leonardo Ariel - SYLVESTRE BEGNIS, Juan Héctor - SEGARRA, Adela Rosa - MERCHAN, Paula Cecilia - FEIN, Mónica Hayde - IBARRA, Vilma Lidia - CORTINA, Roy - CIGOGNA, Luis Francisco Jorge - TORFE, Mónica Liliana - STORNI, Silvia.

(5) Se ha reconocido que "La norma garantiza el reconocimiento de la autonomía de las personas con padecimientos mentales y su capacidad para decidir sobre el tratamiento que deben recibir. Esta ley representa un gran paso adelante en la protección de los derechos humanos de un grupo que permanece invisibilizado. De acuerdo con los datos producidos por el CELS en la investigación "Vidas arrasadas", 25.000 personas se encuentran recluidas en los asilos psiquiátricos argentinos, donde sufren todo tipo de violaciones de derechos humanos: privación de la libertad en celdas de aislamiento, abusos físicos y sexuales, falta de atención médica, condiciones insalubres de alojamiento, ausencia de rehabilitación, tratamientos inadecuados, sobrepoblación y muertes que no son investigadas. Más del 80% de estas personas son encerradas por periodos mayores a un año y muchas permanecen allí de por vida. En la mayoría de los casos, se trata de pacientes sociales que podrían desarrollar su vida fuera de las instituciones psiquiátricas, pero no cuentan con alternativas para hacerlo. La nueva regulación restringe la internación de personas sólo a circunstancias excepcionales; prohíbe la creación de nuevas instituciones psiquiátricas asilares; fomenta la atención en hospitales generales y servicios basados en la comunidad, e incorpora las problemáticas derivadas de las adicciones en el campo de la salud mental. El proceso de elaboración y aprobación de la ley duró más de dos años, y en ese proceso se fortaleció el rol del Congreso respecto de la elaboración de políticas públicas para la protección efectiva de los derechos humanos. La sociedad civil desempeñó un papel fundamental para tratar de sumar todas las voces y desarrollar una legislación que garantizara el respeto por los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad psicosocial. El activismo por parte de un grupo consolidado de organizaciones de derechos humanos, familiares y usuarios de servicios de salud mental fue fundamental para lograr la sanción de la norma, y lo será también a lo largo del proceso de reglamentación que debería tener lugar en 2011" (Centro de Estudios Legales y Sociales, "Derechos humanos en Argentina. Informe 2011," Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 22.)

(6) En la citada investigación, se realiza un profundo análisis de la situación que afecta a las personas institucionalizadas. Entre otras, se señala, que los principios de Salud Mental garantizan el derecho a la revisión judicial periódica de todas las internaciones psiquiátricas e incluyen una gama de garantías procesales, incluyendo el acceso a un defensor. Sin embargo, las leyes nacionales permiten la internación de aquellos sujetos que pudieran afectar la tranquilidad pública y no establecen mecanismos que les garanticen audiencias dentro de un período razonable. Destaca en este contexto, el fallo emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2005, en el caso de Ricardo Alberto Tufano. En esa sentencia, el tribunal exigió que las internaciones psiquiátricas civiles cumplan con los estándares internacionales de derechos humanos en materia de derecho a la libertad. Apunta, sin embargo, que la mayoría de las personas hospitalizadas en instituciones psiquiátricas argentinas siguen siendo detenidas arbitrariamente. Considera que los estándares legales establecidos por el Código Civil respecto de la internación psiquiátrica, son extremadamente generales y ambiguos y permiten la detención de personas en instituciones psiquiátricas bajo una amplia gama de circunstancias. Añade que las leyes nacionales tienen pocas disposiciones para proteger los derechos de las personas involucradas en procesos de internación coactiva y no garantizan el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, al tiempo que no conceden el derecho a designar un defensor y no ofrecen un examen periódico por parte de un órgano de revisión de las internaciones voluntarias. Se denuncia también en trabajo una insuficiente supervisión y monitoreo de los derechos humanos de las personas institucionalizadas. Las instituciones controlan el acceso a la comunicación, por lo cual se hace difícil exponer los abusos. El 60 por ciento de los pacientes está en condiciones de alta médica, pero no tiene adónde ir. Son casos sociales. Asimismo, se presentan iniciativas prometedoras de reforma del sistema de salud mental sugeridas en el trabajo (Centro de Estudios Legales y Sociales, "Vidas arrasadas: la segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos", Buenos Aires, Siglo XXI, 2008, pp. 143-144.)

(7) Por todos, ver: ROSALES, Pablo O., "Discriminación en razón de la discapacidad: las convenciones internacionales de discapacidad y su aplicación como herramienta interpretativa del derecho interno", SJA 28/7/2010; "Un estudio general de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", SJA 27/8/2008 - JA 2008-III-1022.

(8) RUIZ, Alicia, "Asumir la vulnerabilidad" en Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2008, p. 7.

(9) OPS, "Sanción de la Ley 26.657 de Salud Mental en la Argentina," Boletín de Salud Mental, noviembre-diciembre 2010, http://new.paho.org/bulletins/index.php?option=com_content&task=view&id=781&Itemid=303.

(10) http://www.who.int/topics/mental_health/es/.

(11) WHO, "La salud pública al servicio de la salud mental," 2001, http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_ch1_es.pdf.

(12) OPS, "Sanción de la Ley 26.657 de Salud Mental en la Argentina," op. cit.

(13) WHO, "Conjunto de Guías sobre Servicios y Políticas de Salud Mental. Legislación sobre salud mental y derechos humanos," 2005, p. 2, http://www.who.int/mental_health/policy/legislation_module_spanish.pdf.

(14) ¿Cómo balancear diferentes requisitos que aparecen como contradictorios? Del siguiente modo: a) Evitar las internaciones institucionales involuntarias innecesarias a fin de preservar la red social de pertenencia del paciente, sus referentes, su productividad; b) Privilegiar la idea de custodia y vigilancia: proteger la seguridad de los ciudadanos amenazados, lo que significa un impedimento a la libertad ambulatoria del enfermo sindicado como peligroso; o, c) Respetar el moderno derecho de daños, que propugna que todo damnificado por un daño injusto perciba su resarcimiento —derecho a la reparación— (KRAUT, Alfredo J., "Pacientes mentales y derecho privado. Tutela jurídica", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005, p. 141, en particular, cap. 5, pp. 133-153.)

(15) WHO, "Conjunto de Guías sobre Servicios y Políticas de Salud Mental. Legislación sobre salud mental y derechos humanos," op. cit., p. 40.

(16) Ver: ACUÑA, Cecilia / BOLIS, Mónica, "La estigmatización y el acceso a la atención de salud en América Latina: amenazas y perspectivas", OPS - OMS, julio 2005, publicado en: <http://www.paho.org/Spanish/DPM/SHD/HP/leg-estigmatizacion-esp.pdf>.

(17) http://www.who.int/mental_health/en/ (World Health Organization).

(18) <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2008/pr37/es/index.html>; "Millones de personas con trastornos mentales están privadas del tratamiento. La OMS exhorta a aumentar la escala de los servicios para trastornos mentales" 9 de octubre de 2008, Madrid / Ginebra.

(19) KRAUT, Alfredo J., "Salud Mental - Tutela Jurídica", Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 70.

(20) Ver OMS, Proyecto de la OMS sobre Políticas y Planes de Salud Mental: atendiendo las necesidades y mejorando los servicios, en: http://www.who.int/mental_health/policy/mhpp_brochure_spanish.pdf.

(21) LORENZETTI, Ricardo Luis, "Salud mental, legislación y derechos humanos en Argentina," en Salud mental y derechos humanos. Vigencia de los estándares internacional, OPS, 2009, p. 22.

(22) NIETO, A., ob. cit., pp. 36-37.

(23) Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, 1144 U.N.T.S. 123, O.A.S.T.S. No. 36, pág. 1, OEA/Ser.L/V/II.23 doc. Rev. 2, 9 I.L.M. 673 (1970) [en adelante la Convención Americana]. Argentina ratificó la Convención Americana el 5 de septiembre de 1984.

(24) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 59, ONU. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 302 [en adelante el PIDCP]. Argentina ratificó el PIDCP el 8 de noviembre de 1986.

(25) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, A.G. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR. Sup. (No. 16) p. 49, ONU. Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3, entrada en vigor el 3 de enero de 1976 [en adelante PIDESC]. Argentina ratificó el PIDESC el 8 de noviembre de 1986.

(26) La Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, 7 de junio de 1999, A.G./Res. 1608, entrada en vigor el 4 de septiembre del 2001 [en adelante la Convención Interamericana sobre Discapacidad]. Argentina ratificó la Convención Interamericana sobre Discapacidad el 10 de enero de 2001 e. incorporada al derecho interno por la ley 25.280.

(27) Este instrumento supone importantes consecuencias para las personas con discapacidad, y entre las principales se destaca la "luminosidad" de este grupo ciudadano dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas.

(28) Los Principios para la Protección de las Personas con Enfermedades Mentales y el Mejoramiento de la Salud Mental, A.G. Res. 119, U.N. GAOR, 46ª Ses., No. 49, Anexo, págs. 188-92, ONU Doc. A/46/49 (1991) [en adelante Principios de Salud Mental].

(29) Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, A.G. Res. 96, U.N. GAOR, 48ª Ses., ONU Doc. A/Res/48/96 (1993) (ver KRAUT, ALFREDO J., Salud mental. Tutela jurídica, Rubinzal-Culzoni, 2006)

(30) La Declaración de Caracas (1990), En 1990, la Organización Panamericana de la Salud (OPS/OMS) convocó a distintas organizaciones de salud mental, a asociaciones, a profesionales y juristas a la Conferencia Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina en Caracas, Venezuela. La Declaración de Caracas se aprobó en esta Conferencia (ver KRAUT, ALFREDO J., "Salud mental. Tutela jurídica", Rubinzal-Culzoni, 2006)

(31) Declaración de Montreal sobre la discapacidad intelectual (2004) [en adelante Declaración de Montreal]. En octubre de 2004, la Organización Panamericana de la Salud (OPS/OMS) patrocinó una conferencia en Montreal, Canadá, la cual declaró que las personas con discapacidades intelectuales "al igual que los otros seres humanos, nacen libres e iguales en dignidad y en derechos" (art. 1º) y que "la discapacidad intelectual, constituye una parte integrante de la experiencia y la diversidad humanas" lo cual requiere que "la comunidad internacional debe reconocer que sus valores universales de dignidad, autodeterminación, igualdad y justicia social para todos" (art. 2º).

(32) Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Sobre la Promoción y Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental, COM. INTER. D.H., 111ª Ses., el 4 de abril de 2001 [en adelante CIDH Recomendación].

(33) Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008, cuya comisión de seguimiento se encuentra integrada por Argentina, Costa Rica, España, Guatemala y México.

(34) CSJN, Fallos, 316:479.

(35) CSJN, Fallos, 241:291.

(36) CSJN, Fallos, 321:1684.

(37) CSJN, Fallos, 323:3229.

(38) CIDH, Opinión Consultiva N° 11/90 del 10 de agosto de 1990, "Excepciones al agotamiento de los recursos internos", párrafos 34 y 23, recordada en Fallos, 318:514.

(39) CSJN, Fallos, 318:2639.

(40) Aprobada en 17 de enero de 1989.

(41) En 1990, la Organización Panamericana de la Salud (OPS/OMS) convocó a distintas organizaciones, asociaciones, profesionales de la salud mental y juristas a la Conferencia Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina (1990), celebrada en Caracas, Venezuela. En el marco de esta Conferencia se aprobó la Declaración de Caracas entre el 11-14 de noviembre de 1990. Se ha sostenido al respecto que la Declaración de Caracas "es un instrumento de gran valor en lo que se refiere a la promoción de servicios comunitarios y aboga por una atención psiquiátrica participativa, integral, continua y preventiva donde el hospital psiquiátrico no constituya la única modalidad asistencial principalmente porque "... aísla al enfermo de su medio [...] y crea condiciones desfavorables que ponen en peligro los derechos humanos y civiles del enfermo...". En relación con otros derechos del paciente mental, la Declaración establece "que los recursos, cuidados y tratamientos provistos deben salvaguardar invariablemente la dignidad personal y los derechos humanos y civiles...". También recomienda que las legislaturas de los países adopten medidas "de manera que se aseguren el respeto de los derechos humanos y civiles de los enfermos mentales...". La Declaración de Caracas hace referencia implícita a los estándares internacionales de protección al señalar que "... las organizaciones, asociaciones y demás participantes [...] se comprometen mancomunada y solidariamente a abogar y desarrollar en los países programas que promuevan la reestructuración, y al monitoreo y defensa de los derechos humanos de los enfermos mentales de acuerdo a las legislaciones nacionales y los compromisos internacionales respectivos...". (JIMÉNEZ, Heidi V. y VÁSQUEZ, Javier "El derecho internacional, instrumento esencial para la promoción de la salud mental en las Américas", Revista Panamericana de Salud Pública, vol. 9 no. 4, Washington, Abril. 2001; cfr. <http://www.scielosp.org>).

(42) Al respecto, ver: KRAUT, Alfredo J., "Salud mental. Tutela jurídica", Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 143. En el ámbito federal ver la bastante reciente sancionada Ley 26.529 de regula los "Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud" (B.O. 20/XI/09), aún no reglamentada.

(43) DJ 19/04/2006, 1053; LA LEY, 2006-B, 36; DIANA, Nicolás, "La garantía del debido proceso no se agota en una ilusión o ficción formal de la legalidad", LA LEY, 2006-C, 231. La decisión posee una trascendencia especial, mucho más allá de simplemente aplicar la doctrina sentada por la CSJN en las causas "Caimi" y "Camino", sentencias de fechas 22/VIII/89 (CSJN, Fallos: 312:1373) y 18/VI/95, respectivamente. Esto fue resaltado en fecha reciente por KRAUT, Alfredo J., en "Hacia una transformación a favor de la legalidad de los pacientes mentales", LA LEY, 2006-B, 778; en donde se desarrolla no solo el recorrido de la causa hasta llegar a la Corte, sino también estudia minuciosamente los argumentos dados por el tribunal y el carácter expansivo de la doctrina sentada.

(44) CSJN, "Hermosa, Luis Alberto s/insania proceso especial", 12/VI/07; Fallos, 330: 2774.

(45) CSJN, "S. de B., M. del C. c. Ministerio de Justicia - Poder Judicial - Estado Nacional" 1/IX/09;

Fallos, 332:2068; disidencia de los Dres. Lorenzetti, Zaffaroni y Fayt.

(46) CSJN, "R., M. J. s/competencia," 19/II/08; Fallos, 331:211. Anotado por IGLESIAS, María Graciela, "La justicia y la salud mental: La Corte Suprema de la Nación y el camino a seguir"; LA LEY, 2008-C, 254; RICART, Luciana T. / WNUCZKO, Carolina, "Personas con sufrimiento mental: La Corte Suprema reitera la importancia de su protección", LA LEY, 2008-B, 407.

(47) CIDH, "Víctor Rosario Congo v. Ecuador", Caso 11.427, Informe N° 63/99, Inter.-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 475 (1998).

(48) CIDH, Petición 12.237 - Brasil., sentencia del 4/VII/06.

(49) CIDH, "Marcela Alejandra Porco v. Bolivia", Caso 11.426, Informe N° 8/08, Admisibilidad, 4/03/08 (<http://www.cidh.org/annualrep/2008sp/bolivia11426.sp.htm>).

(50) En la citada causa "Ximenes Lopes" la Corte Interamericana resaltó que: "en el ámbito de la Organización Mundial de la Salud, como de la Organización Panamericana de la Salud, se han establecido los principales estándares aplicables al tratamiento de salud mental. La Corte considera que dichos instrumentos, tales como los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de las Naciones Unidas, y Normas Uniformes a la Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad, así como los estándares técnicos dispuestos en la Declaración de Caracas y la Declaración de Madrid, son particularmente importantes para el análisis y el escrutinio de la conformidad del tratamiento prestado..." (pár. 111).

(51) Ver, al respecto: VILLAVERDE, María Silvia, "Una nueva mirada sobre la discapacidad. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad," publicado en <http://www.villaverde.com.ar/es/assets/publicaciones/varios/nueva-mirada-fundejus%282%29.doc>.

(52) RUIZ, A., op. cit., p. 14.

(53) Centro de Estudios Legales y Sociales, "Vidas arrasadas: la segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos", Buenos Aires, Siglo XXI, 2008, pp. 143-144.

(54) CELS, "Vidas arrasadas...", op. cit., p. 135.

(55) LAUFER CABRERA, Mariano, "Reforma legal en base a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Capacidad Jurídica y Acceso a la Justicia", Buenos Aires, RE-REDI, 2010, pp. 13-27.

(56) En cuanto dispone que: "1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a 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. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria."

(57) CSJN, Fallos, 330:3248, considerandos 20 y 21.

(58) CAYUSO, Susana G., "Constitución de la Nación Argentina. Comentada", Buenos Aires, La Ley, 2009-316.

(59) CSJN, Fallos, 329:2179.

(60) Nos referimos a los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991. Asimismo, la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, del 14 de noviembre de 1990, y los Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas, del 9 de noviembre de 2005 (con relación a estos últimos, la Ley N° 26.657 contiene un error material que consideramos no altera su validez, al indicar como año de su emisión "1990").

(61) Arg. CSJN, Fallos, 308:1392, voto del Dr. Petracchi.

(62) El consentimiento es una expresión de voluntad del paciente, previa la información que se considere necesaria, de aceptar o rechazar una práctica, y que liga contractualmente a dos titulares (médico y paciente), perfectamente individualizables. El consentimiento informado es un derecho del paciente establecido por la Declaración de la Asociación Mundial de Psiquiatría de Hawai (1977) y de la Asociación Médica Mundial de Lisboa (1981), hoy impuesto a nivel nacional no sólo por la Ley 26.657, sino también por su par, Ley 26.529, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378.)

(63) Para un análisis más específico del tema, puede consultarse: KRAUT, Alfredo J., "Derechos de las personas con trastornos mentales," en Revista de derecho privado y comunitario, dirigida por Héctor Eduardo Alegría y Jorge Mosset Iturraspe, 1ª ed., Sante Fe, Rubinzal Culzoni, 2011, pp. 161-210.

(64) WHO, "Invertir en salud mental", Departamento de Salud Mental y Abuso de Sustancias, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2004, p. 3; http://www.who.int/mental_health/advocacy/en/spanish_final.pdf.)

(65) Nótese, por ejemplo, que la Ley 23.277 que regula el ejercicio profesional de la psicología, en su art. 8º, inc. 1), hasta la sanción de la Ley 26.657 y no modificada expresamente por esta norma, aunque sí implícitamente, por tratarse de una ley de orden público, establecía que los profesionales que ejercen la psicología están obligados a "Aconsejar la internación en establecimiento público o privado de aquellas que atiendan y que por los trastornos de su conducta signifiquen peligro para sí o para terceros; así como su posterior externación".

(66) La psiquiatría es una especialización médica y el psiquiatra es necesariamente un médico orientado a la trama científica en la que se sustenta esa carrera.

(67) Se alude a la "situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros" (art. 20).

(68) El que establece que "No son punibles: 1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligro".

(69) Son funciones del Órgano de Revisión: c) Evaluar que las internaciones involuntarias se encuentren debidamente justificadas y no se prolonguen más del tiempo mínimo necesario, pudiendo realizar las denuncias pertinentes en caso de irregularidades y eventualmente, apelar las decisiones del Juez (art. 40).

(70) En caso de que la prolongación de la internación fuese por problemáticas de orden social, el Juez deberá ordenar al órgano administrativo correspondiente la inclusión en programas sociales y dispositivos específicos y la externación a la mayor brevedad posible, comunicando dicha situación al Órgano de Revisión creado por esta ley (art. 18).

(71) Entendemos que conforme la estructura actual del citado ministerio, debiera ser la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones.

(72) Desconocemos si el censo fue realizado, el que, en su caso, si ha sido realizado, todavía no ha sido publicado en la Dirección de Estadística e Información de Salud del Ministerio de Salud de la Nación (www.deis.gov.ar).

(73) El que ordena que "Los servicios y efectores de salud públicos y privados, cualquiera sea la forma jurídica que tengan, deben adecuarse a los principios establecidos en la presente ley".

(74) Cfr. intervención de la Senadora Rojkes de Alperovich, Versión Taquigráfica del Senado, 24/11/10, pág. 113. Ver también la Ley 26.682, que aprueba el Marco Regulatorio de Medicina Prepaga.

(75) La ley 2440/91 de Río Negro dice: "Queda prohibido la habilitación y funcionamiento de manicomios, neuropsiquiátricos o cualquier otro equivalente, público o privado, que no se adecue a los principios individualizados en dicha ley".

(76) Se debe promover 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 sociolaboral, emprendimientos sociales, hogares y familias sustitutas (art. 11).

(77) "Cuando un psiquiatra nos pide que le paguemos un viaje porque está recetando mucho nuestro producto, necesitamos saber si es verdad o no, porque puede decirles lo mismo a todos los laboratorios", contó el gerente de una compañía farmacéutica. La frase es sólo un ejemplo del estudio que un investigador norteamericano efectuó sobre los deprimentes mecanismos que regulan el mercado de psicofármacos en la

Argentina. La investigación muestra cómo el lugar común de que el uso de psicofármacos creció debido a la "ansiedad" causada por la crisis social de los últimos años encubriría acciones de mercado por las cuales el consumo viró desde los ansiolíticos —más baratos— hacia los antidepresivos —más caros—, en relación con la influencia de las empresas sobre los médicos. Estos últimos a su vez se dividen en dos categorías: los "recetadores" y los "líderes de opinión": para influir sobre los "recetadores", las compañías les ofrecerían viajes pagos y otros beneficios, por intermedio de los visitantes médicos; para los médicos líderes, el atractivo sería facilitar su participación central en eventos científicos. Pero, para no malgastar su dinero y saber a ciencia cierta qué recetan los doctores, los laboratorios cuentan con la información provista por empresas de marketing que monitorean y aun microfilman decenas de miles de recetas que llegan a las farmacias" (LIPCOVICH, Pedro, "El negocio de inflar la psicosis", Página 12, 6 de junio de 2004, <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-36315-2004-06-06.html>).

(78) Al respecto ver: KRAUT, Alfredo J. / DIANA, Nicolás, "La salud mental en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: ¿Un problema de interpretación judicial?", JA, 2002-IV-1023, y "La salud mental ante la ley en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ¿Permanece como un problema de interpretación judicial?", JA, 2004-III-1017.

(79) Primeras tres acepciones de la palabra en el Diccionario de la Real Academia Española, <http://www.rae.es>.

(80) SARTRE, Jean-Paul, "El ser y la nada: Ensayo de ontología fenomenológica" (traducción: VALMAR, Juan), Barcelona, Altaya, 1993, p. 509.

(81) NIETO, Alejandro / GORDILLO, Agustín, "Las limitaciones del conocimiento jurídico", Madrid, Trotta, 2003, p. 46.

(82) BENTHAM, Jeremy, "El panóptico", 1ª ed., Buenos Aires, Quadrata, 2005, pp. 103-104.

(83) Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por ley 23.054.

(84) Aprobados por Ley 26.378.

(85) CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Las garantías constitucionales y su problemática cultural en la Argentina (las garantías constitucionales en un país de la "frontera intracultural" de Occidente", AA.VV. [BAZÁN, Víctor (coord.)], "La defensa de la Constitución: garantismo y controles", Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 241.

(86) NIETO, A., ob. cit., pp. 36-37.

(87) Cfr. POPPER, Karl R. (trad. Eduardo Leodel), "La sociedad abierta y sus enemigos", parte II, "La pleamar de la profecía", Buenos Aires, Hyspamérica, 1985, p. 438.

(88) Otro paso necesario y quizás imprescindible es eliminar del discurso biológico-jurídico el concepto de incapacidad y reemplazarlo por el de discapacidad.