

EXPOSICIÓN PARA LA COMISIÓN BICAMERAL DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

**Lic. Leonardo Ariel Gorbacz
Diputado Nacional (MC)
-Autor de la Ley Nacional de Salud Mental 26657-**

INTRODUCCIÓN: EL NUEVO ENFOQUE DE DERECHOS Y LA LEY NACIONAL DE SALUD MENTAL.

Hace menos de dos años, este Parlamento sancionó la Ley 26657 sobre Salud Mental y Derechos Humanos, constituyéndose no sólo en la primer ley marco en la materia en la Argentina sino también en referencia para la región y el mundo, según la Organización Mundial de la Salud.

Esa norma fue construida, como ha sucedido con otras normas en los últimos años en nuestro país, de manera democrática y altamente participativa: organizaciones de profesionales, de usuarios, de familiares, organismos de derechos humanos, el INADI, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, la gran mayoría de los Directores Provinciales de Salud Mental, el Ministerio de Salud de la Nación, entre otros, contribuyeron no sólo con el impulso para la sanción sino en la redacción misma de este valioso instrumento, con el apoyo técnico de la Organización Panamericana de la Salud.

Cuando la ley apenas tuvo media sanción, la señora Presidenta de la Nación creó por Decreto la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, a fin de poder contar con la estructura estatal necesaria para la inminente aplicación de las nuevas políticas.

En nuestro país, pero también en gran parte del mundo, el hospital psiquiátrico –más conocido vulgarmente como manicomio- ha sido la respuesta más extendida a los problemas más graves de salud mental de la población, en particular de las clases populares. Pero también hay que decir que las clínicas psiquiátricas privadas, a veces en mejor estado edilicio pero no por eso menos cruentas, también ha sido la respuesta para las personas con mayor poder adquisitivo o con el recurso de la obra social.

En la mayoría de los casos, la internación en este tipo de instituciones del ámbito público o del ámbito privado, no han sido útiles para resolver una crisis de salud mental sino, más bien al contrario, han logrado cronificar el estado de enfermedad con estadías que promedian los 15 años de internamiento y en muchos casos se extiende de por vida.

Múltiples son las causas que conducen a ese cuadro de situación, pero todas se pueden conducir a un origen común: el prejuicio acerca de la enfermedad mental. Prejuicio que ni los avances en materia de investigación para su tratamiento han sido capaces de derribar.

La Institución psiquiátrica ha sido así, por siglos, el lugar de encierro y aislamiento de las personas con padecimientos mentales, más allá de que se ha intentado disimular ese objetivo con dudosos ropajes sanitarios.

Todos saben que allí es fácil entrar, pero difícil salir. Sea porque la propia dinámica de relación entre la institución y la sociedad de la cual forma parte conduce a la ruptura de lazos familiares no tan sólidos. O porque los programas sociales que la persona puede requerir se auto-excluyen, en la medida que se espera que la institución llamada "total" resuelva todos los problemas –vivienda, alimento, vestimenta, etc.-. O porque la presunción de peligrosidad, nacida del prejuicio pero legitimada en la legislación anteriormente vigente, retenía ad-eternum a la persona fuera de la circulación social.

Un informe del CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) junto al MDRI (Mental Disability Rights International) que data del año 2007, estima en unas 25 mil las personas internadas en hospitales monovalentes de salud mental en Argentina, en muchos casos bajo condiciones de franca violación a sus derechos humanos básicos.

Por otra parte muchas de esas personas internadas, pero también otras con supuesta libertad ambulatoria, tenían absolutamente anulado el ejercicio de sus derechos civiles, a partir del instituto de la "incapacidad civil" de nuestro viejo Código, que en aras de proteger a la persona de sí misma le asignaba un curador para que lo sustituya en la toma de decisiones.

Así, personas que tal vez en determinado momento de sus vidas estaban imposibilitadas de administrar sus bienes, quedaban no sólo anuladas para esa acción sino también para votar o para casarse, por plazos que en general duraban toda la vida, dado la dificultad de conseguir una revisión judicial.

En paralelo, mientras este estado de cosas se desarrollaba, surgieron novedosas experiencias de abordaje de estos problemas con un enfoque respetuoso de los derechos de las personas: atención de las crisis en servicios de hospitales generales con internaciones breves y priorizando estrategias ambulatorias, centros de día, acompañamiento terapéutico, conformación de cooperativas de trabajo, talleres artísticos, programas de radio, abordajes comunitarios, casas de medio camino, etc. Además del desarrollo de psicofármacos de nueva generación.

Pero estas experiencias no tenían ni el marco legal adecuado ni el presupuesto acorde, porque los escasos recursos destinados a la salud mental se orientaban, y aún se orientan, a financiar la estructura de los hospitales monovalentes.

Sin embargo esas experiencias han demostrado en la realidad más tangible que es posible mejorar el estado de salud mental de las personas con padecimientos a partir de tratamientos serios, respetuosos de los derechos y orientados a la inclusión social plena.

En los últimos años distintas Provincias argentinas fueron sancionando normas locales y avanzando, con mayor o menor grado de desarrollo, en reformas al sistema de salud mental orientadas por esas experiencias.

Por fortuna también surgieron valiosos instrumentos internacionales en procura de modificar los sistemas de atención de la salud mental en el mundo: la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, y los Principios de las Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos

Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, este último incorporado a la Ley 26657 a través de su artículo 2°.

Por otra parte el país adoptó la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que establece entre otras cosas que la discapacidad no está en la persona sino en la relación entre esa persona en su interacción con el medio social, que facilita o dificulta su integración, y el derecho básico a la autonomía personal, entendiéndose que las personas con discapacidad psicosocial deben tener la posibilidad de desarrollar su propio plan de vida y contar con los apoyos necesarios para ello.

A pesar de contar con estas nuevas herramientas terapéuticas y estos nuevos instrumentos del derecho internacional y nacional, es necesario trabajar en la aplicación de una serie de políticas sobre distintos frentes para lograr sustituir definitivamente el actual sistema por uno perfectamente adaptado a los tiempos que corren.

En ese sentido, el debate por un nuevo Código Civil es una oportunidad inmejorable para avanzar en el camino correcto.

Durante la discusión de la Ley Nacional 26657, se definió no modificar todos los artículos del código civil que tenían ingerencia en materia de salud mental, postergando dicha discusión para una eventual reforma integral del Código. Sólo se realizaron modificaciones mínimas indispensables: la modificación del art. 482 y el agregado de un art. 152 ter.

En relación a la sustitución del art. 482, el mismo permitió delimitar las causales de internación sin consentimiento de la persona a situaciones de “riesgo cierto e inminente para sí o para terceros”, recogiendo jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos “Tufano, Ricardo Alberto s/internación” y “RMJ s/ insania”, en los que el Alto Tribunal consideró que la mera “peligrosidad” no podía de ninguna manera legitimar la privación de la libertad de una persona (recordemos que las internaciones sin consentimiento constituyen una privación a la libertad ambulatoria).

Al mismo tiempo la modificación de dicho artículo delimitó el accionar de la justicia para que la misma pudiera indicar el traslado u ordenar la evaluación urgente de una persona en presunta situación de riesgo, dejando en manos del equipo de salud interdisciplinario la decisión de la terapéutica a aplicar.

El art. 152 ter fue agregado al Código Civil para introducir tres importantes modificaciones al esquema de incapacidad civil: la necesidad de que las evaluaciones que daban lugar a las mismas fueran interdisciplinarias, la periodicidad de la revisión de las sentencias en 3 años como máximo y la focalización de la misma a “las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”.

Esta última reforma, orientada a una utilización más restringida del instituto de la incapacidad civil, ha sido un avance parcial en este punto, puesto que adaptar el régimen a lo previsto en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad requería de una reforma más amplia del Código Civil, como la que hoy estamos felizmente discutiendo.

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

“No podemos seguir enfrentando los problemas del siglo XXI con un texto del siglo XIX” dijo la Presidenta de la Nación al enviar el proyecto al Congreso. Esta frase resuena aún con más fuerza si nos enfocamos en el campo de la salud mental, donde los nuevos derechos y las nuevas terapéuticas conviven con instituciones y prácticas medievales.

Presunción de Capacidad.

El texto en tratamiento recoge los ejes centrales de la ley nacional vigente, poniendo en armonía el cuerpo entero del Código Civil con el enfoque de derechos desarrollado en dicha norma. De un código civil basado en la presunción de la incapacidad de las personas llamadas “dementes” o “insanas”, a la presunción de capacidad de todas las personas, aún aquellas que tienen “padecimientos mentales”. Esto implica invertir la carga de la argumentación: no es necesario probar que una persona con un diagnóstico o con antecedentes de tratamiento por su salud mental es capaz de vivir y tomar decisiones sobre su vida como cualquier otra persona, sino por el contrario, habrá que demostrar fehacientemente su imposibilidad en determinados momentos para poder decidir una internación o algún tipo de restricción al ejercicio pleno de su autonomía.

Interdisciplina

Uno de los ejes centrales de la ley 26657 es la “interdisciplina”, que surge de considerar que la salud mental es “un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos (...)” (art. 3º Ley 26657). Esta definición requiere del trabajo conjunto de distintas disciplinas, considerando que cada una de ellas puede aportar algo a la comprensión del proceso o, por la inversa, que ninguna de ellas está en condiciones de aportar una mirada integral de las personas, los grupos sociales y sus procesos de salud-enfermedad en lo mental. Es decir, una reforma del sistema de salud mental requería como condición fundamental la democratización de los servicios, y así fue reflejado en la Ley.

El proyecto de Código Civil recoge claramente en su artículo 31 inc. c) que “la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial”, consolidando a nivel de “reglas generales” este avance fundamental para la mejora en la calidad del sistema.

Debido Proceso

En el fallo “Tufano, Ricardo A s/ internación” la Corte especificó que “en los procesos donde se plantea una internación psiquiátrica involuntaria o coactiva, es esencial el respeto a la regla del debido proceso en resguardo de los derechos fundamentales de las personas sometidas a aquélla”.

Esto fue recogido en la Ley 26657, estableciendo una serie de exigencias y controles para que ese debido proceso tuviera efectiva vigencia, contemplando el derecho a un

abogado para la persona (art. 22º) , el control judicial efectivo periódico, la opinión de un segundo equipo interdisciplinario, etc.

Por su parte, el proyecto de Código tanto en el artículo 31 e) como en el 41 d) establecen claramente este derecho, tanto en procesos sobre capacidad civil como en internaciones involuntarias.

Internación como último recurso

El prejuicio acerca de la incapacidad o de la peligrosidad de las personas con padecimientos mentales, como se ha dicho en la introducción, han conducido a priorizar la respuesta de la internación, utilizada no tanto como recurso terapéutico sino como dispositivo anómalo de seguridad y control.

La internación prolongada en el tiempo ha demostrado ser dañina para la salud de las personas, por distintas razones. Pero centralmente porque las aísla del medio social en el cual deberían poder integrarse y empobrece su capacidad de respuesta ante problemas y asuntos cotidianos que la Institución se encarga de dar respuesta: procura de alimentación, organización de horarios, labores, etc.

Pero además, cuando la misma es realizada sin consentimiento de la persona, constituye una restricción a un derecho humano fundamental: la libertad.

Por ello las normas internacionales y nacionales en la materia han ido avanzando en definir que la internación debe ser el último recurso disponible, priorizándose en la medida de lo posible los tratamientos ambulatorios que menos restrinjan la autonomía de la persona, y apelando sólo a la internación cuando no hay alternativas, y por períodos breves.

El proyecto de Código Civil recoge este principio general en su artículo 41, constituyendo una regla armónica con todo el cuerpo de la Ley 26657 y los procesos de construcción de nuevos dispositivos de atención en salud mental que tienden a sustituir el esquema del hospital monovalente y las internaciones prolongadas.

Consentimiento Informado

Bajo la consideración de que una persona con problemas en su salud mental no esta en condiciones de decidir que era lo mejor para sí misma, de acuerdo al paradigma de la incapacidad absoluta, el criterio de consentimiento informado que ganó terreno en el campo de la atención de la salud no tuvo hasta ahora la misma relevancia para el campo de la salud mental. Si la regla es que la persona con padecimientos mentales es incapaz de cuidarse a sí misma, es natural que no se procure su consentimiento para brindarle algún tipo de atención.

La ley nacional Nº 26529 de derechos del paciente y la 26657 avanzan en regular la aplicación del consentimiento informado en todos los casos, estipulando de manera precisa y restrictiva las excepciones a ese principio básico: si la presunción es la

capacidad, esto debe traducirse en el campo de la atención de la salud en la regla básica del consentimiento informado.

Sin embargo la modificación reciente de la ley 26529, al tratarse la incorporación de la llamada “muerte digna” con la Ley 26742, dejó demasiado abiertas esas excepciones permitiendo que “en el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico”, el consentimiento pueda ser brindado por terceras personas determinadas en la legislación.

Esa situación, a mi juicio, no fue adecuadamente resuelta por el artículo 59 del proyecto de Código, sobre “consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud”, además de que restringe a “actos médicos” la necesidad del consentimiento, cuyo alcance debiera abarcar todas las intervenciones en el campo de la salud, fueran o no realizadas por profesionales médicos.

El último párrafo de dicho artículo deja abierta una excepción poco definida, que deja en manos de la discrecionalidad del juez la interpretación de cuando la persona “no está en condiciones físicas o psíquicas de expresar su voluntad”, en cuyo caso habilita al representante legal u otras personas a hacerlo en su lugar.

Así, se corre el riesgo de que en algunos casos la mera existencia de un padecimiento mental sea interpretada por el juez como prueba de que la persona “no está en condiciones” y se eluda su consentimiento personal para definir el tratamiento que lo involucra.

En ese sentido creemos que hay que especificar mejor cuáles son los supuestos de excepción a la regla del consentimiento, remitiendo en el caso de las razones de salud mental a lo establecido en la legislación específica.

Tampoco es correcto abrir a la posibilidad de que una persona pueda ser sometida a investigaciones clínicas por consentimiento de un tercero, siendo que este tipo de actividades no debieran realizarse sobre personas que no estén en condiciones de comprender y autorizar en forma personal su participación.

Capacidad Jurídica: avances y limitaciones del proyecto.

Hemos dicho que en materia de capacidad jurídica, la ley 26657 avanzó parcialmente, a la espera de que una reforma integral del Código pudiera receptor con mayor claridad las previsiones de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El proyecto de Código Civil avanza en ese sentido al incorporar los “sistemas de apoyo” para el ejercicio de la capacidad, y establecer que estos deben “procurar la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida”.

Por otra parte recoge los tres principios que la ley nacional 26657 introdujo a partir del art. 152 ter incorporado al Código Civil vigente: interdisciplina,

periodicidad de las evaluaciones y alcance limitado de las restricciones al ejercicio de la capacidad.

En ese sentido podemos decir que claramente el proyecto de Código avanza un paso más respecto de la Ley 26657.

No obstante entendemos que el proyecto puede ser mejorado en este punto, a fin de dejar mejor establecido el nuevo paradigma de la capacidad jurídica, evitando todo tipo de confusiones con el viejo esquema de la sustitución por representación.

La mayor claridad en la definición de estos aspectos evitará que se siga utilizando de manera extendida la “incapacidad civil” y la sustitución de la voluntad que han sido, junto a la internación prolongada en asilos psiquiátricos las dos formas más claras y crueles de privación de derechos de personas con base en sus padecimientos mentales.

SÍNTESIS

Argentina ha avanzado en los últimos años en el reconocimiento de derechos e inclusión social de colectivos históricamente discriminados, dentro de los cuales incluimos a las personas con padecimientos mentales. Esos avances han sido en muchos casos producto de la sinergia positiva entre la participación popular y un Estado presente para recoger y traducir en políticas públicas las nuevas reivindicaciones.

Ello constituye una oportunidad, y por tanto una responsabilidad, histórica. Es el momento oportuno para consolidar y profundizar esos avances sociales.

Sin duda alguna que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación es un hito fundamental, que se inscribe en ese camino.

Como dijo la Presidenta, necesitamos una herramienta moderna para resolver los problemas actuales de la sociedad. Modernidad que no sólo comprende la incorporación de las nuevas tecnologías, sino también y por sobre todo, de los nuevos derechos conquistados.

La interacción entre normativas adecuadas, participación popular y políticas públicas, nos permitirá modificar una realidad que, en el campo de la salud mental, sigue siendo aún hoy terreno donde se violan derechos humanos fundamentales.

Creemos que estamos frente a la oportunidad de darnos la mejor herramienta legal para fortalecer los procesos de transformación que, afortunadamente, ya han comenzado.

El proyecto de modificación del Código Civil es un gran avance en ese sentido. La posibilidad de mejorar, mediante el debate democrático, los aspectos señalados, nos darán sin lugar a dudas una herramienta óptima para fortalecer el proceso de reforma y mejorar la calidad de vida de todos y todas.

