

María Victoria Famá

Marisa Herrera

Luz María Pagano

Salud mental en el derecho de familia

• **Addenda de actualización**

La salud mental desde la óptica de la ley 26.657



hammulabi

JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR

Salud mental en el derecho de familia

addenda de actualización

María Victoria Famá

Marisa Herrera

Luz María Pagano

Salud mental en el derecho de familia

• **Addenda de actualización**

La salud mental desde la óptica de la ley 26.657

instituciones del derecho de familia y sucesiones | 1 Jorge O. Azpiri dirección



hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR

Indice general

• *Addenda*

LA SALUD MENTAL DESDE LA OPTICA DE LA LEY 26.657

§ 1.	Introito	9
§ 2.	Derechos y garantías	10
§ 3.	Definiciones	12
§ 4.	Ambito de aplicación	13
§ 5.	Derechos de las personas con padecimiento mental	15
§ 6.	Modalidad de abordaje	23
§ 7.	Del equipo interdisciplinario	29
§ 8.	Internaciones	30
	a) Generalidades	30
	b) Reglas comunes a toda internación	33
	c) Reglas específicas para las internaciones involuntarias	41
§ 9.	Derivaciones	59
§ 10.	Autoridad de aplicación	61
§ 11.	Organo de Revisión	67
§ 12.	Convenios de cooperación con las provincias	69
§ 13.	Disposiciones complementarias	70
	a) Sobre las disposiciones complementarias	70
	b) El nuevo art. 152 «ter» del Código Civil	71
	1. La norma	71
	2. Un poco de historia	71
	3. Los alcances de la sentencia según lo previsto por el art. 152 «ter»	76
	4. Los actos jurídicos celebrados con anterioridad y posterioridad al dictado de la sentencia	80
	5. El rol del curador definitivo	80
	6. El sistema de apoyos y salvaguardias	81

7. La evaluación del equipo interdisciplinario	87
8. Revisión de la sentencia cada tres años: ¿caducidad de pleno derecho?	91
9. Necesidad de publicidad y registro	96
§ 14. Palabras de cierre	96
 <i>Bibliografía general</i>	 99

La salud mental desde la óptica de la ley 26.657 *

— § 1 —

INTROITO

A finales del año 2010 fue sancionada y promulgada la Ley Nacional de Salud Mental 26.657¹, la que comenzó a regir ocho días después de su publicación (art. 2º, Cód. Civil).

La norma se encuentra estructurada en doce capítulos: I. Derechos y garantías; II. Definición; III. Ambito de aplicación; IV. Derechos de las personas con padecimiento mental; V. Modalidad de abordaje; VI. Del equipo interdisciplinario; VII. Internaciones; VIII. Derivaciones; IX. Autoridad de Aplicación; X. Organo de Revisión; XI. Convenios de cooperación con las provincias y XII. Disposiciones complementarias.

Su contenido, como veremos a lo largo del presente comentario, instala un importante cambio de paradigma respecto de las personas con padecimientos psíquicos y los derechos que les conciernen en coincidencia con los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos a los que hemos hecho mención, en particular, en el Capítulo I.

Es de destacar, inicialmente, que conforme lo preceptuado por el art. 45, la mencionada ley es de orden público, por lo que nos encontramos en presencia del marco mínimo al que habrán de adecuar sus legislaciones las distintas provincias de nuestro país.

En otras palabras, lo normado en esta ley resulta de aplicación obligatoria en todo el territorio nacional en tanto y en cuanto —conforme se desprende del principio *pro homine*— no exista por parte de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires una regulación más beneficiosa para la protección de los derechos que en ella se garantizan (art. 1º, ley 26.657)².

* Por **MARIA VICTORIA FAMA** y **LUZ MARIA PAGANO**.

¹ Sanción: 25/11/10; promulgación: 2/12/10; publicación: *BO*, 3/12/10.

² En similar sentido, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su art. 4º, párr. 4º señala que: “Nada de lo dispuesto en la presen-

— § 2 —

DERECHOS Y GARANTIAS

El objeto de la ley 26.657 radica en 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 (art. 1º). Es decir, abarca a todas las personas. Por un lado, a aquellas que gozan de salud mental en orden a asegurarles su protección, diríamos desde un enfoque preventivo. Y por el otro, a quienes tienen algún padecimiento psíquico a los fines de garantizarles el pleno goce de los derechos humanos en igualdad de condiciones que las demás.

A su vez, puesto que la garantía comprende a las personas que se encuentren en el territorio de la Nación, es dable concluir que alcanza por igual a nacionales y a extranjeros. Y como la norma no efectúa ninguna distinción, abarca a los extranjeros que hayan ingresado al país en forma regular, como así también a quienes ingresaron en forma “ilegal” o cuya permanencia se tornó irregular³.

Es así que la ley recoge, en primer término, los principios rectores enunciados en el Preámbulo de la Constitución Argentina que incluyen “a todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino...” y se hace eco de los derechos reconocidos en los arts. 14 y 20 de la Ley Fundamental. Y en segundo lugar, sigue los lineamientos de la Ley de Migraciones 25.871⁴ que admite como categoría migratoria la de *irregular*, a la cual se le otorgan derechos. Entre ellos, el derecho a la salud como un bien fundamental que le cabe a toda persona por el solo hecho de serlo. En esa línea, el art. 8º precep-

te Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado. No se restringirán ni derogarán ninguno de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos o existentes en los Estados Partes en la presente Convención de conformidad con la ley, las convenciones y los convenios, los reglamentos o la costumbre con el pretexto de que en la presente Convención no se reconocen esos derechos o libertades o se reconocen en menor medida” y el Principio 25 de los Principios de las Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental reza que: “No se impondrá ninguna restricción ni se admitirá ninguna derogación de los derechos de los pacientes, entre ellos los derechos reconocidos en el derecho internacional o nacional aplicable, so pretexto de que los presentes Principios no reconocen tales derechos o de que sólo los reconocen parcialmente”

³ Pagano, *Las internaciones involuntarias en la Ley de Salud Mental 26.657*, ED, ejemplar del 11/2/11.

⁴ Sanción: 17/12/03; promulgación: 20/1/04; publicación: BO, 21/1/04.

túa que: “No podrá negársele o restringírsele en ningún caso, el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, cualquiera sea su situación migratoria”⁵.

Dispone el art. 2º que los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental (en adelante, Principios de Salud Mental) forman parte integrante de la ley. En consecuencia, estos principios han dejado de conformar “el derecho blando” o *soft law*, y a los fines de una correcta aplicación de la Ley de Salud Mental, deberán ineludiblemente conjugarse los preceptos y principios en forma conjunta, pues unos complementan a los otros.

Pese a su falta de mención⁶, es indudable que, además, ambos instrumentos deben ser aplicados junto a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, de manera indistinta, CDPD o la Convención) y su Protocolo Facultativo⁷ que revisten rango supralegal⁸. Lo mismo cabe decir de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad⁹, también ratificada por el Estado argentino¹⁰.

Como no podía ser de otro modo —pues ésa es la regla general para las declaraciones o principios¹¹—, mantienen el rango de *soft law* 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, y los Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas. Estos últimos, entonces, no resultan de aplicación obligatoria para los Estados más que a los fines interpretativos de las obligaciones internacionales asumidas por el país en materia de derechos humanos para el caso específico de las cues-

⁵ Palacios, C., *Derechos humanos y el acceso a la salud para todos los habitantes en la República Argentina. Inmigrantes en condición irregular. Información y difusión de sus derechos*, LL, 2005-F-930.

⁶ Laferriere - Muñiz, *La nueva Ley de Salud Mental. Implicaciones y deudas pendientes en torno a la capacidad*, ED, ejemplar del 22/2/11, n° 12.697.

⁷ Aprobados por la Asamblea de las Naciones Unidas el 13/12/06; aprobados por ley 26.378 (BO, 9/6/08) y ratificados el 2/9/08.

⁸ Se han presentado diversos proyectos tendientes a otorgarle jerarquía constitucional: expte. 3289-D-2008; expte. 1547-S-2009; expte. 0569-S-2009; y expte. 2333-D-2010.

⁹ Sanción: 6/7/00; promulgación: 31/7/00 (aplicación art. 80, Const. Nacional); publicación: BO, 4/8/00.

¹⁰ Rivera - Hooft, *La nueva ley 26.657 de salud mental*, JA, ejemplar del 25/5/11.

¹¹ Rivera - Hooft, *La nueva ley 26.657 de salud mental*, JA, ejemplar del 25/5/11.

tiones de salud mental¹². En esa línea, dispone el párrafo final del art. 2º que “se consideran instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas”.

— § 3 —

DEFINICIONES

El art. 3º de la ley en tratamiento define a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona.

Por ende, deja atrás el enfoque aislado del individuo centrado puntualmente en su patología psiquiátrica —la que hasta el presente se diagnosticaba, en general, a partir de parámetros y clasificaciones abstractas— y toma en especial consideración las particularidades del paciente y su interacción con el entorno familiar y social, en el aquí y ahora¹³.

Para ello, el art. 3º establece que: “... *En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de: a) Status político, socio-económico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso; b) Demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevalecientes en la comunidad donde vive la persona; c) Elección o identidad sexual; d) La mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización*”¹⁴.

Con apoyatura en los Principios de Salud Mental, así ha sido reconocido por nuestro más Alto Tribunal en los siguientes términos: “los conflictos familiares no pueden constituir un factor determinante del diagnóstico de enfermedad mental y el hecho de que exista un historial de tratamiento psiquiátrico no basta, por sí solo, para justificar en el presente o en el porvenir la determinación de una enfermedad mental”¹⁵.

Resulta por demás relevante lo establecido en el párrafo precitado, en punto a que ninguna de las circunstancias enunciadas —ni su suma— puede resultar apta por sí sola para determinar un padecimiento psíquico.

¹² Véase p. 39 de esta obra.

¹³ Véase p. 33 de esta obra.

¹⁴ En igual sentido, Principio 4 de los Principios de Salud Mental.

¹⁵ CSJN, 1/9/09, “S. de B., M. del C. c. Ministerio de Justicia - Poder Judicial - Estado Nacional” (del voto en disidencia de los doctores Lorenzetti, Fayt y Petracchi. La mayoría declaró inadmisibles los recursos extraordinarios por aplicación del art. 280 del Cód. Procesal), RCyS, 2009-X-120; 2009-XI-41.

En particular, la práctica revela que en muchas ocasiones el hecho de haber recibido tratamiento o haber transitado por una internación psiquiátrica primó cuando hubo que definir un diagnóstico.

En ese orden, la ley con una mirada *aggiornada* de los arts. 52 y 140 del Cód. Civil es concluyente en que se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas. A su vez, el art. 5º preceptúa que bajo ningún concepto la existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental autoriza a presumir riesgo de daño o incapacidad, el que sólo puede derivarse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado. Por otro lado, “debe entenderse que ningún diagnóstico en salud mental implica por sí solo una merma o restricción en el ejercicio de derechos y garantías individuales”¹⁶.

El capítulo concluye estableciendo que las adicciones —sean o no sustancias¹⁷— deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental, en las que se reconozca a las personas con usos problemáticos de drogas —legales o ilegales— todos los derechos y garantías determinados en la ley en su relación con los servicios de salud.

En ese sentido, ya se había dicho que pese a su falta de mención la ley también protegería a las personas que padezcan otro tipo de adicciones (tal el caso de la ludopatía) debiendo por lo tanto las políticas públicas garantizar su apropiado tratamiento¹⁸. Sobre este punto alguna doctrina se pregunta si tiene el adicto un problema de salud mental, aclarando que no se trata de cuestionar el derecho de la persona con adicciones a recibir el apoyo necesario por parte del Estado, sino de señalar que resulta injusto tratar igual a lo que no lo es, pues: “Una cosa es la enfermedad mental y otra distinta son las adicciones. Son realidades diferentes”¹⁹.

— § 4 —

AMBITO DE APLICACION

En un único artículo el Capítulo III brinda una pauta muy precisa al disponer que: “*Los servicios y efectores de salud públicos y privados, cualquiera*

¹⁶ Art. 5º del Borrador de Reglamentación de la Ley Nacional de Salud Mental 26.657 (en adelante, Borrador).

¹⁷ A tenor de lo dispuesto en el art. 4º del Borrador.

¹⁸ Olmo - Pinto Kramer, *Comentario a la ley nacional de Salud Mental n° 26.657*, en *ADLA*, Boletín Informativo, n° 11, del 2/5/11, t. LXXI-B.

¹⁹ Llorens, *La protección de los derechos de las personas con enfermedades mentales. La nueva ley 26.657*, en “Derecho de Familia y de las Personas”, año 3, n° 3, 2011, ps. 215 y 216.

sea la forma jurídica que tengan, deben adecuarse a los principios establecidos en la presente ley” (art. 6º). Por lo tanto, unos y otros deben ajustar su cometido a lo normado en la Ley de Salud Mental de acuerdo a los principios que a lo largo de su articulado precisa.

La cuestión es de vital trascendencia, ya que la norma explícita que ningún efector resulta ajeno al cambio de paradigma que trae la ley. Repárese que en la práctica se requiere en forma constante del auxilio de los efectores públicos y privados de salud, incluidas las prestatarias —obras sociales o medicinas prepagas— a los fines de llevar a cabo las sendas evaluaciones interdisciplinarias exigidas por la normativa²⁰.

El mandato emergente del art. 6º de la norma fue tomado por el Ministerio de Salud de la Nación, que con fecha 16 de mayo de 2011 dictó la Res. 464/11, por la cual se crea el Equipo Interdisciplinario en Salud Mental en el ámbito de la Gerencia de Servicios al Beneficiario de Superintendencia de Servicios de Salud, asignándole las atribuciones y facultades inherentes a la promoción y difusión en temáticas vinculadas a la salud mental, y a asegurar una fluida comunicación hacia la comunidad de los principios, derechos y garantías establecidas por la ley 26.657 (art. 1º). El citado equipo tendrá por funciones actuar como referente para todos los actores del Sistema Nacional del Seguro de Salud y otros organismos, tanto públicos como privados, desarrollar investigaciones en el área de salud mental y adicciones, convocar a los Agentes para participar de intercambios atinentes a la temática, realizar un relevamiento para conformar un diagnóstico de situación y su sistemático monitoreo, y todas aquellas acciones destinadas a constituirse como órgano de consulta permanente (art. 2º).

Desde otra perspectiva, para cumplir con el objetivo previsto en el citado art. 6º, compete a la Autoridad de Aplicación “coordinar con las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las obras sociales enmarcadas por las leyes 23.660 y 23.661, la obra social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden por sí o por terceros servicios de salud, independientemente de la figura jurídica que posean, la adecuación de su cobertura prestacional a los principios y garantías establecidos en la presente ley”²¹.

Finalmente, es importante señalar que el Estado en tanto garante del cumplimiento de esta norma es responsable doméstica e internacionalmen-

²⁰ Una mención especial corresponde a la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones cuyos equipos interdisciplinarios han prestado amplia colaboración en la confección de las mentadas evaluaciones interdisciplinarias.

²¹ Art. 6º del Borrador.

te frente a la inobservancia en que pudieran incurrir los servicios y efectores de salud públicos y/o privados.

— § 5 —

DERECHOS DE LAS PERSONAS CON PADECIMIENTO MENTAL

Ingresamos en un capítulo de especial relevancia cual es la enunciación que brinda el art. 7º de los derechos de que gozan las personas con padecimiento psíquico cuya contracara es el deber del Estado de garantizarlos.

Su contenido, meramente ilustrativo, pues conforma el “piso” mínimo²², debe ser “leído” —reiteramos— junto con los Principios de Salud Mental, así como con los derechos reconocidos en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

No podemos dejar de señalar que en su calidad de personas no debería ser necesario especificar ciertos derechos que comparten con el resto de la humanidad, pero como ya se dijera en oportunidad de salir a la luz la Convención, las personas con discapacidad eran en cierto modo “invisibles” dentro del sistema de derechos humanos de Naciones Unidas²³, y en similar sentido, no son ajenas a dicha situación las personas con padecimiento psíquico. De ahí la importancia que reviste hacer visibles estos derechos para que luego de su aprehensión por los distintos operadores, éstos puedan ponerlos en práctica.

En ese orden, el Estado reconoce —en primer lugar— a las personas con padecimiento mental el 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. En otras palabras, la ley impone al Estado el deber de garantizar que toda persona pueda acceder en forma no onerosa, igualitaria y equitativa a las prestaciones e insumos que pueda requerir en vistas no sólo a la recuperación de su salud sino también a su mantenimiento. Para tal cometido se habrá de crear “un registro público de las instituciones y servicios públicos y privados que brindan prestaciones en salud mental explicitando población que cubre y criterios de admisión, referencia y contra-referencia, procurando mecanismos claros de atención de todo tipo de pade-

²² Kraut - Diana, *Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria*, LL, ejemplar del 8/6/11, p. 1.

²³ Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, p. 237.

cimiento mental a fin de evitar demoras o rechazos en la atención”. También se deberá incorporar “a los planes de provisión los recursos necesarios para una adecuada atención en salud mental”²⁴.

Se reconoce también el derecho a conocer y preservar su identidad²⁵, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia (inc. *b*). Este derecho se encuentra íntimamente vinculado con el de ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe (inc. *e*) y con el del asistido, su abogado, un familiar, o allegado que éste escoja, a acceder a sus antecedentes familiares, fichas e historias clínicas (inc. *g*). Pese a ello es usual encontrar en los establecimientos psiquiátricos días prefijados y horarios muy acotados para los encuentros lo que conspira con el derecho proclamado que justamente pretende eliminar, o al menos suavizar, esa barrera invisible entre “los de adentro” y “los de afuera”. En consecuencia, resulta claro que “las medidas de orden y/u organización de la institución pertinente no deberá constituirse jamás en un obstáculo al ejercicio de derechos fundamentales de la persona con padecimiento mental, tal como la visita de sus familiares o referentes”²⁶.

En virtud del derecho que les asiste a recibir una atención basada en fundamentos científicos ajustados a principios éticos²⁷ (inc. *c*) es inaceptable que puedan ser utilizados como objeto de investigaciones clínicas o tratamientos experimentales salvo que medie de su parte un consentimiento fehaciente²⁸ (inc. *m*), el que deberá cumplir con determinados requisitos que veremos más adelante.

Si bien el Principio 11 de Salud Mental, en su ap. 15, admite que excepcionalmente el paciente incapacitado para prestar su consentimiento informado pueda ser sometido a un ensayo clínico o a un tratamiento experimental con la aprobación de un órgano de revisión competente e independiente que haya sido establecido específicamente con este propósito, consideramos que además e ineludiblemente deberán cumplirse con las Pautas Éticas Interna-

²⁴ Art. 7º, inc. *a*) del Borrador.

²⁵ Para lo cual se prevé la implementación de políticas públicas activas que tengan como objetivo otorgar el DNI a quienes carezcan de él e identificar a los usuarios de instituciones ligadas a la protección y tratamiento de la salud mental, que además de no poseer la documentación respectiva carezcan de la lucidez necesaria para autorreferenciarse como sujetos de derecho y no presenten vínculos de referencia visible que contribuyan a cumplir tal exigencia (art. 7º, inc. *b*, Borrador).

²⁶ Art. 7º, inc. *e*) del Borrador.

²⁷ A tal fin, la Autoridad de Aplicación deberá determinar si el uso de electroshock y otras prácticas se adecuan a esta premisa y, en caso contrario, dispondrá su prohibición o reglamentación (art. 7º, inc. *c*, Borrador).

²⁸ Para un mayor desarrollo de esta temática véase p. 684 y ss. de esta obra.

cionales para la Investigación y Experimentación Biomédica en Seres Humanos de la Organización Mundial de la Salud (Ginebra, 2002)²⁹, entre ellas y en particular la Pauta 13, “Investigación en que participan personas vulnerables”, mediante la que se debe garantizar a los sujetos de investigación y a otros miembros del grupo vulnerable acceso razonable a productos, diagnósticos, preventivos o terapéuticos, que lleguen a estar disponibles como resultado de la investigación.

Es de destacar que la reglamentación prevé la elaboración por parte de la Autoridad de Aplicación de un Protocolo sobre consentimiento informado, el que deberá ser convalidado por el órgano de revisión. Se hace la salvedad de que el consentimiento informado no regirá en los supuestos de prohibiciones absolutas de investigaciones clínicas y tratamientos experimentales³⁰.

En sintonía con la dignidad con que merecen ser consideradas todas las personas con padecimiento mental es que se explicita el derecho que tienen a recibir tratamiento y a ser tratados con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades y que promueva la integración familiar, laboral y comunitaria (inc. *d*)³¹. Por su parte, garantizando la libertad de profesar libremente su culto que pregona nuestra Constitución Nacional en su art. 14, se les reconoce el derecho a recibir o rechazar asistencia o auxilio espiritual o religioso (inc. *f*).

Admitiendo que los síntomas que presentan las personas usuarias de los servicios de salud mental pueden sufrir importantes modificaciones en el tiempo, se puntualiza que es fundamental asegurar que se lleven a cabo revisiones sistemáticas y periódicas, a cargo de órganos de supervisión independientes, para proteger el derecho a la libertad y asegurar que las personas no permanezcan internadas cuando no constituyan un peligro inminente de daño físico para sí mismas o para terceros³².

En esa línea, el inc. *h*) indica que trátense de involuntaria o voluntaria prolongada, la persona que transita por una internación tiene el derecho a que las condiciones de la misma sean supervisadas periódicamente por el órgano de revisión.

²⁹ Véase www.paho.org/Spanish/BIO/CIOMS.pdf.

³⁰ Art. 7º, inc. *m*) del Borrador.

³¹ Con el objeto de que las intervenciones revistan carácter integral, en aquellos casos en que en el abordaje de una persona o grupo familiar converjan distintas áreas, se definirá un “dispositivo de cabecera” que coordine las mismas, bajo determinadas pautas que enumera el art. 7º, inc. *d*) del Borrador.

³² *Contenidos mínimos necesarios desde una perspectiva de derechos humanos para avanzar en la formulación de una Ley Nacional de Salud Mental y otras regulaciones vinculadas con el acceso a la justicia*, documento elaborado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), ago. 2009.

Con respecto a la primera, el Principio 17 de Salud Mental consigna en su ap. 3º similar pauta al señalar que: “El órgano de revisión examinará periódicamente los casos de pacientes involuntarios a intervalos razonables especificados por la legislación nacional”, agregando el ap. 4º que éstos tendrán el derecho a solicitar —a intervalos razonables prescriptos por la legislación nacional— al órgano de revisión que se les dé de alta o que se les considere como pacientes voluntarios.

Sabiendo lo arduo que resulta, una vez cristalizados, abolir ciertos rótulos, el reconocimiento del derecho a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado (inc. *i*)³³ tiende a erradicar dicha práctica³⁴. En el mismo orden de ideas, el Principio 1 de Salud Mental, en su ap. 4º, luego de aseverar que no habrá discriminación por motivo de enfermedad mental, incluye en el concepto a “cualquier distinción, exclusión o preferencia cuyo resultado sea impedir o menoscabar el disfrute de los derechos en pie de igualdad”. Sin embargo, en modo análogo a lo preceptuado por la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad³⁵, la ley señala que “*Las medidas especiales adoptadas con la única finalidad de proteger los derechos de las personas que padezcan una enfermedad mental o de garantizar su mejoría no serán consideradas discriminación. La discriminación no incluye ninguna distinción, exclusión o preferencia adoptada de conformidad con las disposiciones de los presentes Principios que sea necesaria para proteger los derechos humanos de una persona que padezca una enfermedad mental o de otras personas*”.

Es decir que el vocablo “discriminación” o el verbo “discriminar” admiten una doble acepción pudiendo traducirse en conductas positivas o negativas; a favor o en contra de determinada persona o grupo de personas. Dicho de otro modo, hay dos clases de discriminaciones: la que excluye arbitrariamente y tiene sentido negativo; y la que con sentido positivo tiene por objeto integrar. Esta última es conocida con el nombre de “discriminación inversa”, y tiende a favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras. Mediante esa “discriminación” se procura com-

³³ La reglamentación pone en cabeza del INADI el deber de monitorear que las personas jurídicas que gestionan servicios regulados por la ley 26.522 así como los medios de prensa escrita, radial o televisiva no realicen, emitan ni publiquen manifestaciones estereotipadas o estigmatizantes relativas a las personas que padecen una enfermedad mental, al igual que tampoco divulguen ningún tipo de información inherente a la persona, sus familiares o referentes, o circunstancias personales que le atañen, sin el consentimiento expreso de la persona involucrada (art. 7º, inc. *i*, Borrador).

³⁴ Lo propio hace la CDPD en sus arts. 5º y 8º. Véase p. 49 de esta obra.

³⁵ Véase p. 46 de esta obra.

pensar y equilibrar la marginación que recae sobre aquellas personas que se encuentran en una posición de desigualdad. Justamente, la discriminación con sentido positivo tiende a superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado por la mencionada postergación³⁶. Es claro que el inc. *i*) del art. 7º apunta a la primera de ellas, y en ese sentido no parece dificultoso conectar la vulneración de este derecho con algunas de las conductas tipificadas en el art. 1º de la ley 23.592³⁷, por lo que la persona damnificada podrá exigir que quien comete el acto discriminatorio lo deje sin efecto o que cese en su realización y que se le repare el daño moral y material ocasionado.

En relación a todo lo inherente a la salud y tratamiento de las personas con padecimiento mental, éstas deben ser informadas de manera adecuada y comprensible de los derechos que les corresponden, incluyendo las diversas alternativas para su atención. Cuando no pudieran ser entendidas por el paciente, la información deberá serle suministrada a los familiares, tutores o representantes legales (inc. *j*).

A tal efecto, las distintas instituciones que brinden servicios de salud mental tienen la obligación de colocar letreros que en letra bien visible consignen: “La Ley Nacional de Salud Mental 26.657 garantiza los derechos de los usuarios” y un número de teléfono al que podrán llamar para informarse. Asimismo, deben entregar a los usuarios y familiares copia del art. 7º de la mencionada ley, debiendo dejar constancia fehaciente de la recepción de la misma³⁸.

Ello no obsta a que en la medida de sus posibilidades el interesado participe en la toma de decisiones que hagan a su atención y tratamiento (inc. *k*), para lo cual el equipo tratante deberá efectuar los máximos esfuerzos en miras a facilitar dicho cometido.

Aunque como ya dijimos, la falta de alusión en la Ley de Salud Mental a la CDPD en modo alguno importa su ignorancia —ya que ésta tiene mayor rango que la propia ley—; es de resaltar que la reglamentación la trae en forma explícita en un tema fundamental y, por cierto, polémico, cual es la capacidad de ejercicio que en forma universal establece el mencionado instrumento para todas las personas con discapacidad.

Así se señala que: “Cualquier limitación a la capacidad de decisión de las personas sobre su tratamiento debe ser fundada debidamente por el equipo interdisciplinario, dejando constancia en la Historia Clínica y habiéndose agotado las instancias de apoyo, tal como lo establece el art. 12, inc. 3º de la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, a saber: ‘Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acce-

³⁶ Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, p. 388.

³⁷ Sanción: 3/8/88; promulgación: 23/8/88; publicación: *BO*, 5/9/88.

³⁸ Art. 7º, inc. *j*) del Borrador.

so a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica'. Este derecho asiste también a las personas menores de edad, según lo previsto en el art. 3º, incs. *b*) y *d*) de la ley 26.061, y a las personas declaradas incapaces, en ambos casos de acuerdo a sus posibilidades"³⁹.

Hace al reconocimiento de la dignidad inherente de la persona que reciba tratamiento en forma personalizada y en un ambiente apto en el que se preserve su intimidad con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación (inc. *l*)⁴⁰.

Para ello es menester que la intimidad sea valorada según el estado de cada persona, y en estas condiciones la persona enferma (o en nuestra temática, la que tiene padecimientos psíquicos) es aún más vulnerable a las violaciones de su intimidad. Esto ocurre en mayor medida en los supuestos de hospitalización que —por la propia infraestructura hospitalaria— fomentan en diversos casos la pérdida de la intimidad y consecuentemente, también, de su dignidad⁴¹.

El resguardo de la intimidad implica mínimamente la posibilidad de contar con un espacio propio donde la persona pueda estar a solas consigo misma, el poder hablar con alguien sin que terceros escuchen, el tener un lugar donde guardar sus pertenencias y el acceso a todas aquellas “pequeñas” cosas que muchos de nosotros tenemos tan naturalizadas y otros tantos carecen. El Principio 13 de Salud Mental que ya tratamos⁴² reconoce estos derechos respecto de los pacientes internados en instituciones psiquiátricas. Entre ellos, recordamos, el de ser respetados en su vida privada y a que se les garantice su libertad de comunicación.

Sobre este último punto, la enunciación no es taxativa por lo que bien podrían incluirse otros casos que hagan a tal derecho.

Otra arista que contempla la reglamentación respecto al derecho a la intimidad está dada en torno a exposiciones con fines académicos, las que al igual que las investigaciones clínicas y/o experimentales y periodísticas —y a excepción de aquellas que se realicen reservando la identidad y los datos

³⁹ Art. 7º, inc. *k*) del Borrador.

⁴⁰ La ley 9848 de Protección de la Salud Mental cordobesa (sanción: 20/10/10; promulgación: 28/10/10; publicación: *BO*, 5/11/10) enuncia en su art. 46 las diversas premisas a las que debe ajustarse todo diagnóstico interdisciplinario en salud mental, entre ellas el inc. *e*) dispone que: “Ninguna persona con diagnóstico de padecimiento mental será objeto de injerencia arbitraria en su vida privada y dignidad personal”.

⁴¹ Cobas, *La intimidad de los pacientes*, en “Derecho de Familia y de las Personas”, año 3, n° 2, 2011, p. 182.

⁴² Véase p. 41 de esta obra.

que pudieran hacer identificable a la persona—, deberán contemplar los estándares que en tal sentido consagran los tratados internacionales de derechos humanos en la materia ratificados por la Argentina, así como lo normado por el art. 8º de la Ley Nacional 26.529 de Derechos del Paciente⁴³.

El derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable (inc. *n*) ha merecido reparos por su falta de realismo.

Así, calificada doctrina se pregunta “¿Qué sucederá cuando los facultativos deban pronunciarse sobre el ‘pronóstico’ del padecimiento mental —del que deben pronunciarse por imperativo del art. 631, inc. 3º del Cód. Proceso nacional— en aquellos casos desafortunados en que la ciencia no tiene posibilidades de modificación? ¿Deberán disimular el pronóstico? O, como corresponde, pronunciarse sobre la realidad de las perspectivas negativas del padecimiento”⁴⁴.

Entendemos que no es tal el sentido del precepto. A lo que apunta la norma es a evitar que una enfermedad mental sea vista como inmutable. Es cierto que hay variadas enfermedades que en la actualidad carecen de “cura”, pero de lo que se trata no es de negar la enfermedad sino más bien de tener una mirada abierta y reconocer las aptitudes que una persona puede haber adquirido en virtud de los tratamientos que hubiere realizado, los estímulos que hubiera recibido y los apoyos con los que hubiera contado.

En particular, éste es un derecho fundamental a considerar en los procesos de rehabilitación y de revisión. La realidad muestra que ha sido escaso el número de sentencias de rehabilitación y ello se debe, a nuestro entender, a que suele priorizarse una mirada netamente biologicista por sobre un enfoque integral de la persona que apunte a considerarla desde diversos aspectos —culturales, sociales y psicológicos—, y de manera sistémica con su entorno sociocultural y familiar.

El derecho a no ser sometido a trabajos forzados no sólo se encuentra previsto en el Principio 13 de Salud Mental⁴⁵ sino que ahora también tiene su espacio propio en el inc. *o*) del art. 7º. Un típico caso de trabajo forzado o involuntario es la utilización de personas que se encuentran internadas para realizar tareas de limpieza de la institución y/o de cuidado, higiene y atención de otras personas institucionalizadas que padecen distintas clases de limitaciones.

Finalmente, además del derecho que tienen a recibir igual remuneración por igual tarea que realice una persona que no sea paciente⁴⁶, el inc. *p*) incor-

⁴³ Art. 7º, inc. *l*) del Borrador.

⁴⁴ Mayo - Tobías, *La nueva ley 26.657 de Salud Mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil, LL*, ejemplar del 14/2/11, p. 1.

⁴⁵ Véase p. 41 de esta obra.

⁴⁶ Véase p. 41 de esta obra.

pora un supuesto que se ha implementado en algunos establecimientos. Así, garantiza el: “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”⁴⁷.

Ampliando la temática, cabe señalar que si en la díada empleador-trabajador este último siempre se encuentra en situación de inferioridad, no es difícil advertir que ésta se acrecienta cuando se trata de una persona que presenta una enfermedad y/o incapacidad dando lugar a situaciones claramente discriminatorias⁴⁸. Es por tal razón que la dificultad —por no decir la exclusión— que sufren las personas con algún tipo de discapacidad en el ámbito laboral ha dado lugar a variadas regulaciones tendientes a facilitar su acceso al empleo⁴⁹.

Cuando la incapacidad parcial y permanente es posterior al inicio del contrato de trabajo, tal situación se encuentra contemplada en los párrs. 2º y 3º del art. 212 de la Ley de Contrato de Trabajo, los que puntualmente prescriben que en caso de que el dependiente no pudiera continuar realizando las mismas tareas que desempeñaba antes de producido el evento dañoso se le deberá asignar otras tareas adecuadas a su nueva aptitud psicofísica, sin disminuirle su remuneración. En síntesis, al trabajador con discapacidad se le reconoce el otorgamiento de tareas livianas y el mantenimiento intangible de su remuneración. Y si así no lo hiciere el empleador, el derecho indemnizatorio del trabajador con discapacidad se equipara a la indemnización común por antigüedad o despido⁵⁰.

Es deber de la Autoridad de Aplicación fiscalizar que no existan abusos o algún tipo de explotación laboral para beneficio de algún tercero⁵¹.

⁴⁷ A título de ejemplo podemos mencionar el Programa de los “Molineros del Hospital José Tiburcio Borda”, que es un emprendimiento del Servicio de Psicología Social, Departamento de Rehabilitación, en el cual un grupo de pacientes en tratamiento fabrica papel con fibras naturales: algodón, piel de cebolla, pétalos de flores, hojas de hierbas, etcétera, y con ellas realizan tarjetas empresariales, personales, invitaciones para casamientos, cumpleaños y otros eventos (www.molinerosdelborda.com.ar).

⁴⁸ Serrano Alou, *Discriminación del trabajador enfermo y/o incapaz*, ED, 226-776.

⁴⁹ Verbigracia, ley 22.431 de Sistema de Protección Integral. Porcentaje de Ocupación de Personas con Discapacidad en el Estado y Organismos Públicos (t.o. 25.689), art. 8º, Acordada CSJN 4/2008 - Creación del Registro de Personas con Discapacidad que se postulen para ingresar en el Poder Judicial y Acordada CSJN 12/2010 - Creación de la “Unidad de Discapacidad e Integración Laboral”, dependientes de la Dirección de Recursos Humanos.

⁵⁰ Serrano Alou, *Discriminación del trabajador enfermo y/o incapaz*, ED, 226-776.

⁵¹ Art. 7º, inc. p) del Borrador.

— § 6 —

MODALIDAD DE ABORDAJE

El Capítulo V de la ley se titula “Modalidad de abordaje” y consta de cinco artículos destinados a definir los contornos de la atención en salud mental.

Como primera pauta, se remarca uno de los ejes centrales de la nueva legislación, cual es —como vimos— el abordaje interdisciplinario de esta problemática, al decir: “Debe promoverse que la atención en salud mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente.

Se incluyen las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes” (art. 8º). Este principio se reitera a lo largo de todo el articulado de la norma, en especial cuando se hace referencia al diagnóstico necesario para convalidar una internación y para dictar sentencia en un proceso donde se debate la capacidad jurídica, en los términos del art. 152 *ter* —al que luego se hará especial referencia—.

El abordaje interdisciplinario no es más que una consecuencia de la conceptualización que en torno de la salud mental aporta el art. 3º de la ley 26.657. En efecto, si la ley procura desterrar de una vez para siempre el criterio psiquiátrico —aún en combinación con el jurídico— para justificar el despliegue de determinados mecanismos jurídicos de protección a favor de las personas con padecimientos mentales, y subraya la coexistencia de componentes de diversa índole en el proceso de salud mental, se impone una mirada integral de la persona que requiere de la coexistencia y diálogo entre los distintos saberes. La tradicional mirada psiquiátrica —cuya prevalencia se busca desarticular⁵²— debe ir acompañada de la apreciación de los demás componentes sociales, familiares y ambientales que de manera inexorable están conectados con la cuestión médica⁵³.

El trabajo interdisciplinario requiere de la conformación de los equipos pertinentes en todos los efectores de salud, públicos y privados, en consonancia con lo normado por el ya citado art. 6º de la ley⁵⁴. La práctica demuestra

⁵² Rivera - Hooft, *La nueva ley 26.657 de salud mental*, JA, ejemplar del 25/5/11.

⁵³ Véase p. 99 y ss. de esta obra.

⁵⁴ En estos términos, al reglamentar el art. 6º, el Borrador prevé que: “En aquellas ciudades o regiones donde aún no se han desarrollados equipos interdisciplinarios, la autoridad de aplicación en conjunto de las autoridades locales, diseñarán programas tendientes a la conformación de los mismos, estableciendo plazos para el cumplimiento de dicho objetivo. Hasta tanto se conforme el objetivo antedicho, se procurará sostener una atención adecuada con los recursos existentes, reorganizados interdisciplinariamente, a fin de evitar derivaciones innecesarias fuera del ámbito comunitario”.

que el abordaje interdisciplinario de la salud mental encuentra todavía sendos obstáculos, sea por carencia de recursos y políticas públicas adecuadas en los efectores públicos, sea por su falta de implementación en algunos efectores privados, o por la resistencia que se advierte desde el saber psiquiátrico, que hasta el momento era el depositario de la “verdad médica” en relación con el paciente⁵⁵.

Queremos destacar que cuando se alude al enfoque o trabajo interdisciplinario, dicho requisito no se satisface con la actuación individual de varios profesionales de distintas disciplinas. La intervención debe ser conjunta o mancomunada. El enfoque interdisciplinario requiere de la comunicación e interrelación de las distintas incumbencias, y precisa —además— de la intervención de otros especialistas, fuera de quienes se dedican al estudio de la psiquis humana, abriendo lugar a aquellos otros que se ocupan de intervenir en los sistemas sociales en los que se desenvuelve la persona. Es por ello que consideramos que la conformación del equipo interdisciplinario exigido por la ley no se agota con la intervención de psiquiatras y psicólogos —que es lo usual—, sino que requiere necesaria y mínimamente de la actuación de un trabajador social.

A la luz del mandato ya explicitado, el art. 9º de la ley dispone que: “*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*”. Esta norma se conjuga con el principio sentado en el art. 14 en cuanto a que la internación debe ser considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y subsidiario.

La alusión a la restitución y promoción de los lazos sociales es a su vez coherente con lo normado por el art. 11, en el sentido de que: “*La Autoridad de Aplicación debe promover que las autoridades de salud de cada jurisdicción, en coordinación con las áreas de educación, desarrollo social, trabajo y otras que correspondan, implementen acciones de inclusión social, laboral y de atención en salud mental comunitaria. 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 socio-laboral, emprendimientos sociales, hogares y familias sustitutas*”.

⁵⁵ Una fuerte crítica a la ley en este sentido desde el campo de la psiquiatría puede verse en Pérez Dávila, *Nueva Ley de Salud Mental 26.657, LL*, “Suplemento Actualidad”, ejemplar del 5/5/11, p. 1.

Este artículo encuentra su fundamento supralegal en lo normado —entre otras disposiciones— en el art. 26 de la CDPD, en cuanto prescribe: “*1. Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas: a) Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinaria de las necesidades y capacidades de la persona ...*”. También debe integrarse con lo dispuesto por el art. 19, inc. b) de la citada Convención, que impone la obligación de garantizar que: “*Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta ...*”.

En definitiva, el art. 11 de la ley 26.657 se refiere concretamente a la promoción de políticas públicas de apoyo e incluso preventivas tendientes a concretar las máximas legales de la internación como último recurso, la desjudicialización y la desestigmatización de las personas con padecimientos mentales. La previsión legal es esencial, pues el próximo peldaño para continuar avanzando en la satisfacción de los derechos de las personas con padecimientos mentales es pasar de su reconocimiento formal, a la concreción de garantías para su real y efectivo ejercicio. La ley es sólo un instrumento, pero como herramienta de acción no se basta a sí misma. Sin la implementación de políticas públicas que la complementen, orienten y doten de sentido, la norma resulta simplemente un envase carente de contenido. El diseño e implementación de políticas públicas es el engranaje fundamental para dotar de eficacia los enunciados formales contenidos en los instrumentos de derechos humanos y la nueva legislación vigente. Las medidas de abordaje alternativas a la internación, y la inclusión e integración social, laboral, familiar y comunitaria constituyen los pilares sobre los cuales debe asentarse la intervención frente a estas problemáticas.

Como observa Kraut: “El Derecho debe operar en estos casos acompañando los procesos de transformación, una función preventiva y, a la vez, protectora de los derechos fundamentales de estas personas procurando dejar la declamación en aras de su efectivo resguardo”⁵⁶. Quienes trabajamos con los

⁵⁶ Kraut, *Derechos específicos de las personas con trastornos mentales*, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, n° 2010-3, “Derechos del paciente”, p. 162.

distintos aspectos vinculados a la salud mental no podemos dejar de observar una deficiencia en materia de políticas públicas e, incluso, la superposición y desarticulación de las políticas públicas existentes. Se verifica, por otra parte, que el diseño de políticas públicas en el territorio nacional es altamente desigual, en función de las características y potencial económico de cada región. La creación de un programa integral a nivel nacional a modo de una organización efectiva en red de las acciones multisectoriales e institucionales de los ámbitos públicos y privados, es una deuda pendiente para equiparar estas desigualdades coyunturales. Sin perjuicio de esta necesidad de centralización, el plan nacional debe apuntar a fortalecer y potenciar las capacidades locales para diseñar políticas públicas especiales y concretas en función de las idiosincrasias regionales.

Las medidas o políticas esenciales en materia de salud mental pueden clasificarse en los siguientes grupos: *a*) políticas preventivas; *b*) políticas de desinstitutionalización o desmanicomización⁵⁷; *c*) políticas de rehabilitación; *d*) políticas de apoyo; *e*) políticas de inclusión, en sentido amplio, comprensivas de aquellas destinadas a garantizar los derechos económicos, sociales y culturales (acceso a la vivienda, acceso al empleo, subsidios, etcétera)⁵⁸; *e*) políticas de capacitación de los operadores; y *f*) políticas de evaluación, control y seguimiento de los mecanismos de atención y protección en materia de salud mental en los distintos ámbitos (judicial, médico, social, etcétera).

⁵⁷ Véase, al respecto, p. 278 y ss. de esta obra.

⁵⁸ Como máximo exponente de la necesaria satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas con padecimientos mentales, merece destacarse el art. 28 de la CDPD cuando alude al “Nivel de vida adecuado y protección social”, y dispone: “Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas: Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad; Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza; Asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados; Asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública; Asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación”.

Desde esta perspectiva, la reglamentación del art. 11 de la ley subraya que: “Se debe promover el desarrollo de una red de servicios de salud mental con base en la comunidad en articulación con redes intersectoriales y sociales, para satisfacer las necesidades de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación. Dicha red debe incluir servicios, dispositivos y prestaciones tales como: centros de atención primaria de la salud, servicios de salud mental en el hospital general, sistema de atención de la urgencia, centros de rehabilitación psicosocial diurno y nocturno, dispositivos habitacionales y laborales con distintos niveles de apoyo, atención ambulatoria, sistema de apoyo y atención domiciliaria, familiar y comunitaria y toda otra práctica y dispositivo que favorezca la inclusión social (serie de Módulos de OMS: ‘guías de servicios y política de salud mental’). Deberán incluirse dispositivos de internación en todos los hospitales generales, cualquiera sea su nivel de complejidad. Dicha red no es complementaria al hospital monovalente sino sustitutiva del mismo, por lo cual se irán desconcentrando gradualmente los recursos materiales, humanos y de insumos y fármacos, hasta la redistribución total de los mismos en la red de servicios con base en la comunidad. La implementación de este lineamiento no irá en detrimento de las personas institucionalizadas, las cuales deberán recibir una atención acorde a los máximos estándares técnicos en salud mental vigentes. La Autoridad de Aplicación podrá realizar acuerdos jurisdiccionales con los organismos provinciales en materia de viviendas. Los dispositivos terapéuticos que incluyan alojamiento no deberán ser utilizados para personas con problemática exclusiva de vivienda. Entre las estrategias y dispositivos de atención en salud mental, se incluirán para las adicciones dispositivos basados en la estrategia de reducción de daños”.

El Capítulo V relativo a la modalidad de abordaje, se ocupa también del consentimiento informado, que rige “para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley ... (art. 10)”⁵⁹. El concepto bioético de consentimiento informado se asocia con el tradicional deber médico de brindar la información adecuada para que quien la recibe pueda incorporarla y, luego, tomar una decisión meditada y consciente en orden al tratamiento, medicación, derivación, etcétera, que se le proponga, para así trazar su plan de vida⁶⁰. Para ello se requiere de un interlocutor capaz de comprender acabadamente la información que se le proporciona, por lo cual el art. 10, párr. 2º continúa diciendo que: “Las personas con discapacidad

⁵⁹ La citada disposición legal encuentra su correlato en el art. 25 de la CDPD, en cuanto estipula el deber de exigir “a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado ...”.

⁶⁰ Véase p. 673 y ss. de esta obra.

tienen derecho a recibir la información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión”.

El consentimiento informado incluso es determinante —como veremos— para categorizar una internación de voluntaria o involuntaria, de modo que debe prestarse especial atención a las condiciones en que tal consentimiento informado ha sido prestado. La práctica demuestra que el paciente firma un formulario con contenidos predeterminados y en los que no suele constar el modo en que se hizo efectivo tal consentimiento, ni los medios utilizados para una acabada comprensión de la información brindada. Consentir no es simplemente aceptar someterse a un tratamiento; es un acto más complejo que se proyecta en el entendimiento y la voluntariedad. Por ello resulta interesante la propuesta de reglamentación del art. 10, en el sentido de que: “Deberá dejarse constancia en la Historia Clínica en el caso de utilización de medios y tecnologías especiales para garantizar la comprensión de personas con discapacidad. También deberá dejarse constancia de las acciones y herramientas utilizadas para la comprensión y formación del consentimiento”.

Debe notarse que el borrador de reglamentación del citado art. 10 prevé en especial la situación de las personas menores de edad y de las declaradas incapaces, tras señalar que en el marco de su derecho a participar en la toma de decisiones relativas a sus intereses, “pueden solicitar o rechazar un tratamiento determinado, siempre que su capacidad de comprensión así lo permita, con las excepciones previstas en el art. 20 de la presente ley. No obstante brinden su consentimiento, en el caso de las internaciones, deberán ser comunicadas de acuerdo a lo establecido en el art. 26”. La cuestión se relaciona con la necesidad de disociar el concepto jurídico de “capacidad” del término bioético de “competencia”, conforme ha sido desarrollado extensamente en el Capítulo VIII de esta obra (al cual remitimos)⁶¹.

Un último principio relativo a la modalidad de abordaje resulta del art. 12 que determina lo que podríamos llamar la “medicación de mínima”, es decir: *“La prescripción de medicación sólo debe responder a las necesidades fundamentales de la persona con padecimiento mental y se administrará exclusivamente con fines terapéuticos y nunca como castigo, por conveniencia de terceros, o para suplir la necesidad de acompañamiento terapéutico o cuidados especiales. La indicación y renovación de prescripción de medicamentos sólo puede realizarse a partir de las evaluaciones profesionales pertinentes y nunca de forma automática. Debe promoverse que los tratamientos psicofarmacológicos se realicen en el marco de abordajes interdisciplinarios”.* Coherente con la tendencia a revertir la hegemonía de la psiquiatría en el tratamiento de la salud mental, la ley apunta a maximizar los recaudos en la prescripción

de medicación, la que debe ser proporcional a las necesidades indispensables de cada paciente e indicarse sólo con fines terapéuticos.

— § 7 —

DEL EQUIPO INTERDISCIPLINARIO

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

Resulta redundante señalar que la primera parte de este artículo —junto con otros preceptos— fue ácidamente criticado por la Asociación de Psiquiatras Argentinos en oportunidad de hacerle llegar su parecer a la Comisión de Salud del Senado de la Nación sobre el entonces Proyecto de Ley de Salud Mental Nacional (expte. 0126-D-2009). En este tópico, puntualmente, se dijo: *“Este artículo es absolutamente innecesario a los fines declarados en esta ley y sólo puede redundar en el perjuicio y dificultad de su aplicación porque dará lugar a impugnaciones de concursos, dilaciones administrativas y otros planteos corporativos enfrentando inútilmente a los profesionales de diversas disciplinas en el futuro, como ya viene ocurriendo desde hace casi una década con la ley 448 de la Ciudad de Buenos Aires que adoleció del mismo defecto. Ante la necesidad, que ya hemos expresado, de contar con una Ley Nacional de Salud Mental es necesario dejar de lado esta expresión de intereses profesionales sectoriales, que requerirían otra ley específica y que nada agregan al instrumento y entorpecerán su aplicación”*⁶².

Como aval de su posición se citó un pronunciamiento de la Corte Suprema bonaerense⁶³ que desestimó una demanda contencioso-administrativa contra la provincia de Buenos Aires en la cual la actora pretendía la anulación de sendas resoluciones del Ministerio de Salud 6810/00 y 5390/01, por las que se había hecho lugar a la impugnación que profesionales médicos plantearon en el concurso realizado para cubrir el cargo de Jefe de Servicio de Salud Mental, en un hospital de la localidad de Lanús, con fundamento en que

⁶² *xa.yimg.com/kq/.../APSA+ante+el+proyecto+de+Ley+de+Salud+Mental.doc.*

⁶³ SCBA, 31/8/07, “Millán, Lidia Graciela c. Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud) s/Demanda contencioso administrativa Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires”, *Microjuris*, MJJ15032.

⁶¹ Véase p. 676 y ss. de esta obra.

los profesionales psicólogos no reunían los requisitos habilitantes para desempeñar dicha función (decr. 12.751/48). Cabe señalar que, para así decidir, el tribunal tuvo especialmente en cuenta que el ejercicio de las funciones concursadas excedía el ámbito profesional de los psicólogos en vistas a que estos profesionales no se encontraban habilitados para desarrollar la totalidad de las tareas que tendrían a su cargo a tenor de la reglamentación vigente.

Desde una óptica opuesta, aludiendo a esta cuestión, se ha dicho que de este modo se quiebra con la hegemonía médico-psiquiátrica a su vez que la complementación de los saberes permite una evaluación desde distintas ópticas y perspectivas, en un enfoque integral, integrado y más democrático de la salud mental⁶⁴. Ubicándonos en el aquí y ahora, es claro que una ley nacional de orden público —ley 26.567— está por encima de la reglamentación administrativa provincial que, en su oportunidad, diera lugar al aludido pronunciamiento y, en la actualidad, planteada una situación análoga recibiría otra respuesta jurisdiccional.

En otro orden, se reconoce a todos los trabajadores integrantes de los equipos asistenciales el derecho a la capacitación permanente y a la protección de su salud integral, para lo cual se deben desarrollar políticas específicas.

Puesta la mirada en garantizar a las personas con discapacidad el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad, no es sólo un derecho de los profesionales de la salud sino un deber de los Estados Partes de capacitarlos para que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas⁶⁵.

Resulta acertado contemplar la protección de la salud integral de los profesionales de la salud. Es ni más ni menos que “cuidar a los que cuidan”.

— § 8 —

INTERNACIONES

a — Generalidades

En sintonía con lo que disponen otras leyes provinciales sobre salud mental⁶⁶, la internación de una persona es entendida como un recurso terapéuti-

⁶⁴ Kraut - Diana, *Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria*, LL, ejemplar del 8/6/11, p. 1.

⁶⁵ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 25, inc. d). De modo análogo, podemos mencionar a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad cuya regla 40 establece que “se adoptarán medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad”.

⁶⁶ Ley 2440 de Río Negro, art. 1º; ley I - nº 384 de Chubut, art. 13; ley 9848 de Córdoba, art. 48, inc. a).

co de carácter restringido⁶⁷ que sólo es admitido cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social (art. 14).

O, en palabras de la Ley de Salud Mental 448 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁶⁸, la internación es una instancia del tratamiento que evalúa y decide el equipo interdisciplinario cuando no sean posibles los abordajes ambulatorios (art. 19).

En resumen, se acude a ella como *ultima ratio*. De este modo, se cumple con los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas⁶⁹ cuyo Principio III, “Libertad personal”, ap. 3º, titulado “Medidas especiales para las personas con discapacidades mentales”, señala, en su párrafo final, que “[l]a privación de libertad de una persona en un hospital psiquiátrico u otra institución similar deberá emplearse como último recurso, y únicamente cuando exista una seria posibilidad de daño inmediato o inminente para la persona o terceros. La mera discapacidad no deberá en ningún caso justificar la privación de libertad”.

Acontecida esta situación debe promoverse 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, las que indudablemente habrán de estar documentadas en las respectivas historias clínicas.

El esfuerzo por conservar —o, incluso, recomponer— los vínculos se encuentra íntimamente conectado con el derecho de las personas con padecimiento mental a ser acompañadas antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o por quien aquéllas designen, como ya lo señaláramos al aludir al art. 7º, inc. e) de la ley en comentario.

Con la finalidad de aplicar “medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, los Estados Miembros deberán promover la participación de la sociedad y de la familia, a fin de complementar la intervención del Estado, y deberán proveer los recursos necesarios y apropiados para garantizar su disponibilidad y eficacia”⁷⁰.

Coherente con la limitación a variados derechos —en especial, a la libertad— que implica la internación de una persona, y siendo una de las formas

⁶⁷ En igual sentido, Principio 9, ap. 1º de los Principios de Salud Mental.

⁶⁸ Sanción: 27/7/00; promulgación: decr. 1513/00 del 31/8/00; publicación: BOCBA, nº 1022 del 7/9/00.

⁶⁹ Res. 1/08, OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, www.cidh.oa.org/pdf/%20files/RESOLUCION%201-08%20ESP%20FINAL.pdf.

⁷⁰ Res. 1/08, OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Principio III, ap. 4º, párr. 2º.

más severas y comunes de exclusión⁷¹, ésta debe ser lo más breve posible en función de criterios terapéuticos interdisciplinarios (art. 15).

Ello se explica porque los efectos psicológicos de habitar en una institución son devastadores. Así se mencionan, entre otros, que el trauma de verse separado forzosamente de los padres, de los amigos y del ambiente del hogar familiar crea una convicción fundamental de que uno no es querido y no tiene ningún poder, de que se es un objeto más que un individuo único, que el ambiente institucional en sí mismo crea discapacidades adicionales que marcan a la persona por el resto de su vida, en particular, el desarrollo emocional y social es el que se ve más afectado y provoca gran sufrimiento por no contar con una vida personal, autónoma y respetuosa de la propia integridad personal⁷².

En ese mismo sentido, los magistrados Lorenzetti, Fayt y Petracchi han observado que: “El aislamiento y la exclusión, características de los modelos de internación psiquiátrica tradicionales, no sólo no favorecen la evolución de las situaciones que motivaron la internación, sino que hacen casi imposible una externación que facilite una reinserción plena de la persona internada”⁷³.

Si bien concisa, la directiva que brinda el art. 15 explicita lo esencial al señalar que: “... Tanto la evolución del paciente como cada una de las intervenciones del equipo interdisciplinario deben registrarse a diario en la historia clínica...”⁷⁴.

Esta pauta orientadora se encuentra ampliamente tratada en la ley 26.529⁷⁵ denominada Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, cuyo Capítulo IV, “De la historia clínica”, la define y establece su contenido, quién es su titular, cuáles son sus caracteres, quiénes se encuentran legitimados para solicitarla, con qué acciones cuentan en caso de negativa o demora —la que se configura transcurridas más de cuarenta y ocho horas— en proporcionarla⁷⁶ y las sanciones a los profesionales

⁷¹ Carranza Casares, *Salud mental y derechos humanos a concretar*, p. 51.

⁷² Grunewald, *Cierren las instituciones para discapacitados intelectuales: Todos podemos vivir en sociedad abierta*, en “Disability World Revista Electrónica”, vol. 23, abr.-may. 2004, www.disabilityworld.org/04-05_04/spanish/noticias/institutions.shtml.

⁷³ CSJN, 1/9/09, “S. de B., M. del C. c. Ministerio de Justicia - Poder Judicial - Estado Nacional” (del voto en disidencia de los doctores Lorenzetti, Fayt y Petracchi. La mayoría declaró inadmisibles los recursos extraordinarios por aplicación del art. 280 del Cód. Procesal), RCyS, 2009-X-120; 2009-XI-41.

⁷⁴ Por su parte, el Principio 10 de los Principios de Salud Mental especifica en su ap. 2º que toda la medicación que prescriba un profesional deberá registrarse en el historial del paciente.

⁷⁵ Sanción: 21/10/09; promulgación: 19/11/09; publicación: 20/11/09.

⁷⁶ En rigor esta ley indica que lo que debe entregarse es una copia autenticada por autoridad competente de la institución asistencial.

y responsables de los establecimientos asistenciales por los incumplimientos de las obligaciones a su cargo.

Nos interesa en especial resaltar que la historia clínica debe seguir un orden cronológico, estar foliada y completa, debiendo constar toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud (art. 12, ley 26.529).

En tanto “*el paciente es el titular de la historia clínica*” (art. 14, ley 26.529), la negativa de los profesionales de la salud a ponerla a su disposición deberá revestir carácter excepcional y encontrarse debidamente fundamentada y asentada en la historia clínica.

El último párrafo del art. 15 de la ley 26.657 es terminante en que: “*En ningún caso la internación puede ser indicada o prolongada para resolver problemáticas sociales o de vivienda, para lo cual el Estado debe proveer los recursos adecuados a través de los organismos públicos competentes*”.

Es sabido que un importante número de individuos no pueden egresar, pese a contar con alta médica, por carecer de grupo familiar continente o de vivienda. En ese orden, no resulta inusual encontrar en los hospitales públicos monovalentes personas que llevan internadas más de la mitad de su vida. Reconocido este conflicto en contraste con el modelo social integrador que propicia el vivir y ser atendido en la comunidad, la ley pone en cabeza del Estado la obligación de proveer los recursos necesarios que permitan cumplir con el mandato mencionado.

En todo caso, si una internación se prolongase por problemáticas de orden social, tiene el juez el deber de 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 la ley (art. 18, párr. 2º).

b — Reglas comunes a toda internación

Reza el art. 16 que: “*Toda disposición de internación, dentro de las cuarenta y ocho horas*^[77], *debe cumplir con los siguientes requisitos: a) Evaluación, diagnóstico interdisciplinario e integral y motivos que justifican la internación, con la firma de al menos dos profesionales del servicio asistencial donde se realice la internación, uno de los cuales debe ser necesariamente psicólogo o médico psiquiatra*^[78]; b) *Búsqueda de datos disponibles acerca de la*

⁷⁷ Para evitar toda duda, el art. 16 del Borrador explicita que las 48 horas a las que hace referencia el artículo son corridas.

⁷⁸ El decr. 635/04 que aprueba la reglamentación de la Ley de Salud Mental 448 de la CABA precisa en el art. 10, inc. h) que los equipos interdisciplinarios de Salud Mental tendrán una conformación básica compuesta por un médico psiquiatra, un psicólogo y un

identidad y el entorno familiar; y c) Consentimiento informado de la persona o del representante legal cuando corresponda ...”.

Siendo una terapéutica de excepción, resulta atinado contar con una evaluación completa e interdisciplinaria.

Frente a la falta de consenso del equipo interdisciplinario tratante sobre la conveniencia de la internación, el profesional que disienta con la decisión mayoritaria debe dejar asentada tal disconformidad en la historia clínica. Este temperamento se extiende a cualquier situación en la que algún profesional no acuerde con la decisión adoptada⁷⁹.

Conforme el presente resulta imperativo que el diagnóstico que avala la internación esté firmado como mínimo por dos profesionales, pudiendo desde luego conformarlo un número mayor, uno de los cuales indefectiblemente habrá de ser psicólogo o psiquiatra.

Es de destacar que en la reunión plenaria de la Comisión de Salud del Senado en la que se escucharon las distintas posiciones sobre el entonces proyecto de ley sobre salud mental, el doctor Marcelo Torino, vicedecano de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Buenos Aires, cuestionó severamente que la decisión de internación o externación pudiera ser tomada sin la intervención de un médico psiquiatra⁸⁰. Sintéticamente, adujo que en la internación siempre se plantea, aunque en grados variables, el diagnóstico médico diferencial entre enfermedades orgánicas (cerebrales o generales, tales como intoxicaciones, traumatismos craneanos, hemorragias intracraneales, neoplasias, trastornos endocrinológicos, cardiovasculares, etcétera) con repercusión en la conducta y enfermedades mentales denominadas “funcionales”, siendo solamente el médico psiquiatra el profesional capacitado para realizar ese diagnóstico.

Acompañando este parecer, también se ha observado que la ley evidencia una clara toma de posición que busca desarticular la prevalencia de la profesión médica en la materia. En particular, al no deslindar los aspectos que ca-

trabajador social, admitiendo la incorporación al mentado equipo de profesionales universitarios de enfermería que cuenten con formación en salud mental. Por su parte, la ley de salud mental cordobesa 9848 —sanción: 20/10/10; promulgación: 28/10/10; publicación: 5/11/10— señala en el art. 48, inc. b) que la internación será precedida por una evaluación interdisciplinaria e integral suscripta por lo menos por dos profesionales del servicio asistencial donde se realice la internación, los que necesariamente deberán ser un médico y un psicólogo.

⁷⁹ Art. 16, párr. 2º del Borrador.

⁸⁰ Cámara de Senadores de la Nación, versión taquigráfica, Reunión Plenaria de las Comisiones de Legislación General de Justicia y Asuntos Penales, de Salud y Deporte y de Presupuesto y Hacienda, 23/11/10.

be encomendar a cada una de las áreas que menciona la normativa y que tienen que ver con los ámbitos de incumbencia propios de cada una las disciplinas comprometidas⁸¹.

En sentido contrario, destacada doctrina ha afirmado que si bien resulta ineludible la intervención de un médico psiquiatra cuando se trata de medicar al paciente con fármacos, ello no es así cuando —en el contexto de un tratamiento— se considera imprescindible la internación, sea institucional o domiciliaria, o bien se indique una psicoterapia o un alta o salidas a prueba⁸².

Sobre el punto es dable señalar que, según la ley nacional 23.277⁸³, los profesionales que ejercen la psicología se encuentra obligados —entre otros quehaceres— a aconsejar la internación en establecimiento público o privado de aquellas personas que atiendan y que por los trastornos de su conducta signifiquen peligro para sí o para terceros; así como su posterior externación.

En la provincia de Buenos Aires, la ley 10.306⁸⁴ que regula la actividad profesional de los psicólogos, prescribe en su art. 2º que forman parte del ejercicio de la profesión de psicólogo “... el diagnóstico, pronóstico y tratamiento de la personalidad, para la recuperación, conservación y prevención de la salud mental, mediante métodos y técnicas específicamente psicológicas” (inc. a).

Ambos textos, afines en el tópico, autorizan a afirmar que los psicólogos cuentan con la formación necesaria que los habilita para establecer cuándo una persona se encuentra en situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros que amerite su internación. Ello en nada obsta a que, a los fines de un adecuado tratamiento y con la debida prontitud, se hagan los estudios precisos para determinar si la crisis tuvo por base una causa orgánica o funcional⁸⁵.

Mayor duda nos genera el resto de los integrantes del grupo interdisciplinario de salud mental, pues como se ha hecho notar, ninguno de ellos se encuentra habilitado por ley previa para poder indicar la internación o externación de una persona⁸⁶.

La búsqueda de datos acerca de la identidad y del entorno familiar de la persona internada pone en acto el cumplimiento de diversos derechos enun-

⁸¹ Rivera - Hooft, *La nueva ley 26.657 de salud mental*, JA, ejemplar del 25/5/11.

⁸² Kraut - Diana, *Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria*, LL, ejemplar del 8/6/11, p. 1.

⁸³ Sanción: 27/9/85; promulgación: 6/11/85; publicación: BO, 15/11/85.

⁸⁴ Sanción: 1/8/85; promulgación: 20/8/85; publicación: 6/9/85.

⁸⁵ En contra de nuestro parecer, véase Pérez Dávila, *Nueva Ley de Salud Mental 26.657*, LL, “Suplemento Actualidad”, ejemplar del 5/5/11, p. 1.

⁸⁶ Pérez Dávila, *Nueva Ley de Salud Mental 26.657*, LL, “Suplemento Actualidad”, ejemplar del 5/5/11, p. 1.

ciados en el art. 7º y a los que ya nos hemos referido. Pero, además, las averiguaciones tendientes a conseguir datos de los familiares o lazos afectivos que la persona tuviese o indicase apelan, primordialmente, a favorecer su retorno al marco familiar y comunitario lo antes posible (art. 17).

A su vez, en orden a respetar los deseos de cada persona en cuanto a qué tratamientos o medicamentos aceptaría o rechazaría resulta ineludible saber sobre su historia de vida. Ello es así, puesto que —aun cuando en determinado momento no estuviera en condiciones de expresarlos por sí misma— el suministro de un tratamiento o medicación contrario a su cultura o creencias transgrediría su identidad —en especial, la denominada “dinámica”⁸⁷.

Como último requisito la ley exige el consentimiento informado de la persona o de su representante legal cuando corresponda⁸⁸.

De conformidad con el Principio 11 de los Principios de Salud Mental, debe entenderse por consentimiento informado a aquel “obtenido libremente sin amenazas ni persuasión indebida, después de proporcionar al paciente información adecuada y comprensible, en una forma y en un lenguaje que éste entienda, acerca de: a) El diagnóstico y su evaluación; b) El propósito, el método, la duración probable y los beneficios que se espera obtener del tratamiento propuesto; c) Las demás modalidades posibles de tratamiento, incluidas las menos alteradoras posibles; d) Los dolores o incomodidades posibles y los riesgos y secuelas del tratamiento propuesto”.

Desde luego que el consejo médico basado en un diagnóstico serio no será considerado ni coacción ni inducción indebidas.

Aunque no lo enuncie expresamente, el consentimiento informado incluye —y debe respetarse— la libertad de elegir el establecimiento, puesto que todo lo atinente al encierro hospitalario tiene que estar supeditado a la decisión del hospitalizado —competente y lúcido— y cualquier violación de su voluntad a la elección, ingreso y mantenimiento de esa situación es antijurídica⁸⁹.

Concluye el art. 16 de la ley 26.657 especificando que: “*Sólo se considera válido el consentimiento cuando se presta en estado de lucidez y con comprensión de la situación, y se considerará invalidado si durante el transcurso de la internación dicho estado se pierde, ya sea por el estado de salud de la persona o por efecto de los medicamentos o terapéuticas aplicadas. En tal caso deberá procederse como si se tratase de una internación involuntaria*”.

Para reputar válido al consentimiento prestado se le debe explicar a la persona de manera suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural el diagnóstico

⁸⁷ Así lo establece el Principio 7 de Salud Mental, cuyo ap. 3º reza: “Todo paciente tendrá derecho a un tratamiento adecuado a sus antecedentes culturales”.

⁸⁸ Véase p. 673 y ss. de esta obra.

⁸⁹ Cifuentes - Rivas Molina - Tiscornia, *Juicio de insania*, p. 196.

y el tratamiento que se le recomienda. Luego, ésta decidirá con absoluta libertad si acepta o rechaza el tratamiento en cuestión.

Dicho de otra forma, como regla general, una vez informado, el paciente tiene derecho a negarse a recibir tratamiento o a interrumpirlo correspondiendo —en su caso— explicarle las consecuencias de tales decisiones y de ningún modo “se deberá alentar o persuadir a un paciente a que renuncie a su derecho a dar su consentimiento informado. En caso de que el paciente así desee hacerlo, se le explicará que el tratamiento no se puede administrar sin su consentimiento informado”⁹⁰.

Desde otra perspectiva, dispone el Principio 11, ap. 7º de los Principios de Salud Mental que cuando el paciente tenga un representante personal —facultado por ley para dar su consentimiento para el tratamiento de su representado— se podrá aplicar un tratamiento a este paciente sin su consentimiento informado cuando, después que se le haya proporcionado la información, el representante personal otorgue su consentimiento en nombre del paciente. Empero, aun cuando se haya autorizado cualquier tratamiento sin el consentimiento informado del paciente, se hará todo lo posible por informar a éste acerca de la naturaleza del tratamiento y de cualquier otro tratamiento posible y por lograr que el paciente participe en cuanto sea posible en la aplicación del plan de tratamiento⁹¹.

Asimismo, cabe puntualizar que acorde con la CDPD, todas las personas, incluidas aquellas declaradas interdictas, tienen voz propia, la que no necesariamente coincidirá con la de su representante legal. En consecuencia, debe tenerse en especial consideración la petición que formule el “incapaz”, la que puede diferir abismalmente de la de su representante legal. Sobre el punto se ha señalado que “en aquellos supuestos excepcionales en que la persona no pueda tomar por sí misma una decisión respecto de su salud o que tenga dificultades para comunicarla, y sea necesario actuar sin mayor demora, la ley debe prever un ‘sistema de toma de decisiones con apoyo’”. Este debe ser respetuoso de la capacidad jurídica inherente a la persona y ser implementado, por ejemplo, mediante las figuras de los “asistentes personales” o las “instrucciones o directivas anticipadas”⁹².

Los primeros se encuentran expresamente receptados en el art. 19, inc. b) de la CDPD al que ya hiciéramos mención, correspondiendo añadir que la

⁹⁰ Principio 11, aps. 4º y 5º de los Principios de Salud Mental.

⁹¹ Principio 11, ap. 9º de los Principios de Salud Mental.

⁹² *Contenidos mínimos necesarios desde una perspectiva de derechos humanos para avanzar en la formulación de una Ley Nacional de Salud Mental y otras regulaciones vinculadas con el acceso a la justicia*, documento elaborado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), ag. 2009.

asistencia personal es uno de los tantos apoyos que menciona en forma genérica el art. 12 de la citada Convención, y sobre el que luego profundizaremos.

En el orden nacional, la ley 26.480⁹³ la incorpora como inc. d) del art. 39 de la ley 24.901 en los siguientes términos: “d) *Asistencia domiciliaria: Por indicación exclusiva del equipo interdisciplinario perteneciente o contratado por las entidades obligadas, las personas con discapacidad recibirán los apoyos brindados por un asistente domiciliario a fin de favorecer su vida autónoma, evitar su institucionalización o acortar los tiempos de internación. El mencionado equipo interdisciplinario evaluará los apoyos necesarios, incluyendo intensidad y duración de los mismos así como su supervisión, evaluación periódica, su reformulación, continuidad o finalización de la asistencia. El asistente domiciliario deberá contar con la capacitación específica avalada por la certificación correspondiente expedida por la autoridad competente*”.

Los segundos⁹⁴ —también denominados derechos de autoprotección o previsiones para la eventual pérdida del discernimiento, pues de este modo abarcan no sólo a la incapacidad jurídica declarada mediante sentencia judicial, sino también a aquellos supuestos de pérdida eventual, transitoria o permanente del discernimiento— admiten diversas cláusulas. Las puede haber acerca de las personas o de los bienes. En el tema que nos ocupa resultan relevantes las relativas a la vida cotidiana; a la salud; y a la curatela⁹⁵.

Junto con la Ley de Declaración de Voluntades Anticipadas de la provincia de Río Negro⁹⁶ hallamos en el ámbito provincial a la Ley de Salud Pública 2611⁹⁷ de la provincia del Neuquén; a la ley 6212⁹⁸ de la provincia del Chaco que modifica algunos artículos del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia; y a la ley 14.154⁹⁹ de la provincia de Buenos Aires que introduce en la ley notarial el Registro de Actos de Autoprotección.

Se ha sancionado en el ámbito nacional la ley 26.529¹⁰⁰ de Salud Pública. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, cuyo art. 11 reza: “*Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar de-*

⁹³ Sanción: 4/3/09; promulgación de hecho: 30/3/09; publicación: *BO*, 6/4/09.

⁹⁴ Véase p. 508 y ss. de esta obra.

⁹⁵ Llorens - Rajmil, *Derecho de autoprotección. Previsiones para la eventual pérdida del discernimiento*, p. 76.

⁹⁶ Véase p. 517 de esta obra.

⁹⁷ Sanción: 25/9/08; promulgación: 8/10/08; publicación: *BO*, 24/10/08.

⁹⁸ Sanción: 10/9/08; promulgación: 1/10/08; publicación: 8/10/08.

⁹⁹ Promulgación: decr. 1276/10 del 30/7/10; publicación: 27/8/10, *BO* n° 26424 (suplemento).

¹⁰⁰ Sanción: 21/10/09; promulgación: 19/11/09; publicación: *BO*, 20/11/09.

terminados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasias, las que se tendrán como inexistentes”.

Si bien esta ley acota las directivas anticipadas a cuestiones de salud, no se advierten argumentos sólidos que pudieran invalidarlas en otras materias¹⁰¹.

Pese a los mencionados avances legislativos, lo cierto es que esta práctica a la que podrían recurrir las personas, para el caso de estar frente a una eventual pérdida del discernimiento, aún no se encuentra instalada en nuestra sociedad.

Preceptúa el art. 18, en su parte 1ª que: “*La persona internada bajo su consentimiento podrá en cualquier momento decidir por sí misma el abandono de la internación ...*”.

Reconoce la normativa el principio bioético de la autonomía de la voluntad de las personas (también llamado de autodeterminación) mediante el cual, como regla, cada individuo es dueño de sus propias acciones y decisiones. Resulta insoslayable, en consecuencia, respetar las opiniones y decisiones de las personas autónomas y abstenerse de interferir en sus elecciones, en tanto no perjudiquen a otros seres humanos¹⁰². No obstante, los hechos demuestran que un ingreso voluntario puede transformarse rápidamente en involuntario cuando la persona desea retirarse y los profesionales tratantes evalúan que acceder al egreso colocaría a aquella en una situación de riesgo cierto e inminente para sí o terceros.

Es que junto a la regla general surgen las situaciones de excepción, que se encuentran receptadas en los siguientes términos: “*Todo paciente que no haya sido admitido involuntariamente tendrá derecho a abandonar la institución psiquiátrica en cualquier momento a menos que se cumplan los recaudos para su mantenimiento como paciente involuntario*”¹⁰³.

Del mismo modo, una internación inicialmente involuntaria puede convertirse en voluntaria cuando el paciente presta su consentimiento informado en tal sentido¹⁰⁴.

Para el supuesto que el consentimiento hubiera sido obtenido o mantenido con dolo, debidamente comprobado por autoridad judicial, o se hubiere in-

¹⁰¹ Cfr. Llorens - Rajmil, *Derecho de autoprotección. Previsiones para la eventual pérdida del discernimiento*.

¹⁰² Luna - Salles, *Decisiones de vida y muerte. Eutanasia, aborto y otros temas de ética médica*, p. 26.

¹⁰³ Principio 15, ap. 3ª de los Principios de Salud Mental.

¹⁰⁴ En ese caso, dispone el art. 23, párr. 2º del Borrador que se le debe comunicar al juez esta novedad remitiéndole un informe con copia del consentimiento debidamente firmado.

cumplido con la obligación de informar, el profesional responsable y el director de la institución serán pasibles de las acciones civiles y penales que correspondan (art. 19).

El párrafo enuncia dos eventos que habilitan a promover contra el profesional responsable y el director del establecimiento acciones civiles y/o penales: a) obtener o mantener mediante dolo el consentimiento informado; y b) incumplir con la obligación de informar.

Es dable advertir que el precepto sólo incluye a la conducta dolosa. Desde la óptica civil el art. 931 prescribe que: “Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin”. En la clasificación de los actos ilícitos se requiere del dolo para incurrir en un delito. Este consiste en: “El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos del otro...” (art. 1072, Cód. Civil).

A diferencia del derecho civil que define al dolo, el Código Penal no precisa esta categoría jurídica, pero basta con decir que “el dolo es una decisión individual de conocer y querer realizar la enunciación de la figura legal”¹⁰⁵. Consecuentemente, quedarían fuera de la órbita de las conductas punibles las acciones culposas, negligentes o basadas en error.

Por lo demás, la norma exige que tal proceder sea verificado por autoridad judicial, trátase de penal o civil. Ello no es óbice para que, comprobada una conducta negligente, los profesionales integrantes de los efectores públicos pudieran ser pasibles de diversas sanciones administrativas.

Si una internación voluntaria perdurara por más de sesenta días corridos, el equipo de salud a cargo debe comunicarlo al órgano de revisión y al juez. Este último debe evaluar en un plazo no mayor de cinco días¹⁰⁶ de su notificación, si la internación continúa teniendo carácter voluntaria o si la misma debe pasar a considerarse involuntaria, con los requisitos y garantías establecidos para esta última situación. Por lo tanto, el mero transcurso de dicho lapso no transforma a una internación voluntaria en involuntaria, sino que debe el magistrado con anterioridad a modificar el encuadre apreciar si ha variado la situación.

Consideramos excesivo el plazo de sesenta días. En nuestro parecer debió mantenerse el plazo de veinte días que preveía el art. 2º de la ley 22.914 para las internaciones pedidas por el propio interesado.

¹⁰⁵ Hergott, *Los elementos subjetivos distintos del dolo*, LL, 2009-C-1173.

¹⁰⁶ Olmo y Pinto Kramer consideran que por tratarse de un plazo procesal se cuenta en días hábiles (*Comentario a la ley nacional de Salud Mental n.º 26.657*, en ADLA, Boletín Informativo, n.º 11, del 2/5/11, t. LXXI-B). Por el contrario, el Borrador en su art. 18 prescribe que los cinco días son corridos.

Coincidimos con Rivera en que luego de transcurrido dicho lapso resulta prudente que el juez y, ahora también, el órgano de revisión, se interesen por el caso y adopten las medidas que pudieran ser indispensables¹⁰⁷.

Desde otra mirada, el mentado plazo bien podría ser entendido como un modo de darle un mayor margen de respeto a la intimidad de las personas. A ello debe sumarse el resguardo que brinda la normativa en punto a que un cambio en el carácter de la internación debe ser comunicado con la máxima premura al juez.

c — Reglas específicas para las internaciones involuntarias

En el marco de las internaciones involuntarias, señala el art. 20 que éstas deben ser concebidas como un recurso terapéutico excepcional, para aquellos casos en que no sean posibles los abordajes ambulatorios, las que sólo podrán realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.

Como se advierte, la normativa pone en cabeza del equipo de salud la decisión de realizar una internación involuntaria.

Aun cuando, con anterioridad a la sanción de la ley en comentario, se oyeron voces que plantearon que la regla debía ser la intervención judicial previa a la efectivización de la medida¹⁰⁸, lo cierto es que la actuación jurisdiccional es posterior y a los fines de autorizar la internación y luego controlarla. Ya sancionada la ley no faltaron opiniones que descalificaron la decisión del legislador de que la actuación judicial fuera posterior. Así se ha dicho que se le otorga al equipo interdisciplinario un papel relevante en detrimento del de los jueces¹⁰⁹ o que, ciertamente, implica una regresión respecto a la norma antes vigente, que establecía como regla la intervención judicial previa, lo cual constituía una garantía en serio¹¹⁰.

El art. 482, ap. 1º del Cód. Civil en su redacción previa establecía como principio rector para privar de la libertad individual a una persona que fuera de temer que, usando de ella, se dañara a sí misma o a otros. La condición necesaria estaba dada por el peligro¹¹¹ pudiendo, en cambio, ser potencial la

¹⁰⁷ Rivera, *Instituciones de derecho civil. Parte general*, t. I, p. 538.

¹⁰⁸ *Contenidos mínimos necesarios desde una perspectiva de derechos humanos para avanzar en la formulación de una Ley Nacional de Salud Mental y otras regulaciones vinculadas con el acceso a la justicia*, citado.

¹⁰⁹ Mayo - Tobías, *La nueva ley 26.657 de Salud Mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil*, LL, ejemplar del 14/2/11, p. 1.

¹¹⁰ Rivera - Hooft, *La nueva ley 26.657 de salud mental*, JA, ejemplar del 25/5/11.

¹¹¹ Cifuentes - Rivas Molina - Tiscornia, *Juicio de insania*, ps. 365 y 366.

posibilidad del daño¹¹². Y en esa línea debía, entre otros datos, asentarse en la historia clínica del paciente el índice de peligrosidad que se le atribuía¹¹³.

Actualmente se destierra, en palabras de Cohen, el criterio de “peligrosidad pronóstica”¹¹⁴ y se exige el de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. Este impregna al remozado art. 482 para —previa evaluación por un equipo interdisciplinario— privar de su libertad personal al declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones (párr. 1º), o para que las autoridades públicas dispongan el traslado a un establecimiento de salud para la evaluación de personas que padezcan enfermedades mentales o adicciones (párr. 2º).

Similar temperamento consigna el Principio 16 de los Principios de Salud Mental, cuyo ap. 1º admite la internación involuntaria o que la persona sea retenida como paciente involuntario cuando —según el inc. a)— debido a su enfermedad mental “existe un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros”. A su vez, el inc. b) contempla un segundo supuesto que se configura “en el caso de una persona cuya enfermedad mental sea grave y cuya capacidad de juicio esté afectada, [y] el hecho de que no se la admita o retenga puede llevar a un deterioro considerable de su condición o impedir que se le proporcione un tratamiento adecuado que sólo puede aplicarse si se admite al paciente en una institución psiquiátrica de conformidad con el principio de la opción menos restrictiva”.

El párr. 2º del novel art. 482 ha merecido más de una objeción.

En primer lugar, se critica el reemplazo del término “autoridades policiales” por “autoridades públicas” el que ha sido tildado de genérico e impreciso. En segundo lugar, se reprocha que antes de la modificación introducida por la ley 26.657 la internación policial reposaba sobre el dictamen de un médico policial, mientras que ahora es suficiente la decisión de la autoridad pública¹¹⁵.

En esa misma línea se ha considerado muy desaconsejable el cambio en una materia tan sensible como la libertad personal donde se suprime el previo dictamen del médico oficial por el del equipo interdisciplinario, lo cual —en palabras de los autores— sólo se explica por esta tendencia de la nueva ley a limitar la autoridad de los médicos en beneficio de los equipos interdisciplinarios¹¹⁶.

¹¹² Rivera, *Instituciones de derecho civil. Parte general*, t. I, p. 535.

¹¹³ Cfr. art. 7º de la derogada ley 22.914.

¹¹⁴ Cohen, “La creación de los sistemas de salud mental basados en la comunidad, en el contexto de experiencias exitosas en la región de las Américas”, en *Salud mental y derechos humanos. Vigencia de los estándares internacionales*, p. 112.

¹¹⁵ Mayo - Tobías, *La nueva ley 26.657 de Salud Mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil, LL*, ejemplar del 14/2/11, p. 1.

¹¹⁶ Rivera - Hoof, *La nueva ley 26.657 de salud mental, JA*, ejemplar del 25/5/11.

El párr. 3º del art. 482 del Cód. Civil reza: “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 inhabilidad”.

Este supuesto, que en su redacción preliminar había sido introducido por la ley 17.711, enuncia por remisión al art. 144 del Código fonal a las personas legitimadas para solicitarle al juez la evaluación interdisciplinaria de quienes por padecer enfermedades mentales y adicciones necesitan apoyo en un establecimiento apropiado a su afección. Es de señalar que éste es el único precepto donde hay una mención indirecta a la actuación del defensor de menores e incapaces, centrándose su cometido en requerirle al juez la evaluación interdisciplinaria. Por tal razón y habiendo sido derogada la ley 22.914, se observaron inicialmente posiciones encontradas en torno de si competía a dichos magistrados controlar y requerir las medidas conducentes al mejor tratamiento y cuidado de todos los internados o solamente de las personas menores de edad y de quienes hubieran sido declaradas *incapaces*.

Para despejar toda duda, el 15 de abril de 2011, la defensora general de la Nación dictó la Res. DGN 422/11 mediante la cual aprobó la “Guía de buenas prácticas en la implementación de la Ley Nacional de Salud Mental (ley 26.657)”. Por su intermedio se precisa el ámbito de intervención que le corresponde a los defensores públicos de menores e incapaces en el marco de la nueva reglamentación, de las normas del Código Civil, del Código Procesal Civil y Comercial y de la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946, y se recomiendan buenas prácticas tendientes a facilitar la implementación de la Ley de Salud Mental.

La misma se encuentra subdividida según que se trate de intervención ante:

- a) Internaciones de personas adultas que no se encuentren bajo proceso judicial de cuestionamiento del ejercicio de su capacidad jurídica o hayan sido declaradas incapaces.
- b) Internaciones de menores de edad y personas declaradas incapaces o bajo procesos judiciales de cuestionamiento del ejercicio de su capacidad jurídica.
- c) Declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad.

Finalmente, se elimina del art. 482 la figura del defensor especial¹¹⁷, cuya misión consistía en asegurar que la internación no se prolongara más de

¹¹⁷ Véase p. 240 y ss. de esta obra.

lo indispensable y aun evitarla cuando pudieran prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación alimentaria¹¹⁸.

Por su parte, aunque el Libro IV, "Procesos de declaración de incapacidad y de inhabilitación" del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no ha tenido ninguna modificación expresa, pensamos que tanto el art. 625¹¹⁹ como el art. 629, *in fine*¹²⁰ han quedado tácitamente derogados por la ley 26.657. Ello así, pues el juez, salvo la excepción prevista en el art. 21, inc. c), *in fine*¹²¹, carece de potestad para ordenar por sí internaciones involuntarias.

Una postura menos extrema habilitaría a armonizar dichas normas con las directrices de la ley 26.657 entendiéndolo que, de presentarse los supuestos allí mencionados, el juez posee la potestad para ordenar el traslado de la persona de que se trate a los fines exclusivos de su evaluación.

Para que proceda la internación involuntaria, además de los requisitos comunes ya mencionados, debe hacerse constar:

- a) Dictamen profesional del servicio asistencial que realice la internación. Se debe determinar la situación de riesgo cierto e inminente a que hace referencia el párr. 1º del art. 20, con la firma de dos profesionales de diferentes disciplinas, que no tengan relación de parentesco, amistad o vínculos económicos con la persona, uno de los cuales deberá ser psicólogo o médico psiquiatra.
- b) Ausencia de otra alternativa eficaz para su tratamiento.
- c) Informe acerca de las instancias previas implementadas si las hubiera.

El art. 21 establece plazos por demás exiguos. En primer término, la internación involuntaria debidamente fundada debe ser notificada obligatoriamente en un plazo de diez horas al juez competente y al órgano de revisión.

¹¹⁸ En consecuencia ha quedado implícitamente derogado el inc. f) del art. 59 de la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946 que dentro de la enunciación de funciones que correspondían al curador público le otorgaba a éste en carácter de defensor especial la defensa fuere de orden personal o patrimonial de las personas internadas, gestionando tratamientos adecuados, así como también los amparos patrimoniales que pudieran corresponder.

¹¹⁹ En tanto reza: "Cuando no fuere posible acompañar dichos certificados, el juez requerirá la opinión de dos médicos forenses, quienes deberán expedirse dentro de cuarenta y ocho horas. A ese solo efecto y de acuerdo con las circunstancias del caso, el juez podrá ordenar la internación del presunto incapaz por igual plazo, si fuera indispensable su examen".

¹²⁰ En cuanto prevé que: "Si se tratase de un presunto demente que ofreciese peligro para sí o para terceros, el juez ordenará su internación en un establecimiento público o privado".

¹²¹ Cuando el servicio de salud responsable de la cobertura se negase a realizarla.

Este plazo es de diez horas corridas, contadas desde que se efectivizó la medida, y aun cuando su vencimiento opere en día u horario inhábil judicial. La comunicación podrá realizarse telefónicamente, o por otra vía tecnológica expedita y verificable que se acuerde¹²².

Se busca de este modo noticiar con premura al tribunal y al órgano de revisión toda internación no voluntaria por la que atravesase una persona.

Por otra parte, al no estar aún conformado el órgano de revisión multidisciplinario que prevén el art. 38 y ss., y atendiendo a que el mismo va a funcionar en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa, los jueces civiles con competencia en asuntos de familia y estado civil de las personas comunican a este Ministerio las internaciones involuntarias.

Un segundo plazo no mayor a cuarenta y ocho horas se encuentra previsto para que el servicio asistencial que realizó la internación remita al tribunal todas las constancias previstas en el art. 20.

Finalmente, el juez, en un término que no puede exceder de tres días corridos de notificado, debe:

- a) Autorizar, si evalúa que están dadas las causales previstas por esta ley (en la práctica se observa que los magistrados utilizan distintos vocablos: mantener, convalidar o autorizar la internación de que se trate).
- b) Requerir informes ampliatorios de los profesionales tratantes o indicar peritajes externos, siempre que no perjudiquen la evolución del tratamiento, tendientes a evaluar si existen los supuestos necesarios que justifiquen la medida extrema de la internación involuntaria. Al respecto, aun cuando el requerimiento de los informes ampliatorios aparece como imperativo, es de toda lógica que el magistrado habrá de acudir a ellos cuando no cuente con el conjunto de elementos que le permitan tener la certeza de que están dadas las causales previstas en la ley. Es que por regla es dable presumir que, habitualmente, contará con información suficiente por haber recibido todas las constancias previstas en el art. 20¹²³. Dicho de otra manera, el informe ampliatorio sólo procederá cuando a criterio del juez el informe original fuera insuficiente y únicamente sobre aquellos aspectos que requirieran ser completados. Ante un pedido de informe ampliatorio o de un peritaje externo, el plazo máximo para autorizar o denegar la internación no podrá superar los siete días fijados en el art. 25 de la ley¹²⁴.

¹²² Art. 21 del Borrador.

¹²³ Pagano, *Las internaciones involuntarias en la Ley de Salud Mental 26.657, ED*, ejemplar del 11/2/11.

¹²⁴ Art. 21, inc. b) del Borrador.

- c) Denegar, si evalúa que no existen los supuestos necesarios para la medida de internación involuntaria, en cuyo caso debe asegurar la externación de forma inmediata.

De no encontrarse reunidos los recaudos que exige la ley para tan excepcional medida, el juez no habrá de convalidar la internación involuntaria incumbiéndole proveer a la inmediata externación de la persona en cuestión. Este deber no es novedoso. Pero, aún así, la norma recalca la actuación oficiosa¹²⁵ que le compete al juez tendiente a facilitar el egreso. Dentro de este último supuesto, si bien puede ocurrir que inicialmente resulte procedente una internación involuntaria, luego dejen de concurrir los presupuestos —de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros y ausencia de una alternativa menos restrictiva— que habilitan su continuidad¹²⁶. En ese caso, compete al juez modificar la autorización primigeniamente dada.

Tal lo acontecido con una joven de diecisiete años internada en el Hospital Doctora Carolina Tobar García que pese a que se encontraba con alta médica, ésta no se podía concretar por problemáticas sociales. Puntualmente, resultaba inconveniente su reinserción en el domicilio donde vivía con su progenitora y se recomendaba su derivación a un hogar terapéutico. Consecuentemente, el tribunal —acompañando lo peticionado por el defensor de la joven— dispuso no convalidar la internación de M. M. en el mencionado hospital, en virtud de lo previsto por el art. 21, inc. c) de la ley 26.657, ordenando al equipo tratante arbitrar los medios necesarios para su derivación a una institución adecuada. Asimismo, dispuso que hasta tanto se efectivizara la derivación el equipo médico tratante debía remitir al tribunal informes semanales sobre las novedades del caso¹²⁷.

Refiere el art. 22, en su parte 1^a, que: “*La persona internada involuntariamente o su representante legal, tiene derecho a designar un abogado. Si no lo hiciera, el Estado debe proporcionarle uno desde el momento de la internación ...*”¹²⁸.

Con análoga redacción e idéntico espíritu, el Principio 18, ap. 1^o de los Principios de Salud Mental sostiene el derecho del paciente a designar un defen-

¹²⁵ El art. 9^o de la derogada ley 22.914 sentaba una pauta general sobre esta materia al disponer que los jueces debían impulsar de oficio y con la mayor celeridad las actuaciones judiciales relativas a las personas comprendidas en la dicha ley.

¹²⁶ Olmo - Pinto Kramer, *Comentario a la ley nacional de Salud Mental n° 26.657*, en *ADLA*, Boletín Informativo, n° 11, del 2/5/11, t. LXXI-B.

¹²⁷ Juzg. Nac. Civ. n° 92, 20/4/11, “M. M. E. s/Protección especial”, inédito.

¹²⁸ En similar sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 8^o, inc. 2^o, ap. e) garantiza el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

sor para que lo represente en su calidad de paciente, incluso en todo procedimiento de queja o apelación. Para el caso de que éste no obtuviere esos servicios, “se pondrá a su disposición un defensor sin cargo alguno en la medida en que el paciente carezca de medios suficientes para pagar”.

De allí se deriva que la gratuidad de la defensa estaría prevista sólo para quienes carezcan de recursos suficientes para afrontar el costo de un abogado. Empero, ya señalamos que los preceptos de la ley deben armonizarse con los Principios de Salud Mental que forman parte integrante de la misma. En consecuencia, habrá de estar a la solución que atienda al superior interés de la persona internada involuntariamente; en este caso, a través del mejor estándar fijado en el art. 22 de la ley 26.657, que no establece dicho requisito¹²⁹. Por lo tanto, si se tratara de la actuación de la defensa pública, ésta siempre será gratuita¹³⁰.

Como el precepto utiliza una fórmula alternativa: persona internada en forma involuntaria o su representante legal, cuando quien designe al defensor sea este último incumbe al juez garantizar que no existan conflictos de interés, debiendo requerir la designación de un nuevo defensor si fuese necesario¹³¹.

No podemos dejar de pasar por alto que la subsidiaridad del abogado defensor proporcionado por el Estado se desdibuja si se concibe que la persona tiene —literalmente— que contar con un abogado desde el momento de la internación, pues no habría tiempo material para efectuar la consulta pertinente al propio interesado.

Tal vez ello permita entender por qué en la justicia nacional algunos magistrados —invocando el cumplimiento del art. 22 de la ley 26.657— optaron por designar de modo inmediato al curador público: 1) hasta tanto fuera reemplazado por el abogado que éste designara¹³²; o 2) sin perjuicio de hacerle saber a la persona internada que tiene la facultad de optar por un abogado particular¹³³. Incluso ha habido casos en que invocando el art. 22 de la referida norma, se designó lisa y llanamente defensor al curador público¹³⁴ sin comunicarle a la persona internada la posibilidad de designar un abogado de su elección.

¹²⁹ Olmo - Pinto Kramer, *Comentario a la ley nacional de Salud Mental n° 26.657*, en *ADLA*, Boletín Informativo, n° 11, del 2/5/11, t. LXXI-B.

¹³⁰ Art. 22, párr. 1^o, *in fine* del Borrador.

¹³¹ Art. 22, párr. 6^o del Borrador.

¹³² Juzg. Nac. Civ. n° 23, 22/12/10, “T. M., J. s/Art. 482 del Cód. Civil”, inédito.

¹³³ Juzg. Nac. Civ. n° 85 (J. 10 de Feria), 12/1/11, “L., V. A. s/Art. 482 del Cód. Civil”, inédito.

¹³⁴ Juzg. Nac. Civ. n° 85 (J. 92 de Feria), 12/1/11, “A., P. s/Art. 482 del Cód. Civil”, inédito.

Tal último proceder —en situación que guarda cierta analogía— tuvo por resultado que la Sala IV de la Cámara Criminal y Correccional revocara una sentencia en la que no se hizo lugar a la petición de la defensa oficial de notificar al imputado para que, de así desearlo, escogiera a un abogado de su confianza previo a darle intervención. Los camaristas, concordando con lo pedido por el defensor público, señalaron que “es deber del juez proveer la defensa técnica del imputado y en que la ley privilegia la proposición del defensor de confianza”¹³⁵.

Por lo demás, proporcionar no es igual que poner a disposición. En el primer caso se advertiría más que un derecho casi una imposición para la persona internada, mientras que el segundo tiene visos de ofrecimiento que, como tal, aquélla podría rechazar.

Lo cierto es que, más allá de estas disquisiciones semánticas, lo que se busca es garantizar que el derecho de defensa se haga efectivo desde la internación, para lo cual el servicio asistencial deberá informar al usuario que tiene derecho a designar un abogado. Empero, si en ese momento no se puede comprender su voluntad, o la persona no designa un letrado privado, o solicita un defensor público, se dará intervención a la institución que presta defensa pública¹³⁶. Para aquellos casos “en que no pueda comprenderse la voluntad de la persona internada, el defensor deberá igualmente procurar que las condiciones generales de internación respeten las garantías mínimas exigidas por la ley”¹³⁷.

El defensor —advierde el art. 22— podrá oponerse a la internación y solicitar la externación en cualquier momento.

Resulta significativo destacar que el enunciado consigna el verbo “podrá”, lo que daría cuenta de que el abogado defensor tiene expedita la facultad —no el deber— para actuar en tal sentido. Y aquí entramos en un terreno altamente delicado en donde —por las cuestiones involucradas— cobra especial trascendencia la conducta ética con que debe manejarse el defensor de la persona que se encuentra en encierro.

Sin olvidar que en la internación involuntaria hay una clara conculcación de derechos humanos que amerita ser justificada, se ha recalcado que conviene no perder de vista que la omisión de internar —o agregamos, de propiciar la externación— a una persona que la precisa compromete su derecho fundamental a la salud y eventualmente a la vida¹³⁸.

¹³⁵ CNCrim. y Corr., Sala IV, 16/11/10, “M., M. H. s/Art. 104 del CPPN”, *DJ*, ejemplar del 6/12/10.

¹³⁶ Art. 22, párr. 3º del Borrador.

¹³⁷ Art. 22, párr. 4º del Borrador.

¹³⁸ Carranza Casares, *Salud mental y derechos humanos a concretar*, p. 52.

Si en el ámbito del derecho de familia se admite que el ejercicio ético de la profesión de abogado impone un *plus*, un deber de actuación con mayor cuidado por las particularidades propias del material con el que se trabaja¹³⁹, qué decir cuando lo que está en juego es nada menos que la salud o inclusive la vida del sujeto internado.

Frente al pedido que pudiera formular un asistido para que el letrado gestione su inmediato egreso, recién sancionada la ley, una de nosotras se preguntó si era ética o no una conducta desplegada en tal sentido cuando aún se encontraba presente un riesgo cierto e inminente para aquél o terceros. La respuesta entonces dada fue que había que ponderar las particularidades del caso concreto, sin obviar que el letrado debía tener en claro que su actuación no representaba el deseo sino el mejor interés de su defendido, el que estaría dado cuando evaluaciones interdisciplinarias actualizadas corroboraran que habían cesado las causas que justificaban la internación¹⁴⁰.

Una reflexión más profunda impone precisar esa aseveración a la luz de diversos instrumentos internacionales que contemplan el derecho de defensa¹⁴¹.

En primer lugar, es dable señalar que difieren las funciones que tenía a su cargo el “defensor especial” con las que se le imponen al defensor del art. 22. Para aquél no le era vinculante la voluntad del paciente¹⁴², debiendo sí asegurar que la internación no se prolongara más de lo indispensable y aun evitarla cuando pudieran prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación alimentaria. Por el contrario, el defensor del art. 22 ejerce una defensa técnica y tiene el deber de representar al paciente¹⁴³, incluso en todo procedimiento de queja o apelación¹⁴⁴. No podemos dejar de pasar por alto que, habitualmente, el defensor será la única “voz” con la que contará la persona internada en forma involuntaria.

¹³⁹ Pellegrini, María V., *El rol del abogado de familia: ética, especialidad e integralidad*, en “II Encuentro Nacional de Jóvenes Abogados en Derecho de Familia”, 8 y 9 de noviembre de 2010, Mendoza, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo.

¹⁴⁰ Pagano, *Las internaciones involuntarias en la Ley de Salud Mental 26.657*, ED, ejemplar del 11/2/11.

¹⁴¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 8º y 25; Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, arts. 5º, 12 y 13; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 12.2, entre otras.

¹⁴² Olmo - Pinto Kramer, *Comentario a la ley nacional de Salud Mental n° 26.657*, en *ADLA*, Boletín Informativo, n° 11, del 2/5/11, t. LXXI-B.

¹⁴³ Martínez Alcorta, *El defensor del usuario del servicio de salud mental*, ED, “Cuaderno de familia”, feb. 2011; Olmo - Pinto Kramer, *Comentario a la ley nacional de Salud Mental n° 26.657*, en *ADLA*, Boletín Informativo, n° 11, del 2/5/11, t. LXXI-B.

¹⁴⁴ Principio 18, ap. 1º, Principios de Salud Mental.

En tal sentido, “en el ejercicio de la asistencia técnica el abogado defensor —público y privado— debe respetar la voluntad y las preferencias de la persona internada, sin conflictos de interés, en lo relativo con su atención y tratamiento”¹⁴⁵. Se refuerza lo expuesto con la afirmación de que “[e]ste defensor técnico constituye una figura distinta a la del curador, en tanto su función es la exclusiva defensa de los intereses de la persona que se encuentra internada involuntariamente”¹⁴⁶.

En sintonía con la ley se ha dicho que debe la defensa técnica cumplir fielmente la voluntad de su representado, y transmitir sus inquietudes en peticiones concretas dentro del ámbito judicial, no pudiendo sustituir la voluntad de la persona con discapacidad mental por su criterio profesional sino que debe asistirlo técnicamente para desenvolverse y expresar su voluntad en el marco del procedimiento judicial¹⁴⁷.

A su vez, la defensa técnica de la persona internada comprende el resguardo de las cuestiones patrimoniales impostergables y urgentes, cuya preservación sea ineludible para facilitar la externación y la integración a la comunidad¹⁴⁸.

Por último, el art. 22 indica que es obligación del tribunal permitir al defensor el control de las actuaciones en todo momento.

A esta garantía procesal, fundamental por cierto en orden a que el abogado esté en condiciones de garantizar el derecho de defensa en juicio de su asistido, deben adicionársele todas aquellas enunciadas en el Principio 18 de los Principios de Salud Mental. Entre ellas, por ejemplo, las de contar con la asistencia de un intérprete, presentar dictámenes médicos independientes u otras pruebas o informes, solicitar y asistir personalmente junto con su defensor a la audiencia y participar y ser oídos en ella y requerir la presencia de una determinada persona en la audiencia.

Un lugar destacado ocupa el derecho a la intimidad y a la vida privada del paciente en todo lo atinente a la tramitación del proceso y a la decisión jurisdiccional, siendo categórico el principio en que le incumbe al juez tener en plena consideración los deseos del paciente tocante a su publicidad.

Con la finalidad de proveer de asistencia técnica y facilitar el acceso a la justicia de las personas internadas involuntariamente que no hubieran optado por designar a su abogado particular, la Res. DGN 1728/10, de fecha 14

¹⁴⁵ Art. 22, párr. 2º del Borrador.

¹⁴⁶ Art. 22, *in fine* del Borrador.

¹⁴⁷ Amendolaro - Laufer Cabrera, “El derecho de defensa y el acceso a la justicia de las personas usuarias de los servicios de salud mental”, en *Derechos humanos en Argentina. Informe 2009*, p. 365.

¹⁴⁸ Art. 22, párr. 5º del Borrador.

de diciembre de 2010, estableció en el pto. I “que la designación del abogado proporcionado por el Estado al que alude el art. 22 de la ley 26.657 recaiga en los señores curadores públicos” facultando en el pto. II al “Director General de Tutores y Curadores Públicos para dictar las instrucciones generales o particulares tendientes a organizar la nueva modalidad de intervención en los términos referidos”.

Posteriormente, y buscando lograr mayor inmediatez en la cobertura del servicio de defensa y dar respuestas particularizadas de acuerdo a las distintas problemáticas planteadas, por Res. DGN 558/11, de fecha 12 de mayo de 2011, la defensora general de la Nación creó —como proyecto piloto— en el ámbito del Área Técnica de la Defensoría General de la Nación, una “Unidad de Letrados, art. 22, ley 26.657”, integrada por ocho profesionales con cargo de secretarios de primera instancia para ejercer la función asignada por la mencionada norma.

Para cumplir con su cometido, esta Unidad cuenta con el apoyo profesional de un equipo interdisciplinario compuesto por tres médicos psiquiatras, tres psicólogos y tres trabajadores sociales, quienes forman parte de la actividad de defensa técnica en miras a brindar una prestación especializada.

La intervención de los nombrados —que comenzó el 1º de agosto de 2011— se extiende en todos los procesos de internación involuntaria de una persona mayor de edad iniciados a partir de la mentada fecha, hasta su efectiva externación. En las internaciones involuntarias ya existentes continuará interviniendo el curador público pertinente.

Por otro lado, en aquellos casos en que una persona se encuentre bajo cualquier proceso de determinación del ejercicio de su capacidad jurídica (v. gr., arts. 141, 152 *bis* o 152 *ter*, Cód. Civil), la función establecida en el art. 22 de la Ley de Salud Mental recaerá en el curador público que corresponda.

Inicialmente, el cometido de la “Unidad de Letrados, art. 22, ley 26.657” se circunscribirá a la defensa técnica de personas mayores de edad internadas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, correspondiéndole intervenir al curador público correspondiente en las internaciones acaecidas en otras jurisdicciones, con competencia de la justicia nacional en lo civil, sin perjuicio de los planteos de incompetencia que dichos funcionarios puedan articular para que el contralor judicial de la medida recaiga en el ámbito provincial.

De este modo, queda parcialmente saldada la deuda que le fuera reclamada a nuestro país por el Comité de Derechos Humanos en el Cuarto Informe periódico en los siguientes términos: “Dado la información recibida respecto a las deficiencias en la atención de los usuarios de los servicios de salud mental, en particular en lo relativo al derecho a ser oídos y a gozar de asistencia jurídica en decisiones relativas a su internamiento, la República Argentina debe tomar medidas con miras a proteger los derechos de estas personas de

conformidad con el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de adecuar la legislación y práctica a los estándares internacionales relativos a los derechos de las personas con discapacidad”¹⁴⁹.

Tratándose de personas declaradas incapaces o de niñas, niños y adolescentes, dispone la ley 26.657 en su art. 26 que toda internación ha de considerarse involuntaria.

Se aparta la ley nacional de lo dispuesto por el art. 21 de la ley 448, cuyo inc. a) considera voluntaria a aquella en que “la persona consiente a la indicación profesional o la solicita a instancia propia o por su representante legal”.

Sobre el punto resulta oportuno recordar que en el caso “Shtukaturv v. Russia”¹⁵⁰ la internación del señor Pavel Vladimirovich Shtukaturv fue considerada voluntaria, pese a sus numerosos intentos de abandonar el nosocomio, porque había sido internado con el consentimiento de su curadora.

En virtud de que ambos colectivos —sea por su escasa edad o por su padecimiento psíquico— comparten un significativo grado de vulnerabilidad, resulta acertada la decisión del legislador en tanto la involuntariedad implica contralor judicial y defensa técnica.

Además, el párrafo final del art. 26 preceptúa que tratándose de personas menores de edad se procederá de acuerdo a la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos. Por ende, rige el principio de especialidad por el sujeto de raigambre constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nacional; Convención sobre los Derechos del Niño), plasmado también en diversas leyes (arts. 27, inc. c, ley 26.061; y 10 y 11, inc. d, ley 114 de la CABA).

Sobre la base de distinguir entre los derechos participativos o emancipadores, que se reconocen al niño en consonancia con la evolución de sus facultades, y los derechos protectores de la infancia de carácter universal, que se aplican independientemente de las facultades individuales del niño, se admite que existen situaciones en las cuales tiene vigencia el derecho absoluto a la protección y al respeto de la integridad física —que la CDN exige cualquiera fuere la edad del niño—, por lo que, por competentes que éstos son, no podrían elegir renunciar a sus propios derechos, puesto que éstos son —deberían ser— protecciones universales que cubren a todos los niños¹⁵¹.

La reglamentación proyectada correspondiente al art. 26 establece que: “Las personas mayores de catorce años y aquellas declaradas incapaces deben suscribir el consentimiento informado salvo que el equipo tratante consi-

¹⁴⁹ Comité de Derechos Humanos, 22/3/10, Cuarto Informe Periódico de Argentina, LL, Online, AR/JUR/35651/2010.

¹⁵⁰ Véanse ps. 67 a 69 de esta obra.

¹⁵¹ Olmo - Pinto Kramer, *Comentario a la ley nacional de Salud Mental n° 26.657*, en ADLA, Boletín Informativo, n° 11, del 2/5/11, t. LXXI-B.

dere y fundamente que no se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio. En este caso, será suscripto por los padres o representantes legales. En casos de personas menores de esa edad, y de acuerdo a lo establecido en los incs. b) y d) del art. 3° de la ley 26.061, deberá constar en la historia clínica su opinión respecto de la internación”.

Aun cuando las personas menores de dieciocho años o declaradas incapaces prestaran su consentimiento para la internación, ésta será “considerada involuntaria a los efectos de la notificación y los controles pertinentes”.

En un intento por compatibilizar discernimiento, ejercicio de la capacidad garantizada convencionalmente e incapacidad regulada en el derecho positivo, concluye el art. 26 del Borrador señalando que: “Si la persona menor de edad o declarada incapaz, en condiciones de lucidez y comprensión de la situación como para decidir por sí misma, rechaza la indicación de internación, deberá buscarse una alternativa que sea aceptada por éste, excepto en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros”.

Desde otro ángulo, siguiendo el temperamento adoptado en la Res. DGN 1431/07, del 3 de octubre de 2007¹⁵², dispone la Res. DGN 841/11, de fecha 4 de julio de 2011, que la defensa técnica de las personas menores de edad que se encontraren internadas recaerá en los curadores provisorios.

Siguiendo con el comentario a la ley 26.657, el art. 23 prevé que: “El alta, externación o permisos de salida son facultad del equipo de salud que no requiere autorización del juez...”. Dicha facultad no exime al equipo de salud de informar al juez la decisión adoptada cuando se tratare de una internación involuntaria, voluntaria prolongada o internación de personas menores de edad o declaradas incapaces. No bien cesa la situación de riesgo cierto e inminente el equipo de salud está obligado a externar a la persona o transformar la internación en voluntaria.

El precepto es categórico en punto a que —cuando corresponda— es un deber del equipo tratante disponer el alta, la externación o los permisos de salida. Es sabido que en muchas localidades de distintas provincias de nuestro país los médicos no efectivizaban el alta hasta asegurarse de contar con el visto bueno judicial¹⁵³. Asimismo, es dable señalar que aun en la actualidad persisten algunos profesionales que solicitan la conformidad del curador para que su asistido pueda realizar salidas recreativas, tratando de esta forma de cubrirse de eventuales demandas por responsabilidad civil. A partir de la entrada en vigencia de la ley no hay dudas que el temperamento a adoptar es de su entera responsabilidad.

¹⁵² Véanse ps. 246 y 247 de esta obra.

¹⁵³ Terzaga, *Declaración judicial de incapacidad por insania. Inhabilitación judicial e internación por medios coactivos*, LNC, 2008-2-123.

Por otro lado, la comunicación al juez garantiza el control de la legalidad del procedimiento, pudiendo —de contar con una pericia que avale su decisión— mantener la internación aún en contra del criterio del equipo interdisciplinario¹⁵⁴.

Pese a que se encuentran exceptuadas de lo dispuesto en este artículo las internaciones realizadas en los supuestos previstos en el art. 34, inc. 1º del Cód. Penal¹⁵⁵, todo el resto del articulado le es absolutamente aplicable.

Para las personas internadas por orden de juez penal se prevé la creación de dispositivos comunitarios en el lugar más adecuado bajo una decisión intersectorial participando a la autoridad sanitaria correspondiente y siempre fuera de las unidades carcelarias y de dispositivos monovalentes que dependan del servicio penitenciario¹⁵⁶.

Si el juez autorizó una internación involuntaria, debe “solicitar informes con una periodicidad no mayor a treinta días corridos a fin de reevaluar si persisten las razones para la continuidad de dicha medida, y podrá en cualquier momento disponer su inmediata externación ...” (art. 24)¹⁵⁷.

Reiteramos lo ya expresado con anterioridad: la ley exige del juez una conducta activa, oficiosa. Aunque, en la práctica, el acatamiento de estos plazos se presenta como de dificultosa observancia.

En los primeros tiempos de aplicación de la ley, pudo advertirse que algunos magistrados, considerando que se encontraba “acreditada *prima facie* en autos la excepcionalidad prevista en el art. 20 de la ley 26.657, en los términos de lo dispuesto por los arts. 21 y 232 del Cód. Proc. Civ. y Com.”, autorizaron directamente la internación, requiriendo la reevaluación del paciente en el plazo de cinco días¹⁵⁸. Inferimos que si un juez autoriza cautelarmente una

¹⁵⁴ Kraut - Diana, *Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria*, LL, ejemplar del 8/6/11, p. 1.

¹⁵⁵ En tanto reza: “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 inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, 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 peligroso ...”.

¹⁵⁶ Art. 23, párr. 3º del Borrador.

¹⁵⁷ Dichos informes de acuerdo al borrador también deberán ser interdisciplinarios y cumplir con las características del art. 16 de la ley.

¹⁵⁸ Juzg. Nac. Civ. n° 102 (J. 92 de Feria), 11/1/11, “M., N. P. C. s/Art. 482 del Cód. Civil”, inédito.

internación es porque entiende que no tiene todos los elementos necesarios para justificar una internación involuntaria. En esos casos pensamos que lo adecuado no es solicitar una reevaluación, sino requerir a la institución los informes ampliatorios previstos en el art. 21, inc. b).

Ahora bien, si la internación involuntaria perdura por más de noventa días, luego del tercer informe debe el juez pedir al órgano de revisión que designe un equipo interdisciplinario que no haya intervenido hasta el momento, y en lo posible, independiente del servicio asistencial interviniente, a fin de obtener una nueva evaluación. En caso de diferencia de criterio, siempre optará por la que menos limite la libertad de la persona internada (art. 24).

Este equipo externo, diferente al que evaluó la necesidad de internación, busca ser una garantía de imparcialidad frente a eventuales conflictos de intereses que pudieran presentarse.

La última frase mereció una objeción que entendemos importante dar a conocer. Se dijo que debe tenerse en cuenta que la solución que “*menos restrinja la libertad*” no siempre implica que sea la mejor, considerando que se estaba en presencia de una intromisión excesiva de la ley sobre el criterio médico¹⁵⁹.

Resulta difícil predicar en abstracto, pero frente a evaluaciones contradictorias habrá que ponderar todas las variables involucradas en el caso concreto y no únicamente aquella a la que la mencionada norma le da prioridad, y si aún así no resultara posible tener la certeza sobre la decisión a adoptar, siempre existe la posibilidad de requerir un tercer estudio.

Dispone el art. 25 que, luego de transcurridos los primeros siete días en el caso de internaciones involuntarias, el juez deberá dar parte al órgano de revisión. Es nuestro parecer que esta obligación resulta una redundancia, pues éste ya está (o debería estar) anoticiado a tenor de lo dispuesto en el art. 21.

Concreta el art. 27 de la ley nacional la llamada “desmanicomialización” al prohibir la creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados. Los que ya existieran deberán adaptarse a los objetivos y principios expuestos, hasta su sustitución definitiva¹⁶⁰ por los dispositivos alternativos.

Cuando tratamos este tema¹⁶¹ descontamos que en el estado actual del desarrollo teórico relativo a esta temática se sabía que el modelo de internaciones centrado en instituciones psiquiátricas se encontraba perimido. Sin

¹⁵⁹ Cámara de Diputados de la Nación, versión taquigráfica, Período 127 (1/3/09 - 28/2/10), Reunión 12, Inserción (18) solicitada por la diputada Diez.

¹⁶⁰ Conforme el art. 27 del Borrador la sustitución definitiva deberá tener en cuenta el plazo del año 2020.

¹⁶¹ Véase p. 278 y ss. de esta obra.

embargo, el abandono del modelo de hospital monovalente ha revelado una “polarización” de opiniones.

Mayo y Tobías enuncian como errores de la ley—similares a otras propuestas de reformas psiquiátricas— los siguientes: “a) el mal no está en los hospitales monovalentes como tales, sino en la necesidad de la reforma de sus condiciones materiales y humanas, intensificando los objetivos terapéuticos y limitando las internaciones a lo estrictamente necesario a fin de evitar la cronicidad; b) se politiza la reforma psiquiátrica facilitando la exclusión de criterios profesionales en la aplicación de la misma; c) se acelera el proceso de deshospitalización antes de tener las estructuras extrahospitalarias necesarias; d) se dificulta el proceso de hospitalización del enfermo mental; e) se olvida el objetivo fundamental de mejorar la situación del enfermo mental: al generalizar la asistencia y sacarla fuera de la institución, el enfermo mental está peor; cada vez hay más de ellos en la calle o en la prisión y están a veces peor atendidos en sus domicilios que antes en los hospitales”. Reconocen como aciertos la denuncia de la pobreza de medios de la asistencia manicomial; la extensión de la asistencia psiquiátrica a toda la población; el generar recursos asistenciales extrahospitalarios y medios económicos para la asistencia psiquiátrica; la creación de unidades psiquiátricas en hospitales generales; y el promover cambios en la actitud social frente al enfermo mental¹⁶².

Con un lenguaje provocativo se ha calificado a la prohibición de crear nuevos neuropsiquiátricos o instituciones afines (en vez de construir nuevos y modernos, ajustados a la realidad de enfrentar de manera más dinámica a la enfermedad mental) como “descabellado”, señalando que el permiso para que queden las instituciones privadas o públicas ya existentes hasta su sustitución definitiva incita a pensar en “ciertos favoritismos” en virtud de que se les permite quedarse a los que ya están y se le impide al resto de aquí en más¹⁶³.

En esa misma línea, también se ha dicho que el espíritu de la ley pretende descentralizar la intervención del Poder Judicial en los procesos de internación, puesto que la norma fuertemente cargada de ideología produce un quiebre entre las corrientes del modelo jurídico tradicionalmente asociado al modelo psiquiátrico y la antimanicomización¹⁶⁴.

En sentido opuesto, Kraut y Diana son categóricos en que esta ley constituye un avance enorme para la Argentina en todo lo que significa salud men-

¹⁶² Mayo - Tobías, *La nueva ley 26.657 de Salud Mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil, LL*, ejemplar del 14/2/11, p. 1.

¹⁶³ Pérez Dávila, *Nueva Ley de Salud Mental 26.657, LL*, “Suplemento Actualidad”, ejemplar del 5/5/11, p. 1.

¹⁶⁴ Finocchio, Carolina L. - Millán, Fernando, *Régimen de interdicción e inhabilitación a la luz de la nueva Ley de Salud Mental*, 13/7/11, MJ-DOC-5431-AR/MJD5431.

tal, en tanto garantiza los derechos reconocidos en un todo de acuerdo con los estándares internacionales relativos a las personas con discapacidades mentales¹⁶⁵.

Sea como fuere, la adaptación y sustitución que propicia la ley en ningún caso puede significar reducción de personal ni merma en los derechos adquiridos de los mismos. Por el contrario, conforme datos de la OPS/OMS, para desarrollar una red de servicios de salud mental basados en la comunidad son necesarios más trabajadores de salud y de otras áreas del campo social. Experiencias de diversos países muestran que tanto los dispositivos materiales como el recurso humano que trabaja en ellos se incrementa significativamente (entre cinco y diez veces más)¹⁶⁶.

Corresponde a la autoridad de aplicación—conforme el Borrador de la reglamentación— establecer las pautas de adaptación de los neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes que se encuentren en funcionamiento, las que podrán incluir obligaciones respecto a la prestación directa o indirecta de dispositivos de rehabilitación en la comunidad, y los plazos para cumplimentarlas.

Coherente con lo dispuesto en el artículo recién comentado, el art. 28 establece que: “*Las internaciones de salud mental deben realizarse en hospitales generales ...*”. A tal fin deberá proveerse a los hospitales de la red pública de los recursos necesarios¹⁶⁷.

En la lucha por desterrar prejuicios aún muy presentes, cuando el rechazo de la atención de pacientes, ya sea ambulatoria o en internación, fuere por el solo hecho de tratarse de problemáticas de salud mental, será considerado acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592.

Cuando todavía la ley se encontraba en estado germinal, la Asociación de Psiquiatras Argentinos objetó este artículo señalando que era de público conocimiento que los hospitales generales no cuentan con las camas de internación necesarias, y en muchos casos, ni siquiera con los servicios especiali-

¹⁶⁵ Kraut - Diana, *Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria, LL*, ejemplar del 8/6/11, p. 1.

¹⁶⁶ Compulsar <http://publicaciones.ops.org.ar/publicaciones/piezas%20comunicacionales/folletoSaludMentalDDHH.pdf>.

¹⁶⁷ Para contar con los recursos necesarios, el art. 28 del Borrador dispone que: “El Ministerio de Infraestructura y Vivienda y el Ministerio de Salud de la Nación deberán contemplar en la construcción de nuevos hospitales áreas destinadas específicamente a la atención en salud mental. Asimismo se establecerán planes de apoyo para el reacondicionamiento o ampliación de los Hospitales Generales, con el mismo objetivo. La autoridad de aplicación condicionará la participación de las jurisdicciones en programas que incluyan financiamiento, a la presentación de proyectos de creación de servicios de salud mental en los hospitales generales, con plazos determinados”.

zados en salud mental, como para cumplir con lo ordenado, trayendo como consecuencia el tener que negar el recurso e internación necesaria a muchos pacientes con riesgo para sí o para terceros¹⁶⁸.

Ya sancionada, se sumó una nueva crítica —con la que discrepamos— por considerar que su contenido era un deseo sin criterio alguno de realidad. Diversos son los fundamentos que esgrimió el autor. En síntesis, denunció la falta de ambientes aptos —que tengan confort y seguridad suficientes— para el paciente y sus familiares o allegados. También planteó la dificultad para contener a personas adictas en alto grado de toxicidad y a otros pacientes con padecimientos mentales en situación crítica, quienes pueden liberar instintos agresivos desmesurados, resultando peligrosos para sí mismos, y/o para los terceros. Señaló que los hospitales generales no están preparados para cumplimentar tal fin, como tampoco el Estado para asegurar de manera eficiente que el resto de las personas no sufran las consecuencias de esta “violenta” y latente peligrosidad a la que quedarían expuestas. Concluyó afirmando que: “Pretender que los hospitales generales se hagan cargo de la atención del enfermo mental y de los adictos es desconocer absolutamente criterios sanitarios y administración hospitalaria”¹⁶⁹.

El art. 29 dispone que con el objeto de garantizar los derechos humanos de las personas en su relación con los servicios de salud mental, son responsables los integrantes, profesionales y no profesionales del equipo de salud de informar al órgano de revisión y al juez competente, sobre cualquier sospecha de irregularidad que implicara un trato indigno o inhumano a personas bajo tratamiento o limitación indebida de su autonomía.

Si bien el precepto no los menciona expresamente, dicha obligación pesa sobre todo funcionario público que en razón de su labor pudiera sospechar la existencia de un trato indigno o inhumano a personas bajo tratamiento o limitación indebida de su autonomía.

No es tarea de los sujetos investigar el hecho, ni menos aún comprobar la sospecha que pudieran tener. Su deber radica exclusivamente en informarlo. Y esto se explica, puesto que atendiendo a la situación de vulnerabilidad extrema en que se encuentran las personas con padecimiento mental bajo encierro, la ley no exige la certeza sino una sospecha que nos atrevemos a calificar de razonable.

Es preciso destacar que la sola comunicación a un superior jerárquico dentro de la institución no releva al equipo de salud de tal responsabilidad si la

¹⁶⁸ Véase xa.yimg.com/kq/.../APSA+ante+el+proyecto+de+Ley+de+Salud+Mental.doc.

¹⁶⁹ Pérez Dávila, *Nueva Ley de Salud Mental 26.657, LL*, “Suplemento Actualidad”, ejemplar del 5/5/11, p. 1.

situación irregular persistiera, por lo que no se podrá invocar como defensa el incumplimiento del superior jerárquico.

La norma agrega que dicho procedimiento se podrá realizar bajo reserva de identidad y contará con las garantías debidas del resguardo a su fuente laboral. Se busca de este modo facilitar la comunicación pertinente sin que prime el temor por represalias o a la pérdida del trabajo. A su vez, como corolario de la obligación de denunciar se encuentra previsto el relevo del secreto profesional.

Atento el legislador al cambio cultural que apareja la ley, reitera la necesidad de capacitación. Para ello: “Debe promoverse la difusión y el conocimiento de los principios, derechos y garantías reconocidos y las responsabilidades establecidas en la presente ley a todos los integrantes de los equipos de salud, dentro de un lapso de noventa días de la sanción de la presente ley, y al momento del ingreso de cada uno de los trabajadores al sistema” (art. 29, último párrafo).

— § 9 —

DERIVACIONES

El art. 30 que conforma el Capítulo VIII, titulado “Derivaciones”, dispone que: “Las derivaciones para tratamientos ambulatorios o de internación que se realicen fuera del ámbito comunitario donde vive la persona sólo corresponden si se realizan a lugares donde la misma cuenta con mayor apoyo y contención social o familiar. Los traslados deben efectuarse con acompañante del entorno familiar o afectivo de la persona. Si se trata de derivaciones con internación, debe procederse del modo establecido en el Cap. VII de la presente ley. Tanto el servicio o institución de procedencia como el servicio o institución de destino, están obligados a informar dicha derivación al Órgano de Revisión, cuando no hubiese consentimiento de la persona”.

Por lo tanto, la derivación fuera de la comunidad en la que vive una persona reviste carácter excepcional y sólo se justifica cuando la localidad a la que sea derivada le aporte mayores beneficios en términos de apoyo y cuidado por parte de sus redes sociales o familiares. Siempre deberá ser acompañado por alguien del grupo familiar o afectivo.

Como puede verse, recepta la norma una pauta presente en diversos instrumentos internacionales¹⁷⁰, así como en el art. 7° de la ley nacional mediante la que se reconoce el lugar de importancia que ocupan la familia y los grupos de pertenencia de la persona que necesita tratamiento.

¹⁷⁰ Véase p. 37 y ss. de esta obra.

Al respecto, no podemos dejar de mencionar un precedente del Juzgado de Primera Instancia de la Familia n° 1 de Río Gallegos en el que se rechazó la pretensión de la directora provincial de Niñez y Adolescencia, de esa localidad, para disponer la internación coactiva de L. H. C., y su derivación a un instituto de puertas cerradas en la Capital Federal¹⁷¹. Sintéticamente, se trataba de un joven de catorce años, en “situación de calle”, sin escolaridad, quien presentaba fugas reiteradas del hogar, conductas de transgresión que lo ponían en riesgo y a terceros, y presunto consumo de sustancias adictivas. Según dichos del responsable de la Oficina local de Protección, se designaron operadores para observar la dinámica familiar, y acompañar a L., pero este dispositivo resultó insuficiente para abordar la problemática del joven, caracterizada por sus conductas de impulsividad, y de consumo y falta de contención y presunto maltrato familiar, por lo que solicitó a la defensora oficial de menores en turno que promoviera la internación judicial del joven L. En lo que concierne a los padres de L., ambos admitieron estar desbordados por su hijo, sin saber cómo ponerle límites, por lo que reclamaron que fuera ingresado a un sistema de tratamiento de puertas cerradas. Luego de diversas actuaciones (pericias, audiencias, etcétera), y pese a la negativa de L., fue derivado a la Institución Asumir, en Bariloche, provincia de Río Negro, para su tratamiento integral por no contar con recursos en esa Capital. Es de resaltar que el único contacto de L. con su familia era un contacto diario telefónico con su madre. Peticionaba el adolescente retornar a Río Gallegos para estar con su familia, en tanto que el director de la institución admitía que L. no se había adaptado a dicho lugar. Frente a la falta de respuesta L. se fugó y fue encontrado por la policía en la ruta haciendo dedo con intención de retornar a Río Gallegos. Externado y de nuevo en su comunidad no hubo cambios en la situación del joven. Ello llevó al Organismo de Infancia a insistir con una nueva internación y derivación del joven, esta vez, a un centro de puertas cerradas en la Capital Federal —distante a 3.000 kms. de su familia y comunidad—. La defensora oficial de menores cuestionó esta alternativa por el desarraigo que ello significaba, y las consecuencias para su libertad ambulatoria, señalándole a la Autoridad de Infancia la frustrante experiencia anterior de L. en su derivación a la ciudad de Bariloche y lo estatuido actualmente en el art. 30 de la citada legislación federal.

De los fundamentos para la denegatoria judicial nos interesa recalcar el siguiente párrafo: “la internación coactiva que en los términos del art. 482 (t.o. ley nacional 26.657/10 del Código Civil), y la derivación del mismo a una ciudad distante que insiste en reclamar el Organismo de Infancia para la aten-

¹⁷¹ Juzg. 1ª Inst. Fam. n° 1 Río Gallegos, 27/1/11, “C. L. H. s/Internación”, *www.abeldoperrot.com*.

ción integral de L. es contraria al propio interés del mismo (art. 3º, CDN), y violatoria de los derechos a la vida, a la salud, a la educación, a la integración comunitaria y a un desarrollo armonioso, que el actual sistema legal vigente de infancia y adolescencia establece, de acuerdo a la normativa internacional específica de derechos humanos, CDN, y ley federal 26.061 y ley provincial 3062”. A su vez, el tribunal dejó bien en claro la insuficiente respuesta social y comunitaria que recibió el joven y su familia, así como que los dispositivos de tratamiento articulados fueron ineficaces, aislados y discontinuos.

Como conclusión que invita a la reflexión, podemos decir que frente a la impotencia observada en los distintos actores sociales involucrados la única “solución” que se tuvo a la vista fue la expulsión del joven a otra localidad. No podemos encontrar un ejemplo más claro de cuándo no corresponde aplicar el art. 30 de la ley. Si la persona no diere su consentimiento, la institución de procedencia al igual que la de destino deben informar la derivación al Organismo de Revisión. No obstante, la reglamentación precisa que ésta se hará efectiva, una vez que la autoridad judicial lo autorice a excepción de los casos de urgencia, en los que el juez deberá intervenir de forma inmediata¹⁷².

— § 10 —

AUTORIDAD DE APLICACION

La Autoridad de Aplicación de la ley es el Ministerio de Salud de la Nación a partir del área específica que designe o cree a tal efecto —que a la luz de la organización actual de tal Ministerio, sería la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones—, la que debe establecer las bases para un Plan Nacional de Salud Mental acorde a los principios emergentes de la ley (art. 31).

Como hemos adelantado en el § 4 al hacer referencia a la necesidad de implementar políticas públicas para el efectivo cumplimiento de la ley, uno de los principales obstáculos que se observa en un país extenso, complejo y desigual como la Argentina es la ausencia de un organismo que conduzca, concentre y centralice las políticas públicas, lo que refuerza el deficiente grado de articulación entre los diferentes actores administrativos y judiciales involucrados en el tratamiento de la salud mental. Ello conduce en definitiva a la inexistencia de estándares mínimos de protección a nivel nacional y determina que la mayor o menor protección de las personas termine condicionada por su lugar de residencia y la eficacia propia de cada sistema local de protección, generando una discriminación en el tratamiento de esta problemática. Por ello, es loable el objetivo de la ley que se traduce en el diseño a nivel nacional de un

¹⁷² Véase art. 30 del Borrador.

plan o política integral y coordinada, respaldada con recursos financieros y humanos, para garantizar la prevención, asistencia, tratamiento y apoyo en materia de salud mental en todo el país. Sin perjuicio de la importancia de la centralización, no debe olvidarse que el plan nacional debe apuntar a fortalecer y potenciar las capacidades locales para diseñar políticas públicas especiales y concretas en función de las idiosincrasias regionales.

Tras presentar a la Autoridad de Aplicación de la ley, el art. 32 determina que en forma progresiva, y en un plazo no mayor a tres años a partir de la sanción de la 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, debiendo promover que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adopten el mismo criterio. Tal disposición es reglamentada por el art. 32 del Borrador que prevé que debe procurarse aplicar en el porcentaje destinado a salud mental “una proporción de los aumentos reales de presupuesto para el área, sin desmedro de los otros planes y programas del Ministerio. Se promoverá que, para acceder a programas de financiamiento nacionales en el marco de la presente ley, las jurisdicciones aumenten paulatinamente sus presupuestos en salud mental”.

El mandato tendiente a incrementar progresivamente el presupuesto es trascendente si se observa que uno de los principales indicadores acerca de la relevancia, tratamiento y respuesta que un país pretende dar a la salud mental —como a cualquier otro fenómeno— es el grado o porcentaje del presupuesto que le destina. A mayor presupuesto, mayor será, al menos formalmente, la inquietud y compromiso que el Estado muestra en la prevención, asistencia, apoyo y tratamiento de la salud mental.

La mención expresa de la obligación de aumentar progresivamente el presupuesto, el porcentaje al que se aspira y el plazo en el que debe cumplirse la manda legal, permiten desplegar —desde los distintos actores sociales— todas las acciones tendientes al efectivo cumplimiento con el deber asumido, cuestión que se proyecta en la efectiva satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales de las personas con padecimientos mentales. Desde esta perspectiva, debe recordarse que hace varios años ya algunos autores han comenzado a esbozar la posibilidad de decretar la inconstitucionalidad del presupuesto —nacional y local—, en aquellos supuestos donde se avizora la imposibilidad de cumplir con los estándares mínimos que presentan los derechos sociales. Esta tendencia se refuerza en el caso cuando la ley prevé un “piso legal” o “núcleo mínimo” concreto.

En esta línea de razonamiento, merece destacarse a Corti, quien puso en su momento de resalto que: “La sujeción de la ley de presupuesto a criterios, pautas o principios constitucionales abre la puerta para controvertir mediante una acción judicial las leyes de presupuesto que lesionen el ejercicio

de los derechos humanos al reglamentarlos de manera irrazonable ...”¹⁷³. Este planteo relativo a la efectividad de los derechos sociales y la posible inconstitucionalidad de la ley de presupuesto, también fue introducido por Grosman en relación con los derechos del niño en la familia, al decir que “los derechos económicos, sociales y culturales participan de la supremacía de la Constitución y, por lo tanto, tienen fuerza normativa, son exigibles y obligan al Estado a acciones positivas. Como lógica derivación se ha sostenido la legitimidad del control judicial que opere sobre el funcionamiento de leyes presupuestarias que antepongan las prioridades señaladas en las normas de jerarquía superior, desplazando los recursos hacia fines que no revisten trascendencia constitucional. Es decir, si bien el presupuesto constituye un acto de los poderes políticos, no está exento del control judicial, pues es una ley como otras ... De lo contrario ... la efectividad de los derechos consagrados quedaría sometida a la norma presupuestaria, cuando, en verdad, la actividad financiera pública —como proceso de ingresos y gastos— sólo constituye un medio para hacer cumplir los mandatos constitucionales”¹⁷⁴.

Luego entonces de indicar la Autoridad de Aplicación y establecer el mandato presupuestario, el Capítulo IX de la ley se dedica a enunciar las funciones de dicha autoridad, a saber:

- a) 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 ley, haciendo especial hincapié en el conocimiento de las normas y tratados internacionales en derechos humanos y salud mental, así como promover espacios de capacitación y actualización para profesionales, en particular, para los que se desempeñen en servicios públicos de salud mental en todo el país (art. 33).
- b) Promover, en consulta con la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y con la colaboración de las jurisdicciones, el desarrollo de estándares de habilitación y supervisión periódica de los servicios de salud mental públicos y privados (art. 34).
- c) Realizar un censo nacional en todos los centros de internación en salud mental del ámbito público y privado, dentro de los ciento ochenta días

¹⁷³ Corti, *El régimen jurídico-constitucional de la ley de presupuesto, la familia y el carácter expansivo de los derechos humanos*, en “Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, n° 22, 2001, p. 17.

¹⁷⁴ Grosman, *Los derechos de los niños en las relaciones de familia en el final del siglo XX. La responsabilidad del Estado y de la sociedad civil en asegurar su efectividad*, LL, 1999-F-1052.

de la sanción de la ley, para relevar la situación de las personas internadas, discriminando datos personales, sexo, tiempo de internación, existencia o no de consentimiento, situación judicial, situación social y familiar, y otros datos que considere relevantes. Dicho censo debe reiterarse con una periodicidad máxima de dos años y se debe promover la participación y colaboración de las jurisdicciones para su realización (art. 35).

- d) En coordinación con los ministerios de Educación, Desarrollo Social y Trabajo, Empleo y Seguridad Social, desarrollar planes de prevención en salud mental y planes específicos de inserción socio-laboral para personas con padecimiento mental. Dichos planes, así como todo el desarrollo de la política en salud mental, deberá contener mecanismos claros y eficientes de participación comunitaria, en particular, de organizaciones de usuarios y familiares de los servicios de salud mental, promoviendo que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adopten el mismo criterio (art. 36).
- e) En coordinación con la Superintendencia de Servicios de Salud, y en un plazo no mayor a los noventa días desde la sanción de la ley, promover la adecuación de la cobertura en salud mental de las obras sociales a los principios establecidos en la norma (art. 37).

Como puede observarse, de las funciones enunciadas resultan políticas públicas de distinto tenor.

Así, la referencia a la necesidad de educar, capacitar y actualizar a los profesionales de las distintas disciplinas involucradas con la temática desde la perspectiva de los derechos humanos y de los principios y estándares internacionales y ahora nacionales en materia de salud mental (art. 33), forma parte de las políticas de capacitación indispensables para que el cambio de paradigma penetre las distintas instituciones y operadores que trabajan en torno de estas problemáticas.

En este sentido, la norma debió ir más allá abarcando expresamente el diseño e institucionalización de programas de capacitación permanente, integral, a nivel nacional y desde una perspectiva de derechos humanos destinados a *todos* los operadores, incluyendo legisladores, jueces, fiscales, la policía y demás funcionarios públicos involucrados con la prevención, asistencia y tratamiento de la salud mental, así como para los distintos operadores y trabajadores en el área de salud en general y salud mental en particular. Advirtiendo esta última deficiencia, el Borrador de reglamentación prevé que: “Se hará especial hincapié en la capacitación de los trabajadores, incluyendo no sólo al equipo interdisciplinario de salud mental sino también a todas las áreas de los distintos ministerios que intervienen en orden a la intersectoria-

lidad y a los residentes, desde el enfoque de la salud mental basado en la comunidad” (art. 33).

El art. 34 se refiere al desarrollo de estándares de habilitación y supervisión periódica de los servicios de salud mental públicos y privados, que implica la elaboración de protocolos de habilitación para los distintos niveles de atención en salud mental y, el seguimiento y control de los servicios prestados en las distintas instituciones públicas y privadas. Para que este mandato no se vuelva abstracto, es preciso diseñar mecanismos de control, monitoreo, revisión y evaluación adecuados sobre la implementación de la legislación, programas y políticas públicas, función que en los términos del art. 40 recaerá necesariamente en el Órgano de Revisión, al que luego se hará referencia.

Sin perjuicio de las facultades de tal organismo, uno de los mecanismos de control y supervisión por excelencia es la información, a través de las estadísticas. Por ello resulta vital el mandato de realizar un censo nacional discriminado en todos los centros de internación en salud mental del ámbito público y privado, el que deberá reiterarse cada dos años (art. 35). Dada la ambición del planteo y la necesaria colaboración que a tales fines se requiere de las provincias, el art. 35 del Borrador prevé que: “La Autoridad de Aplicación deberá considerar como requisito para el acceso a programas de asistencia, la participación y colaboración de las jurisdicciones en la recolección y envío de datos para la realización del censo”.

La recolección y análisis de información estadística relativa a los alcances y magnitud de las personas que atraviesan padecimientos mentales, así como cuestiones relativas a su situación personal, social y familiar, la modalidad y condiciones de su internación, el tratamiento que reciben, etcétera constituye el punto de partida ineludible para diseñar políticas públicas adecuadas para la prevención, tratamiento, apoyo y rehabilitación. Es fundamental, entonces, contar con un sistema de recolección de información que nos permita visualizar el problema en su totalidad. Para ello, debe crearse un registro administrativo único y centralizado de información que permita monitorear, recolectar, producir, registrar y sistematizar los datos emanados de todas las regiones del país. En un Estado federal como el argentino, los convenios que se adopten a tales fines deben involucrar a los municipios, a las provincias y a la Nación, pero la dimensión local, regional y nacional requieren ampararse en un mismo acuerdo que permita centralizar la información con niveles de análisis sobre los que se registra que se van incorporando en la medida que se acerca al actor nacional.

El art. 36 alude a las políticas públicas preventivas y a las políticas públicas de apoyo socio-laboral que el Ministerio de Salud deberá adoptar en coordinación con otros ministerios. La cooperación y articulación interinstitucional es uno de los elementos indispensables para poner en marcha un sistema integral de protección de las personas con padecimientos mentales.

Ello obliga, por un lado, a transversalizar el discurso de los derechos humanos en salud mental en todas las legislaciones, políticas o programas, de todas las áreas —políticas, económicas o sociales— y todos los niveles del territorio nacional. Por el otro, para vencer la ineficiencia producto de la desarticulación de los sectores claves, es preciso centralizar en un único organismo de carácter administrativo la conducción, articulación y coordinación de las acciones para el cumplimiento de las políticas públicas y programas con las distintas áreas involucradas a nivel nacional, provincial y municipal. Con miras a ello, el Borrador reglamenta en la primera parte del art. 36: “Créase y presupuéstese la Unidad Ejecutora Interministerial bajo la órbita de la Jefatura de Gabinete de Ministros, integrada por representantes de cada uno de los ministerios y áreas mencionadas en la presente ley, sin perjuicio de la incorporación de otras que a futuro se consideren pertinentes, cuyo rango no podrá ser inferior a director, cuyo coordinador será designado por el jefe de Gabinete de Ministros, a los fines de planificar y ejecutar en conjunto con las distintas áreas las acciones necesarias para el cumplimiento de la presente ley...”.

La segunda parte del art. 36 del mentado Borrador reglamenta lo prescripto por la norma de fondo en cuanto a la necesidad de promover la participación comunitaria, en particular, de organizaciones de usuarios y familiares de los servicios de salud mental, para lo cual: “La autoridad de aplicación en coordinación con las áreas de comunicación y el INADI y las organizaciones de la sociedad civil de familiares y usuarios, desarrollarán acciones de información y sensibilización de la comunidad sobre la problemática en salud mental, accesibilidad a los servicios, derechos de los usuarios y prevención de la discriminación, en los distintos niveles de prevención. La Autoridad de Aplicación de la presente ley deberá convocar a las organizaciones de usuarios y familiares para participar de un Consejo Consultivo de carácter honorario al que deberá convocar al menos cada tres meses”.

Como ocurre en todas los aspectos vinculados a la efectiva satisfacción de los derechos humanos, en especial cuando se trata de grupos de mayor vulnerabilidad, el rol de las organizaciones de la sociedad civil es fundamental desde distintas perspectivas: por su actuación a nivel preventivo y educativo; por su intervención concreta en sistemas de apoyo, tratamiento y rehabilitación; y por su seguimiento de la actuación de los distintos actores involucrados, que se alza como uno de los mecanismos de control y evaluación más eficaces e imparciales para diagnosticar las virtudes y carencias del sistema de salud mental. Es por ello que debe incentivarse la cooperación y participación de la sociedad civil, comprometiendo a tales fines a entidades privadas y actores públicos no estatales, y articulando y coordinando las acciones necesarias para la satisfacción de los derechos fundamentales de las personas con padecimientos mentales y de sus familiares.

Por último, entre las funciones inherentes a la Autoridad de Aplicación se resalta la de promover la adecuación de la cobertura en salud mental a los mandatos legales, en coherencia también con lo dispuesto por el comentado art. 6º de la ley. A tales fines, el Borrador prevé que: “La Superintendencia de Servicios de Salud en conjunto con la autoridad de aplicación adecuarán la cobertura de las prestaciones obligatorias en el Programa Médico Obligatorio o en el instrumento que en el futuro lo reemplace, teniendo en cuenta la incorporación de los dispositivos y prácticas alternativas en salud mental que se mencionan en la ley y otros que se consideren necesarios, alternativos de la internación monovalente, para acceder a los cuales no será exigible certificación de discapacidad. Deberá también excluir del mismo de las prestaciones contrarias a los principios establecidos en la presente ley. Se establecerán aranceles que promuevan la creación y desarrollo de tales dispositivos. Las obras sociales, como responsables de la atención de salud de sus afiliados, deberán identificar a aquellos afiliados que se encuentren con internaciones prolongadas y/o en hospitales monovalentes, y deberán establecer un proceso de externación e inclusión en dispositivos sustitutivos en los plazos que la ley establece. Las obras sociales deberán asimismo favorecer el uso de dispositivos sustitutivos que promuevan la autonomía del usuario en la comunidad. Se promoverá, a través del Consejo que reúne las obras sociales provinciales, que igual criterio adopten las obras sociales provinciales. Las auditorías sobre los prestadores, públicos o privados, deberán contemplar el cumplimiento pleno de la presente ley, incluyendo la utilización de criterios diagnósticos interdisciplinarios”.

— § 11 —

ORGANO DE REVISION

El Capítulo X dedica tres artículos al Organo de Revisión (en adelante, OR).

El art. 38 crea el mencionado órgano en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa, con el objeto de proteger los derechos humanos de los usuarios de los servicios de salud mental.

La reglamentación fija los términos de su actuación la que se deberá guiar conforme las decisiones adoptadas de forma soberana por su órgano principal, la Asamblea de Representantes. A ésta le corresponde dictar su reglamento interno de funcionamiento y establecer los lineamientos políticos y estratégicos de intervención del OR, en el marco de los objetivos y funciones asignadas por la ley. Deberá reunirse de forma periódica, en los plazos que determine su reglamento interno, y al menos una vez por mes. Además, podrá constituirse en asamblea extraordinaria, a pedido de alguno de sus miembros

cuando una cuestión urgente lo requiera. Para sesionar necesita un quórum mínimo de cuatro miembros. La toma de decisiones será por mayoría simple de los miembros presentes, salvo cuando se estipule lo contrario en este decreto, o a través del reglamento interno. A los fines de dotar al OR de la operatividad necesaria para cumplir con su cometido, se encomienda a la Defensoría General de la Nación la coordinación ejecutiva del organismo, a través de la organización de un área de política institucional, un área legal y técnica, y un equipo de apoyo técnico y administrativo. A cada una de estas áreas se le asignan funciones específicas. La labor permanente de carácter operativo, técnico y administrativo del Organismo de Revisión, se sustentará mediante el equipo de apoyo técnico y administrativo, cuyo personal será provisto por la Defensoría General de la Nación y coordinado por las áreas mencionadas. Para la conformación de estos equipos también habrá de respetarse el criterio interdisciplinario de profesionales y otros trabajadores previsto en la ley 26.657, como así también asegurarse que el personal no posea conflictos de intereses respecto de las tareas encomendadas al OR.

El art. 39 establece que el mentado órgano “*debe ser multidisciplinario, y estará integrado por representantes del Ministerio de Salud de la Nación, de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, del Ministerio Público de la Defensa, de asociaciones de usuarios y familiares del sistema de salud, de los profesionales y otros trabajadores de la salud y de organizaciones no gubernamentales abocadas a la defensa de los derechos humanos*”¹⁷⁵.

La actuación del OR se hará de acuerdo con las decisiones adoptadas por su Asamblea de Representantes, que estará integrada de la siguiente manera: *a) Un representante del Ministerio de Salud de la Nación; b) Un representante de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación; c) Un representante del Ministerio Público de la Defensa; d) Un representante de asociaciones de usuarios y/o familiares del sistema de salud; e) Un representante de asociaciones de profesionales y otros trabajadores de la salud; f) Un representante de organizaciones no gubernamentales abocadas a la defensa de los derechos humanos*¹⁷⁶.

Amplias son las funciones del OR que se encuentran detalladas en el art. 40 de la ley.

A título clasificatorio, es dable señalar que el OR tiene funciones de asesoramiento, tales como: “...*h) Realizar recomendaciones a la Autoridad de Aplicación; i) Realizar propuestas de modificación a la legislación en salud*

¹⁷⁵ Recuérdese que según el Principio 17.1 de los Principios de Salud Mental el órgano de revisión será un órgano judicial u otro órgano independiente e imparcial establecido por la legislación nacional.

¹⁷⁶ Art. 39 del Borrador.

mental tendientes a garantizar los derechos humanos; j) Promover y colaborar para la creación de órganos de revisión en cada una de las jurisdicciones, sosteniendo espacios de intercambio, capacitación y coordinación, a efectos del cumplimiento eficiente de sus funciones ...” (art. 40).

Especialmente, le competen funciones de contralor: “*a) Requerir información a las instituciones públicas y privadas que permita evaluar las condiciones en que se realizan los tratamientos; b) Supervisar de oficio o por denuncia de particulares las condiciones de internación por razones de salud mental, en el ámbito público y privado*¹⁷⁷; *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 a las decisiones del juez; d) Controlar que las derivaciones que se realizan fuera del ámbito comunitario cumplan con los requisitos y condiciones establecidos en el art. 30 de la presente ley; e) Informar a la Autoridad de Aplicación periódicamente sobre las evaluaciones realizadas y proponer las modificaciones pertinentes; f) Requerir la intervención judicial ante situaciones irregulares; g) Hacer presentaciones ante el Consejo de la Magistratura o el Organismo que en cada jurisdicción evalúe y sancione la conducta de los jueces en las situaciones en que hubiera irregularidades; ... k) Controlar el cumplimiento de la presente ley, en particular en lo atinente al resguardo de los derechos humanos de los usuarios del sistema de salud mental; l) Velar por el cumplimiento de los derechos de las personas en procesos de declaración de inhabilidad y durante la vigencia de dichas sentencias”* (art. 40).

— § 12 —

CONVENIOS DE COOPERACION CON LAS PROVINCIAS

El Capítulo XI de la ley contiene un único artículo que alude a la cooperación entre el Estado nacional y las provincias para la adecuada implementación de la ley. Así prevé el art. 41 que: “*El Estado nacional debe promover convenios con las jurisdicciones para garantizar el desarrollo de acciones conjuntas tendientes a implementar los principios expuestos en la presente ley. Dichos convenios incluirán: a) Cooperación técnica, económica y financiera de la Nación para la implementación de la presente ley; b) Cooperación para*

¹⁷⁷ Es oportuno señalar que por Res. DGN n° 1421/07 se creó, con fecha 2 de octubre de 2007, la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional Neuropsiquiátrico con el objetivo fundamental de verificar las condiciones generales de internación de pacientes alojados en institutos neuropsiquiátricos públicos o privados.

la realización de programas de capacitación permanente de los equipos de salud, con participación de las universidades; c) Asesoramiento para la creación en cada una de las jurisdicciones de áreas específicas para la aplicación de políticas de salud mental, las que actuarán en coordinación con la Autoridad de Aplicación nacional de la presente ley”.

Como hemos advertido al comentar el Capítulo VI relativo a la modalidad de abordaje, y el Capítulo IX sobre la Autoridad de Aplicación, la cooperación y articulación entre el Estado nacional y las provincias es de vital importancia a los fines de lograr una cierta uniformidad en los estándares mínimos de protección de los derechos fundamentales de las personas atravesadas por padecimientos mentales, y superar las desigualdades coyunturales que se observan entre las distintas jurisdicciones, donde el diseño de políticas públicas depende de las características y potencial económico de cada región. También hemos sostenido al comentar el art. 31 —y allí nos remitimos— que la adecuada coordinación de las políticas públicas en todo el territorio requiere de la creación de un programa integral a nivel nacional.

— § 13 —

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

a — Sobre las disposiciones complementarias

El Capítulo XII de la ley que alude a las disposiciones complementarias consta en lo esencial de cuatro artículos:

- a) El art. 42, que incorpora el art. 152 *ter* al Código Civil.
- b) El art. 43, que modifica el art. 482 del mismo ordenamiento y que por su íntima conexión ya ha sido tratado junto con los preceptos contenidos en el capítulo de las internaciones involuntarias.
- c) El art. 44 que deroga expresamente el *decr.-ley* 22.914 sobre “Internación y Egreso de Establecimientos de Salud Mental”, ley nacional cuyo ámbito de aplicación, sin embargo, se limitaba a los por entonces Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y Capital Federal.
- d) El art. 45 que dispone que la ley es de orden público¹⁷⁸.

Por su trascendencia, nos detendremos en el análisis del primero de los artículos.

¹⁷⁸ En rigor son cinco artículos. A los citados debe sumarse el art. 46 que es de forma, en tanto sólo reza “Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional”.

b — El nuevo art. 152 «*ter*» del Código Civil

1 — La norma

El art. 42 incorpora como art. 152 *ter* del Cód. 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 años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”.

Tan breve norma ha suscitado múltiples comentarios —favorables y desfavorables— y no menores inconvenientes prácticos para determinar los alcances de su aplicación en orden al sistema legal vigente y no derogado expresamente por la ley 26.657. Nos referimos a los arts. 140 a 152 *bis* del Cód. Civil, que aluden a las figuras de los llamados “dementes e inhabilitados”, y los arts. 624 a 637 *quinter* del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, que regulan los “procesos de declaración de incapacidad y de inhabilitación”.

Los interrogantes, reiteramos, son bastos, a saber: ¿el art. 152 *ter* implica la derogación tácita de la declaración de incapacidad e inhabilitación? ¿Cómo se concilia esta disposición con el art. 54, inc. 3° del Código que enumera a los “dementes” entre los incapaces de hecho absolutos? ¿Es compatible la nueva previsión legal con el sistema de apoyos emanado del art. 12 de la CDPD? ¿Cuál será el rol del curador frente al nuevo contexto legal? La exigencia de la evaluación interdisciplinaria, ¿significa la derogación de lo normado por el art. 626 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación en cuanto exige el diagnóstico de tres médicos psiquiatras? El plazo de tres años previsto por la ley, ¿implica un plazo de caducidad de la sentencia? ¿Cuál es el proceso a seguir para “actualizar” la situación de las personas con sentencia firme de incapacidad o inhabilitación de hace más de tres años?

A lo largo de este apartado procuraremos dar respuestas —al menos tentativas— a éstos y otros interrogantes.

2 — Un poco de historia

La reforma introducida por la ley 26.657 al incorporar el art. 152 *ter* del Cód. Civil se enmarca en un contexto teórico doctrinario que siguiendo los ejemplos del derecho comparado, había comenzado a poner en crisis el sistema rígido y dual de capacidad/incapacidad previsto por el ordenamiento argentino y sólo atenuado levemente por la inclusión del art. 152 *bis* a partir de la sanción de la ley 17.711¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Al respecto nos remitimos al análisis realizado en el Capítulo VIII de esta obra, y la profusa doctrina allí citada (véase p. 653 y ss.).

Estas ideas comenzaron a incidir en alguna escasa jurisprudencia¹⁸⁰, que en los últimos tiempos cobró nuevo vigor a partir de sendos precedentes que tuvieron como eje el reconocimiento de capacidades graduales para el ejercicio de determinados derechos a favor de las personas con padecimientos mentales.

En esta línea de pensamiento cabe mencionar, en otros precedentes, al de la Sala G de la Cámara Nacional Civil, del 2/9/10¹⁸¹ mediante el cual se autorizó expresamente a una persona declarada incapaz en los términos del art. 141 del Cód. Civil al cobro y administración de su pensión —conforme lo venía realizando desde hacía varios años— eximiendo en consecuencia a la curadora oficial de rendir cuentas de su gestión, y limitando su actuación en este aspecto a la supervisión de la modalidad de gestión de los ingresos por parte de su asistido. Para así decidir, se consideró el informe del Cuerpo Médico Forense, y los instrumentos internacionales de derechos humanos relativos a la salud mental, de los cuales se desprende que: “La restricción a la capacidad debe serlo en la medida necesaria y apropiada para su bienestar ..., proporcional y adaptada a las circunstancias de la persona y sujeta a exámenes periódicos”. En tal sentido, se concluyó que: “Si la finalidad primordial de la curatela radica en que la persona declarada incapaz recupere su capacidad (art. 381, Cód. Civil) o, en los términos del art. 141 del Cód. Civil, que pueda gobernar su persona y administrar sus bienes, no puede ignorarse la decisiva importancia que tiene la posibilidad de que maneje por sí los ingresos que percibe. Parece fácil advertir lo beneficioso que ello resulta para su inserción social, el incremento de su autonomía y su eventual rehabilitación ...”.

La cuestión de las capacidades parciales también fue introducida en un nuevo fallo del Tribunal de Familia n° 2 de Mar del Plata, de fecha 6/9/10¹⁸², por el cual se hizo lugar al pedido de autorización para contraer matrimonio formulado por la representante legal de una persona declarada incapaz. También sobre la base de los principios emergentes de los instrumentos internacionales, se subrayó que “las situaciones concretas de la vida pueden actualizar la necesidad de ampliación de capacidades subjetivas que tiendan al mejor cumplimiento del reconocimiento de la autovalía del sujeto, en su devenir evolutivo dinámico. En la medida en que las capacidades personales crecen y se amplifican en la proyección familiar y social, exigen el reconoci-

¹⁸⁰ Véanse ps. 667 a 673 y 721 de esta obra.

¹⁸¹ CNCiv., Sala G, 2/9/10, “C., L. y otros s/Insania”, proporcionado por la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

¹⁸² Trib. Fam. n° 2 Mar del Plata, 6/9/10, “C. S., G. S. s/Insania y curatela”, en “Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, 2011-III-191, con nota de Torti, Guillermo, *Nuevos paradigmas contra viejos preconceptos*.

miento jurídico dinámico que las sitúe en el plano de las capacidades de obrar, a fin de evitar la discriminación indebida”. En este marco, es “deber de los operadores jurídicos comprender la dinámica de la discapacidad, para evitar la discriminación y limitación del principio de igualdad constitucional ... la capacidad o la discapacidad son conceptos que evolucionan y que resultan de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan la participación plena y efectiva en la sociedad y en igualdad de condiciones con los demás”.

En consonancia con este cambio de paradigma, algunos fallos acentuaron la mirada cautelosa que aún en el marco del viejo Código Civil cabía tener para declarar la incapacidad de una persona. Así, por ejemplo, la Sala L de la Cámara Nacional Civil, en un fallo del 29/12/10¹⁸³, revocó la declaración de insania y en su lugar dispuso la inhabilitación de una persona que había demostrado cierto grado de autonomía que le posibilitaba vivir solo dada la ayuda que le brindaba su familia, y manifestado sus deseos de trabajar y superarse. En tal contexto, se resolvió que “aun cuando el denunciado pueda tener una enfermedad mental, no corresponderá que se lo declare incapaz, si puede dirigir su persona y administrar sus bienes o tareas de uso cotidiano, como acontece en la especie. En tal sentido ha de recordarse lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ... especialmente en cuanto a rescatar y valorizar el área de capacidad que guarde el enfermo, así como también el criterio de excepción con que se evalúa no sólo la internación sino la declaración de insania de una persona”. En el mismo sentido, la Sala M del mismo tribunal, con fecha 14/9/10¹⁸⁴, revocó una sentencia de primera instancia que había declarado la inhabilitación de un sujeto, tras advertir que “no sólo se trata de verificar la existencia de alguna enfermedad mental sino de vincularla con la vida de relación del enfermo y a partir de ello establecer si éste requiere de una absoluta o relativa protección jurídica, debiendo estarse, en la duda, en favor de la capacidad”. En el caso se tuvo en cuenta que la internación de la persona se había prolongado por su situación de indigencia y falta de un entorno continente, que había superado el episodio psicótico que motivó su internación, y que poseía “independencia económica y una elaboración de las disfunciones familiares que la llevaron a sufrir su enfermedad, suficientes para lograr autonomía y alejarse de ella”.

Estas tendencias jurisprudenciales se agudizaron con fallos más radicales que directamente optaron por la declaración de inconstitucionalidad de

¹⁸³ CNCiv., Sala L, 29/12/10, “R., E. L. s/Insania”, proporcionado por la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

¹⁸⁴ CNCiv., Sala M, 14/9/10, “G., S. s/Inhabilitación”, proporcionado por la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

los arts. 152 *bis* y 141 del Cód. Civil, por considerarlos en pugna con los principios emanados de la CDPD. La pionera en tal sentido fue la magistrada Graciela Iglesias, titular del Tribunal de Familia n° 1 de Mar del Plata, con un fallo del 6/5/09¹⁸⁵, por el cual se declaró la inconstitucionalidad de la primera norma citada y, en aplicación directa del art. 12 de la mentada Convención, se inauguró un sistema de apoyos y salvaguardias para una persona adicta a los estupefacientes. En tal sentido, se destacó que “en la transición de la instrumentación plena de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, corresponde resolver una restricción temporal para la disposición y administración de sus bienes, debiendo contar con el apoyo de G. B. e I. S. dejando expresamente establecido que cualquier acto jurídico que cumpliera el señor L. B. sin la intervención de las personas designadas para su apoyo efectivo serán nulos, pudiendo valorarse los mismos dentro de las disposiciones del régimen de nulidad de los actos jurídicos del Código Civil. El apoyo deberá ejercerse a través de mecanismos de interacción entre los familiares y L. que permitan la comprensión de la situación sujeta a decisión a partir de la confianza, es decir, la persona abandona la representación por otros, la representación por sustitución implica la anulación del sujeto en el derecho humano a su calidad de persona, su propia integridad, afectando derechos esenciales que menoscaban y nulifican su personalidad jurídica”. A la luz de tales principios, se resolvió: “... 2) Declarar que el señor B. L., en ejercicio pleno de su personalidad jurídica, deberá tomar toda decisión que comprometa su patrimonio por actos de disposición o administración con el apoyo para tales actos de la señora S., I. y el señor G. B., a quienes se los autoriza a tal fin ... 3) Si el señor B. L. realizara actos jurídicos *per se* sin el apoyo dispuesto en el punto que antecede para la comprensión del acto que se trate, los mismos serán tenidos por nulos ... 5) En caso de conflicto de intereses entre el señor L. B. y los familiares que efectuarán el apoyo establecido se deberá dar inmediata intervención a este tribunal a los efectos que por derecho correspondan. 6) Se establece como salvaguarda que el señor L. B., la señora I. H. S. y el señor G. B. rindan cuentas de su actuación cada seis meses por ante este tribunal y por el plazo de tres años ... 7) Los actos de disposición deberán ponerse en conocimiento a este tribunal a fines del ejercicio de la función tuitiva de los derechos del señor B. L. ... 8) La extensión del régimen de apoyo alcanza a todos los actos en que L. requiera explicaciones, integrar consentimiento, convalidar su decisión y

¹⁸⁵ Trib. Fam. n° 1 Mar del Plata, 6/5/09, “B., L. s/Inhabilitación”, *LL*, ejemplar del 21/10/09; y en “Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, 2010-I-89, con nota de Seda, Juan A., *Discapacidad mental y declaración de incapacidad relativa*.

especialmente a aquellos que se relacionan con su salud. 9) La presente sentencia será revisada en un plazo de tres años a partir de su notificación, siempre en miras al ejercicio pleno de la capacidad jurídica del señor B. 10) En el mismo plazo se deberá rendir cuentas de la administración y disposición de los bienes, cada seis meses”.

Para esa misma época, el Tribunal de Familia n° 3 de Lomas de Zamora, con fundamento en que la CDPD resulta legalmente vinculante desde su ratificación y considerando la operatividad del tratado y su jerarquía superior a la leyes, previo a señalar que “no es menester la declaración de inconstitucionalidad de la normativa del Código Civil, sino más bien, la aplicación directa de la CDPD que instaura un nuevo modelo social de discapacidad”, resolvió: “Hacer lugar a la pretensión en forma parcial y consecuentemente, 1. Conservar la autonomía de A., para las actividades diarias reseñadas ..., 2. dejar a salvo que dichas actividades cuentan desde el dictado de la presente resolución con el sistema de apoyo de quien se propone como curador definitivo, quien como sistema de apoyo continuará supervisando el desempeño de las mismas, respetando las decisiones y preferencias de A. e informando al tribunal sobre intereses contrapuestos para una efectiva aplicación de las medidas acordes a las necesidades de A., 3. dejar especial conservación del derecho de participación en la vida política y pública en los términos del art. 29 de la CDPD, los cuales se efectivizarán sin sistema de apoyo atento los reclamos sociales de A. ..., 4. declarar la incapacidad para disponer de bienes a título gratuito y/u oneroso hasta tanto A. contando con el sistema de apoyo del presente tribunal, decida sobre la preferencia y/o conveniencia de la venta del local y/o inmueble y la instalación de un kiosco con la finalidad de efectivizar su derecho a trabajar, como de alcanzar un nivel de vida adecuado que le permita solventar sus gastos de manera más holgada, ampliando sus posibilidades de progreso, 5. designar como sistema de apoyo en el marco del art. 12 de la CDPD al señor S. H. F. quien constituyendo un vínculo afectivo de significación en la vida de A., seguirá supervisando el desempeño de las actividades diarias, respetando las decisiones y preferencias de A. e informando al tribunal sobre intereses contrapuestos para una efectiva aplicación de las medidas acordes a las necesidades de A. ..., 7. Librar oficio al Registro de la Propiedad Inmueble a fin de inscribir en forma definitiva la inhibición general de bienes oportunamente ordenada. ..., 9. Disponer como salvaguarda del sistema de apoyo, la evaluación de las capacidades conservadas de A. B. en el término de seis meses. A cuyo fin, desígnase audiencia para el día ...”¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Trib. Fam. n° 3 Lomas de Zamora, 30/6/10, “B., A. s/Insania”, inédito.

Con análoga perspectiva, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea, con fecha 18/10/10¹⁸⁷, desestimó una denuncia de inhabilitación y, en su lugar, dispuso la designación a la persona de un “tutor de tratamiento” “quien, complementando su voluntad, le haga comprender la necesidad de tratamiento y de su cumplimiento estricto y permanente, ajustando su función, en lo pertinente, a los fines y conforme los deberes previstos en el art. 481 del Cód. Civil”; quien además “deberá informar, mensualmente, al juez y al señor asesor de incapaces, previa consulta con los profesionales que atienden a la paciente, la evolución de su estado de salud y el grado de cumplimiento de su tratamiento y plan farmacológico ... Como las decisiones adoptadas en el proceso de salud mental sobre la capacidad de la persona y la necesidad de un representante personal son eminentemente revisables, transcurrido un intervalo razonable de tiempo, y por disponerlo así la normativa internacional, el señor juez de grado, deberá citar a A. Z. semestralmente para que comparezca personalmente a su despacho a fin de tomar un adecuado conocimiento personal y directo de su estado de salud”.

Como puede observarse, estos precedentes y los muchos otros que en el mismo sentido se dictaron¹⁸⁸ fueron precursores directos de la reforma introducida por la ley 26.657, e incluso de la incorporación del art. 152 *ter*. Pero a diferencia de lo que ocurrió en el plano judicial, la normativa presenta ciertas incongruencias como resultado de no haberse modificado las disposiciones relativas a los “dementes e inhabilitados” de los arts. 140 a 152 *bis* del Cód. Civil, como seguidamente veremos.

3 — Los alcances de la sentencia según lo previsto por el art. 152 «ter»

Como adelantamos, el nuevo art. 152 *ter* del Cód. Civil dispone que: “*Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad ... deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible*”. De la redacción de la norma se infiere con claridad que la ley no se propuso derogar el sistema de capacidad

¹⁸⁷ Cám. Apel. Civ. y Com. Necochea, 18/10/10, “Z., A.”, en “Derecho de Familia y de las Personas”, año 3, n° 6, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 281, con nota de Gautero - Moia, *Una sentencia de la transición entre dos modelos de abordaje de las afectaciones mentales en el derecho civil*; y en LLBA, 2011 (julio) 627, con nota de Ponce, *El “tutor de tratamiento”: Una decisión innovativa y relevante en el aspecto de la capacidad de las personas*.

¹⁸⁸ Véase también al respecto, del mismo Trib. Fam. n° 1 Mar del Plata, 22/10/09, “D., E. s/Insania y curatela”; ídem, 14/7/10, “D., E. J. s/Insania y curatela”, *www.abeledoperrot.com.ar*.

emergente del ordenamiento civil, pues en definitiva el texto alude a las “declaraciones de inhabilitación o incapacidad”¹⁸⁹.

La observación es correcta desde lo formal, pero más allá de la interpretación literal y de cuál haya sido el propósito del legislador, a nuestro juicio, la incorporación del art. 152 *ter* provoca una modificación sustancial en el sistema de capacidad de las personas con padecimientos mentales regulado en los arts. 140 a 152 *bis* del Código. Como bien se ha dicho: “Aun cuando subsiste una cuestión terminológica, el régimen de incapacidad que regía a los dementes declarados en juicio antes de la reforma es sustituido por un nuevo sistema de protección definido por el principio de capacidad”¹⁹⁰, que además —como vimos— ha sido reforzado con lo dispuesto por el art. 3° de la ley 26.657, en cuanto a que: “... *Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas ...*”.

En definitiva, la reforma legal aunque no sea de manera expresa, sí al menos en forma tácita, altera el sistema rígido y dual de capacidad/incapacidad previsto por el Código Civil, adoptando un régimen de flexibilidad o gradualidad de capacidades, conforme lo ya explicitado en el Capítulo VIII de esta obra¹⁹¹. En tal sentido, y pese a que compartimos las críticas que se formulan en cuanto a la desprolijidad de la incorporación legal aislada y la necesidad de haber realizado una reforma integral —que seguramente será una de las cuestiones a considerar en la futura reforma del Código Civil—, lo cierto es que el art. 152 *ter* constituye un avance en aras del reconocimiento de la subjetividad de las personas con padecimientos mentales.

En concreto, la norma no afecta a los llamados inhabilitados cuya capacidad no se encontraba en duda aún en el marco del antiguo régimen —en tanto resultan excluidos de la enumeración taxativa que surge de los arts. 54 y

¹⁸⁹ Coinciden con esta conclusión, entre otros, Mayo - Tobías, *La nueva ley 26.657 de Salud Mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil, LL*, ejemplar del 14/2/11, p. 1; Pestalardo, *El nuevo art. 152 ter del Código Civil: más dudas que certezas*, en “Derecho de Familia y de las Personas”, año 3, n° 5, 2011, p. 179 y ss.; Llorens, *La protección de los derechos de las personas con enfermedades mentales. La nueva ley 26.657*, en “Derecho de Familia y de las Personas”, año 3, n° 3, 2011, p. 209 y ss.; Rivera - Hooft, *La nueva ley 26.657 de salud mental, JA*, ejemplar del 25/5/11.; Kielmanovich, *El nuevo juicio de interdicción y de inhabilitación (ley 26.657), LL*, ejemplar del 19/2/11; Sirkin, *Algo más sobre la nueva Ley de Salud Mental; su incidencia en los Códigos Civil y Procesal. Estado temporal. Curador y variantes, elDial-DC15E3*; Olmo - Pinto Kramer, *Comentario a la ley nacional de Salud Mental n° 26.657*, en ADLA, Boletín Informativo, n° 11, del 2/5/11, t. LXXI-B; Martínez Alcorta, *Primera aproximación al impacto de la ley nacional de Salud Mental en materia de capacidad civil, LL*, “Suplemento Actualidad”, ejemplar del 7/12/10, p. 1.

¹⁹⁰ Laferriere - Muñoz, *La nueva Ley de Salud Mental. Implicaciones y deudas pendientes en torno a la capacidad, ED*, ejemplar del 22/2/11, n° 12.697.

¹⁹¹ Véase p. 653 y ss. de esta obra.

55 del Cód. Civil¹⁹²—, pero sí conmueve definitivamente a los llamados “dementes”, “insanos” o “incapaces” en los términos del art. 141 del Código, es decir, a aquellos que “*por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes*”. La pregunta que cabe hacer es si con esta nueva disposición legal se incorpora en cierta medida un “tercer estatus” distinto de los previstos por el viejo art. 141 y por el más reciente art. 152 *bis*. En otras palabras, no hay duda que la figura de la inhabilitación subsiste, pues se refiere esencialmente a la restricción del accionar respecto de determinados actos de corte patrimonial; pero luego de la reforma de la 26.657, ¿subsiste la figura de la incapacidad consagrada por el art. 54, inc. 3º del Código Civil? A nuestro juicio, la respuesta negativa se impone. En efecto, si toda sentencia en un proceso que busque la determinación de la capacidad jurídica de una persona requiere que se especifiquen “*las funciones y actos que se limitan*”, la figura de la incapacidad de hecho absoluta se encuentra reñida con la ideología de la ley 26.657. En definitiva, reiteramos, la ley refuerza la capacidad como regla, de manera que el juez debe enunciar aquellos actos que la persona no puede ejercer por sí, siendo ello incompatible con la idea de la incapacidad absoluta.

De todos modos, no puede dejar de advertirse que la práctica viene demostrando que pese a la nueva ley persisten situaciones en las que se “restringe la capacidad de las personas para todos los actos de su vida civil, sean de carácter patrimonial o personal”¹⁹³, eufemismo con el que se reemplaza a la vieja “interdicción”. La cuestión es compleja si se observa que aún siendo las menos, existen numerosas situaciones en las que se verifica que el padecimiento mental que afecta a una persona lo inhabilita para la celebración de cualquier acto jurídico y el ejercicio por sí de sus derechos fundamentales. Se trata de casos extremos en los cuales se observa que la restricción amplia se alza como una medida tuitiva que no puede dejarse de lado, so pena de desvirtuar la finalidad protectoria del sistema de salud mental¹⁹⁴.

En honor a la verdad, el dilema parece irresoluble, pues lo cierto es que el sistema de incapacidad es claramente incompatible con lo dispuesto por el art. 12 de la CDPD¹⁹⁵, de modo que habrá que recurrir a otros argumentos

¹⁹² Véase p. 618 y ss. de esta obra.

¹⁹³ Así se estipula expresamente en las sentencias.

¹⁹⁴ Martínez Alcorta admite que se deben sujetar a la representación de un alter ego únicamente a los que carezcan de discernimiento en forma absoluta (*Primera aproximación al impacto de la ley nacional de Salud Mental en materia de capacidad civil, LL, “Suplemento Actualidad”, ejemplar del 7/12/10, p. 1*).

¹⁹⁵ A ello debe sumársele la Observación formulada en la Primera Reunión Extraordinaria del Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación con-

para considerar su subsistencia en algunos casos puntuales, recordando que se trata de situaciones excepcionales al principio de capacidades graduales o flexibles que impone la ley. Los principios de capacidad y autonomía, como cualquier otro, no revisten carácter absoluto, y pueden ser restringidos o limitados frente a la necesidad de garantizar la satisfacción de otros derechos, como podría ser el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y psíquica, etcétera. La intervención deberá meritarse en cada caso y superará el *test* de constitucionalidad en la medida en que se adecue al principio de proporcionalidad. En definitiva —como veremos— tal es en algún punto la solución propiciada por el mismo art. 12 de la CDPD cuando se refiere a la proporcionalidad de las “*medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica*”. En este sentido, resulta interesante la reflexión de Palacios, cuando advierte: “En todo caso, esta acción de sustitución deberá realizarse desde el paradigma de los apoyos y, por tanto, ser coherente con la narrativa de vida de la persona con discapacidad, sus preferencias, valores, deseos, etcétera, ser tomada, *para ella*, y no *por ella*”¹⁹⁶.

En síntesis, lo que la nueva ley propone es poner fin a las categorías jurídicas cerradas y dar paso a un sistema mediante el cual, en rigor, la tradicional interdicción y la inhabilitación prevista por el art. 152 *bis* se desvanecen en una única categoría de capacidad genérica limitada respecto de ciertos actos jurídicos que el juez especifique en la sentencia. Si bien es cierto que la figura de la inhabilitación fue creada a los fines de instaurar un régimen intermedio que tienda a la protección de la persona en su desenvolvimiento patrimonial, tras la sanción de la ley 26.657 esta categoría deviene a nuestro juicio innecesaria. En tal sentido, debiera eliminarse en una futura reforma legal,

tra las personas con Discapacidad —celebrada el 4/5/11— en la que el Comité declaró “que el criterio establecido en el art. I.2, inc. b), *in fine* de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la OEA en cuanto establece que: “En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación” guarda una seria contradicción con lo establecido por los arts. 2º y 12 de la Convención de Naciones Unidas y, en consecuencia, entiende que el mismo debe ser reinterpretado en el marco de la vigencia de este último documento” (www.sedi.oas.org/ddse/documentos/discapacidad/CEDDIS_1ext_observaciones_rev.doc).

¹⁹⁶ El destacado nos pertenece. De las palabras de Agustina Palacios, en el Seminario “Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos”, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid del 15 al 18 de febrero de 2010, citado por Patricia Cuenca Gómez, *La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CDPD en el Ordenamiento jurídico español*, en www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20I/1-cuenca.pdf.

junto con la ya derogada tácitamente figura de la incapacidad absoluta de hecho de las personas con padecimientos mentales.

4 — Los actos jurídicos celebrados con anterioridad y posterioridad al dictado de la sentencia

Hemos visto en el Capítulo VI de esta obra, que los arts. 472 y 473 del Cód. Civil prevén un sistema de nulidades respecto de los actos jurídicos concretados por las personas declaradas incapaces¹⁹⁷.

Tras la reforma legal, coincidimos con quienes sostienen que el art. 472, en tanto dispone la nulidad de los actos celebrados con posterioridad a la declaración, debe considerarse aplicable a los actos (y funciones) que el juez explícitamente haya limitado¹⁹⁸.

En cuanto al art. 473, relativo a los actos anteriores, la cuestión es más compleja, pues si bien la presunción de capacidad emergente del art. 3º de la ley 26.657 es coherente con la presunción de validez de los actos, debe notarse que el art. 473 incorpora un elemento de valoración distinto, cual es la publicidad de la enfermedad, vinculado con la seguridad jurídica y la actuación de los terceros de buena fe y a título oneroso. En tal sentido, la nulidad de dichos actos dependerá de si se enmarcan en la categoría de funciones que el juez limitó en el pronunciamiento. De ser así, el acto será anulable. De lo contrario, tratándose de un acto no limitado en la sentencia, parece que difícilmente pueda plantearse su nulidad. Sin perjuicio de esta regla genérica, y como nuestro país se debe un debate por una reforma integral al sistema de capacidad de nuestro Código Civil, de plantearse un caso concreto, será el juez quien deberá resolver lo que considere justo o equitativo en función de cada contexto.

5 — El rol del curador definitivo

La consecuencia inmediata de la reformulación del sistema de capacidad a la luz de lo previsto por el art. 152 *ter* del Cód. Civil es el replanteo del rol del curador de la persona con padecimientos mentales. Como hemos expresado en esta obra, el reconocimiento de capacidades graduales o flexibles resulta inescindible de una nueva concepción sobre la actuación del curador. La con-

¹⁹⁷ Véase p. 522 y ss. de esta obra.

¹⁹⁸ Véanse Pestalardo, *El nuevo art. 152 ter del Código Civil: más dudas que certezas*, en “Derecho de Familia y de las Personas”, año 3, n° 5, 2011, p. 195; Laferriere - Muñoz, *La nueva Ley de Salud Mental. Implicaciones y deudas pendientes en torno a la capacidad*, ED, ejemplar del 22/2/11, n° 12.697; Rivera - Hooft, *La nueva ley 26.657 de salud mental*, JA, ejemplar del 25/5/11.

cepción tradicional de la representación legal de los “incapaces” para todos los actos de su vida¹⁹⁹, como sinónimo de sustitución en la toma de decisiones, resulta incompatible con su reconocimiento como sujetos de derecho y la promoción de su autonomía²⁰⁰.

Por el contrario, frente a la idea de favorecer el ejercicio personal de ciertos derechos por parte de las personas con padecimientos mentales, el curador debe ser una figura que a los fines de la ejecución de los actos inherentes a estos derechos, se limite a prestar una especie de “asistencia”, cumpliendo una función meramente complementaria respecto de la decisión del individuo a quien tutela.

Justamente, en el “II Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia”, realizado los días 11 y 12 de noviembre de 2010, en la ciudad de Córdoba, una de las conclusiones de la Comisión 4.1.C, denominada “Salud. Discapacidad”, fue que correspondía “revisar el ejercicio de la necesidad de tutores y curadores oficiales en cada una de las provincias que lo tuvieron y las funciones de éstos que deban implementarse a partir de la normativa convencional y la ley 26.378”²⁰¹.

La cuestión de todos modos se vuelve más compleja, a la luz de lo normado por el art. 12 de la CDPD que refiere al sistema de apoyos. En efecto, se ha definido la asistencia como “un medio de control por parte de un tercero, de modo que la persona actúa por sí sin que se la reemplace o sustituya, pero tiene que contar con la conformidad o asentimiento del asistente, quien lo prestará si considera que el acto no es dañoso para el asistido”²⁰². El régimen de asistencia se expresa en la autorización o asentimiento prestados por el curador para integrar la validez de determinados actos jurídicos. Pero, ¿es lo mismo asistencia que apoyo? La respuesta —al menos tentativa— a este interrogante nos obliga a sumergirnos en el estudio del art. 12 citado y su compatibilización con el sistema propuesto por la ley 26.657, al que haremos referencia a continuación.

6 — El sistema de apoyos y salvaguardias

El art. 12 de la CDPD es una norma clave del citado instrumento internacional. Podría incluso decirse que es el eje central sobre el cual se asiente el

¹⁹⁹ Resultante de lo dispuesto por los arts. 62 y 475 del Código Civil.

²⁰⁰ Véanse ps. 660 y 661 de esta obra.

²⁰¹ *Conclusiones generales del “II Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia”*, en “Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, n° 50, 2011, p. 305.

²⁰² Cifuentes, *Elementos de derecho civil. Parte general*, p. 218.

sistema de derechos allí consagrado. Esta norma enuncia como principio el de “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, y continúa diciendo: “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*^[203]. 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*^[204]. 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 ...”.*

El art. 12 de la CDPD se enmarca en el modelo social de la discapacidad, por el cual la persona con discapacidad debe ser tratada como sujeto de derechos, con igual dignidad y valor que las demás, siendo obligación del Estado reconocer su titularidad en todos los derechos, pero también, fundamentalmente, su capacidad plena de ejercerlos por sí misma²⁰⁵. A diferencia del modelo médico, el denominado modelo social se caracteriza “por trasladar el centro del ‘problema’ de la discapacidad desde el individuo a la sociedad. De acuerdo con esta nueva óptica, las causas que dan origen a la discapacidad no se consideran personales —o al menos, no principalmente personales— sino preponderantemente sociales. Dicho de otro modo, no son las limitaciones individuales ocasionadas por las deficiencias las que discapacitan, sino las limitaciones de una sociedad que no toma en consideración, ni tiene presentes a

²⁰³ El destacado nos pertenece.

²⁰⁴ El destacado nos pertenece.

²⁰⁵ Laufer Cabrera, *Reforma legal en base a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Capacidad jurídica y acceso a la justicia*, 2010, p. 13 y ss. Véase también Olmo - Martínez Alcorta, *Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Medidas de apoyo y de salvaguardia. Propuestas para su implementación en el régimen jurídico argentino*, en “Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, n° 49, 2011, p. 41 y siguientes.

las personas con discapacidad estableciendo barreras que las excluyen y discriminan. Para el modelo social la discapacidad es, por ende, una cuestión de derechos humanos. El modelo social, asume una mirada ‘desde’ los derechos porque considera que las limitaciones que las personas con discapacidad padecen para participar plenamente en la vida social no son ni naturales, ni inevitables, ni tolerables, sino el producto de una construcción social y de relaciones de poder que constituyen una violación de su dignidad intrínseca. Y mira hacia los derechos porque considera que el Estado y la sociedad tienen la responsabilidad de acabar con esta exclusión garantizando el pleno respeto de la igual dignidad de las personas con discapacidad. Así, las respuestas sociales frente al fenómeno de la discapacidad consisten, precisamente, en políticas de derechos humanos. Pues bien, este discurso es perfectamente aplicable al ámbito de la capacidad jurídica e inspira el art. 12 de la CDPD²⁰⁶.

En este mismo sentido, se ha expresado que: “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 ... 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”²⁰⁷.

Desde esta perspectiva, el citado art. 12 es el más claro exponente del cambio de paradigma al enarbolar la capacidad jurídica como principio, dejando de lado la dicotomía entre capacidad de derecho y capacidad de hecho, propia del modelo tutelar de incapacitación. La capacidad jurídica, la capacidad civil de hecho, la capacidad de obrar y la capacidad de ejercicio por sí de los derechos deben entenderse como sinónimos.

²⁰⁶ Patricia Cuenca Gómez, *La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CDPD en el Ordenamiento jurídico español*, en www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20I/1-cuenca.pdf.

²⁰⁷ Kraut - Diana, *Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria*, LL, ejemplar del 8/6/11, p. 1.

Este planteamiento hace necesario reemplazar el tradicional modelo de *sustitución* en la toma de decisiones por un modelo de *apoyo* en la toma de éstas²⁰⁸. En efecto, la misma norma prevé que algunas personas con padecimientos mentales pueden necesitar *ayuda* para ejercer su capacidad jurídica y para ello el Estado debe ofrecerles *apoyo* y establecer *salvaguardias* contra el potencial abuso de ese apoyo²⁰⁹, entendiéndolo por el primero a toda medida judicial que facilite a la persona 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. Como bien se ha dicho: “La toma de decisiones con apoyo es una aplicación del modelo social de la discapacidad al área de la capacidad legal”²¹⁰.

En definitiva, en el modelo social de la discapacidad el concepto de capacidad se contempla como un concepto “gradual” y “relativo” y no como un concepto “binario”. La sociedad no se divide en sujetos capaces e incapaces, sino que está conformada por sujetos con capacidades diversas que pueden encontrarse en diferentes situaciones, tener más o menos dificultades para desarrollar su autonomía y necesitar niveles de ayuda o asistencia distintos para adoptar sus decisiones.

Pareciera, entonces, que el art. 152 *ter* introducido por la ley 26.657, al sostener formalmente la “declaración de incapacidad”, no es compatible con el modelo social de discapacidad. Resulta evidente, también, que no reguló expresamente el sistema de apoyos y salvaguardias que exige la CDPD, y que tampoco derogó el sistema de sustitución en la toma de decisiones a través de la figura de la curatela regulada en el Código Civil.

Sin embargo, lo expuesto en los apartados anteriores nos permite concluir que desde lo axiológico, el sistema procura ajustarse a los mandatos de la citada Convención. La nueva norma introduce un sistema de graduación de la restricción de la capacidad civil, al indicar que el magistrado debe explicitar las funciones y los actos jurídicos que se limitan, que implica una reformula-

²⁰⁸ Véanse Antonio García Pons, *Impacto del art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 en las legislaciones internas de los Estados. El caso de España*, en www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20I/1-garcia.pdf; y Patricia Cuenca Gómez, *La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CIDPD en el Ordenamiento jurídico español*, en www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20I/1-cuenca.pdf.

²⁰⁹ Véase, al respecto, Pereña Vicente, “La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica”, en *Derecho, minorías y grupos vulnerables. Otra mirada a la discapacidad*, Nueva época, año VI, jul.- dic. 2010, p. 69 y siguientes.

²¹⁰ Kraut - Diana, *Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria, LL*, ejemplar del 8/6/11, p. 1.

ción tácita del sistema rígido de capacidad/incapacidad y un necesario replanteo del rol del curador. Desde esta perspectiva, aunque no lo diga expresamente, la norma se ajusta al paradigma emergente de la CDPD y resulta compatible con el sistema de apoyos y salvaguardias allí previsto. Tan es así que pese al silencio legal —y como luego veremos con un ejemplo concreto— la praxis judicial demuestra día a día una inclusión expresa del sistema de apoyo en las sentencias de nuestros tribunales.

El apoyo se relaciona, entonces, con la intervención de un tercero en la esfera de la autonomía de la persona con un sentido muy diferente que la intervención propia del modelo binario. Por ende, no supone una sustitución, sino una promoción y un apoyo de la autonomía. No se trata de decidir *por* la persona, sino de ayudar a decidir, de acompañar en la decisión, de decidir *con* la persona y *para* la persona. De este modo, las medidas de apoyo pueden y deben proyectarse cuando así lo requiera la situación de la persona y, obviamente, con las debidas garantías, en todas las esferas en las que actúa y en todos sus derechos²¹¹.

Debe advertirse que a nuestro juicio, el apoyo al que alude el citado art. 12.4 resulta vinculante para la persona; es decir, no es sólo una medida de ayuda que se pone a disposición de quien lo requiera. De lo contrario, no tendría sentido el texto legal cuando dispone que debe resguardarse que las medidas de apoyo 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 ...*”. En estos términos, y retomando uno de los interrogantes que surgieran a lo largo de este trabajo, la función de “asistencia” del curador, como integrativa y complementaria de la decisión de la persona, no parece ser muy distinta del “apoyo” al que se refiere el art. 12. Quizás podría pensarse que el apoyo está más asociado a la cooperación, entendiéndose que la decisión es tomada por la propia persona y no integrada con la voluntad de otro, quien se limita a cooperar o ayudar. Lo cierto es que la distinción es muy fina y nos parece se centra más bien en un plano teórico, pues desde la práctica la función y alcances del apoyo serán definidos en relación con las características personales y contexto ambiental de cada persona.

Finalmente, no debe olvidarse que el sistema de apoyo se encuentra estrechamente vinculado con las llamadas salvaguardias previstas por el art. 12.4 de la CDPD, que se diagraman sobre tales mecanismos orientándose a evitar los abusos. Las salvaguardias se proyectan en diversos aspectos, de

²¹¹ Véase Patricia Cuenca Gómez, *La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CIDPD en el Ordenamiento jurídico español*, en www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20I/1-cuenca.pdf.

modo que su determinación depende también de cada caso concreto y deberá definirse a la hora de su implementación. Sin embargo, la Convención identifica ciertos aspectos de mínima a considerar, al decir: “... *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*”.

Las salvaguardias operan entonces como una garantía para evitar que la implementación del apoyo redunde en la vulneración de los derechos fundamentales de la persona. En definitiva, con estas medidas se procura delimitar el contenido y los alcances de los apoyos —en el sentido de su proporcionalidad y adecuación— y su duración en el tiempo, así como también controlar la existencia de conflictos de intereses entre la persona y quien presta su apoyo. En tal sentido, aún sin decirlo de manera expresa, el art. 152 *ter* prevé una salvaguardia concreta al hacer referencia al plazo de tres años de “duración” de las sentencias (al que luego haremos referencia).

Para terminar este apartado, tal como anticipamos, querríamos mencionar una sentencia del Tribunal de Familia n° 1 de Mar del Plata, del 29/3/11²¹², que es un claro exponente de la aplicación del sistema de apoyos y salvaguardias²¹³. En el caso, se desestimó la demanda de interdicción de una persona con diagnóstico de esquizofrenia, avalado por el examen de los médicos forenses, y se implementó un régimen coherente con el mandato del art. 12 de la CDPD, en aras de “armonizar el derecho convencional con la normativa interna”. Para así decidir, la magistrada Iglesias destacó —entre otras cuestio-

²¹² Trib. Fam. n° 1 Mar del Plata, 29/3/11, “V., W. D. s/Insania y curatela”, *www.abeledoperrot.com*.

²¹³ Reiteramos que el sistema de apoyos y salvaguardias tiene cada vez mayor difusión en nuestros tribunales. La sentencia que aquí se comenta no es entonces un ejemplo único, pero sí uno de los más explicativos por el profundo desarrollo de sus argumentos. Por eso la hemos elegido. Otro ejemplo —entre los escasos publicados— puede verse en Juzg. Nac. Civ. n° 38, 23/3/11, “R., J. P.”, en el cual ampliando la resolución que desestimaba el pedido de incapacidad de una persona, se resolvió que “ambos progenitores, en su carácter de apoyo de su hijo, deberán controlar la realización de los tratamientos prescritos así como la toma de la respectiva medicación imponiéndoles la obligación indistinta de informar al tribunal de todas aquellas circunstancias que ameriten su intervención para salvaguarda de los intereses de su hijo, tal el caso si el mismo sufriera alguna descompensación” (publicado en *www.abeledoperrot.com.ar*).

nes— que: “Si bien valoro la pericia médica desde un aspecto médico clínico en relación al diagnóstico, pronóstico y al régimen que se aconseja, no puedo dejar de tener en cuenta que, a partir del paradigma de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, no resulta ser el modelo médico rehabilitador el sistema de inclusión para las personas con discapacidad, sino el modelo social donde la discapacidad anida en todos los resortes socio-económico-sanitarios que impiden la accesibilidad y el reconocimiento por tanto de la capacidad jurídica de las personas”. En tal contexto, resolvió: “1) Rechazar el pedido de declaración de insania ... 2) Declarar que el señor W. D. V. ... en ejercicio pleno de su personalidad jurídica deberá tomar toda decisión que comprometa su patrimonio por actos de disposición o administración con el apoyo para tales actos de la señora M. V. ... 3) Si el señor W. D. V. realizara actos jurídicos *per se* sin el apoyo dispuesto en el punto que antecede para la comprensión del acto que se trate, los mismos serán pasibles de anulación y/o rescisión ... 5) En caso de conflicto de intereses entre el señor W. D. V. y la señora M. V. se deberá dar inmediata intervención a este tribunal a los efectos que por derecho correspondan. 6) Se establece como salvaguarda que el señor V. W. D. y su hermana, señora M. V., rindan cuentas de su actuación cada seis meses por ante este tribunal y por el plazo de tres años ... 7) Los actos de disposición deberán ponerse en conocimiento a este tribunal a fines del ejercicio de la función tuitiva de los derechos del señor W. D. V. ... 8) La extensión del régimen de apoyo alcanza a todos los actos en que W. requiera explicaciones, integrar consentimiento, convalidar su decisión y especialmente a aquellos que se relacionan con su salud. 9) La presente sentencia será revisada en un plazo de tres años a partir de su notificación, siempre en miras al ejercicio pleno de la capacidad jurídica del señor W. V. ...”.

7 — La evaluación del equipo interdisciplinario

El art. 152 *ter* establece en su parte pertinente que: “*Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias ...*”.

La norma reafirma la modalidad de abordaje interdisciplinario emergente del ya comentado art. 8° y concordantes de la ley, por lo que allí nos remitimos. Sin embargo, dado que esta evaluación se inscribe en el marco de un proceso donde se procura la determinación de la capacidad jurídica de una persona, la imprecisión de la previsión del art. 152 *ter* presenta sus propias dificultades.

En primer lugar, entendemos —siguiendo a Kraut y Diana— que la nueva norma 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 Na-

ción, respecto de 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 interdisciplinarias²¹⁴.

Pero en particular, en cuanto a las disposiciones procesales citadas, consideramos que la nueva exigencia de una “evaluación interdisciplinaria” no puede ir en desmedro del requisito de la evaluación pericial realizada por tres médicos psiquiatras que establecen los mencionados arts. 626, inc. 3º y 631 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. Ello no sólo por cuanto tales disposiciones no han sido derogadas por la ley de fondo, sino en especial, porque la coexistencia de tres psiquiatras —cuya incumbencia principal se relaciona con las afecciones mentales— ha sido establecida a fin de dotar al procedimiento de las mayores garantías posibles, en favor de la capacidad de las personas²¹⁵. Lo que la nueva ley propone es *sumar*, y no restar garantías mediante un abordaje interdisciplinario que tenga en consideración una mirada integral respecto de la persona y su entorno. Por ello, a dichos tres médicos psiquiatras exigidos por la normativa procesal deben sumarse especialistas de otras disciplinas. De mínima, la mirada de un trabajador social y de un psicólogo.

La práctica no deja de mostrar inconvenientes en este sentido, pues más allá del acotado marco de intervención actual del Cuerpo Médico Forense —como luego veremos— este organismo responde al modelo médico y no trabaja de manera interdisciplinaria en materia de salud mental. Es por ello que en lo cotidiano se “subsana” esta dificultad mediante la suma de las conclusiones del cuerpo de psiquiatras y el informe social elaborado en general por los trabajadores sociales de la Dirección General de Tutores y Curadores Públicos. La solución no responde evidentemente a la idea de abordaje interdisciplinario: no hay aquí interdisciplina, entendida ésta como un trabajo cooperativo y mancomunado, sino en todo caso, multidisciplinaria, resultado del trabajo individual de los saberes implicados. Pero lamentablemente, por el momento, y mientras no se adecuen los recursos públicos a los mandatos de la nueva ley, ésta es la solución posible. Así lo ha considerado la Sala B de

²¹⁴ Kraut - Diana, *Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria*, LL, ejemplar del 8/6/11, p. 1.

²¹⁵ En igual sentido, véanse Mayo - Tobías, *La nueva ley 26.657 de Salud Mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil*, LL, ejemplar del 14/2/11, p. 1; Pestalardo, *El nuevo art. 152 ter del Código Civil: más dudas que certezas*, en “Derecho de Familia y de las Personas”, año 3, nº 5, 2011, ps. 192 y 193; Santiago, *La prueba en los procesos judiciales de interdicción e inhabilitación en la ley 26.657*, en “Derecho de Familia y de las Personas”, año 3, nº 6, jul. 2011, p. 189 y ss.; Rivera - Hooft, *La nueva ley 26.657 de salud mental*, JA, ejemplar del 25/5/11.

la Cámara Nacional Civil, en un fallo del 5/5/11²¹⁶, en el cual se resolvió que “no hay reproches que formular a la sentencia de grado ... pues aun cuando fue dictada con antelación a la sanción de la ley 26.657, el pronunciamiento de grado se ha basado en una evaluación interdisciplinaria al converger para la formación del razonamiento judicial la intervención de profesionales de diferentes especialidades (médicos forenses, psicóloga y licenciada en trabajo social). Es decir, que la evaluación que se realizó en relación con la persona de la causante satisface los requerimientos del art. 5º de la mentada ley 26.657, aun cuando no estaba vigente al tiempo de dictarse el decisorio en examen”.

Otra de las cuestiones que se han debatido, y a nuestro juicio está zanjada por remisión a los principios generales ya expuestos en esta obra en orden al valor probatorio de la “prueba pericial médica”²¹⁷, y por el refuerzo de las opiniones doctrinarias coincidentes tras la sanción de la ley 26.657, gira en torno del carácter vinculante del informe del equipo interdisciplinario. En este sentido, coincidimos con Kielmanovich cuando señala que “el hecho que la ley diga que la declaración de incapacidad como la de inhabilitación ‘deberán fundarse en un examen de facultativos’ no significa que éste sea obligatorio para el juez, sino, que la decisión judicial debe atender necesariamente a dicho dictamen para admitir la pretensión o petición —como se prefiera— con uno u otro alcance, pues como lo indica el art. 140 del Cód. Civil, ‘ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente’”²¹⁸.

En suma, si bien la evaluación interdisciplinaria es requisito de validez del proceso y el magistrado no puede dejar de considerarla en la sentencia, ello no excluye que pueda apartarse de sus conclusiones basándose en otros elementos de convicción, siempre que su decisión se encuentre debidamente fundada. Pero tal apartamiento sólo es posible en la medida en que la decisión judicial tienda a ampliar el radio de autonomía personal del paciente y no a restringirlo, por aplicación de los principios generales —sostenidos por un sector de la doctrina y jurisprudencia aún antes de la sanción de la ley 26.657, y que compartimos—, por los cuales si del examen pericial resultaba que la persona estaba “sana”, el juez no podía disponer la interdicción²¹⁹.

²¹⁶ CNCiv., Sala B, 5/5/11, “R., A. C. s/Insania”, proporcionado por la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

²¹⁷ Véase p. 373 y ss. de esta obra

²¹⁸ En el mismo sentido, véase Pestalardo, *El nuevo art. 152 ter del Código Civil: más dudas que certezas*, en “Derecho de Familia y de las Personas”, año 3, nº 5, 2011, p. 192.

²¹⁹ Véase, al respecto, p. 376 de esta obra.

Formuladas estas aclaraciones, querríamos dejar sentadas algunas cuestiones prácticas que pueden resultar de interés.

La primera se relaciona con las indicaciones que desde el tribunal se realizan a los fines de poder dictar una sentencia acorde con el mandato del art. 152 *ter*. Con este objetivo, desde los juzgados se han elaborado una serie de puntos o interrogantes que se elevan junto con el pedido de evaluación interdisciplinaria para ser respondidos por los especialistas. En tal sentido, se solicita se especifiquen aquellas funciones que la persona puede llevar a cabo por sí o con el apoyo de un tercero, en especial las siguientes: *a*) si puede vivir solo; *b*) si puede cumplir con las internaciones terapéuticas que se le efectúen; *c*) si puede prestar su consentimiento informado para el suministro de medicación, y/o la realización de tratamientos psicológicos, psiquiátricos y/o médicos que se le propongan; *d*) si puede contraer matrimonio; *e*) si puede ejercer la patria potestad respecto de sus hijos; *f*) si puede trasladarse solo por la vía pública; *g*) si conoce el valor del dinero; *h*) si requiere supervisión periódica o permanente para el desarrollo de su vida cotidiana; *i*) si puede realizar una actividad laboral remunerada; *j*) si puede cobrar y administrar un salario o percibir y administrar un beneficio previsional (jubilación/pensión); *k*) si puede efectuar compras que resulten necesarias para la satisfacción de sus necesidades básicas de subsistencia (alimentación, vestimenta, higiene, medicamentos, transporte, esparcimiento); *l*) si puede votar y ser votado.

La segunda cuestión práctica se vincula con el efector que llevará a cabo la evaluación interdisciplinaria exigida por la ley, cuando la persona carece de recursos suficientes para afrontar el pago de peritos particulares. Ya hemos adelantado que los hospitales públicos, las obras sociales y las medicinas prepagas se niegan a llevarlos a cabo con el fundamento de que la realización de pericias excede sus funciones. Hemos dicho también que desde los tribunales se ha utilizado la norma del art. 6° de la ley 26.657 —en cuanto dispone que los servicios de salud públicos y privados deben adecuarse a los principios establecidos en la ley— para intimarlos a realizar la pericia bajo apercibimiento de imponer una sanción conminatoria.

De todos modos, tal solución es meramente paliativa. En efecto, ni las obras sociales ni las medicinas privadas ni los hospitales públicos tienen la función prevista por el art. 631 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y ahora reforzada por el art. 152 *ter*. Tal función ha recaído tradicionalmente en el Cuerpo Médico Forense para garantizar la objetividad, publicidad e imparcialidad del diagnóstico. Pero a raíz de la —ya mencionada— Acordada 47/09 de la Corte Suprema de la Nación, del 15 de diciembre de 2009, la actuación de este organismo en el fuero civil fue limitada sólo a situaciones excepcionales, “cuando medien notorias razones de urgencia, pobreza o interés público debidamente acreditadas, o cuando las circunstancias particulares hicieran

necesario su asesoramiento” (art. 2°)²²⁰. La cuestión no es menor, pues el alcance del concepto de “pobreza” depende necesariamente de apreciaciones subjetivas, existiendo muchísimas situaciones “límites” donde, si bien no se puede hablar de pobreza, tampoco se cuenta con los recursos como para afrontar el costo de la labor de los peritos particulares. Ello ha llevado a la designación de obras sociales y medicinas prepagas para llevar a cabo las evaluaciones exigidas por la ley, como vía alternativa aunque, se sabe, poco ortodoxa.

Tan es así, que tales decisiones han sido cuestionadas desde la Curaduría Pública, habiéndose obtenido sentencias favorables a los planteos formulados. Así, en un fallo de la Sala J de la Cámara Nacional Civil, del 16/9/10²²¹, se revocó la decisión de primera instancia por la cual se disponía la realización de la evaluación a través de la obra social a la que la persona se encontraba afiliada, resaltándose que: “La inusual decisión de la magistrada interviniente obedece, sin duda, a la crítica situación generada con motivo de las dificultades actuales para poder contar con la intervención del Cuerpo Médico Forense ... No obstante compartir el criterio de que el dictamen médico previsto en el art. 631 del Cód. Procesal en modo alguno puede ser encomendado a quienes no revisten el carácter de peritos, por lo que este aspecto del decisorio recurrido debe ser revocado, se advierte que en estas actuaciones no se encuentra aún suficientemente establecida la carencia de bienes de la causante que habilite la excepcional intervención del cuerpo técnico oficial, lo que podría implicar una nueva demora en la concreción de la pericia, por cuanto ya no es decisión del juez interviniente —ni de esta Cámara— resolver en definitiva la cuestión”.

8 — Revisión de la sentencia cada tres años: ¿caducidad de pleno derecho?

Uno de los aspectos más discutidos en torno del citado art. 152 *ter* ha sido la cláusula por la cual se establece que: “*Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad ... No podrán extenderse por más de tres años ...*”. Ello ha llevado a algunos autores a sostener la caducidad de pleno derecho del pronunciamiento judicial transcurrido el lapso estipulado por la ley. Así, Kielmanovich ha señalado que “la sentencia tanto de interdicción como de inhabilitación llevan ahora un término *ad quem*, pues como lo indica el cita-

²²⁰ Debe recordarse que tal Acordada dispone que el Cuerpo Médico Forense realiza una función exclusivamente pericial y que, por regla, atiende los requerimientos de los magistrados del fuero criminal y, excepcionalmente, a los pedidos de los jueces de los restantes fueros.

²²¹ CNCiv., Sala J, 16/9/10, “S., M. D. P. L. s/Insania”, proporcionado por la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

do art. 152 *ter* del Cód. Civil, la misma tendrá efectos por un plazo no mayor de tres años, sin que quepa entender, a nuestro juicio, que a su vencimiento el mismo se mantendrá o se reanudará por otro lapso igual sino, antes bien, que de pleno derecho han cesado las limitaciones impuestas en dichos procesos —salvo que con anterioridad alguno de los sujetos legitimados peticione y pruebe la subsistencia de los presupuestos que condujeron a su declaración—. Primero, porque la ley no le impone esa suerte de reconducción, y segundo, por cuanto, como reza el art. 7º, es un principio cardinal de esta ley el que reconoce el derecho de las personas con padecimiento mental a que dicho estado no sea considerado inmodificable —a lo que se agrega el denominado principio de capacidad— con lo que al vencimiento de plazo establecido en la sentencia el anterior demente o inhabilitado recobrará todos sus derechos y facultades, pudiendo desde entonces automáticamente celebrar los contratos que ‘considerase’ o ‘imaginase’ convenientes, sin que a los terceros se le pueda atribuir mala fe ... por atenerse al hecho al cual la ley subordina la recuperación de la salud mental”²²².

Más allá de las acertadas observaciones teóricas, desde la práctica la doctrina ha coincidido en que la disposición legal no puede implicar una caducidad de pleno derecho del pronunciamiento judicial, pues ello podría acarrear graves perjuicios en los intereses de las personas a quienes precisamente se busca proteger y cuyos derechos se quiere garantizar, especialmente en el ámbito patrimonial. En efecto, ello implicaría la caída de todas las medidas cautelares protectorias dictadas en el marco del proceso, podría afectar contratos en curso de ejecución, gestiones de créditos, celebración de acuerdos, etcétera. Esta interpretación se impone también a la luz de lo normado por el art. 150 del Cód. Civil²²³ y lo prescripto por el art. 635 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación en cuanto al proceso de rehabilitación²²⁴.

Lo que en rigor la norma prevé es la obligación de revisar los alcances de la sentencia cada tres años, de modo tal de verificar si subsisten las circunstancias que dieron lugar a la restricción de la capacidad respecto del ejercicio de ciertos derechos y la celebración de determinados actos, si puede modifi-

²²² Kielmanovich, *El nuevo juicio de interdicción y de inhabilitación (ley 26.657)*, LL, ejemplar del 19/2/11.

²²³ En tanto prevé que: “La cesación de la incapacidad por el completo restablecimiento de los dementes, sólo tendrá lugar después de un nuevo examen de sanidad hecho por facultativos, y después de la declaración judicial, con audiencia del Ministerio de Menores”.

²²⁴ Tal norma dispone que: “El declarado demente o inhabilitado podrá promover su rehabilitación. El juez designará tres médicos psiquiatras o legistas para que lo examinen y, de acuerdo con los trámites previstos para la declaración de demencia, hará o no lugar a la rehabilitación”.

carse tal situación ampliando la capacidad de obrar del sujeto (lo que en la práctica se denomina “rehabilitación parcial”), si —en aras de su protección— debe limitarse aún más su autonomía, o si directamente el padecimiento mental no incide en forma alguna en la capacidad de obrar del sujeto, de modo que debe promoverse su rehabilitación. Se trata nada más y nada menos —como vimos— de una salvaguardia impuesta por la ley de conformidad con los parámetros emergentes del art. 12 de la CDPD, en tanto establece en su parte pertinente que deberá garantizarse que las medidas de apoyo “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 ...”²²⁵.

Más allá del fundamento teórico, debemos decir que la ley ha recogido la práctica judicial tendiente a actualizar el “informe médico” una vez al año para verificar la existencia de una evolución o deterioro en la salud mental de la persona que pudiera significar un cambio de encuadre en torno de su capacidad jurídica. En tal sentido, y a modo de ejemplo, puede recordarse un fallo de la Sala L de la Cámara Nacional en lo Civil²²⁶, que frente a una persona adicta en proceso de recuperación, resolvió hacer lugar al pedido de inhabilitación “pero dadas las características de este caso y la finalidad perseguida por la norma en cuestión tendiente no sólo a la protección y rehabilitación sino a que, aquélla no se prolongue más allá de lo debido por la limitación de derechos que implica, el tribunal entiende propicio que se encomiende al juzgado interviniente que cada seis meses se actualice la información relativa al

²²⁵ En sentido contrario a la revisión impuesta por el art. 152 *ter*, debe mencionarse una reciente sentencia —que desde ya no compartimos— mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad de la citada norma en un caso en el cual el informe médico concluía que la persona padecía una “patología de evolución crónica, siendo su estado irreversible”. En este contexto, la magistrada subrayó que “la técnica legislativa utilizada en el art. 152 *ter* del Cód. Civil atenta contra el derecho humano de la causante de recibir asistencia y la tutela efectiva del Estado sin necesidad de demostrar periódicamente su patología, por lo menos a los fines asistenciales y de la seguridad social. Pues, así como están las cosas en los pleitos como el de marras, la aplicación literal del artículo en análisis, donde es improbable la existencia de remisión de la enfermedad; obligaríamos a la causante a que cada tres años promoviera y acreditara la necesidad de contar con dicha asistencia. Tengo para mí que la cuestión debió ser tratada de modo inverso, es decir el derecho a que el padecimiento no sea considerado un estado inmodificable se satisface con el planteo de que tal circunstancia ocurrió, y en ese caso es deber de los jueces dejar sin efecto la declaración de incapacidad. En consecuencia, entiendo que la norma en cuestión contraría los principios de la normativa internacional que aseguran la operatividad de los derechos humanos en lo pertinente” (Juzg. Civ. Com. Lab. y Min., Circ. 5ª, Chos Malal, Neuquén, 23/5/11, “M., A. P. s/Declaración de incapacidad”, *elDial-AA6BC3*).

²²⁶ CNCiv., Sala L, 19/11/08, “L., D. L. s/Inhabilitación”, *www.eldial.com*.

estado de salud del señor L. y al cumplimiento y compromiso con los tratamientos prescriptos. Ello, dada la provisoriedad con la que debe entenderse la sentencia de inhabilitación, que depende de la evolución del estado del causante”.

El plazo de tres años debe computarse desde que la sentencia se encuentre firme, es decir, desde que ha sido confirmada tras la elevación en consulta al Superior, pues la intervención del tribunal de alzada implica la revisión de la sentencia²²⁷.

En cuanto a las sentencias que han sido dictadas bajo la órbita del anterior régimen, a la luz del principio sentado por el art. 3º del Cód. Civil, en la medida en que no sean revisadas, mantendrán su vigencia, con los alcances originariamente dispuestos²²⁸. Lo contrario, también aquí podría redundar en un perjuicio de los intereses de la persona cuya protección se procura.

Con relación a aquellas resoluciones dictadas antes de la vigencia de la ley, pero sin haber transcurrido aún el plazo de tres años exigido por la norma, consideramos que pese a ello corresponde actualizarlas para que se ajusten al nuevo paradigma legal. De hecho, la práctica muestra que los expedientes elevados en consulta en tales condiciones, es decir, con una sentencia anterior a la vigencia de la ley 26.657, han sido devueltos a primera instancia por numerosas Salas, siguiendo la postura de la defensora de menores e incapaces ante la alzada, para adecuar el pronunciamiento a la nueva normativa.

Debe destacarse que en sentido contrario, y respecto de una sentencia cuestionada por la Defensoría de Menores de Cámara y dictada unos días antes de la entrada en vigencia de la ley, la Sala M de la Cámara Nacional en lo Civil ha resuelto que “el art. 152 *ter* no derogó el art. 141 del mismo cuerpo legal, no surgiendo en autos limitaciones que justifiquen determinar, al menos por ahora, que la incapacidad de la causante, que reviste la forma clínica de síndrome delirante y retraso mental leve, pueda tener un alcance distinto al previsto por los arts. 54, 141 y 469 del Cód. Civil. Consecuentemente con lo expresado, es que corresponderá confirmar la sentencia de grado sin perjuicio de que durante el seguimiento que se debe efectuar al incapaz, la juez de la causa disponga las medidas tendientes a determinar específicamente las funciones o actos que se restringen a fin de que la afectación de la autonomía de la persona aquí declarada incapaz sea la menor posible, o en otros términos, determinar cuáles actos de la vida cotidiana está en condiciones de rea-

lizar o la medida en que los tratamientos repercutan en su capacidad, sea para inhabilitarla o para rehabilitarla”²²⁹.

Por último, otro de los aspectos a considerar es el relativo al trámite procesal que cabe dar a esta revisión periódica. La práctica demuestra que la revisión de los pronunciamientos judiciales es instada por el defensor de menores e incapaces o por el curador público. Así lo corrobora la Res. DGN 841/11 que impone “una obligación del curador definitivo de instar la revisión de la sentencia, a fin de lograr la rehabilitación o la readecuación de la declaración hacia una menor limitación de la autonomía personal, cuando la evaluación interdisciplinaria así lo sugiera, mediante las vías procesales que considere apropiadas, para no generar costas innecesarias”.

Ahora bien, instada la acción, ¿cuál será el trámite que corresponde imprimirle? ¿El de la rehabilitación previsto en el art. 635 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación? ¿Es necesario abrir nuevamente a prueba el expediente en los términos del art. 626 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación? ¿O bastará con la disposición de una nueva evaluación —ahora interdisciplinaria— con los alcances exigidos por el art. 152 *ter*? La cuestión no es menor, por cuanto la apertura a prueba conlleva necesariamente la dilación en las actuaciones y la generación de costas, en contra del principio de economía procesal y de los propios intereses de la persona cuyos derechos se busca resguardar. Por otro lado, tal apertura a prueba es una garantía del debido proceso que no puede soslayarse.

A nuestro juicio, y en aras de armonizar los principios en pugna, se impone una solución intermedia que tenga en consideración cada situación particular. Así, como primera medida, habrá de ordenarse la evaluación interdisciplinaria prevista por el art. 152 *ter*. Con su resultado, y en función de lo que allí se determine, el curador y el defensor de menores e incapaces promoverán la rehabilitación, en cuyo caso deberá procederse en los términos del art. 626 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación o, de verificarse que la situación de la persona no admite su rehabilitación sino sólo la readecuación (lo que en la práctica se ha dado en llamar “rehabilitación parcial”) o el mantenimiento de su situación legal, de tal informe deberá correrse traslado en forma personal al sujeto, para garantizar su derecho de defensa en juicio, y nombrársele un curador provisorio para su defensa técnica —si no contara con abogado—, sin necesidad de prolongar el proceso e incrementar su costo con el trámite de la rehabilitación. Debe notarse que a fin de garantizar la defensa técnica de las personas en el proceso de revisión previsto por el art. 152 *ter*, la Res. 841/11 de la DGN dispone que sin perjuicio de la función que continuará ejerciendo

²²⁷ Véase p. 430 y ss. de esta obra.

²²⁸ Véanse, al respecto, Llorens, *La protección de los derechos de las personas con enfermedades mentales. La nueva ley 26.657*, en “Derecho de Familia y de las Personas”, año 3, n° 3, 2011, p. 215; Pestalardo, *El nuevo art. 152 ter del Código Civil: más dudas que certezas*, en “Derecho de Familia y de las Personas”, año 3, n° 5, 2011, p. 196.

²²⁹ CNCiv., Sala M, 3/6/11, “V., N. L. s/Insania”, proporcionado por la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

el curador definitivo nombrado en la sentencia, “en el proceso de rehabilitación tomará intervención un curador público provisorio a fin de brindar la debida asistencia técnica, incluso en los supuestos en que se haya designado a un curador definitivo particular”. Cabe señalar que la mentada resolución ha deslindado las funciones del curador provisorio y del definitivo —que recaían sobre los mismos funcionarios— con la finalidad de especializar la actividad de algunos curadores públicos para asegurar la defensa técnica de la persona sometida a un proceso de determinación del ejercicio de su capacidad jurídica y garantizarle el más amplio derecho de defensa en juicio y a otro grupo de curadores públicos le ha adjudicado la tarea de que se aboque exclusivamente al ejercicio de la curatela definitiva, con lo que se garantiza la separación efectiva de los roles que aquélla les asigna.

9 — Necesidad de publicidad y registro

Por último, no queremos dejar de mencionar que la implementación del régimen de capacidades graduales emergente del art. 152 *ter* impone la necesidad de contar con un sistema de publicidad y registro adecuado para conocer la extensión y límites de la capacidad de obrar del sujeto que permita garantizar la seguridad jurídica en el tráfico negocial, tanto en resguardo de la persona con padecimientos mentales, como de los terceros que con ella contratan. Más allá de las competencias locales —que no se desconocen—, este sistema debiera centralizarse en un único registro que condense la información de todo el país. Esta es otra de las deudas pendientes en materia registral, que exceden la incumbencia de la ley 26.657 y se proyectan a todos los aspectos relativos al estado civil y patrimonial de las personas.

— § 14 —

PALABRAS DE CIERRE

Desde la teoría crítica del derecho, y con fuerte impronta psicoanalítica, se afirma que el derecho nos constituye, nos instala frente al otro y ante la ley. Sin ser aprehendidos por el orden de lo jurídico no existimos, y luego sólo existimos según sus mandatos²³⁰.

Considerando la trascendencia del derecho en la construcción de la subjetividad, la ley 26.657 ha dado un paso fundamental que merece nuestra máxima adhesión. Más allá de algunas dificultades hermenéuticas, que en de-

²³⁰ Ruiz, “De la deconstrucción del sujeto a la construcción de una nueva ciudadanía”, en *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, p. 68.

finitiva serán objeto de una futura reforma integral del sistema de capacidad regulado en el Código Civil e, ínterin, subsanadas por los propios magistrados, el valor simbólico de la norma se encuentra fuera de discusión. Por primera vez, el ordenamiento interno argentino interpela a las personas con padecimientos mentales como verdaderos sujetos de derecho, en el sentido de reconocerles no sólo su titularidad, sino también la capacidad de ejercicio.

El avance no es menor, pues desde el discurso se le ha restituido la palabra a quienes la tenían negada²³¹, se ha reconocido identidad y protagonismo a los prisioneros del anonimato. Queda ahora en manos de todos los operadores que trabajamos en las distintas áreas vinculadas con la salud mental internalizar el nuevo paradigma y proyectar en prácticas concretas —judiciales y extrajudiciales— la efectiva satisfacción de los derechos humanos reconocidos por la nueva ley, participando activa y comprometidamente de la transformación que se busca.

²³¹ Ruiz, “La criminalidad como forma de exclusión y la censura en el ordenamiento jurídico”, en *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, p. 95.

Bibliografía general

- Amendolaro, Roxana - Laufer Cabrera, Mariano, “El derecho de defensa y el acceso a la justicia de las personas usuarias de los servicios de salud mental”, en *Derechos humanos en Argentina. Informe 2009*, CELS - Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2009.
- Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires.
- Carranza Casares, Carlos A., *Salud mental y derechos humanos a concretar*, Educa, Buenos Aires, 2007.
- Cifuentes, Santos, *Elementos de derecho civil. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1997.
- Cifuentes, Santos - Rivas Molina, Andrés - Tiscornia, Bartolomé, *Juicio de insania*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1997.
- Cobas, Manuel O., *La intimidación de los pacientes*, en “Derecho de Familia y de las Personas”, año 3, nº 2, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- Cohen, Hugo, “La creación de los sistemas de salud mental basados en la comunidad, en el contexto de experiencias exitosas en la región de las Américas”, en *Salud mental y derechos humanos. Vigencia de los estándares internacionales*, OPS, Buenos Aires, 2010.
- Conclusiones generales del “II Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia”*, en “Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, nº 50, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2011.
- Corti, Horacio G., *El régimen jurídico-constitucional de la ley de presupuesto, la familia y el carácter expansivo de los derechos humanos*, en “Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, nº 22, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2001.
- Gautero, María G. - Moia, Angel L., *Una sentencia de la transición entre dos modelos de abordaje de las afectaciones mentales en el derecho civil*, en “Derecho de Familia y de las Personas”, año 3, nº 6, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- Grosman, Cecilia P., *Los derechos de los niños en las relaciones de familia en el final del siglo XX. La responsabilidad del Estado y de la sociedad civil en asegurar su efectividad*, LL, 1999-F-1052.

- Grunewald, Karl, *Cierren las instituciones para discapacitados intelectuales: Todos podemos vivir en sociedad abierta*, en "Disability World Revista Electrónica", vol. 23, abr.-may. 2004.
- Hergott, Oscar A., *Los elementos subjetivos distintos del dolo*, LL, 2009-C-1173.
- Kielmanovich, Jorge L., *El nuevo juicio de interdicción y de inhabilitación (ley 26.657)*, LL, ejemplar del 19/2/11.
- Kraut, Alfredo J., *Derechos específicos de las personas con trastornos mentales*, en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", 2010-3, "Derechos del paciente", Rubinzal - Culzoni, Santa Fe.
- Kraut, Alfredo J. - Diana, Nicolás, *Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria*, LL, ejemplar del 8/6/11.
- Lafferriere, Jorge N. - Muñiz, Carlos, *La nueva Ley de Salud Mental. Implicaciones y deudas pendientes en torno a la capacidad*, ED, ejemplar del 22/2/11.
- 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*, RE-REDI, Buenos Aires, 2010.
- Llorens, Luis R., *La protección de los derechos de las personas con enfermedades mentales. La nueva ley 26.657*, en "Derecho de Familia y de las Personas", año 3, n° 3, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- Llorens, Luis R. - Rajmil, Alicia B., *Derecho de autoprotección. Previsiones para la eventual pérdida del discernimiento*, Astrea, Buenos Aires, 2010.
- Luna, Florencia - Salles, Arleen, *Decisiones de vida y muerte. Eutanasia, aborto y otros temas de ética médica*, Sudamericana, Buenos Aires, 2000.
- Martínez Alcorta, Julio A., *El defensor del usuario del servicio de salud mental*, ED, "Cuaderno de Familia", feb. 2011.
- *Primera aproximación al impacto de la ley nacional de Salud Mental en materia de capacidad civil*, LL, "Suplemento Actualidad", ejemplar del 7/12/10.
- Mayo, Jorge A. - Tobías, José W., *La nueva ley 26.657 de Salud Mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil*, LL, ejemplar del 14/2/11.
- Olmo, Juan P. - Martínez Alcorta, Julio A., *Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Medidas de apoyo y de salvaguardia. Propuestas para su implementación en el régimen jurídico argentino*, en "Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", n° 49, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2011.
- Olmo, Juan P. - Pinto Kramer, Pilar M., *Comentario a la ley nacional de Salud Mental n° 26.657*, en ADLA, Boletín Informativo, n° 11, del 2/5/11.
- Pagano, Luz M., *Las internaciones involuntarias en la Ley de Salud Mental 26.657*, ED, ejemplar del 11/2/11.
- Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.
- Palacios, Carmen E., *Derechos humanos y el acceso a la salud para todos los habitantes en la República Argentina. Inmigrantes en condición irregular. Información y difusión de sus derechos*, LL, 2005-F-930.

- Pereña Vicente, Monserrat, "La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica", en *Derecho, minorías y grupos vulnerables. Otra mirada a la discapacidad*, Nueva época, año VI, Puebla, jul.- dic. 2010.
- Pérez Dávila, Luis A., *Nueva Ley de Salud Mental 26.657*, LL, "Suplemento Actualidad", ejemplar del 5/5/11.
- Pestalardo, Alberto S., *El nuevo art. 152 ter del Código Civil: más dudas que certezas*, en "Derecho de Familia y de las Personas", año 3, n° 5, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- Ponce, Carlos R., *El "tutor de tratamiento": Una decisión innovativa y relevante en el aspecto de la capacidad de las personas*, LLBA, 2011 (julio) 627.
- Rivera, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, 4ª ed., Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 2007, t. I.
- Rivera, Julio C. - Hooft, Irene, *La nueva ley 26.657 de salud mental*, JA, ejemplar del 25/5/11.
- Ruiz, Alicia E., "De la deconstrucción del sujeto a la construcción de una nueva ciudadanía", en *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Del Puerto, Buenos Aires, 2001.
- "La criminalidad como forma de exclusión y la censura en el ordenamiento jurídico", en *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Del Puerto, Buenos Aires, 2001.
- Santiago, Gerardo A., *La prueba en los procesos judiciales de interdicción e inhabilitación en la ley 26.657*, en "Derecho de Familia y de las Personas", año 3, n° 6, jul. 2011, La Ley, Buenos Aires.
- Seda, Juan A., *Discapacidad mental y declaración de incapacidad relativa*, en "Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", 2010-I-89, Abeledo - Perrot, Buenos Aires.
- Serrano Alou, Sebastián, *Discriminación del trabajador enfermo y/o incapaz*, ED, 226-776.
- Sirkin, Eduardo, *Algo más sobre la nueva Ley de Salud Mental; su incidencia en los Códigos Civil y Procesal. Estado temporal. Curador y variantes*, elDial-DC15E3.
- Terzaga, Patricia, *Declaración judicial de incapacidad por insania. Inhabilitación judicial e internación por medios coactivos*, LNC, 2008-2-123.
- Torti, Guillermo, *Nuevos paradigmas contra viejos preconceptos*, "Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", 2011-III-191, Abeledo - Perrot, Buenos Aires.

Notas

Notas
