

Publicación propiedad del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina. Edificio Dr. Arturo Enrique Sampay, México 890 (1097) CABA.

El contenido y las opiniones vertidas en cada uno de los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

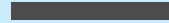


*Frente de Artistas  
del Borda*



Año 5  
NÚMERO 7  
JULIO  
DE 2015

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES



**DIRECTOR**

DR. HORACIO CORTI

**COORDINADOR DEL NÚMERO**

DR. AGUSTÍN M. IGLESIAS DÍEZ

**SECRETARIO DE REDACCIÓN**

LIC. PABLO SANZ



**Defensor General**

Dr. Horacio Corti

**Defensora General Adjunta****Fuero Contencioso Administrativo y Tributario**

Dra. Graciela Elena Christe

**Defensor General Adjunto****Penal, Contravencional y de Faltas**

Dr. Luis Esteban Duacastella Arbizu

**Fuero Contencioso Administrativo y Tributario****Defensoría ante la Cámara de Apelaciones Nº 1**

Dr. Fernando Lodeiro Martínez

**Defensoría ante la Cámara de Apelaciones Nº 2**

Dra. Mariana Beatriz Pucciarello

**Primera Instancia****Defensoría Nº 1**

Dra. Alejandra Lorena Lampolio

**Defensoría Nº 2**

Dr. Pablo A. De Giovanni (I)

**Defensoría Nº 3**

Dra. María Lorena González Castro Feijóo

**Defensoría Nº 4**

Dra. Cecilia Gonzalez de los Santos

**Defensoría Nº 5**

Dr. Ramiro Joaquín Dos Santos Freire

**Defensoría Nº 6**

Dr. Javier Indalecio Barraza

**Fuero Penal, Contravencional y de Faltas****Defensoría ante la Cámara de Apelaciones 1**

Dr. Gustavo Eduardo Aboso

**Defensoría ante la Cámara de Apelaciones 2**

Dr. Emilio Antonio Cappuccio

**Primera Instancia****Defensoría Nº 1**

Dra. Patricia Beatriz López

**Defensoría Nº 2**

Dr. Diego Pablo Calo Maiza (I)

**Defensoría Nº 3**

Dra. María Andrea Piesco

**Defensoría Nº 4**

Dr. Sebastián Zanazzi

**Defensoría Nº 5**

Dr. Francisco J. Malini Larbeigt

**Defensoría Nº 6**

Dra. Marcela María Amelia Paz

**Defensoría Nº 7**

Dr. Marcelino N. Civitillo

**Defensoría Nº 8**

Dra. Marcela Millán

**Defensoría Nº 9**

Dra. Sandra M. Donnini

**Defensoría Nº 10**

Dra. María Florencia Zapata

**Defensoría Nº 11**

Dra. Mariana Salduna

**Defensoría Nº 12**

Dr. Federico Enrique Stolte

**Defensoría Nº 13**

Dra. Paula Lagos

**Defensoría Nº 14**

Dr. Sergio J. Pistone

**Defensoría Nº 15**

Dr. Miguel Talento Bianchi

**Defensoría Nº 16**

Dra. Gabriela Marquiegui Mc Loughlin

**Defensoría Nº 17**

Dr. Mariano Rosario La Rosa

**Defensoría Nº 18**

Dr. Juan Ignacio Cafiero

**Defensoría Nº 19**

Dra. Bibiana Marys Birriel Moreira

**Defensoría Nº 20**

Dra. Marina Recabarra

**Defensoría Nº 21**

Dra. María Lousteau

**Defensoría Nº 22**

Dr. Christian Federico Brandoni Nonell

**Defensoría Nº 23**

Dra. Claudia Analía Rodríguez

**Defensoría Nº 24**

Dra. María Laura Giusepucci

**Secretaría General de Acceso a la Justicia**

Dr. Mauro Riano

**Secretaría General de Administración**

Lic. Jorge Costales

**Secretaría General de Coordinación Técnica**

Dr. Javier José Telias

**Secretaría General de Asistencia a la Defensa**

Dr. Claudio Esteban Luis

**Secretaría General de Planificación**

Dr. Francisco M. Talento

## ÍNDICE

**7**            **EDITORIAL**

**ARTÍCULOS**

- 15**            **EN BUSCA DE LA SUBJETIVIDAD PERDIDA. La importancia de la escucha en la Defensa Pública.**  
Dr. Federico Enrique Stolte
- 21**            **SOBRE LA REINTERPRETACIÓN DE LA “CAPACIDAD” COMO PRESUPUESTO NORMATIVO. La subjetivización del concepto ante las nuevas realidades.**  
Dra. Magdalena Beatriz Giavarino
- 33**            **EL LUGAR DEL LOCO EN EL DISCURSO JURÍDICO: QUÉ HA CAMBIADO Y QUÉ NO.**  
Lic. Verónica Llull Casado
- 45**            **CAPACIDAD, INFORMACIÓN Y AUTONOMÍA: PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD.**  
Dra. María Graciela Iglesias
- 57**            **SALUD Y CÁRCEL: EL DERECHO A LA SALUD EN ÁMBITOS DE ENCIERRO.**  
Dra. Valeria Vegh Weis
- 95**            **LA SALUD MENTAL COMO CAMPO DE DISPUTAS: EL CASO DE LOS SERVICIOS PSIQUIÁTRICOS EN CÁRCELES FEDERALES.**  
Dra. Andrea Lombrana y Lic. Fernando Pérez Ferretti
- 117**            **SALUD MENTAL Y ADICCIONES. Una relación familiar y conflictiva en la legislación nacional y porteña.**  
Dr. Juan Manuel Suppa Altman
- 141**            **LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL NUEVO PARADIGMA EN SALUD MENTAL.**  
Dra. Valeria Vegh Weis

- 171 LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES: UN CASO DE RESISTENCIA ACTIVA A IMPLEMENTAR LEYES RESPETUOSAS DE LAS PERSONAS CON PADECIMIENTO MENTAL.**  
Lic. Macarena Sabin Paz, Lic. Rosa Matilde Díaz Jiménez, Dra. Soledad Ribeiro Mieres, Lic. Víctor M. Rodríguez y Ana Sofía Soberón Rebaza
- 183 SALUD MENTAL EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES: UNA DEUDA PENDIENTE.**  
Dra. Alejandra Petrella
- 197 LEY DE SALUD MENTAL N° 448 DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. Reflexión y análisis en torno a los obstáculos y facilitadores de la viabilidad de la ley en el contexto actual.**  
Dra. Ernestina Rosendo
- 215 UN ÓRGANO DE REVISIÓN PARA LA CIUDAD DE BUENOS AIRES**  
Dr. Agustín M. Iglesias Díez
- 231 EL ÓRGANO DE REVISIÓN DE LA PROVINCIA DE SANTA CRUZ**  
Dr. Domingo Norberto Fernández
- ANEXO**
- 241 LEGISLACIÓN**
- 341 JURISPRUDENCIA**
- 482 LOS ARTISTAS, LAS OBRAS, LAS INSTITUCIONES.**

## EDITORIAL

---

**Horacio Corti**

Defensor General de la CABA

Dedicamos este número a las personas que sufren padecimientos mentales. La Defensa Pública está comprometida con su dignidad, con el sufrimiento que su situación de suyo comporta, con sus Derechos Humanos y con una perspectiva que se fue abriendo paso durante el siglo pasado y luego plasmada en diferentes documentos internacionales, incorporados por su parte a la Ley N° 26.657 del año 2010 (artículo 2°), hoy a su vez concordante con el nuevo Código Civil.

Hay un sinnúmero de factores que confluyen en el cambio de paradigma de la salud mental que hoy vivimos. El derecho internacional de los Derechos Humanos, desde ya, generó una práctica, tanto universal como regional, de enorme contenido, basado en la dignidad de todas las personas y en la prohibición de la discriminación, que se proyecta en todos los ámbitos de la vida humana, incluida la salud mental. Por su parte, la creación de la Organización Mundial de la Salud impulsó una reconceptualización de la noción de salud, incluyendo también a la salud mental. El siglo pasado, además, fue una época de enormes desarrollos y controversias, muy fuertes sin duda, en los diferentes espacios teóricos y científicos referidos a la salud mental: psiquiatría, psicología, psicoanálisis, ciencias cognitivas, neurología, saberes psicosociales, incluyendo enormes y polémicos avances en el campo de la farmacología. Junto a todo ello se encuentra el cumplimiento de un ciclo histórico de la institución asilar, surgida como forma terapéutica nuclear desde fines del siglo XVIII y como parte —paradójica según la clásica tesis de Foucault en su *Historia de la Locura*— del proceso de humanización de la atención, ejemplificada de forma

paradigmática por el pensamiento francés de Pinel y Esquirol. Más allá de las controversias filosóficas y políticas del asunto —la conformación de una sociedad disciplinaria, según el posterior vocabulario de *Vigilar y Castigar*, que tiene en la prisión un modelo de utopía social—, lo cierto es que frente a la crisis universal del modelo del internamiento —con lo que implica de pérdida de libertad— en grandes espacios cerrados —con los problemas de organización, financiamiento y control que ellos implican— fue adquiriendo consenso, a partir de diversas perspectivas e interpretaciones, un modelo de atención comunitaria, donde la internación solo permanece, ahora en otro contexto, como un último recurso terapéutico.

Ese pasaje de un modelo asilar a uno comunitario es el que está presente en el derecho internacional de los Derechos Humanos y en la Ley de Salud Mental. El desafío de su implementación es enorme, pues no se trata, a la manera de una de las tantas reformas neoliberales de desmantelamiento de las instituciones del Estado —y que dieron lugar a nuestra sociedad basada en la exclusión y en desigualdades persistentes—, de dejar libradas a las personas con padecimientos mentales a su propia suerte. Ya tenemos la experiencia en nuestra Ciudad de la gran cantidad de personas que viven en la calle, a las que se desconoce su derecho a una vivienda digna y ante las que el Estado local no tiene respuestas consistentes y que ya sufren un padecimiento mental que no es escuchado. No se trata de convertir la exclusión asilar en la exclusión de las personas sin techo. Es necesaria una profunda modificación; primero cultural, y luego institucional del asunto, siempre dándole prioridad al sufrimiento de la persona y al respeto de su autonomía y de sus derechos.



Ante todo se requiere una adecuada planificación y la asignación de recursos suficientes para generar el conjunto de los dispositivos institucionales que hagan real la atención comunitaria y que están enumerados en el artículo 11 de la ley: atención domiciliaria supervisada, hospitales de día, cooperativas de trabajo, consultas ambulatorias, servicios de inclusión laboral y social. Es obligación de cada jurisdicción local, entre ellas nuestra Ciudad, crear esos dispositivos, modificando a su vez las propias instituciones hospitalarias generales, para también poder atender en ellas de manera digna a las personas con padecimientos mentales.

Esa tarea exige la colaboración de múltiples operadores profesionales, de innumerables instituciones públicas y, a la vez, un cambio de conciencia en la propia comunidad. Todos tenemos la obligación de modificar nuestra mirada y nuestra actitud a fin de convivir de otra manera con las personas que tienen un padecimiento mental. Nada más complejo que un cambio cultural que involucra a toda una comunidad.

En nuestra Ciudad es preciso actuar de inmediato. El Código Civil —en tanto derecho común, conforme el artículo 75 inciso 12, CN— y la Ley de Salud Mental —ley específica complementaria— establecen el piso mínimo de derechos y garantías en materia de salud mental. Es una legislación directamente aplicable a nuestra Ciudad, sin perjuicio de la potestad local de otorgar mayores garantías y derechos. De ahí que se encuentre pendiente comenzar el proceso de implementación, creando, ante todo, los ya mencionados mecanismos institucionales comunitarios que son los que permitirán en concreto la progresiva pérdida de centralidad del asilo, hasta que solo exista una nueva modalidad de internación, ya en medio de otro paradigma de atención.

En ese camino la Ley de Salud Mental prevé que cada jurisdicción establezca su órgano de revisión, actor central en la nueva institucionalidad. La Ciudad, que reclama a diario profundizar su autonomía, está aquí claramente en deuda, pues la ley federal la autoriza a crear expresamente el referido órgano de revisión. Es así que el Ministerio Público de la Defensa presentó ante la Legislatura un proyecto para su creación, como ya ha hecho, por ejemplo, la Provincia de Santa Cruz. Es la propia Ciudad la que tiene que llevar a cabo la modificación de sus instituciones y en ese proceso de autonomía es clave crear un órgano de revisión porteño, con intervención de las autoridades administrativas locales, de las organizaciones de trabajadores y profesionales de la salud locales y de las organizaciones también locales de la sociedad civil.

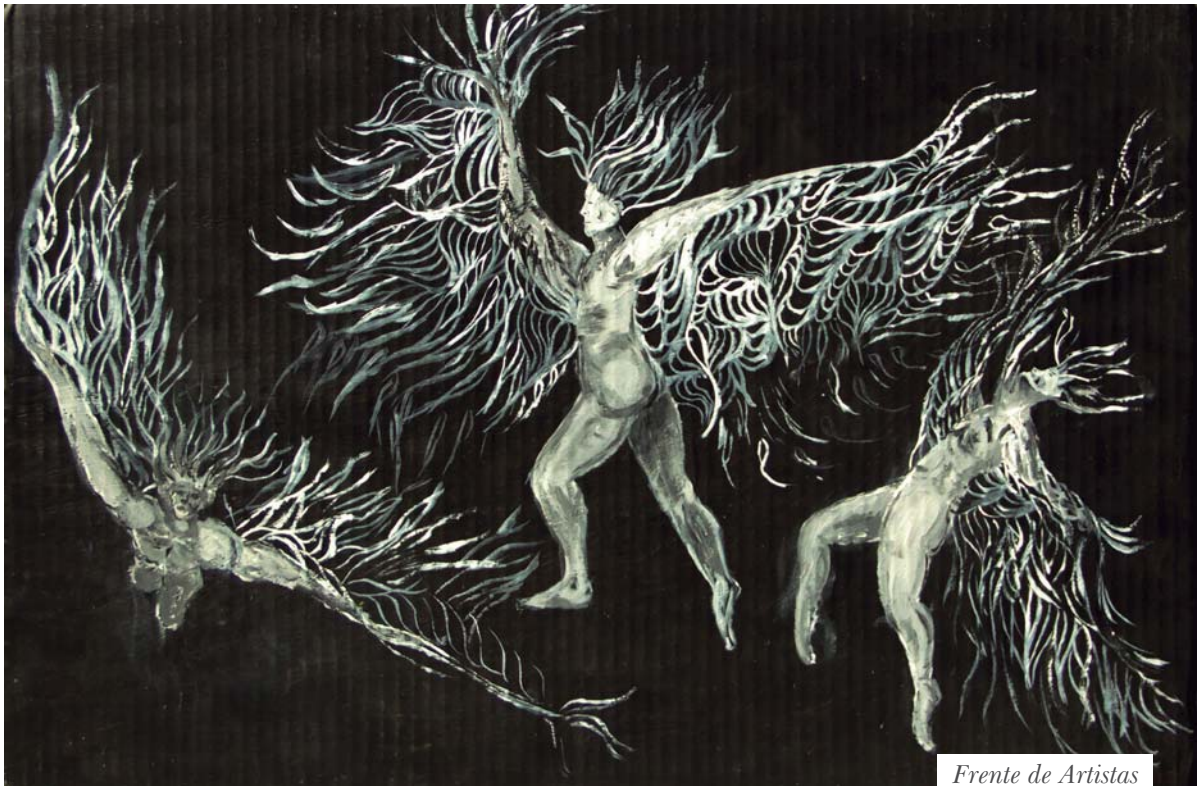
Entre los tantos aspectos de la Ley de Salud Mental cabe destacar, dadas nuestras funciones, el derecho que le asiste a toda persona internada involuntariamente a designar a un abogado y el deber del Estado de proporcionarle uno desde el momento de su internación. La ley le asigna así un rol central al Ministerio Público de la Defensa, pues las personas con padecimientos mentales de nuestra Ciudad tienen derecho a un abogado defensor de su propia Ciudad, que actúe ante las instituciones de la Ciudad y que pueda ser escuchado por los jueces de su Ciudad, conforme la plena autonomía jurisdiccional que le reconoce nuestra Constitución, en iguales condiciones que las restantes provincias hermanas de nuestro Estado federal. Y nuevamente, en ese camino es decisiva la inmediata creación del órgano de revisión.

En nuestro anterior número, dedicado a los vecinos que reclaman día tras día el cumplimiento de la sentencia del caso “Mendoza”, usamos el lema *Las personas no*

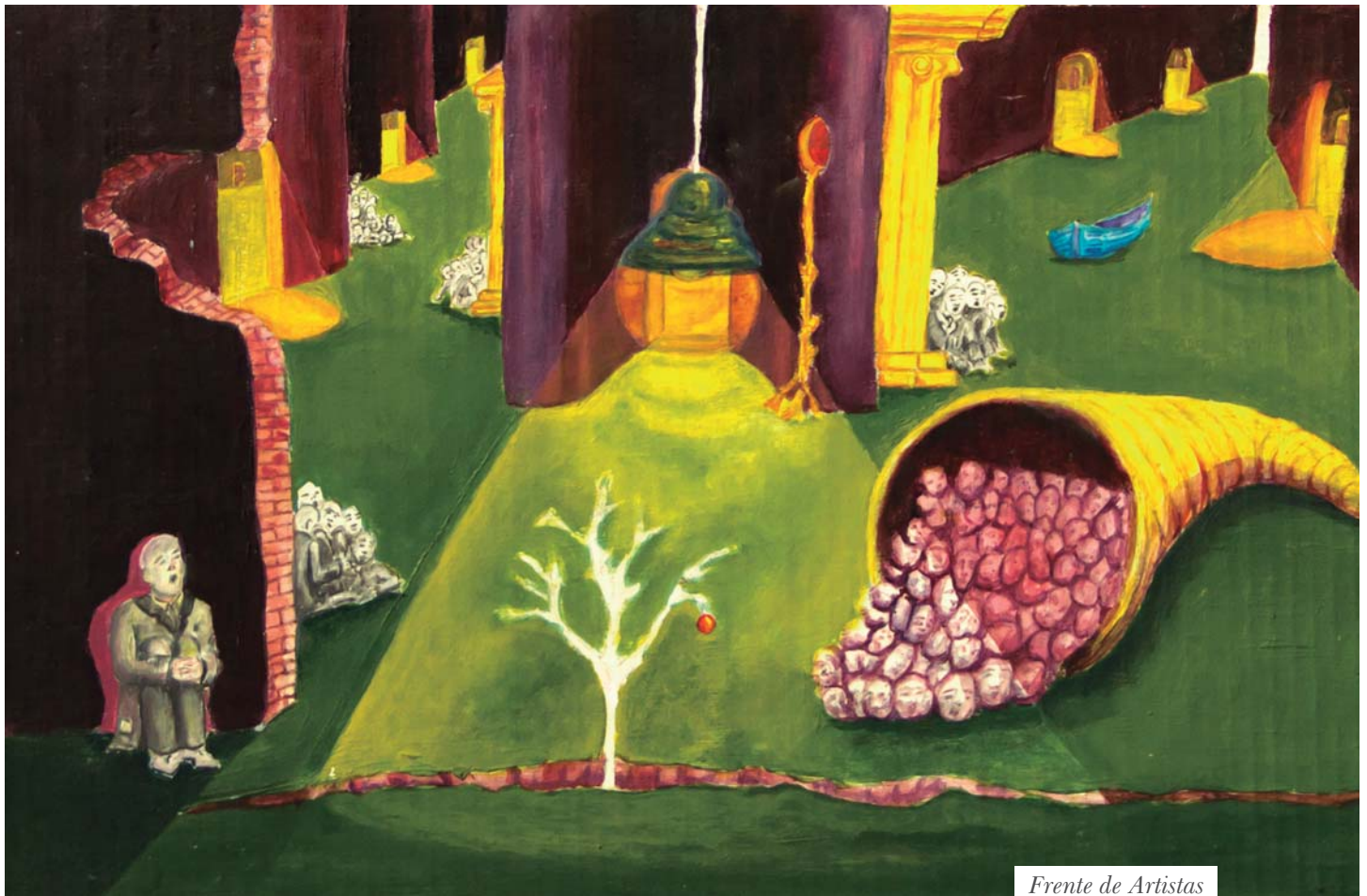
*son cosas.* Aquí también sería pertinente. Pues ya no puede decirse, como hacía la ciencia de otra época, que “no se trata de escuchar sino de observar”, según lo recuerda Porter en su breve historia de la locura. Pues la persona que padece tiene su voz y su derecho a ser escuchado. Solo que a aquel lema le agregamos otro, que surge de lo que ya dijimos y que nos involucra a todos, sin excepciones: *Menos encierro, más comunidad.*



*Andrés Mondino  
Contrapunto  
Técnica mixta  
100 x 70 cm*



*Frente de Artistas  
del Borda*



*Frente de Artistas  
del Borda*

---

# Artículos

Año 5  
NÚMERO 7  
JULIO  
DE 2015

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA

---

Dr. Federico Enrique Stolte\*

---

## En busca de la subjetividad perdida. La importancia de la escucha en la Defensa Pública.

En el jardín de la entrada principal del Hospital de la *Pitié Salpêtrière*, en París, está la estatua de Philippe Pinel, que tiene, en sus manos, las cadenas rotas, como testimonio de lo que fue: el fundador de la psiquiatría en Francia y el primero en Occidente en diferenciar a los enfermos mentales de los criminales. Antes de Pinel, las personas con padecimientos psiquiátricos severos eran encadenadas en los mismos lugares que los peligrosos asesinos.

Su obra más importante, *Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale*, permitió, por primera vez en Occidente, la evolución del pensamiento para tratar a los alienados como tales y produjo influencia decisiva en la reglamentación psiquiátrica francesa del año 1838, a más de diez años de su muerte.

A casi doscientos años de la piedra fundamental que determinara un nuevo paradigma en nuestra cultura, debemos considerar que lo más grave, el error más grosero, que volvería estéril el esfuerzo de lo aprendido por la evolución de toda la psiquiatría, con el costo de tantas injusticias cometidas, sería justamente retroceder en el tiempo y darle a una persona con padecimiento psiquiátrico el tratamiento de un preso común.

El filósofo argentino José Pablo Feinmann ha dicho que toda la obra de Foucault fue una

**\* Dr. Federico Enrique Stolte**

Abogado. Psicólogo Social (Esc. Pichón Rivière). Licenciado en Psicología (UBA). Defensor Oficial a cargo de la Defensoría N° 12 ante los Juzgados de Primera Instancia en lo PCyF de la CABA.

búsqueda desesperada del sujeto, sujeto perdido, en las estructuras y organizaciones. El conocido autor francés decía que si hablamos de psicología, hablamos del inconsciente, y si hablamos del inconsciente hablamos del psicoanálisis. Todo lo demás es palabrería.

La provocación de Foucault sirve para fijar una posición desde donde escribo este artículo, que tiene como eje editorial la salud mental, por más que se trate de una revista jurídica y haya sido convocado como Defensor de la Ciudad en causas penales y contravencionales.

También corresponde que dentro de la salud mental tome posición respecto a qué entiendo por “salud mental” y, desde allí, el análisis o conceptos que pueda considerar relevantes para la Defensa Pública. Sin duda, la definición más amplia, cuyo concepto habilita la posibilidad de trabajar sobre casos patológicos severos, como así también en neurosis convencionales, es el axioma acuñado por el notable psiquiatra argentino Enrique Pichon-Rivière: “mientras haya aprendizaje de la realidad, hay salud”.

Esta definición, como señalé, nos obliga a trabajar sobre un universo muchísimo más amplio del que estamos acostumbrados con las patologías severas y, a su vez, nos compromete, en éstas, a la búsqueda incesante de todo posible arraigo o anclaje que permita al sujeto un hacer y hacerse con la realidad.

Cuando digo que mi mirada es, fundamentalmente, una mirada desde el psicoanálisis, quiero decir que la revolución provocada por Sigmund Freud, sus discípulos y seguidores, fue y va en el orden del respeto irrestricto a la subjetividad de cada individuo. Sin dudas, Donald Winnicott, uno de los fundadores de la escuela inglesa de psicoanálisis, logró el tono más amable en cuanto al abordaje del padecimiento de las personas al señalar que, “si puedo hago

psicoanálisis, si no, hago cualquier cosa para evitar el padecimiento de la gente”.

Quiero desarrollar ahora lo que entiendo como el concepto central de este artículo en cuanto a la escucha en la Defensa Pública. Durante siglos en Occidente la escucha tuvo su lugar preponderante en la confesión de la Iglesia católica, instituto sostenido sobre la culpa y cierta carga de angustia. Con Freud, aparece en el instrumento del psicoanálisis otro tipo de escucha, vinculada al decir del inconsciente. En ya cuarenta años de trabajar en cárceles con personas privadas de libertad podría decir que un lugar parecido es, también, la charla profunda y recoleta del detenido y su defensor. No en vano se la llama “confesión de preso”.

De esto hablaba el maestro italiano Francesco Carnelutti cuando enseñaba el rol de la defensa e indicaba que poco le interesaban al reo las cuestiones técnicas de su proceso y que, su defensor, lo más importante que podía ofrecerle era su comprensión desde la amistad. También señalaba, conocedor de la crueldad del sistema penal penitenciario de aquella época que, aunque fuese uno solo el que se pudiese salvar, el esfuerzo no habría sido en vano.

El concepto de escucha que quiero enunciar es un concepto más abarcativo que el hasta aquí desarrollado. Se trata de la escucha como función, de la posibilidad de pescar, de ver, de entender algo de la subjetividad de la persona que puede estar en juego sin perjuicio de la conducta objeto de reproche. Y como función, no está solo a cargo del defensor, sino de todo su equipo y de todas las estructuras que se hallan al servicio de la defensa, que, en la Ciudad de Buenos Aires, actúan de manera simultánea e inmediata, con la estrategia rectora de cada caso.

Para entender el concepto, la función como escucha sería como la función paterna o materna. Función que permite en palabras de Jacques



Lacan que el “pedazo” de carne se convierta en cachorro humano y acceda a la cultura. No tiene por qué ser el padre o madre biológico, es alguien que ocupe ese lugar e inscriba en el aparato psíquico de ese ser, su ingreso a la cultura humana.

Para el psicoanálisis, de esa inscripción dependerá la estructura del sujeto. En términos de estructura, a casi doscientos años de las primeras clasificaciones psiquiátricas hay, en el marco teórico, una coincidencia con la psiquiatría en cuanto a considerar tres estructuras, neurosis, psicosis y perversión.

Todas las agencias vinculadas a la defensa penal deben trabajar en el sentido de reducir a la mínima expresión el margen de error en el tratamiento de lo más dramático, que es la privación de la libertad, y evitar el encierro en una prisión de una persona que, por su estructura, necesite un tratamiento psiquiátrico. Esta es la ley primera de la defensa, este es nuestro punto de partida. Todo lo demás, para el privado de libertad, es palabrería.

Debemos trabajar en el desarrollo constante de alertas que permitan evitar cometer un error histórico en este sentido. Para la Ciudad, es aún más grave la realidad, ya que nuestros detenidos son alojados en cárceles nacionales, hoy colapsadas en su pico máximo histórico de detenidos, donde la posibilidad de trabajo concreto es difusa. Seguimos padeciendo el mal que denunciara Félix Luna en su libro *Buenos Aires y el país*, ese gigante macrocéfalo deformado que consume tanta energía con su cabeza. Tenemos competencias múltiples nacionales en materia penal y la local de la Ciudad. Es una dificultad concreta que conspira contra el trabajo y seguimiento de los procesos.

Como ejemplo de ello, contaré lo sucedido en el caso “C...”, donde entiendo que se puede ver, con claridad meridiana, el error en la escu-

cha de la jurisdicción, su consecuencia dramática y la pérdida del seguimiento por las múltiples competencias. Para la Ciudad, fue un caso más de amenazas en el contexto doméstico de una familia, donde la mujer, madre, denuncia que su marido la amenaza. De esa denuncia se impone como medida restrictiva su exclusión del hogar, a todas luces con tinte extorsivo, ya que C... se hallaba privado de su libertad y la misma funcionaba como condición indispensable para recuperarla. Aceptada por él, que de manera provisoria, se mudó a la casa de un amigo. Hasta aquí, estaríamos en un trato jurisdiccional de convención. Resta señalar que, del informe preliminar realizado al grupo familiar no surgía dato alguno relevante de patología.

Sin embargo, el desenlace fue trágico. En menos de una semana, el hijo de C..., de 24 años, mató a su madre y dejó su cuerpo en una bolsa de residuos en la puerta de su casa. C... vino a la defensoría a reclamarnos por su mujer muerta y su hijo preso, en la Unidad Psiquiátrica del Servicio Penitenciario Nacional.

De la reconstrucción del caso que pude hacer, a través de conversaciones con el propio C... y parientes, resultó que su hijo padecía de esquizofrenia, con varias internaciones en el Hospital Borda, que él, C..., era el único a quien su hijo respondía en el tratamiento y tomaba la medicación. Que excluido del hogar, dejó de tomar la medicación y se produjo el brutal desenlace. De conversaciones con familiares intuí un vínculo incestuoso entre la madre y el joven. Muchas veces observamos que de esos vínculos se sale con cuadros psicóticos o con la muerte. El incesto es, para los estructuralistas, la ley por sobre todas las leyes. Mucho antes que el no matar, la prohibición del incesto funda y organiza la cultura.

Concurrí a la cárcel psiquiátrica a ver al hijo de C.... Estaba sentado, con la mirada perdida, haciendo que miraba un partido de fútbol en

evidente estado de chaleco de fuerza psíquico por la medicación. Hablé con los médicos psiquiatras de guardia y les conté lo conversado con familiares y los datos que releía de la causa y me manifestaron que les resultaba de mucha utilidad para construir el mapa del caso, ya que no contaban con ninguna información sobre el cuadro familiar, ni la historia del chico.

Me parece que el drama de este caso es emblemático y algo debe enseñarnos. ¿Por qué digo que falló la escucha? En primer lugar, la mujer denuncia amenazas de muchos años. Algo pasó para que realizara la denuncia en aquel momento. No pudimos ver el cuadro familiar y las relaciones vinculares. Todo se construye a partir del desenlace. Para colmo, perdemos en la jurisdicción el control del contexto familiar de un hecho ocurrido en nuestra Ciudad.

Si logramos abstraernos de las competencias procesales vinculadas a delitos y podemos pensar el caso desde la salud pública, no cabe duda que el tratamiento integral del caso, por la patología y sus vínculos, debería tratarse en una única jurisdicción.

Otro caso en el mismo sentido del aquí visto fue el caso "L...". Lo conocí y traté en el taller literario que funcionó hasta que perdimos la cárcel de la calle Viamonte, donde estuvieron, por dos años, alojados los detenidos por delitos de nuestra jurisdicción. Tuve largas conversaciones con su madre y, también, con el Juez de la causa, para lograr sus salidas transitorias, a fin de estudiar. Una noche recibo el llamado telefónico de la cárcel, era uno de los muchachos que me avisaba que L... no había vuelto. Al día siguiente, la noticia en los diarios hablaba de robo a mano armada en un restaurant en el centro de la Ciudad, de la muerte de una persona y de otra con heridas gravísimas.

L... estaba internado en un hospital, en recuperación de una operación por la extracción

de una bala en el estómago. Lo fui a visitar. Esposado a la cama, con evidente maltrato por parte de la custodia, porque había baleado a un uniformado, logré un instante de intimidad y preguntarle qué había pasado. Usted ya sabe, doctor, cómo son estas cosas. Tomamos pastillas y alcohol... Se produce un corto silencio y me dice, doctor, por qué no va leyendo la causa así me pide la mínima.

La frase fue un mazazo. En ese momento, me di cuenta de que estaba frente a una persona que no tenía un atisbo de culpa por lo ocurrido. Era un psicópata y no supe escucharlo. Nuevamente, un detenido de la Ciudad, en ocasión de una medida tomada por la jurisdicción, por una cuestión de competencia, deja de estar en nuestra órbita.

El último caso que mencionaré es el de "S...", a quien conocí con motivo de una causa que tuviera por portación de arma. Fue la primera vez que estuvo alojado en una cárcel nacional. S... discutía, se peleaba con su madre y salía a la calle a provocar su detención de manera grotesca, ya fuese portando un arma o por un supuesto robo, frustrado con asombrosa facilidad. Todas sus causas anteriores, por portación y tentativa de robo, fueron en cárceles provinciales, donde pedía constantemente ser trasladado para que su madre no pudiese ubicarlo. Recién al cabo de un año, dejaba que su madre lo visite porque decía que ella no iba a llorar y lo trataría como la circunstancia exigía. Él, detenido, y su madre, a la altura, con fortaleza.

Lo visité, con regularidad, durante su condena, a sabiendas que el mayor aporte que podía hacer era trabajar sobre ese vínculo que le impedía aprender sobre su repetición en las conductas. En el eje del conflicto no había salud para S.... Trabajé también en reuniones en la Defensoría, con su pareja. Siempre en el terreno de lo implícito, sin señalarles, en concreto,

la necesidad de producir una modificación del vínculo materno-filial.

S... salió en libertad y dejé de tener contacto con él por un tiempo. Una mañana pasó a visitarnos con su pareja embarazada y el casco de moto que utilizaba para su trabajo de mensajería. Se había mudado y tenían, juntos, un proyecto de familia. Sobre el final de la visita, dudé en hacerlo, pero le pregunté sobre su madre. Extendió ambos brazos hacia adelante con las manos abiertas, mostrándome las palmas, frunció el ceño y me dijo, doctor, déjela ahí donde ella está ahora, que está bien. Nosotros vamos por otro lado. Ella me miró y se rió en complicidad.

De estas situaciones, entiendo que la defensa es como un estado del arte. Arte entendido, como decía Gilles Deleuze, como una resistencia contra la banalidad y la estupidez. En el caso de S..., la banalidad sería creer cumplida la función con un seguimiento burocrático de su condena y la estupidez, dejar pasar la oportunidad de intervenir como cuña en el vínculo que le impedía libertad.

La posibilidad de trabajar en ese sentido tuvo que ver con la lectura de un texto corto, de una fuerza y una vigencia que mantiene inalterable su diagnóstico en cuanto a la criminalidad. Me refiero a “Los que delinquen por conciencia de culpa”, donde Freud divide a los delincuentes adultos en tres categorías: la de aquellos que cometen delitos sin sentimiento de culpa, por no haber desarrollado sus inhibiciones morales, aquellos que justifican la conducta criminal en su lucha contra la sociedad y, por último, la gran mayoría de los delincuentes, aquellos para quienes —dice—, fueron creados los códigos punitivos y allí es donde convoca a trabajar sobre el psicoanálisis en hallar un nuevo fundamento psicológico de la pena.

Si bien he intentado desarrollar un esbozo del concepto de escucha en la defensa vinculada

a causas penales, donde el acento está puesto en la pena privativa de libertad, como ya señalé, la escucha es una función, a mi juicio, primordial para el trabajo cotidiano del Ministerio.

Ello es así porque lo fundamental de la escucha de todas las agencias y estructuras de la Defensoría General que colaboran con la primera instancia, tanto en el fuero penal y contravenacional como en el contencioso administrativo, es estar al servicio de pesquisar las estructuras de los aparatos psíquicos de nuestros defendidos, asistidos y consultantes.

Porque la intervención no debe ni puede ser la misma, en el proceso, en la eventual pena, ni en ninguna de las soluciones alternativas al conflicto. No es lo mismo, en una *probation* combinar pautas de conducta para un psicótico, donde una estructura de orden le servirá de anclaje para poder desarrollar tareas, que en una neurosis convencional donde habría menos dificultades para cumplirlas. Del mismo modo, en el fuero contencioso la escucha debe estar alerta en qué reclama cuando reclama y no en la literalidad de la demanda.

La función de la escucha no es otra cosa que una posición en la búsqueda de algo de la subjetividad que le permita a la persona cierto margen de libertad.

Año 5  
NÚMERO 7  
JULIO  
DE 2015

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA

---

Dra. Magdalena Beatriz Giavarino\*

---

# Sobre la reinterpretación de la “capacidad” como presupuesto normativo. La subjetivización del concepto ante las nuevas realidades.

## I. El planteo

---

En las últimas décadas hemos asistido a un profundo cambio normativo en orden a la protección de grupos vulnerables que, precisamente por encontrarse en una situación desventajosa en relación al prójimo, históricamente habían sido postergados.

No puede decirse sin embargo, que el cambio haya operado de modo abrupto sino que ha sido el resultado de todo un proceso de transformación en distintas áreas del pensamiento en torno de la valoración individual y social del ser humano y su rol como punto de confluencia de todas las disciplinas.

Los avances científico-técnicos en campos tales como la medicina, la psiquiatría, la psicología o la bioética, han aportado un material invaluable a la ciencia jurídica que, enmarcada en la dinámica propia de los cambios socioculturales de toda sociedad, se plasmaron en normas de alcance general, todas ellas atravesadas por la vara del respeto de los “Derechos Humanos” en tanto fundamentales del individuo.

Tal el caso que nos ocupa en el presente trabajo, vinculado a una cualidad propia de la condición de persona de todo ser humano como es el tema de su “capacidad jurídica”, concepto que

**\* Dra. Magdalena Beatriz Giavarino**

Abogada (UBA). Especialista en Derecho Procesal Profundizado (Universidad Notarial Argentina). Asesora General Tutelar Adjunta de Incapaces – MPT – CABA. Investigadora y Docente Universitaria (UBA y UNLZ).

en tanto integra presupuestos normativos vinculados al obrar lícito e ilícito de los sujetos, requiere de una reformulación de su contenido acorde a los mandatos del nuevo paradigma tutelar.

Del alcance con que se interprete esta condición natural del ser humano, que como tal le reconoce el Derecho, dependerá el enfoque y consecuente gestión del conflicto en que se encuentren inmersos, quienes por su desventaja —también natural— se pueden encontrar expuesto a la vulneración de sus derechos.

## II. El criterio tradicional

Lejos han quedado las posturas filosóficas que buscaban encuadrar la relación entre los seres humanos y el Derecho, desde la pura dogmática jurídica. Es indudable que el cristianismo marcó en la Antigüedad un hito en la consideración del individuo como persona, pero es con la irrupción en el pensamiento jurídico del reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales —a partir de los acuerdos internacionales— que obligaban a los Estados a hacerlos parte de su derecho interno; que el ser humano se yergue definitivamente: como principio, medio y fin del Derecho.<sup>1</sup>

“El Derecho es creado *por* el hombre, *para* el hombre”,<sup>2</sup> de allí que —más allá del innegable avance que supone su consideración como centro neurálgico de todo ordenamiento jurídico desde la perspectiva de sus Derechos Humanos

1- Esta trilogía para definir al hombre como centro de estudio de la ciencia jurídica, es utilizada en 1947 por Ramón Alsina y transcripta por Carlos Fernández Sessarego en “¿Qué es ser persona para el Derecho?”, Ameal Oscar (Dir.) y Gesualdi, Dora (Coord.) en *Derecho Privado*, libro en homenaje al Dr. Alberto Bueres, Editorial Hammurabi, setiembre de 2001, p. 129.

2- Fernández Sessarego, Carlos, “Apuntes sobre el daño a la persona”, en: *La Persona Humana*. Borda, Guillermo (Dir.), p. 317 y ss.

y que se consolida en nuestro país con el proceso de constitucionalización de los tratados y convenciones sobre Derechos Humanos (art. 75, inc. 22 CN)<sup>3</sup>—, nuestra tradición histórica nos muestra un legislador preocupado por el reconocimiento del ser humano como “sujeto de derecho”; es decir, investido de personalidad jurídica y ello, desde su concepción en el seno materno —art. 63 del Código de Vélez—.<sup>4</sup>

La condición de persona para el Derecho va unido a la de sujeto de derecho y lleva ínsita la aptitud de titularizar derechos y consecuentes obligaciones; le reconoce capacidad jurídica. Vélez ya lo dejó plasmado a mitad del siglo XIX cuando en el art. 30 de su Código luego de reafirmar el concepto de persona en el sentido indicado y de incluir en este estatus a todos los seres “con signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes” —art. 51— y a los entes ideales —arts. 31 y 32—, sienta rotundamente, el principio de la capacidad de las personas físicas —art. 52— solamente limitada por disposición legal.

Repárese que si bien Vélez parece referirse en el texto de su art. 52 a la llamada capacidad de derecho; es decir, al lado estático de la aptitud jurídica que supone la condición de capaz.

3- Es de advertir que previo a ello, nuestra Carta Magna ya había reconocido implícitamente, el valor jurídico de los derechos esenciales y propios de la naturaleza humana. Se puede ver al respecto, los antecedentes vinculados a la sanción de la Constitución de 1853/1860 en orden a la recepción del “derecho a la vida”, a través de las citas de quienes participaron en su discusión, en Barra, Rodolfo C., *La Protección Constitucional del Derecho a la Vida*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 9 y ss.

4- “¿Qué significa en el orden jurídico reconocer al hombre como persona? Creemos que no basta con reconocerle la aptitud para ser sujeto de derechos y de obligaciones o, si se quiere, de relaciones jurídicas, pues sería minimizarla. Significa sobre todo que las normas jurídicas han de darse y desarrollarse teniendo en cuenta la dignidad del hombre como persona y sus atributos”. Díez Picaso, Luis, Guillón, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 1/1, Editorial Tecnos, 2ª Edición, Madrid, 1998, p.125.

En su nota aclara que involucra todas las fases que transitan los derechos y obligaciones, desde su adquisición hasta su extinción,<sup>5</sup> con lo cual estaría considerando también a la hoy llamada capacidad de ejercicio o capacidad de obrar —lado dinámico de la habilidad— como regla general que define el estatus del sujeto frente al Derecho.

En este marco, Vélez Sarsfield —fiel a su filosofía liberal e individualista— tomó como parámetros para recortar la capacidad de hecho solo dos causas: la minoridad y la afectación patológica de la salud mental. Sobre ellas construyó un sistema binario, rígido, cerrado, donde se califica al sujeto de “capaz” —por regla, o de “incapaz” cuando se verifican tales datos fácticos, y a ésta última calificación, a su vez, se subdivide en “relativa” o “absoluta” según si les es permitido —o no— realizar por sí algún acto jurídico.

Es indudable que esta cualidad esencial a la condición de persona, se sostiene a partir de concebir al ser humano sobre la base de su aptitud intelectual. Como ser pensante que es, su raciocinio, su grado de discernimiento, su evolución biológica y el estado de su psiquis, son condicionantes de su actuar, son manifestaciones de su autonomía como individuo de la especie humana y el codificador, después de sentar el principio de la plena capacidad del sujeto —lo que es sinónimo de pleno discernimiento—, legisló supuestos de excepción en abstracto, pero partiendo de la base de discernimiento insuficiente.

Esta relación entre “capacidad” —categoría jurídica— y “discernimiento” —dato fáctico— se mantuvo con la reforma introducida por la Ley N° 17.711 en 1968 —es decir, casi cien años después— que receptó las tendencias ya imperantes

en el pensamiento jurídico y la ciencia médica, sobre las deficiencias mentales, a la vez que incluyó en el catálogo de tutelados, a los “pródigos” a quienes Vélez se había negado a considerar como posibles interdictos.<sup>6</sup> Se consagra allí, la categoría jurídica de inhabilitación civil.

El sujeto inhabilitado es un sujeto básicamente capaz —entra en las generales de la ley—, pero tiene su capacidad patrimonial sensiblemente recortada, siempre desde una generalización objetiva de sus consecuencias. Se le restringen categorías de actos de contenido patrimonial, que solo pueden otorgar asistidos en la toma de decisión, por un tercero.

Llegado a este punto es bueno recordar que las llamadas incapacidades eran para el codificador un recurso tutelar respecto de quienes, por evolución biológica o disminución patológica de su psiquis, tenían afectado su discernimiento, y por tanto, les impedía celebrar actos jurídicos en igualdad de condiciones que el resto de sus congéneres. La tutela apuntaba fundamentalmente al aspecto patrimonial.

Vélez, sin embargo, no subsumió el discernimiento en la capacidad exclusivamente. En rigor de verdad, el codificador valoró el primero como un condicionante del obrar humano, a los fines de su proyección jurídica.

Repárese que su art. 921 puede considerarse una buena síntesis de su enfoque sobre el tema. Así, se apoya en el discernimiento para considerar la imputación del acto obrado por el propio sujeto-agente y, en este sentido, toma tres situaciones donde aquella aptitud está mermada: a) la *inmadurez*, por razones de edad, b) la *insanidad*, por padecimiento mental y c) la *inconciencia*, por causas transitorias y circunstanciales.<sup>7</sup>

5- “Y así, cuando las leyes civiles permiten la adquisición de un derecho o cuando no lo prohíben, permiten su ejercicio, su conservación y la libre disposición de ese derecho” —nota al art. 52, último párrafo—.

6- Ver nota al art. 54 del Código de Vélez.

7- Cifuentes, Santos, *Negocio Jurídico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 96.

Establece así que se consideran actos realizados “... *sin discernimiento*, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón”.

Solamente en los casos de edad, “menores impúberes” y “demencia declarada”, le agregaba el ropaje jurídico de la “incapacidad”; el dato fáctico queda absorbido por la categoría jurídica. Se enrola así, en una postura rígida, siguiendo a Freitas y al derecho romano, según la cual la fuerza jurídica del discernimiento no se mide por el nivel de comprensión del sujeto, sino por un estado objetivamente considerado.<sup>8</sup>

En los demás casos, cuando el sujeto obra actos lícitos a partir de los 14 años o ilícitos a partir de los 10 años, el interdicto obra en un período de lucidez o el sujeto está privado circunstancialmente de razón, entonces el discernimiento es valorado en sí mismo. El criterio es flexible y es necesario investigar si el sujeto comprendió el alcance de su acto.

La doctrina civilista tradicional se dividió en cuanto al acierto o desacierto del sistema adoptado por Vélez, que se apartó del derecho francés. En tanto, mientras que con el sistema flexible —seguido en Francia, Suiza e Italia— debe estarse a la valoración judicial de cada caso en función del grado de comprensión del sujeto, a los fines de imputarle las consecuencias de sus actos. En el modelo rígido se sacrifica esta variabilidad en pos de una pretendida seguridad jurídica.<sup>9</sup>

Volviendo al pensamiento velezano y a modo de síntesis, reiteramos que el discernimiento es

parámetro de valoración de la conducta del sujeto, tanto para actos lícitos como ilícitos civiles y hace a la voluntariedad o involuntariedad de su obrar, con la lógica imputación de sus consecuencias; la capacidad es un *status iuris* que excluye la voluntariedad jurídicamente relevante del sujeto, para la realización de actos jurídicos. Hay una relación de género a especie.

Congruente con este modelo, las distintas legislaciones adjetivas<sup>10</sup> diseñaron los procesos en función del establecimiento de un determinado estatus, si bien fue bajo un concepto de tutela diferenciada en atención a la especial situación del justiciable, y los objetivos de la intervención judicial.<sup>11</sup>

Se podría decir que en paralelo, las distintas leyes que organizan el Ministerio Público en cada jurisdicción incluyen un área dedicada a la tutela de menores e incapaces,<sup>12</sup> dentro de su competencia material. Es decir, al colectivo vulnerable en razón de la disminución de su discernimiento, pero respecto de los últimos, en tanto sean considerados tales o estén en proceso de ser declarados.

10- A nivel nacional, recién a partir del año 1953, la Ley N° 14.237 introdujo en el Código de Procedimientos una serie de artículos regulatorios de esta temática.

11- Colombo, Carlos, Kiper, Claudio, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado y Comentado, Tomo VI, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 94 y ss. Guahnon, Silvia: “Tutelas procesales diferenciadas en los procesos de insania e inhabilitación”, Rev. Dere. De Familia y de las Personas-2008-2; Villaverde, María, “Tutela procesal diferenciada de las personas con discapacidad. Claves para su reforma procesal”, Rev. De Der. De Familia y de las Personas, 2009, 1.

12- Se pueden consultar al respecto, la Ley N° 24.946 de la Defensa Pública de Nación, la Ley N° 7328 de la Provincia de Salta, la Ley N° 14442 de la Provincia de Buenos Aires, la Ley N° 8008 de la Provincia de Mendoza, la Ley N° 2892 de la Provincia del Neuquén, que solo aborda especialmente a niñas/niños y adolescentes, la Ley N° 4199 de la Provincia de Río Negro o la Ley N° 1903 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

8- Es sumamente ilustrativo leer la nota al art. 921.

9- Cifuentes, Santos, *op.cit.* p. 97.



En el orden local, la Ley Orgánica del Ministerio Público<sup>13</sup> —en el marco de la división tripartita dispuesta por el art. 124 la Constitución de la Ciudad—, asigna a la Asesoría General Tutelar y a las jerarquías que de ella dependen, competencia para intervenir en cuestiones vinculadas a los derechos de menores e incapaces y, en algunos casos, “inhabilitados y penados bajo el régimen del art. 12 del Código Penal” —art. 53—.

Ello implica *a priori* la legitimación del Ministerio Público, cuando se trate del grupo etario de menores o estemos ante un “incapaz, inhabilitado o penado”. Es decir, dentro de las categorías jurídicas en que la ley coloca a los que ya han sido juzgados por la virtualidad de su discernimiento, excepción hecha del supuesto del art. 12 donde el sujeto es considerado un “incapaz de hecho” por analogía y fundado en la pérdida de su libertad; pero que cuenta con discernimiento, con lo cual la “inhabilitación absoluta” a que se refiere la norma, tiene característica propias.<sup>14</sup>

Llegamos así a mitad del siglo XX con un panorama en orden al ejercicio de los derechos de las personas que, si bien amplió el universo de situaciones personales amparadas en su obrar lícito y se seguía legitimando en la relación capacidad-discernimiento, no sale de celdas preestablecidas, no atiende a las circunstancias personales de quien obra el acto. A su vera, en la valoración del obrar ilícito en el campo civil, se prescinde de la capacidad y se centra en el discernimiento.

La protección se mira desde el ordenamiento jurídico *a priori* del individuo y sus circunstancias; éste es más el objeto de la tutela que el sujeto con derecho natural a ser tutelado.

13- Ley N° 1903, según texto Ley N° 4891 y Ley N° 4898, BOCABA N° 4329 del 30/01/2014.

14- Ossorio y Florit, Manuel, Código Penal de la República Argentina, Comentarios, Jurisprudencia, Doctrina, Editorial Universidad, 12ª Edición.

Vamos a tener que esperar hasta ya iniciado este siglo para que los avances, especialmente en el campo de la bioética, dieran otro brillo a ese postergado “discernimiento” que había considerado Vélez, plasmando en normas jurídicas que lo reconocen como esencial en el obrar del sujeto a la hora de juzgar su conducta.

### III. La conducta ilícita

Si bien es en el ámbito del derecho civil donde el concepto de “capacidad” encuentra sus orígenes y su regulación propia, —precisamente porque se trata de una cualidad inherente a su personalidad jurídica—, también integra la preceptiva de la legislación penal.

Es que el ser humano puede verse inmerso en situaciones que lo tengan como sujeto activo de una conducta tipificada como disvaliosa y reprimida por la ley —victimario—, o como sujeto pasivo de dicha conducta, como destinatario de la misma —víctima— y, en ambos casos, el Código Penal computa estados vinculados a la psiquis del individuo, a su nivel de discernimiento cuando se trata de quien obra contrario a derecho, para aplicar la pena prevista.

El ordenamiento de fondo en esta materia, nos ofrece una variedad de figuras típicas donde el discernimiento insuficiente —sea tomado en términos de edad o apreciado en relación al estado mental del sujeto— son característicos del tipo, o causas de agravamiento de la sanción.

Baste para ello repasar la conducta atenuante descripta en el art. 81 inc. 1º g) respecto de quien comete homicidio en estado de “emoción violenta” que resulte excusable, la inimputabilidad del médico en el caso del llamado aborto “eugenésico” sobre “mujer idiota o demente”, víctima de delito sexual —art. 86 inc. 2º—, la tipificación del abuso deshonesto sobre menores —art. 119

y 120, según sea menor de 13 años o menor de 16 años—, o el delito de corrupción de menores —art. 125—, con pena agravada si es menor de 13 años; la prostitución de menores —art. 125 bis— o cuando son víctimas de trata de personas —art. 127 bis— o los delitos de sustracción de menores de 10 años art. 146—, ocultación del menor —art. 147— o inducción a la fuga de un menor de 10 a 15 años —art. 148—.

En todos estos tipos penales, subyace la inmadurez biológica como elemento constitutivo y condicionante en algunas franjas etarias, de un agravamiento de la pena.

El Código no recurre por lo general a la “capacidad” como estatus en la que se encuentre la víctima o el victimario. Una excepción la constituye el presupuesto del art. 174 inc. 2º que, refiriéndose a los delitos contra la propiedad, establece: “el que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un **menor o de un incapaz, declarado o no declarado** tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo” —la negrita me pertenece, al solo efecto de destacar los términos—.

Si bien en el presupuesto normativo de la “circunvención de incapaces” se integra como sujeto pasivo del ilícito —además del menor— al “incapaz”, declarado o no, lo cierto es que esta identificación apunta más a reconocer a la víctima por su estado de vulnerabilidad psíquica, que por estar encuadrada en un determinado estatus jurídico.<sup>15</sup>

15- Sirkin, Eduardo, “Sobre la circunvención del incapaz”, publicado en [elDial.com-DC926](http://elDial.com-DC926), el 06/07/06. “De todas maneras corresponde admitir que la **incapacidad** psíquica del sujeto pasivo no obedezca a específicos cuadros patológicos, dado que lo auténticamente central estriba en tasar las disminuciones del poder de crítica y los debilitamientos de la función volitiva o afectiva que —sean o no oriundos de causas morbosas— favorezcan la “sugestionabilidad” del damnificado y limiten sus

Un último precepto donde el déficit mental configura un supuesto exculpativo, es el contenido en el art. 34, inc. 1º que declara no punible, “... 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 (...) comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones (...)”.

La llamada por la doctrina penal “capacidad de culpabilidad” en la que se basa la imputabilidad y apunta a determinar el estado psíquico del agente al momento del hecho, para comprender la entidad ilícita y alcance de sus acciones<sup>16</sup>. No podemos dejar de advertir sin embargo, que en los últimos años la doctrina penalista está inmersa en una revisión de este concepto, a la luz de los avances neurocientíficos.<sup>17</sup>

Vemos entonces que en este área del derecho, la inclusión de la “capacidad” en el presupuesto normativo, aparece como absolutamente

arbitrios de defensa frente a la insidia del ofensor”. Scelzi, María Florencia, “El delito de circunvención de incapaz”, publicado en [elDial.com-DC192E](http://elDial.com-DC192E) del 30/08/12.

16- “A efectos de determinar la capacidad de culpabilidad de una persona, en los términos del art. 34, inc. 1 del Código Penal, no interesa tanto el diagnóstico médico dentro del catálogo de **enfermedades mentales**, sino el aporte de las cualidades psíquicas del individuo, para que conjuntamente con el resto de las pruebas, los jueces puedan establecer si el sujeto, en el momento de ocurrido el suceso, tenía una perturbación en su conciencia, que le haya impedido comprender y dirigir sus acciones” (**causa** N° 15214/2013/CAI “A., M. G.”, rta. 10/06/2013, con cita del voto en disidencia de la doctora Ledesma, CNCP, Sala III, “R., M.”, del 27 de abril de 2010, citado en Almeyra, Miguel Ángel, Tratado Jurisprudencial y doctrinario de Derecho Penal, Parte General, La Ley, Tomo I, Vol. 1, pág. 134). CCNCrim y Corr.-Sala VI-“B,C s/procesamiento”-27/02/14. Publicado en [elDial.com-AA8628](http://elDial.com-AA8628) del 03/04/14; mismo Tribunal y Sala en “C.C.,O.H.” del 21/05/14. En el mismo sentido CNCrim-Sala I-“Ullmann, Alejandro” de fecha 22/05/90 publicado en [elDial.com-A1244](http://elDial.com-A1244).

17- Cancio Meliá, Manuel, “Psicopatía y Derecho Penal: algunas consideraciones introductorias”, Revista de Derecho Penal, 2013, N° 1 *Culpabilidad: nuevas tendencias II*, Editorial Rubinzal Culzoni, p. 37 y ss.

incidental y aun así, es interpretada como aptitud para comprender, para discernir, para entender y no como un estatus desde el cual se valora la conducta del sujeto.<sup>18</sup> En el caso del “menor” su condición de “incapaz” es considerada siempre desde la incidencia jurídica de su discernimiento, según su desarrollo biológico.

La legislación adjetiva en materia penal, también se refiere a la capacidad, tanto en sentido estricto como en sentido lato.

Así, a nivel nacional, vemos que mientras el art. 76 del Código Procesal autoriza la adopción de medidas de seguridad respecto del imputado, cuando “... se presumiere que (...) en el momento de cometer el hecho, padecía de alguna enfermedad mental que lo hacía inimputable (...)”, el artículo siguiente se refiere a la “incapacidad sobreviniente” del imputado, disponiendo que el tribunal “... suspenderá la tramitación de la causa (...)”, sin perjuicio de la medida de seguridad que se pueda disponer “... si su estado lo tornare peligroso para sí o para los terceros (...)”.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Código Procesal Penal —Ley N° 2303— también cuenta con previsiones al respecto. En los arts. 34 y 35 se recurre en varias ocasiones a la situación de “capacidad” del imputado. Entre ambos, se abordan distintos momentos dentro del proceso que no son tratados de modo secuencial.

En primer lugar, está la obligación respecto de la persona detenida, de ser “... inmediatamente revisada por un médico legista para dejar constancia de (...) su capacidad para comprender el acto y los hechos que lo motivaron, sin perjuicio de la posterior realización de peritajes

al respecto.” (art. 35, primer párrafo). En concordancia con ello, el art. 34 determina que “El trastorno mental del imputado, que excluya su capacidad de entender los actos del procedimiento o de obrar conforme a ese conocimiento, provocará la suspensión del procedimiento hasta que desaparezca la misma” —primer párrafo—. Su segundo párrafo, *in fine*, aclara que “la incapacidad será declarada por el juez, previo examen pericial”, para concluir a continuación que “cuando la incapacidad sea irreversible, se dispondrá el archivo a su respecto”.

Fuera de este conjunto de disposiciones vinculadas a la “capacidad” o “incapacidad” del imputado, el segundo párrafo del art. 35 establece que “... el juez o jueza, a pedido de parte, dispondrá la revisión física o psíquica del/la imputado/a por profesionales idóneos, cuando resulte necesario para establecer sus condiciones, lesiones o afecciones, por circunstancias vinculadas a la prueba de los hechos, la capacidad para comprender el alcance de sus actos y/o dirigir sus acciones o por cualquier otro motivo justificado en las necesidades de la pesquisa”.

De todo ello resulta que las normas utilizan el término “capacidad” —o su opuesto— en el sentido de comprensión, de entendimiento, de discernimiento tanto respecto de la criminalidad de su acto reprochable como de la naturaleza del procedimiento al que será sometido. Se refiere a la ya citada, “capacidad de culpabilidad”, antes que a la capacidad en sentido de estado jurídico definido por su déficit. Repárese que se alude en todo momento, a la “capacidad de entender” o a la “capacidad para comprender” y ello guarda correspondencia con lo dispuesto en el art. 34, segundo párrafo, *in fine*, en tanto marca que “... **la incapacidad será declarada por el juez**, previo examen pericial”. Es obvio en nuestro sistema jurídico que el juez penal carece de competencia para “declarar la incapacidad” del sujeto,

18- Es de destacar que en el Anteproyecto del Código Penal elaborado por la Comisión designada por Decreto PEN N° 678/12, esta eximente de pena, se describe como “El que a casua de cualquier anomalía, trastorno o alteración psíquica permanente o transitoria, no haya podido, al momento del hecho, comprender su criminalidad o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión” (art. 5º, inc. h).

por ende, la decisión solo versará sobre la “comprensión” que en atención a su estado psíquico, evidencie el imputado para los actos del proceso y a los fines de evaluar igual situación frente al hecho obrado y que se le imputa.

Ello implica que un sujeto declarado civilmente “incapaz” por ese hecho no queda exento de responsabilidad penal, pues puede haber obrado con “capacidad de culpabilidad” y viceversa, quien es inimputable por falta de discernimiento respecto de la comisión del ilícito, no necesariamente debe ser sometido al cuestionamiento de su capacidad jurídica.

#### IV. Los avances del pensamiento jurídico

Al comienzo de este trabajo, hacíamos referencia a la evolución del pensamiento jurídico en los últimos años y a los profundos cambios que viene recogiendo el ordenamiento, fundamentalmente tomando como vértice la consagración constitucional del denominado “derecho de los Derechos Humanos”. En sustancia, ello ha significado la recepción de principios y normas aplicables en la relación Estado-individuo en lo que hace a los derechos de estos últimos frente a aquél, y las obligaciones asumidas por el primero en orden a la regulación del ejercicio de tales derechos. En esta armonización, rige como criterio hermenéutico el principio *pro homine* que no implica otra cosa que “estar siempre a favor del hombre”.<sup>19</sup> Y tomábamos las últimas décadas, por cuanto es en este período que se dan dos hitos importantes en la materia —que luego se reproducirán en normas locales—, y que se

vinculan con la temática propuesta en el presente: uno, es la sanción de la Convención de los Derechos del Niño en el año 1989, aprobada en el año 1990 —Ley N° 23.849— e incorporada en el año 1994 a la Constitución Nacional en el art. 75, inc. 22. Y el otro es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de ONU en el año 2006, integrada al derecho interno en el año 2008 —Ley N° 26.378— y con rango constitucional a partir de diciembre de 2014 —Ley N° 27.044—.

El primero de estos instrumentos consagra, como principio inspirador de toda su preceptiva, el reconocimiento de la llamada “capacidad progresiva” en las niñas, niños y adolescentes —es decir, en la minoridad—, lo cual implica la consideración de la autonomía que progresivamente va adquiriendo, conforme evoluciona, con proyección jurídica; importa su reconocimiento “... como seres humanos completos, portadores de derechos y atributos que le son inherentes por su condición de persona, más aquéllos que les corresponden específicamente por su condición de niño”.<sup>20</sup>

En este sentido, se considera que el art. 5° de la Convención representa el punto de encuentro y la armonización entre la responsabilidad y la autoridad parental y demás referentes adultos, y el grado de desarrollo, autonomía y evolución de las facultades del menor, para que éstos ejerzan personalmente sus derechos.

Este es el paradigma que se reproduce en la Ley N° 26.061 en tanto no solo se lo instituye expresamente como “sujeto de derecho”, sino que se impone la obligación de ser respetado en tal condición, según “su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones per-

19- Pinto, Monica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (Comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Buenos Aires, 1997, p. 163 y ss.

20- Minyersky, Nelly, “Capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo”, *Revista de Derecho de Familia*, julio-agosto 2009, N° 43, p. 131.

sonales” —art. 3º—. Conforme vaya madurando, evolucionando biológicamente, irá adquiriendo mayor autonomía en la toma de decisiones.

Este cambio de perspectiva del ejercicio de los derechos en la minoridad no se corresponde con la regulación jurídica de la capacidad de obrar en el Código de Vélez, donde el punto se resuelve sobre bases rígidas y encriptadas que para el caso se define con el parámetro de la edad.

Es así que, frente al concepto tradicional de “capacidad jurídica”, se afianza el que la doctrina ha dado en denominar “competencia” aludiendo con el mismo a un contenido variable, dinámico, circunstancial pero no abstracto ni apriorístico,<sup>21</sup> para definir la aptitud decisoria del menor en los casos concretos.

El otro hito que mencionamos en el primer párrafo del presente apartado, es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hoy de rango constitucional. Es ésta una herramienta que apunta a “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente” —art. 1º Propósito—, incluyendo en este colectivo humano, a los discapacitados físicos, mentales, intelectuales y sensoriales, con estados deficitarios a largo plazo.

Principios generales tales como “el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas”, así

21- “El parámetro de competencia de una persona, es independiente a su capacidad de ejercicio y habilita la actuación de derechos en forma directa, aun cuando no cuente con plena capacidad civil, si se evalúa que a pesar de ello puede formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión planteada”. Fernández, Silvia E., “La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial. ¿Cuánto de autonomía progresiva?”, Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación: Familia-Filiación y Responsabilidad Parental, mayo de 2015, p. 181.

como “el respeto de la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad” —art. 3, incs. a) y h) respectivamente—. Aparece aquí también el modelo de protección, basado en el respeto de la autonomía en la toma de decisiones de la persona con discapacidad, dentro del marco que le permitan sus posibilidades reales.

Visto el punto a la luz de cuanto preceptúa su art. 12, en tanto les reconoce “capacidad jurídica” en igualdad de condiciones que los demás, y para el ejercicio de la misma, le impone a los Estados Parte la obligación de adoptar medidas “de apoyo”, y “salvaguardas” que aseguren la efectivización de sus derechos a partir del respeto de su voluntad y preferencias, se advierte que dicho modelo se asienta en el principio de conservación de las “capacidades residuales”, lo cual implica el mantenimiento de la autonomía de gestión del sujeto dentro de sus propios límites.<sup>22</sup>

22- Los cinco apartados del artículo sientan las bases del nuevo modelo de plena e irrestricta igualdad ante la ley de las personas con discapacidad, cuyo contenido ha de ser respetado por las legislaciones nacionales de los Estados Partes de la Convención, para lo cual tendrán que introducir reformas y modificaciones de alcance. El primer numeral, reafirma “no crea *ex novo*, comprueba y refuerza una situación jurídica previa, preexistente, el derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica. El segundo es más categórico, despliega un mayor alcance y desencadena efectos más desestabilizadores, pues afirma de modo taxativo que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto de hombres y mujeres, en todos los aspectos de la vida. Resulta, con el siguiente numeral, que establece el paradigma de los apoyos, el núcleo de todo el artículo y son los más progresivos y llamados a transformar las legislaciones de cuño más tradicional. Frente a la sustitución, basada en la menor capacidad, el mecanismo de los apoyos para el ejercicio normalizado de la personalidad y la capacidad jurídica. Por su parte, el numeral 4 supone un cierto contrapunto a los dos anteriores, al admitir las salvaguardias, no tanto como limitación de la capacidad jurídica, que en alguna medida sí lo son, sino como caución para un funcionamiento regular de los mecanismos de apoyo. Consciente de que las salvaguardias suponen una cierta restricción a la plenitud de la capacidad, las somete a criterios de gran exigencia,

Este nuevo enfoque del ejercicio de sus derechos por parte de los sujetos disminuidos en alguna de sus facultades naturales, encontró acogida en la legislación interna con la sanción de la Ley N<sup>o</sup> 26.657 conocida como Ley de Salud Mental que —en alguna medida, completando el panorama iniciado con la Ley N<sup>o</sup> 26.529 sobre derechos de los pacientes en su condición de usuarios y consumidores de los servicios de salud— consagró un marco normativo referencial para el reconocimiento, abordaje y tratamiento de la problemática mental, desde el ángulo de los Derechos Humanos —arts. 1<sup>o</sup> y 2<sup>o</sup>—.

En este contexto, sentó principios tales como la “presunción de capacidad de todas las personas” (art. 3<sup>o</sup>), la “existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad...” (art. 5<sup>o</sup>) y reconoció expresamente, entre muchos otros, los derechos a “...no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado” art. 7, inc. i.), a “...poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades” (art. 7 inc. k.) y a “... que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable” (art. 7 inc. n.).

Pero esta ley de Salud Mental, además de completarse en su articulado con una regulación detallada respecto de la internación por causas psiquiátricas, fijando un piso de derechos a respetar en la situación del individuo comprometido, modificó el Código velezano agregando un artículo (152 ter), que procuró acomodar las estructuras tradicionales de la “capacidad jurídica” a los nuevos vientos que

trajo la Convención. Si bien lo hizo con una redacción un tanto imperfecta, lo cierto es que introdujo por lo menos, la obligación de fundar las sentencias de “inhabilitación o incapacidad” en una evaluación interdisciplinaria, de “... especificar las funciones y actos que se limitan (...)” y de revisarlas periódicamente. Si bien expuesto de un modo casi tangencial, la nueva norma dejó en claro que su objeto apuntaba a afectar la autonomía personal del sujeto, en la menor medida posible.<sup>23</sup>

Este acotado paneo sobre la evolución legislativa en orden a la valoración de la autonomía, y el poder de decisión de estos grupos vulnerables que tradicionalmente fueron motivo de una tutela identificada con la sustitución de su voluntad —supuestamente en el entendimiento de que era el mejor recurso para su protección—, nos coloca ante una nueva legislación civil, de fondo, que consagra los principios referidos precedentemente, con gran amplitud de criterio.

## V. La nueva legislación de fondo

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación —cuya entrada en vigencia se ha fijado para el 1<sup>o</sup> de agosto del año en curso— mantiene como regla la capacidad de ejercicio de todas las personas y como excepción, los supuestos en que dicha aptitud jurídica puede ser recortada —arts. 23 y 24— y aquéllos que no son óbice para su plena vigencia —art. 31, incs. a y b—.

Si bien insiste en la “incapacidad de ejercicio”, le da a la categoría un contenido flexible, abierto, variable en función del sujeto y sus circunstancias. Podría decirse que la “personali-

---

sentando como fundamental el respeto a la voluntad y a las preferencias de la persona en cuestión...”. Pérez Bueno, Luis Cayo, “La capacidad jurídica y su revisión a la luz de la Convención. Una visión desde el movimiento asociativo español”, en, *Discapacidad, Derecho y Políticas de Inclusión*, Colección Cermi, Ediciones Cinca, Madrid, 2010, p. 65 y ss.

---

23- Giavarino, Magdalena B., “El alcance temporal del estatus jurídico del padeciente mental. El nuevo art. 152 ter en la ley 26.657”, LL 2011, p. 568.

za”, su sentido y sus alcances se definen desde el individuo y no desde la norma. El respeto de la autonomía personal, está siempre presente art. 31 inc.f.; art. 32, segundo y tercer párrafo; art. 37 inc. d; art. 38 y art. 43, entre otros.

El uso recurrente de locuciones tales como “edad y grado de madurez suficiente” cuando el sujeto de derecho es un menor o adolescente — art. 25— o de “capacidad restringida” o “restricción a la capacidad” cuando se trate de personas que padecen una “... adicción o una alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad (...)” —art. 32—, marca claramente que por un lado, para los menores, el ejercicio autónomo de sus derechos, deberá medirse en cada caso concreto, no solo por el dato cronológico de la edad, sino por la vara de su nivel de comprensión. Por otro lado, el deficiente mental o el adicto, por ser tales, no pierden su poder de autodeterminación y no es causa que justifique por sí misma, el encasillamiento en una categoría que excluya el valor de su voluntad decisoria.

Subsiste, no obstante, el estatus de “incapaz” en el sentido de que el sujeto es privado de todo poder de decisión con relevancia jurídica, para aquéllos casos de verdadera excepción en los cuales todos los recursos y medios de cualquier naturaleza que se puedan implementar para permitir la expresión de su voluntad, resulten ineficaces art. 32 *in fine*.

## VI. El desafío

Hemos llegado a un punto donde la legislación se ha abierto al pensamiento más avanzado en lo que atañe al ejercicio de los derechos por parte de sujetos vulnerables, por su particular situación individual y, tradicionalmente, amparados bajo el paraguas de un sistema paternalista, excluyente de su dignidad personal y que

—como acertadamente ha juzgado cierta doctrina— los hacía “invisibles” al prójimo.

Este nuevo modelo de construcción jurídica, supone sin embargo un fuerte desafío para los operadores del derecho —cualquiera sea el rol que le quepa—, acostumbrados a viejas prácticas y añosas estructuras normativas.

Se requiere una apertura mental que revalore el discernimiento como causa de acción —u omisión— y atribución de las consecuencias de ese obrar positivo o negativo. La utilización de estándares cerrados, autosuficientes y configurados objetivamente sin atender a la subjetividad del individuo —cuya libertad, en el sentido más amplio del derecho, está cuestionada— puede sí abonar la seguridad de quien decide sobre la persona, pero por cierto deja sin margen de dignidad a quien es objeto de la resolución.

La nueva legislación civil mantiene la terminología de “incapaces”, pero las referencias a esta situación le dan otro contenido. Frente a ello, aparece como necesario reinterpretar el concepto de “capacidad”, cuando en la norma es presupuesto del obrar legítimo del sujeto, en términos de “comprensión”, de aptitud para entender racionalmente el contenido y significación de su proceder.

La “subjetivación” del concepto requiere trabajar sobre nuevas prácticas que aborden el conflicto puntal del individuo con el Derecho, y le den solución respetando su individualidad y autonomía. El Derecho y los instrumentos de que se vale, no puede “tragarse” a la persona, colocándole un rótulo y someténdolo a voluntades ajenas. Debe ejercerse al servicio del ser humano, que es su razón de ser.

Debe, por el contrario, resguardar acompañar y permitir bajo su amparo, el desarrollo pleno de las capacidades naturales y jurídicas de la persona, en el marco de su proyecto y posibilidades de vida.

Año 5  
NÚMERO 7  
JULIO  
DE 2015

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA



---

Lic. Verónica Llull Casado\*

---

## El lugar del loco en el discurso jurídico: qué ha cambiado y qué no.

### Concepción del padecimiento psíquico. El nuevo discurso que funda la Ley 26.657.

La Ley Nacional de Salud Mental 26.657 se encuadra dentro de una serie de normativas internacionales que amparan la protección de derechos de las personas por su sola condición de seres humanos. El enfoque de derechos como marco paradigmático de protección de los Derechos Humanos constituye una referencia discursiva y política ineludible.

La ley parte de la presunción de capacidad de todas las personas. En este sentido, establece los principios de abordaje que más se ajustan a la protección de derechos regulando las interacciones, por ejemplo, y estableciendo disposiciones complementarias para las declaraciones de insania e inhabilitaciones.

En este contexto, una mención especial —con vistas a ubicar el lugar del paciente con padecimiento psíquico en el discurso jurídico y más específicamente en el fuero penal— merece el lugar del diagnóstico en salud mental que establece la normativa.

1) En su artículo 5º sostiene que: “la existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad (...)”. Es decir,

\* Lic. Verónica Llull Casado  
Lic. en Psicología. Esp. en Psicología Forense (UBA).  
Docente universitaria (UBA). Investigadora del equipo  
UBACyT. Consultora Senaf-Unicef. Ex Psicóloga  
U. 27 (SPF).

el discurso que funda esta normativa supone otro estatuto para el diagnóstico que el de herramienta señal; ya no puede operar como señal del peligro, indicador de peligrosidad o de incapacidad. La función del diagnóstico queda acotada al campo clínico, y no es posible hacer de él un elemento o una herramienta de alcance sociológico-jurídico.

2) En su artículo 7º inciso i) la ley establece: “derecho a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado” y en su inciso n): “derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable”. La normativa introduce la perspectiva temporal y por tanto señala el carácter dinámico de los procesos que hacen al padecimiento psíquico. Más allá de limitar el efecto segregativo del diagnóstico —a partir de subrayar que nadie podrá ser discriminado en función del diagnóstico que le quepa— la cláusula indica la dimensión evolutiva del curso de un padecimiento mental. No es posible pensar el estado de sufrimiento psíquico como una condición del ser del paciente.

En el agregado del art. 152 ter se especifica la modalidad procedimental por la cual se efectuarán las declaraciones judiciales de incapacidad o inhabilitación. La cláusula ineludible será la evaluación y diagnóstico interdisciplinarios. Se sustituye el dictamen médico por la valoración de un equipo conformado por profesionales provenientes de distintas disciplinas, como modo de descompletar la omnipotencia en el campo de la salud mental.

En la modificatoria que la ley establece de la formulación del art. 482 del Código Civil, la misma destaca la imposibilidad de privar de libertad a quien fuera declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo que existiere riesgo cierto o inminente.

Primera cuestión a subrayar: el artículo deja de hablar de “demente”. Habla simplemente de “el declarado incapaz” poniendo el acento en

la perspectiva desde la cual la persona con padecimiento psíquico es nombrada, es decir, la perspectiva del Otro. La enfermedad mental o las adicciones no constituyen una característica de la personalidad o del ser del paciente. No se habla de enfermo o adicto. Así la patología deja de tener un estatuto óntico. El paciente aquí no es ni demente, ni enfermo mental, ni adicto.

Segunda cuestión: la privación de libertad quedará limitada a las circunstancias en que existiera riesgo cierto o inminente. Se sustituye el criterio social de peligrosidad por un criterio absolutamente clínico. Se desplaza así el agente del peligro y el objeto de protección. Se produce un corrimiento fundamental: el agente del peligro ya no es el propio padeciente, sino que el peligro lo constituye el padecimiento mismo. En ese punto, el objeto de protección ya no es la comunidad temerosa del eventual daño que pudiese causar el paciente, sino el paciente mismo. Es él quien debe ser protegido en su condición de vulnerabilidad. Su propio padecimiento lo hace vulnerable y por tanto la ley debe asegurarle que el Estado —a través de sus instituciones— cuidará que la vulneración no recaiga sobre sus derechos, —operando un efecto que podría pensarse como vulneración secundaria.

Tercera cuestión: la noción de riesgo sustituye asimismo el criterio óntico por el de probabilidad. El peligro supone una definición material. El riesgo implica en cambio una configuración escénica. El peligro se sustancializa. El riesgo en cambio no puede pensarse sino como la resultante de una combinatoria de elementos en un momento dado. El peligro se anticipa como inevitable. El riesgo en cambio se delinea como probable; descompletamiento de la lógica de lo necesario; aparición de la contingencia; artículos e incisos que intentan limitar los efectos de la estigmatización y la segregación de aquel que padece sufrimiento psíquico.

Hasta aquí entonces la lógica del discurso que instaura la Ley 26.657 en materia de salud mental y en lo que hace al tratamiento de personas con padecimiento psíquico, la preservación de sus derechos y la presunción de capacidad civil, así como la regulación de las instancias de limitación de esta capacidad.

### Lo intocado por la Ley

---

Ahora bien, esta ley que, con todos sus avances, establece en su artículo 23 que las externaciones y altas no requerirán autorización judicial, postula que esto no aplica, sin embargo, para las internaciones realizadas en el marco del art. 34 del Código Penal.

El avance del texto de la normativa en pos de la no vulneración de derechos sobre la base de la vulnerabilidad psíquica de los pacientes, no opera ninguna modificación sobre el efecto desmedido de poder que se desprende de las internaciones-reclusiones, en el marco de la decisión judicial, vía declaración de inimputabilidad. Este es el único punto de la ley en que la normativa referente a derechos en salud mental retrocede ante la supremacía de la práctica judicial y su ordenamiento; la administración de justicia sigue siendo soberana.

Se impone en este punto hacer lugar a aquello que la ley, y el discurso que ésta funda, preserva como punto de excepción.

### El enajenado: versión jurídica de la segregación en salud mental.

---

La constitución del Estado moderno conllevó la amalgama del discurso médico y el jurídico. La medicina hizo su entrada en el campo

jurídico (Foucault, 1975) y a partir de allí los diagnósticos médicos sirvieron a los fines de la administración de justicia. Si bien el diagnóstico psiquiátrico puede acarrear consigo el saldo lamentable de la estigmatización, lo cierto es que, cuando además este diagnóstico participa del engranaje judicial, lo que se produce es una intensificación de la operación como efecto del anudamiento con la noción de peligrosidad. Aquel enfermo que hubiere cometido un injusto penal y afronte la instancia de la evaluación pericial forense podrá verificar el alcance segregativo del estigma. Loco, y además encerrable. En términos normativos: enajenado —por padecer por ejemplo, una alteración morbosa de sus facultades mentales: psicosis, por ejemplo— y además tutelable vía medida de seguridad.

La elaboración doctrinaria (Zaffaroni, 2000) se ha ocupado de articular el cuerpo teórico médico-forense con el criterio normativo penal, ubicando dentro del primer grupo a las psicosis, entre otras. A partir de allí, la psicosis ha quedado vinculada a la incapacidad de comprensión y de direccionar la acción.

Ahora bien, ¿qué podría ser entonces un enajenado? Efectivamente, tal como el código lo pinta parece tratarse de alguien suficientemente incapacitado psíquicamente. Incapacitado, ¿para qué? Para motivarse en la norma, y para orientar su acción conforme a ella. Esto significa una doble rotulación del padeciente. Enajenado —loco— pero además, inimputable. Es decir, adscribible a la categoría de la excepción. No puede hacerse recaer sobre él lo que se considera el peso de la imputación penal, por ende, se lo priva de su más elemental y digno derecho a responder por el acto que lo ha conducido al encierro. Es decir, irresponsable.

Es en función de esta consideración, pero de la dimensión del peligro latente que se desprende de la presencia del enajenado en

la comunidad que, quien así resulta evaluado contará con un oficio judicial que lo declare inimputable —que declara su irreprochabilidad penal— pero a la vez será, objeto de aplicación de una medida de seguridad, que generalmente coincide con una orden judicial de encierro. Encierro, que el Código se guarda de aclarar, no cesará hasta tanto no se expida dictamen sobre la desaparición del peligro de daño para sí o para terceros por parte de quien no es otra cosa que un enajenado.

Enajenado, inimputable, irresponsable y peligroso. Cuatro nombres de la segregación, efecto de lo perturbador del enigma de la locura.

### Descripción de la situación a resolver

Actualmente, y tal como funciona el sistema jurídico-penal en Argentina —pero bien puede hacerse extensivo a Occidente mismo— cuando alguien comete un injusto penal y es aprehendido por la fuerza policial, rápidamente es llevado ante la autoridad judicial competente en donde se inicia la instrucción de la causa. Cuando el magistrado —luego de escuchar al presunto autor del injusto o bien de leer la pericia “psi”— considera que el posible autor del crimen no se encontró en condiciones de comprender la criminalidad de los hechos o de dirigir su acción, dicta entonces el oficio que declara la inimputabilidad de su acción.

¿Qué implica para el no-acusado la declaración de inimputabilidad? Establece que su conducta típica y antijurídica no es pasible de sanción penal. Es decir, no puede ser punible. A partir de allí, se desprende que, por no ser pasible de sanción penal, es de por sí, irreprochable. Vale decir, como no puede castigarse —en virtud de lo que determina el propio Código Penal en su art. 34 inc. 1º, tampoco puede

juzgarse. Esto habilita a una única conclusión viable: el juicio tiene para la elaboración doctrinaria, una sola significación posible, esto es, una significación punitiva.

Por esta razón, los ciudadanos sobre cuyas conductas se aplica una declaración de inimputabilidad no son llevados a juicio. Podrá pensarse: son dejados entonces en libertad. Pues no. En función de lo que establece el propio código en el artículo antes mencionado, tales ciudadanos pasan a constituirse de aquí en más, en objeto de la tutela judicial por la vía de la aplicación de medidas de seguridad, que se aplican dentro de la órbita penal de la justicia, lo que implica no solo el encierro de la persona no acusada de un delito, sino además el encierro en un establecimiento penitenciario, lo cual lleva a extraer una lógica conclusión: estos ciudadanos considerados ininputables no son juzgados pero sí castigados. Es decir, el castigo recae sobre ellos sin que medie a tal fin, juicio justo.

Podría objetarse entonces que bastará con pasar las medidas de seguridad de la órbita penal al fuero civil para que las mismas no se cumplan por ejemplo en establecimientos penitenciarios, sino en establecimientos de salud. Sin embargo, tal planteo equivaldría a preservar el criterio de peligrosidad sobre el que se asientan tales medidas y dejaría intacta la cuestión de fondo: el análisis de la conducta disvaliosa en el marco del debate público. Es decir, seguiría dejándose por fuera el acceso a juicio de los enfermos.

Por tal razón es que, lo que se desprende como prioritario es ahora revisar los argumentos con los que se esgrime la segregación jurídica del enfermo al que se considera enajenado y aportar elementos no solo a los fines de resignificar el criterio de enajenación mental, sino de reformular el procedimiento penal mismo.

### Relevancia: dignidad de respuesta.

Es ya célebre el reclamo que el propio Althusser realizó en su escrito autobiográfico acerca de lo que había significado para él el hecho de haber sido declarado inimputable y no haber tenido por ello ocasión de dar razones de su crimen.

Ahora, si bien es cierto que no todos los sujetos que realizan un pasaje al acto criminal tienen la genialidad del filósofo para intentar elaborar el suceso por la vía simbólica, también es cierto que son muchos menos aún los que tienen la posibilidad de ser escuchados —o leídos— contando con que su testimonio alcance la esfera pública.

Así, dado el funcionamiento del sistema jurídico-penal de Occidente, es altamente probable que alguien que realiza un crimen en situación que pronto se determina como de enajenación psicótica, quede exceptuado de la interpelación judicial y no exista jamás para él la posibilidad de acceder a declarar en el marco del debate público.

Tal como lo enuncia el propio Althusser, lo que para unos es una exigencia —la declaración—, para otros, los considerados por la pericia y el juez, como enajenados, no existe siquiera la posibilidad de ser interpelados en el espacio de un debate justo —juicio oral y público— por las razones de su acto.

Se considera desde esa perspectiva, que la única razón válida es la del criterio de realidad —delimitación arbitraria y no menos delirante que la del propio enfermo. Se considera desde tal óptica, que alguien tomado por su delirio no puede esgrimir ninguna razón digna que pueda explicar su proceder. Con ese criterio positivista y no menos cruel, se lo priva de ir a juicio —se lo exime del reproche jurídico— con el argumento de ejercer a través de esa eximición, una maniobra de protección —frente a lo que se considera, el avance punitivo del Estado.

En ningún momento se piensa —y si se piensa, se la desestima, como lo hace el propio Zaffaroni— en la eficacia subjetiva que puede tener para un sujeto la posibilidad de asumir las consecuencias de una acción. Dos argumentos en contra de esta última tesis: El primero, el segundo, ¿hay demostración comprobable de tal eficacia? Y, la eficacia es un planteo legitimador del mecanismo de punición.

Se responderá a las dos objeciones de modo conjunto.

Hay casos célebres y otros no tanto, que dan cuenta de lo que hubiera implicado la realización del juicio o bien, la sentencia condenatoria para un sujeto, la posibilidad de integrar ese hecho como parte de su historia.

Pero, el punto es: si no se le permite al enfermo asumir su responsabilidad penal, ¿cómo se puede saber si en algún momento habría podido hacerlo? ¿Por qué no permitirle al sujeto transitar el proceso como a cualquier otro ciudadano y sobre el final del mismo, tomar el juez la decisión que considere más conveniente, lo cual puede implicar no solo una sentencia condenatoria sino también, la declaración de inimputabilidad o incluso, hasta la sentencia absolutoria?

Se contra-argumentará; pero ¿por qué la responsabilidad del sujeto tiene que ser seguida de una sanción penal? Respuesta: ¿Por qué si ésta forma parte del sistema jurídico-penal para todos los seres humanos de Occidente, por qué en estos casos habría de hacerse una excepción? ¿Acaso el supuesto enajenado no es humano? El lector podrá aun formular otra objeción: el sistema jurídico-penal es una construcción falaz e ilegítima —y tal es precisamente el objeto en cuestión por parte del abolicionismo. Se responderá a esta tesis que sus razones son estrictamente ideológicas, y que por tanto, como ideológicas, son sencillamente, parte del fantasma —sí, del fantasma en el sentido lacaniano del término— de quien la propone.

No existe acción sin consecuencias. No es posible asumir una posición subjetiva digna sin ser capaz de afrontar las consecuencias de una acción, aun cuando ésta fuera producto de la enajenación. Efectivamente, la enajenación constituye la marca distintiva del hablante.

La sanción no tiene por qué ser penal —esto es, aflictiva— sin embargo, que no se piense en una sanción de carácter penal no implica que se intente renegar del registro de esa acción por parte del Otro. Que no se reclamen penas para los autores de delitos, no echa por tierra la idea de una sanción como modo de puntuar la significación disvaliosa de una acción desde el punto de vista social. El abolicionismo tiene, respecto de esta lectura, una posición que rozando la demagogia política, avanza en pos de la desestimación —es decir, el rechazo— de las consecuencias del ejercicio de una acción, no solo para el campo de los injustos penales cometidos en estado de enajenación psicótica, sino, para los delitos en general.

Es la posición de quien escribe argüir una tesis que —vaciada de los goces atinentes a la defensa del castigo como a la evitación del mismo— permita pensar un ejercicio de justicia desprovisto de todo vicio (sea éste sádico o masoquista). Por tal razón, deberá entenderse el planteo de este artículo en la línea de una humanización de la justicia, con fines de garantizar el acceso a la misma de aquellos que se encuentran hasta ahora, privados de tal posibilidad: aquellos ciudadanos cuyas conductas disvaliosas son declaradas inimputables y confinadas a partir de allí, al limbo jurídico penal, exceptuados del derecho a juicio.

## Por qué reivindicar la restitución del juicio como derecho

---

### Derecho a juicio y reserva de la declaración de inimputabilidad hasta el final del proceso.

En una línea similar a la que aquí habrá de sostenerse, quizás haya que tomar los argumentos desplegados por el jurista español Quintero Olivares, cuando avanza sobre la necesidad de reconsiderar el sentido del proceso penal para alojar allí la dignidad del loco como imputable (1999). El autor no apela allí a la dimensión de eficacia clínica posible para el derecho, sino que limita su argumentación al campo jurídico. Así, el jurista distingue dos concepciones diversas del proceso penal. Por una parte, una que lo considera como parte del sistema represivo y conforme a esto, dentro de ese planteo, la declaración de inimputabilidad que deja a un individuo por fuera del acceso a juicio, constituye no otra cosa que un inmenso favor y algo así como una suerte de protección frente al avance punitivo del Estado. Es fácil deducir que los planteos de Zaffaroni (2002) no pueden sino encuadrarse dentro de esta perspectiva. Y por otra parte, el enfoque al cual adhiere el autor, por el que, el proceso penal se entiende como un examen de la pretensión punitiva y de la de defensa y dentro de la cual, la declaración de inimputabilidad debe comprenderse como el saldo que se desprende de la lectura del juez en la valoración de la capacidad del individuo que ha realizado el injusto para comprender el sentido del proceso y de la reacción punitiva (Quintero Olivares, 1999).

De tal modo, y desarrollando una interesante crítica al elemento de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad —dentro del armazón dogmático de la teoría del delito— el

autor plantea la necesidad de reservar hasta el final del proceso la decisión jurídico-penal de declarar a alguien como incapaz de culpabilidad, planteando que tal decisión no puede realizarse a priori, antes de otorgarle al sujeto la posibilidad de que su conducta sea analizada conforme a la técnica procesal. Es en este sentido que afirma: “La imputabilidad, si de verdad queremos que sea un concepto interpretado a la luz del respeto a la dignidad del ser humano y de la igualdad de las personas, ha de ser entendida únicamente y no es poco, como capacidad para comprender el significado del proceso penal. En ese marco la persona a la que se juzga ha de entender que está respondiendo de sus actos ante sus conciudadanos precisamente porque él mismo lo es, y excluirle del derecho a ser juzgado como cualquier otro ser humano es lo mismo que negarle su dignidad. Ha pasado ya demasiado tiempo como para que podamos todavía caer en la ingenuidad de decir que el etiquetamiento como persona mentalmente anormal e inimputable es una especie de favor o de trato privilegiado, pues no es así” (Quintero Olivares, 1999; 160-161).

Así formula Quintero Olivares: “...subyace la convicción de que el declarado y etiquetado como loco, se libra del proceso penal cual si eso fuera una gran suerte que lo aleja de la represión punitiva(...) Se olvida así que se trata de un acto de marginación en el que, con razón o sin ella, se le niega la condición de ciudadano normal y con ella el derecho al enjuiciamiento completo, a cambio de un etiquetamiento y del sometimiento a unas medidas de seguridad. Se olvida también que la negación de la imputabilidad puede diluir injustamente la valoración del resto de la conducta, en la que puede haber concurrido el error, la justificación, la necesidad, el miedo, o cualquiera de los componentes del actuar humano que respecto del individuo

*normal* son objetos de valoración y calificación jurídica” (Quintero Olivares, 1999; p.38).

He aquí probablemente uno de los valores, de alcance netamente jurídico que puede implicar la elevación de la causa a juicio para un ciudadano, que de otro modo queda por fuera del acceso a las circunstancias habituales de valoración de su conducta.

Por otra parte el autor indica la división existente en el Derecho penal español —pero que resulta válida también para Argentina, tal como lo señala Hegglin (2006)— entre penas y medidas de seguridad. Las primeras, aplicadas a los culpables, las segundas, a los así llamados inimputables. Respecto de las medidas de seguridad, huelga señalar el verdadero efecto punitivo y el alarmante alcance segregativo que conllevan, en tanto suponen el encierro y el aislamiento en el campo penal: instituciones psiquiátricas penitenciarias —esta última palabra subraya el valor punitivo de las mismas.

Por tanto, resulta significativo el degradado valor al que se ha conducido el principio *nulla poena sine culpa* (No hay pena sin culpa) en tanto, la privación de libertad por tiempo indeterminado a la que se somete al enfermo que hubo realizado un injusto penal vía medida de seguridad, constituye no otra cosa que una pena restrictiva y al mismo tiempo, punitiva.

En este punto conviene resaltar que el propio Zaffaroni (2002) propone la limitación de la duración temporal de dichas medidas considerando que la privación de libertad por ellas imputada no debe resultar más lesiva que la pena (en términos de sentencia condenatoria) que se le hubiera aplicado al sujeto de haber sido juzgado si su acción hubiese sido considerada culpable. Sin embargo, hay que decir que, limitar su duración en el tiempo no toca el problema de fondo. Enunciar que no es admisible que alguien pase encerrado más tiempo que el que le hubiere

correspondido de haber sido juzgado, no elimina el hecho central: que es que de hecho, ese alguien, no fue juzgado, no tuvo —como ciudadano que es— la posibilidad de ser interpelado por la justicia y responder ante ella de lo que hubo sido el injusto, por el que sin embargo pena.

Aún afirmar —como de hecho lo hace el autor— que las medidas de seguridad son inconstitucionales, no modifica el punto nodal: la inaccesibilidad a juicio del enfermo, por considerar que el mismo —el juicio—, acarrea una significación y un alcance punitivo real que parece serle inherente, sin que pueda desprenderse de él, ninguna función que contemple la dimensión subjetiva.

En las antípodas del planteo segregativo —como se ha visto, revestido de argumentos pretenciosamente humanitarios— se encuentran los desarrollos internacionales tales como los del jurista español antes referido, quien sostiene: “La tradicional opción del Derecho penal por transformar al enfermo mental, con la ayuda de la antigua psiquiatría, en un incapaz, excluyéndolo del campo de los seres normales y aptos para ejercer o soportar deberes y derechos constitucionales no parece sostenible ni en términos de democracia y humanidad ni desde el punto de vista médico, dado que desde ese campo se reclama la conveniencia terapéutica de responsabilizar al enfermo” (Quintero Olivares, 1999; p.106).

En el mismo sentido esgrime su planteo otro jurista, esta vez, argentino: “Lo expresado debe tenerse especialmente presente en razón de que resulta posible a la luz de los conocimientos científicos actuales que un sujeto clínicamente enfermo mental pueda tener suficiente capacidad intelectual para alcanzar la comprensión necesaria de la antijuridicidad del acto y el significado del enjuiciamiento penal” (Sarrulle, 2001; pp. 93-4).

Con estas palabras este jurista avanza con lo que constituye su tesis principal: la necesidad de restituir al paciente psiquiátrico la posibilidad del pasaje por la instancia del juicio. En tal sentido, formula: “A lo que se consigna debe agregarse que resulta claramente inconveniente y peligroso considerar que la sola constatación de una enfermedad mental hace innecesaria la celebración del juicio oral y público que da lugar al estudio de la tipicidad dolosa o culposa de la conducta, en tanto dichas categorías se vinculan con potencialidades psíquicas que son, *ab initio*, negadas al enfermo mental. Sin embargo, como hemos dicho, la enfermedad mental no supone necesariamente imposibilidad de motivación normativa del autor, de lo que puede concluirse que no se puede sostener que todo enfermo mental sea necesariamente irresponsable. De lo expresado puede razonablemente concluirse que la declaración de inimputabilidad debiera, en general, quedar reservada para el momento de la sentencia definitiva, en razón de que, en esa hora, los jueces podrán apreciar tanto las pruebas periciales relativas a la constatación de una enfermedad mental y sus efectos y, además, la capacidad de comprensión que el sujeto ha tenido del sentido del proceso penal, lo que construye en ese instante un marco probatorio suficiente para decidir acerca de la capacidad de culpabilidad del autor. Lo expresado, con la salvedad de aquellos casos en los que el imputado no esté en condiciones de acceder al sentido del juicio. Proceder en contrario parece atentar contra los principios de igualdad ante la ley y legalidad, lo que implica —diría Quintero Olivares— cancelar a unos individuos su condición esencial de partícipes en la vida colectiva, que adquirieron por el sólo hecho de nacer, y eso es inaceptable si en verdad se cree en el respeto de los Derechos Humanos como patrimonio de cada uno, y, en suma, como fundamento de la vida en común.” (Sarrulle, 2001; p. 96).



### Escena del juicio. La perspectiva de la eficacia clínica.

Ahora bien, más allá de los argumentos estrictamente jurídicos por los cuales avalar la tesis del derecho a juicio para quienes son considerados enajenados mentales, existen otros argumentos que, entrelazando el Derecho con el Psicoanálisis, encuentran el modo de plantear la posible eficacia clínica de la instancia del debate oral y público. Tales son los argumentos a los que se apelará. Se trata de los desarrollos de Legendre a partir de la construcción del caso del crimen del cabo Lortie.

En tal sentido, el autor plantea la escena judicial como una escena de ritual, litúrgica, en la que se actualizará la dimensión de la transmisión filiatoria, genealógica. En este mismo orden, sería la institución judicial y dicho montaje escénico lo que permitiría restituir —en los casos en los que la retórica filiatoria se ha visto fallida en su inscripción y la relación del sujeto a la ley se ha visto por esto trastocada—, algo de la legalidad inherente a la constitución del orden social. Así, la escena del proceso de intervención judicial, a partir de la implicación de cada uno de sus actores, favorecería la instauración de la dimensión propiciatoria para la construcción de la escena del homicidio, ahí donde en principio no habría más que pasaje al acto, y sujeto desalojado de cualquier escena vivible. El proceso como liturgia, vendría a aportar los elementos necesarios para la reconstrucción de las coordenadas de la escena en cuestión.

Es decir, el autor propone considerar el valor del proceso judicial encuadrado dentro de la ritualidad de su escena en función de su valor simbólico y la eficacia que logra operar sobre el sujeto, que en tanto acusado, puede a través de esta experiencia como pasaje, situarse en otro lugar que el del empuje a la acción. La reconstruc-

ción de las coordenadas subjetivas de la escena de la cual el sujeto se vio desalojado al momento de la realización delictiva permite restituir la dimensión de la significación y es lo que posibilitará luego al acusado encontrarse en otra instancia desde la cual aceptar la sentencia y reconocerla como una sanción respecto de su transgresión.

Sobre este último punto quizás convenga aquí recordar el planteo de Lacan con relación a lo que denominó asentimiento subjetivo (Lacan, 1950). Se trata pues del movimiento por el cual el sujeto se aviene a asumir la sanción penal como una sentencia concerniente al acto por el que se lo interpela y por el cual se lo ha juzgado. Requiere de un consentimiento del sujeto, como efecto, como respuesta al encuentro con la restitución de la función de la ley, y lejos de situarse a nivel de un puro reconocimiento yoico, obliga a reubicar en el proceso de intervención judicial la dimensión de la subjetividad en su topología inconciente y pulsional.

De acuerdo a esta misma lógica, sería pensable leer la noción sobre *la función clínica del derecho* en los términos arriba delineados del asentimiento subjetivo, entendiendo la intervención judicial como aquella que permite a través de la institución escénica y ficcional, de la eficacia simbólica del lenguaje, operar en el sujeto el movimiento que lo conduzca hacia la responsabilidad de asumir su implicación en el acto, reconociéndose concernido en el hecho por el que se lo juzga.

Llegados a este punto habrá que volver a insistir aquí con la obstrucción que representa a nivel de la instancia subjetiva, lo que para el Código Procesal Penal de la Nación Argentina sería la declaración de inimputabilidad. Habiendo ya dado cuenta de la función que es posible de ser reconocida para la instancia judicial en términos de proceso, es necesario volver a asentar así la cuestión: restar al sujeto la posibilidad efectiva de verse obligado a dar razones de su acto en virtud

de la interpelación judicial, no es otra cosa que elidir la dimensión propiamente humana, que es al menos exigible suponer para todo sujeto.

Reintroducir entonces la instancia de la interpelación judicial en el marco de la escena y su liturgia para los casos en que el sujeto es clasificado como psicótico, esquizofrénico, paranoico, melancólico, maníaco —o la nomenclatura que le quepa en suerte— pero en los que en todo caso se trata de cierta objetivación de fenómenos que hacen pensar en una incapacidad psíquica para responder por su acción, se torna a partir de aquí una cuestión ineludible. Una garantía que es preciso restituir.

En los términos en los que fuera planteado el inicio del artículo, la Ley 26.657 parte de la presunción de capacidad de todas las personas. La lógica de este desarrollo pretende demostrar que, la capacidad civil de la persona debe acompañarse de la capacidad penal de afrontamiento de la instancia del juicio como derecho. La restitución de la capacidad penal de quien es considerado enajenado constituye uno de los principales derechos a ser restituidos en el marco del enfoque de Derechos Humanos.

En palabras del jurista argentino Oscar Sarrulle, “solo quien no comprende el sentido del juicio, como proceso de debate, puede ser privado de él”. En este contexto, sostener la bandera de la inimputabilidad bajo el argumento pseudo humanitario de la protección paternalista del sujeto al que se considera poco menos que minusválido es sostener la segregación sádica de aquel que no puede sino esperar a ser oído ante autoridad judicial.

Reservar la declaración de inimputabilidad hasta el final del proceso permite en este sentido pensar como posible la restitución del derecho a juicio y además otorga al jurista la factibilidad de analizar el injusto y la concurrencia de otros elementos que permitan plantear la incul-

pabilidad. En términos subjetivos, el pasaje por la instancia de interpelación judicial le permite al hablante encontrarse con la posibilidad de asumir alguna posición respecto del acto que lo situara fuera del dominio simbólico.

Por tal motivo y siguiendo la lógica del discurso que funda la Ley Nacional de Salud Mental, la presunción de capacidad civil del sujeto debería extenderse hasta abarcar su capacidad de respuesta en el fuero penal. Solo así sería posible pensar en la plena restitución de derechos, la dignificación del loco y la humanización de la administración de justicia en nuestro país.

## BIBLIOGRAFÍA

Foucault, M., *Los anormales*, FCE, Buenos Aires, 2008.

Hegglin, M. F., *Los enfermos mentales en el derecho penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

Lacan, J., "Introducción teórica a las funciones del psicoanálisis en Criminología", *Escritos I Siglo XXI Editores*, Buenos Aires, 2005.

Legendre, P., *El crimen del cabo Lortie. Tratado sobre el padre*, Siglo XXI Editores, México, 1994.

Quintero, Olivares, *Locos y culpables*, Aranzadi editorial, Pamplona, 1999.

Sarrulle, O., *Dogmática de la culpabilidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001.

Zaffaroni, E., Slokar, A., Alagia, A., *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002.

Código Penal de la Nación.

Código Civil de la Nación.

Ley Nacional de Salud Mental 26.657.

Año 5  
NÚMERO 7  
JULIO  
DE 2015

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA

---

Dra. María Graciela Iglesias\*

---

## Capacidad, información y autonomía: principio de la dignidad.

*“... obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio (...).”*

Immanuel Kant

La Ley de Salud Mental y el anteproyecto del Código Civil apuntan a una revisión total de las prácticas judiciales y asistenciales, así como a la implementación de un nuevo paradigma, nuevas reglas, nuevas normas, nuevos peritos, nuevos jueces.<sup>1</sup> Desde la publicación del artículo de Alfredo Kraut ha transcurrido ya un tiempo de prueba, de instrumentación, implementación y desafío de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657.

La ley aparece como una representación del momento histórico que atraviesa el conjunto social, donde la complejidad es el eje principal que rodea a la ley; como el emergente de un proceso internacional de reconocimiento de derecho y un camino que enmarca otras reformas que

\* Dra. María Graciela Iglesias

Ex Jueza de Familia. Docente de grado y posgrado.  
Secretaria Ejecutiva del Órgano de Revisión de Salud Mental - MPDN.

---

1- Kraut, Alfredo J., “Derecho y salud mental. Hacia un cambio de paradigma”. *La Ley*, publicado el 06/06/2012.

la antecedieron. En oportunidad de analizar su evolución: "... Creo importante señalar la evolución del movimiento de los países que han sustituido el hospital total por un abordaje comunitario, pues es el que lleva a la sanción de la Ley Nacional 26.657 y también representan los mismos problemas que habitan nuestras prácticas jurídicas-sanitarias. El temor al cambio, la 'seguridad' del sistema asilar frente a la conformación de dispositivos alternativos con efectiva inclusión comunitaria. El argumento de la re internación recurrente, —la llamada puerta giratoria— y la resistencia a crear un sistema de capacidad legal, acorde con los lineamientos de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad han sido nota característica en la crítica que se ha formulado (...)."<sup>2</sup>

Lo cierto es que esta norma se encuentra atravesada por el derecho de igualdad y resulta una herramienta armónica de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. En este sentido es importante pensar que este valor actúa como principio, como acción.

## La igualdad

La igualdad como diferenciación positiva supone un trato diferente ante circunstancias iguales. Tanto la diferenciación negativa, cuanto la positiva, presuponen un juicio de relevancia y razonabilidad. Por ello resulta de importancia el examen de la idea de dignidad y de los discursos de fundamentación y justificación de los derechos.

¿Por qué la especificidad de la Ley 26.657? Para igualar a las personas con discapacidad mental en términos de no discriminación y en

un mismo reconocimiento ante la ley en relación a las demás personas, hay que acentuar la inclusión comunitaria como derecho, el acceso a la atención de forma interdisciplinaria, la legalidad. ¿Cuál es la causa-fuente de la ley? La Declaración Universal de los Derechos del Hombre del 10 de diciembre de 1948 art. 1) "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos".<sup>3</sup> El enunciado de igualdad requiere de un juicio de relevancia y razonabilidad. Por ello resulta de importancia el examen de la idea de dignidad y los discursos de fundamentación y justificación de los derechos. Basta con recordar el artículo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que comienza así: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos", donde las diferencias son insignificantes.

La igualdad es proclamada como condición fundamental; la libertad, en cambio, es mencionada junto a otros derechos, tales como el derecho a la vida y a la felicidad. "Los derechos de libertad se comportan igualmente con el principio de igual trato. Respecto a los derechos de libertad sirve el principio de que todos los hombres son iguales. En el estado de naturaleza de Locke, que ha sido el gran inspirador de las declaraciones de derechos del hombre, los hombres son todos iguales, donde por «igualdad» se entiende que son iguales en el disfrute de la libertad, en el sentido de que ningún individuo puede tener más libertad que otro".<sup>4</sup>

A la posibilidad de elegir, la posibilidad de comunicarse, se la puede relacionar con la igualdad como ejercicio de la toma de decisiones,

3- Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

4- Bobbio, Norberto, "Igualdad y dignidad de los hombres", *El tiempo de los Derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991, p. 146.

2- Iglesias, María Graciela, "Era un tiempo que anunciaba, Derechos de Familia", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia* N° 66, Abeledo Perrot, p. 287.

como el ejercicio de los derechos civiles, como la eliminación de la barrera entre los demás y el sujeto. En la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad —arts. 14, 22 y conchs.— se visualiza el derecho a la igualdad como principio, como valor y como acción.

Habitualmente se hace referencia a la dignidad de las personas con padecimiento psíquico, sin tener en cuenta que el reconocimiento de la dignidad de las personas implica que éstas se mueven en las tres esferas de la dignidad, esto es el reconocimiento de su capacidad para razonar, para elegir y comunicarse. Estos rasgos son graduales, relativos y abstractos, e implican dejar atrás la valoración del ser humano en razón de su utilidad, en el sentido que le asigna Bobbio cuando señala “Menos útil socialmente menos valoración como ser humano”. Este concepto implica la operatividad que trae el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad que tiene en su articulado a la igualdad como acción, como principio y como valor. La armonización del artículo 12 con la capacidad de actuar que conlleva la norma en el reconocimiento de que las personas con discapacidad mental se encuentran en un mismo pie de igualdad que las demás, pudiendo tomar sus decisiones con los apoyos que se requieran para la construcción de la misma, impone el concepto de dignidad del que hemos hecho referencia. Este eje es el que se ha introducido en el nuevo Código Civil Argentino a partir de la concepción que trae el artículo 31 del CC y CN, Ley 26.694.

### **La discapacidad y la toma de decisiones**

La autonomía de aquellos que tienen un límite en su capacidad se ejerce a través de la asistencia para la vida independiente y no a través de la sustitución con base en “la protec-

ción”. Esto que se enuncia cadenciosamente al momento de la instrumentación de su reconocimiento es una tarea complicada, sujeta a variantes e interpretaciones. Es por esto que no alcanza con el reconocimiento y es imprescindible, a mi criterio, abordar su ejercicio.

Es a esta íntima relación a la que se refiere Bobbio cuando analiza lo que denomina el dinamismo de la libertad. El dinamismo de la libertad trae aparejada la libertad de elección; valorar la libertad implica valorar su uso —la autonomía— y su posibilidad —la independencia—. De esta descripción de los elementos del dinamismo de la libertad se desprenden las siguientes nociones:

- Libertad de elección
- Autonomía individual
- Independencia
- Satisfacción de necesidades básicas

La idea de igualdad conlleva la de dignidad y esta última está ligada a la autonomía moral y funcional de la persona. Autonomía moral que consiste en la “igual” capacidad para poseer una concepción del bien y adquirir un sentido de la justicia.

Rawls<sup>5</sup> proporciona su teoría de los bienes primarios y el principio de distribución elegido se encarna en el principio de la diferencia, que como se sabe, evalúa la justicia de la distribución a partir de la consideración de los menos favorecidos.

Todos los bienes sociales primarios —libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza, y las bases de respeto mutuo—, han de ser distribuidos de un modo igual, a menos que una

5- Rawls, John: “Teoría de la justicia”, trad. de María Dolores González, título original: “*A Theory of Justice*”, 1971, *The President and Fellows of Harvard College*. Publicado por *The Belknap Press of Harvard University Press*, Cambridge, Mass. s.d

distribución desigual de uno o de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados. Kant estableció en “La Metafísica de las Costumbres” que la dignidad deriva de que somos seres de fines, de que no podemos ser utilizados como medios y de que no tenemos precio. “... La necesidad práctica de obrar según ese principio, es decir, el deber, no descansa en sentimientos, impulsos e inclinaciones, sino solo en la relación de los seres racionales entre sí, en la cual la voluntad de un ser racional debe considerarse siempre al mismo tiempo como legisladora, pues sino no podría pensarse como fin en sí mismo (...)”.<sup>6</sup>

La igualdad, la libertad y la solidaridad existen porque el objetivo es el desarrollo de la dignidad de la persona humana. Es decir que los derechos definen un marco público de moralidad. La exigencia del respeto a la libertad de elección en el ámbito del dinamismo de la libertad exige situar a todos y a todas en iguales condiciones, para la determinación de los instrumentos que permitan el logro de una vida digna.

Esto es el planteo de la ley que trae en la posmodernidad, la más absoluta complejidad entre esta situación pendular entre la persona y los sistemas. Agamben ha dicho en este sentido, “Puede llamarse contemporáneo solamente al que no se deja cegar por las luces del siglo y es capaz de distinguir en éstas las partes de las sombras, su íntima oscuridad (...) Al contrario, contemporáneo es aquel que percibe la sombra de su tiempo como algo que le incumbe y no cesa de interpelarlo, algo que más que cualquier luz, se refiere directamente y singularmente a él. Quién recibe en pleno rostro el haz de tiniebla que proviene de su tiempo. De ahí que ser contemporáneo sea, ante todo una

cuestión de coraje porque significa no solo ser capaces de mantener la mirada fija en la sombra de la época, sino también percibir en esa sombra una luz que, dirigida hacia nosotros, se aleja definitivamente de nosotros (...) Por eso el presente que la contemporaneidad percibe tiene las vértebras rotas (...) Esto significa que el contemporáneo no es solo quien percibiendo la sombra del presente aprehende su luz invendible: es también quien dividiendo e interpolando el tiempo, está en condiciones de transformarlo y ponerlo en relación con los otros tiempos (...)”.<sup>7</sup> Las palabras de Agamben tornan visible la complejidad del momento actual. Es el tiempo del reconocimiento de los derechos. Es la persona que se antepone y se presenta de pie ante los sistemas y busca la construcción de los ejes de transformación que unan la relación actual, aun en condiciones de vulnerabilidad, con un futuro que imponga la efectividad de una inclusión comunitaria, respetuosa de la época en la que este paradigma ha surgido. Relatividad, complejidad y reconocimientos frente a la necesidad de transformar los sistemas que otorguen mayor visibilidad a la igualdad

Al momento de la libertad personal o negativa corresponde el momento de la igualdad jurídica —que consiste en las situaciones en las que todos los ciudadanos tienen capacidad jurídica, son sujetos reconocidos por el ordenamiento jurídico— lo que implica una abstracta capacidad de querer y de actuar, en los límites de las leyes, en el propio interés.

Al momento de la libertad positiva, o libertad como poder, corresponde el momento de la igualdad social, llamada de otro modo igualdad de las ocasiones o de las oportunidades. Exigir igualdad de las oportunidades significa exigir que a la igualdad y dignidad de los hombres, de todos los ciudadanos, les sea atribuida

6- Kant, Immanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Texto íntegro de la traducción de Manuel García Morente. Edición de Pedro M. Rosario Barbosa primera Edición. San Juan, Puerto Rico. En: [http://pmrb.net/books/kantfund/fund\\_metaf\\_costumbres\\_vD.pdf](http://pmrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf)

7- Agamben, Giorgio, “Neologismos”, Publicado en *Revista Ñ*, N° 12, 21 de marzo de 2009.



la libertad negativa o política, también la positiva, que se concreta en el reconocimiento de los derechos sociales.

La igualdad, coincidiendo con la tesis de Patricia Brogna, es una idea cuyo consenso se está construyendo, puesto que antes de ser leyes, las leyes son ideologías. La ideología de la igualdad se ha impuesto en este tiempo sobre la ideología de la discriminación.

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) que incluye el concepto de no discriminación, contiene el marco legal de consenso que integra las múltiples formas de ejercer el derecho a la igualdad, y la Ley Nacional de Salud Mental 26.657 es la herramienta de reconocimiento de ese derecho, que cataliza su implementación.

### Capacidad legal, ley y convención.

La capacidad legal es una aptitud regulada por el ordenamiento para ser titular de derechos y obligaciones y para obrar con impulsos propios en la vida jurídica de relación (Santos Cifuentes).

Reflexionando sobre la capacidad, Sessarego ha analizado la relación entre capacidad y libertad diciendo que: "Así como existe una sola libertad existe también una sola capacidad. Lo que ocurre es que ambas, libertad y capacidad, se nos presentan en dos instancias o momentos. El primero es subjetivo. En cuanto a la libertad, este instante representa el poder de la persona de decidir por sí misma. Esta decisión, en que consiste la libertad, se da en el ámbito de la pura subjetividad, por lo que no se exterioriza. En lo atinente a la capacidad, el instante subjetivo es el de la pura aptitud que tiene todo ser humano, por ser tal, de gozar de todos los derechos inherentes a su naturaleza de ser humano. To-

dos los hombres son igualmente libres y todos tienen también igual capacidad de goce. Esta capacidad, que es una mera potencialidad, pertenece al mundo íntimo de la persona. Un ser ontológicamente libre posee, naturalmente, la aptitud para realizar todos los actos necesarios para cumplir con su proyecto de vida. El ser humano tiene la connatural aptitud o capacidad para decidirse entre un infinito abanico de posibilidades existenciales. Libertad y capacidad de goce son elementos indisolubles, indeliguables".<sup>8</sup> La discusión se da en la restricción de la capacidad frente a la toma de decisiones y aquí es cuando la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha dado respuesta al concepto de capacidad jurídica dentro del modelo social de la discapacidad que básicamente se ha visualizado en el art. 12, cuando reconoce a las personas con discapacidad<sup>9</sup> el derecho al

8- Sessarego, Carlos, "La capacidad de goce ¿Es posible su restricción legal?". En, [http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor\\_carlos\\_fernandez\\_cesareo/articulos/ba\\_fs\\_8.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_8.PDF)

9- Art. 12 de la CDPD: "Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3 Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas".

ejercicio de la capacidad jurídica en un mismo pie de igualdad con los demás.

Rafael de Asis, citando a Peces-Barba ha analizado el concepto de dignidad visualizado en el ejercicio de la capacidad jurídica plena, llevando a la ética jurídica al concepto de autonomía y libertad y a las tres esferas de la dignidad en cuanto comportamiento humano; es decir, la capacidad humana para razonar, elegir y comunicarse. En este sentido ha manifestado “La puerta de entrada al discurso jurídico, lo constituye el reconocimiento de la capacidad. En efecto, para poder ser titular de derechos y obligaciones es necesario tener reconocida capacidad jurídica. Esta se tiene con carácter general, por el hecho de ser persona, si bien en este punto suele diferenciarse entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La primera como acabo de señalar, va unida a la consideración como persona; la segunda, por el contrario, implica poseer una serie de rasgos entre los que se destaca la capacidad de realizar actos conscientes, libres y responsables (...) Estos referentes que determinan lo que se entiende por capacidad en el ámbito ético y en el jurídico son consecuencia de la propia idea de Dignidad humana, tal y como ha sido construida desde su origen —en la modernidad— hasta nuestros días y que se presenta como argumento justificatorio de los derechos”.<sup>10</sup>

El autor refiere que la dignidad humana se construyó sobre una dimensión abstracta de la persona dejando a un lado la dimensión contextual o situada. Y esto ha planteado un análisis acerca de cuáles son las diferencias relevantes para un trato distinto y cuáles no. Es decir que el principio de la dignidad humana se entrelaza con el principio de igualdad y de no discrimi-

nación. Las circunstancias de valoración de una persona tienen que ver con rasgos relevantes, que la persona no puede dejar de lado sin afectar los rasgos que constituyen la identidad personal, y la otra valoración refiere a las situaciones en las que se encuentran las personas. Señala que el discurso de los derechos y el discurso sobre la dignidad humana es una construcción y como tal puede abrirse a otras dimensiones.

La idea de capacidad es gradual, compleja y de esencia de la personalidad, no deben tomarse estereotipos para mediar como por ejemplo la relación entre talento y dignidad, porque no es cierto que a mayor talento mayor dignidad. Esta creencia puede llevar a limitar la capacidad jurídica de una persona al no visualizar que la capacidad jurídica esta intrínsecamente ligada a la libertad, y al derecho al desarrollo de la personalidad jurídica.

La realización de planes de vida es el logro de una vida humana digna o si se quiere, el libre desarrollo de la personalidad y esto se determina en cada individuo desde su propia autonomía moral.

Esta idea de relación entre la capacidad y dignidad, sumado al determinante social que contextúa situaciones discapacitantes, modifica, cuestiona, pone en crisis e implica importantes cambios, en el Derecho de gran complejidad. La noción de capacidad jurídica, los apoyos que requiere una persona con discapacidad para la toma de decisiones, para hacerlo real en términos de accesibilidad, tienen necesariamente que vincularse con los ajustes razonables para que una persona pueda requerir de un apoyo —funcionaría como un ajuste razonable— para el ejercicio de su capacidad jurídica. Estos conceptos que solo se enuncian, se encuentran vinculados a la autonomía, a la información y a la vida independiente de una persona con discapacidad. Son derivaciones de la libertad, las que permiten comportarse en forma disímil a los

10- Roig de Asis, Rafael, “Sobre la Capacidad”, en: Palacios, Agustina; Bariffi, Franciso (Coords.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con Discapacidad*, Edit. Ediar, 2012, p. 17.

demás individuos. Este derecho a comportarse en forma diferente no debe enmarcarse en un exagerado individualismo contraproducente sino en un plano de interdependencias y de compatibilidad entre las decisiones colectivas y las individuales. De la conjunción de los principios de la igualdad con los de no discriminación, resulta la protección de este valor: el derecho a la diferencia.

Este concepto se relaciona con las Normas uniformes de Naciones Unidas sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, año 1993. Ello significa que el derecho a la justicia y el acceso a la misma deben resguardar el principio de que todos los Derechos Humanos son interdependientes, universales, exigibles y justiciables porque ello caracteriza a un sistema democrático y se traduce en que todos los hombres son iguales ante la ley. En este sentido, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad representa la herramienta viva para que la administración de justicia pueda invertir la premisa actual capacidad/incapacidad, reconociendo la plena capacidad jurídica tal como ha quedado en la reforma al nuevo Código Civil sancionado por la Ley 26.694.<sup>11</sup>

La toma de decisiones con apoyo es una aplicación de este modelo social al tema de la capacidad legal. En lugar de privar al individuo de su

capacidad legal y darle un tutor o curador para cuidar de sus intereses —lo que refuerza un estado de pasividad—, se deben crear las condiciones que faciliten a la persona a obrar con impulsos propios. Esto es reconocer el derecho que reclaman las personas con discapacidad de asumir la “dignidad del riesgo”; una relación de confianza como base de la toma de decisiones con apoyo en la comunicación accesible —incluido el uso de imágenes y la atención a la comunicación no verbal— y facilitar el uso de la lengua de señas y la comunicación táctil. El utilizar la toma de decisiones con apoyo no implica ninguna limitación de derechos de la capacidad legal.

Las personas con discapacidad reclaman que la decisión de establecer una relación de confianza para la toma de decisiones con apoyo sea una decisión propia y no ordenada por las autoridades civiles. ¿Cómo se establece un apoyo de acuerdo a la CDPD? A través de:

- Las Redes de apoyo familiar/comunitarias.
- El apoyo mutuo de las personas con discapacidad.
- El “Defensor Personal” —ayuda en la reclamación de derechos—.
- La Planificación para una crisis.
- La Asistencia personal.
- Los Intérpretes. Entender que su papel es facilitar y no manejar.
- Escuchar activamente a todas formas de comunicación. Aprender cómo esta persona se comunica y cómo comunicarse mejor con ella.
- Dejar el espacio para que la persona exprese sus deseos actuales.
- Respetar la voluntad de la persona, aun si ella toma una decisión que sea equivocada.

El apoyo al que hace referencia el art. 12 de la CDPD alude a aquella persona, organismo, allegado e institución que a través de la com-

11- “Artículo 31.- Reglas generales. La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona; c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial; d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión; e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades”.

prensión y la confianza de la persona, colabora en la toma de decisiones.

El art. 12 de la CDPD refiere a ello, a la decisión. El artículo 32 del Código Civil alude al apoyo establecido judicialmente, por las sentencias que restrinjan el ejercicio de la capacidad jurídica, el desafío actual es reglamentar su aplicación en la armonización con la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. En este sentido habrá que aplicar la norma para proporcionar el apoyo, a la vez que para determinar el tipo de apoyo que la persona aceptaría o le resultaría útil. Debe resultar siempre de un proceso interactivo. El Código habla de *preferencias*, el respeto a las preferencias de la persona.

Las personas con discapacidad mental requieren que las relaciones de apoyo sean continuas, y se establezcan de manera anticipada, para poder disponer de ellas en caso de que pudieran llegar a necesitarlas. Para proporcionar el apoyo, a la vez que para determinar el tipo de apoyo que la persona aceptaría o le resultaría útil, siempre debe utilizarse un proceso interactivo. Se debe propiciar una comunicación creativa y accesible, a la vez que los ajustes/modificaciones razonables a los modos habituales de interacción, con el fin de establecer una buena relación de apoyo y funcionar adecuadamente dentro de ella.

Lo ideal sería que las relaciones de apoyo fueran continuas, y que la gente estableciera tales relaciones de manera anticipada, para un futuro en que pudiera llegar a necesitarlas. Sin embargo, también puede recurrirse a los apoyos para el caso de operaciones o actos jurídicos específicos, a manera de que las personas con discapacidad puedan utilizar los servicios de médicos, abogados, notarios, bancos, etc. de forma ordinaria cuando opten por ser autosuficientes o por no entablar una relación de apoyo continua. Este apoyo, en contextos ordi-

narios en los que las personas con discapacidad interactúan con las demás personas en pie de igualdad, puede verse como equiparable a las condiciones requeridas de accesibilidad en la comunicación y a los ajustes razonables.

La Alianza Internacional de Discapacidad ha señalado al respecto que “las personas con discapacidad que necesitan apoyo para ejercer su capacidad jurídica tienen el derecho a que se les proporcione dicho apoyo. *Apoyo* significa desarrollar una relación y formas de trabajar con otra u otras personas, hacer posible que una persona se exprese por sí misma y comunique sus deseos, en el marco de un acuerdo de confianza y respeto de la voluntad de esa persona”.<sup>12</sup>

### Capacidad y consentimiento informado

El consentimiento se entrelaza con el concepto de capacidad jurídica. El derecho a la información es también la consideración del trabajo con *otro*, que es titular de derechos. Es por eso que el consentimiento es mucho más que un instrumento privado donde se firma por la persona o representante legal, que se le han informado sobre una práctica o prácticas terapéuticas determinadas o tratamiento o actos que puedan afectar la integridad física dentro de un abordaje establecido para la atención a la salud. Así se ha concluido en una Jornada en oportunidad de la sanción de la ley de derechos del paciente: “Consentimiento informado: se considera que la institución del consentimiento informado tiene un impacto positivo en una política de salud. Desde la perspectiva de la salud

12- Iglesias, María Graciela, “La capacidad jurídica. El modelo de ‘apoyo’ en la toma de decisiones”, en: *Hacia un nuevo concepto de Capacidad Jurídica*. Zito Fontan, Otilia del Carmen (Coord.), Edit. Ad-Hoc, p.59.

es reconocido que se trata de una práctica actual y común. Es más, se destaca la importancia de considerar al consentimiento dentro de un proceso donde intervienen varios actores que, en algunos casos, pueden estar implicados en un tiempo de trabajo determinado. Para que el proceso tenga un impacto positivo se generan vínculos de confianza. Se debe destacar el cambio de procedimiento en el logro del consentimiento informado, acentuado por el principio de autonomía.”

En relación a la salud mental y más específicamente en cuanto a la autonomía de la voluntad del paciente psiquiátrico, el debate se orienta en la decisión del médico para evaluar si una persona con cierta discapacidad psicosocial puede o no firmar un consentimiento informado. También se puso de resalto la atención que la Ley parece hacer eco de la Convención de los Derechos del Niño pero guarda absoluto silencio sobre la CPDP<sup>13</sup> que tiene una aplicación directa con la ley, incluso contradiciendo de lleno disposiciones de la misma, como el artículo 4 *in fine*.

Con un criterio diametralmente opuesto al de otras normas locales en materia sanitaria —como la Ley Básica de Salud N°. 153 de la Ciudad de Buenos Aires—, el legislador ha optado por reducir sensiblemente el listado de legitimados para otorgar el consentimiento, erigiendo tal calidad únicamente al paciente y su representante legal, en el caso en que el primero no pueda prestarlo. Con este criterio, quedan fuera de regulación un gran número de supuestos, entre ellos la atención pediátrica, en los cuales el menor acude a la consulta con un mayor que no siempre resulta ser su represen-

tante legal —parientes, vecinos, amigos de los padres, etc.—.

Finalmente las conclusiones que traen una discusión que colocó a las personas con discapacidad mental fuera de un marco de igualdad respecto de los demás, ubicando en la figura del *médico* si podía o no prestar consentimiento válido”,<sup>14</sup> este razonamiento debe analizarse de acuerdo al momento en que se debe prestar consentimiento. El artículo 5 de la Ley 26.529 fue modificado y hoy contiene con claridad el procedimiento de consentimiento informado que debe llevarse a cabo.

Artículo 5º. Modificado el 24/05/2012 —dentro de la Ley N° 26.742—. Queda su redacción: “Definición: Entiéndase por CONSENTIMIENTO INFORMADO la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al reti-

13- Una persona en un estado de crisis aguda de descompensación psicótica no podrá dar consentimiento hasta tanto la misma no haya sido superada, y ese consentimiento se debe integrar con su representante legal, familiar o allegado.

14- Jornadas de Extensión Universitaria Diplomatura en Políticas de Salud Mental y Derecho Humanos, Ley 26529 los Derechos de los Pacientes. Mar del Plata. 27 de mayo de 2010. Coordinación General: Daniel Frankel y María Graciela Iglesias.

ro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento (...).<sup>15</sup>

El proceso de consentimiento informado es un proceso bioético que implica la aplicación efectiva del principio de autonomía, justicia y no maleficencia. Mediante el consentimiento informado el personal de salud le informa al paciente, en calidad y en cantidad suficientes, la naturaleza de la enfermedad y del procedimiento diagnóstico o terapéutico que se propone utilizar, los riesgos y beneficios que este conlleva y las posibles alternativas. El documento escrito solo es el resguardo de que el personal médico ha informado y de que el paciente ha comprendido la información. Por lo tanto, el consentimiento informado es la manifestación de la actitud responsable y bioética del personal médico o de investigación en salud, que eleva la calidad de los servicios y garantiza el respeto a la dignidad y a la autonomía de las personas.

Debido a que los valores u objetivos de las personas varían, la mejor elección no siempre es la que prioriza a la salud, sino la que prioriza el máximo bienestar, de acuerdo a los valores u objetivos de cada persona. Por lo tanto, no es ya el médico el único que decide la mejor alternativa.

El consentimiento informado consta de dos partes:

a. Derecho a la información: la información brindada debe ser clara, comprensibles, sufi-

ciente, oportuna y objetiva relativa al proceso de atención—principalmente el diagnóstico, tratamiento y pronóstico y los pasos que se deberán adoptar para atenderlo—. De la misma manera es importante dar a conocer los riesgos, los beneficios físicos o emocionales, la duración y las alternativas —si las hubiera—.

El proceso incluye comprobar si la persona ha entendido la información, propiciar que realice preguntas, dar respuesta a éstas y asesorar en caso de que sea solicitado.

Los datos deben darse a personas competentes en términos legales, edad y capacidad mental. En el caso de personas incompetentes por limitaciones en la conciencia, raciocinio o inteligencia, es necesario conseguir la autorización de un representante legal. Sin embargo, siempre que sea posible, es deseable tener el asentimiento del paciente. “El propósito del consentimiento informado es habilitar al paciente para considerar, de forma equilibrada, los beneficios y las desventajas del tratamiento médico propuesto, con el fin de que el paciente tome una decisión racional al aceptar o rechazar dicho tratamiento. El uso adecuado de este principio previene o disminuye la posibilidad de errores, negligencia, coerción y decepción y, promueve en el médico su autocrítica. Pero su principal propósito es establecer la autonomía del paciente, promover su derecho a la autodeterminación y proteger su condición como un ser humano que se respeta a sí mismo”.<sup>16</sup> El consentimiento informado está previsto en la Ley de Salud Mental, no como un procedimiento de regulación para la determinación de la calificación legal de la internación como voluntaria o involuntaria, sino como un proceso con base en la autonomía de la persona, con su intervención, e integrando —en caso de ser necesario— el consentimiento con otro; así

15- Art. 5, Ley 26.529.

16- En: <http://www.unrc.edu.ar/unrc/coedi/docs/salud/consentimientoinformado.pdf>

como se deben aplicar todas las técnicas y medios para su comprensión.<sup>17</sup>

El consentimiento informado se entiende como una manifestación de la capacidad jurídica, porque el proceso de autonomía que conduce necesariamente a la toma de decisión respecto de un tratamiento o propuesta terapéutica afecta a la persona. Una de las funciones más importantes que tiene la información sanitaria es la de proporcionar los elementos de conocimiento necesarios para que posteriormente la persona pueda ejercitar libremente el derecho a decidir sobre las cuestiones que afectan a su salud. “En este sentido, la satisfacción efectiva del derecho a la información puede ser considerada como una fase previa del ejercicio por parte del paciente del derecho a decidir libremente sobre su propia salud, el consentimiento informado. El Tribunal Constitucional Español ha sido claro, al establecer que “... decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues solo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento”.<sup>18</sup>

Es decir que, se concibe el consentimiento que se presta en un ámbito de libertad. Las personas con discapacidad mental deben prestar su consentimiento por sí o integrando el mismo con sus representantes legales o allegados o personas

de confianza, pero el ámbito ineludible de la expresión del mismo se encuentra en el concepto de derecho al ejercicio de su libertad, la toma de decisión y por ende, se está hablando de la capacidad jurídica para la toma de esa decisión.

### Conclusión

A lo largo de estas reflexiones, consideramos a la persona, en el marco de la Ley 26.657, en su capacidad frente el derecho a la salud, y vinculamos este derecho con las libertades, con dos grandes ejes: uno, el paraguas de derechos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el ejercicio de la capacidad jurídica y otro, el acceso a la salud, determinado para una persona con derecho. Esto es lo que representa el reconocimiento de la capacidad jurídica, en términos de la reforma actual.

Este derecho se visualiza en la capacidad jurídica de las personas, en establecer apoyos como constructores de más derecho y el respeto a la Dignidad Humana. En este sentido, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobó una Observación General que establece la diferencia entre capacidad mental y legal, e indica a los Estados las medidas que deben adoptar en tanto ajustes razonables para el ejercicio de la capacidad jurídica y el establecimiento de los apoyos.<sup>19</sup>

Es decir, no es posible garantizar un proceso para favorecer la autonomía y el autovalimiento de la persona durante la atención y rehabilitación en su salud mental, sin un proceso de consentimiento informado que trasunte la voluntad a, partir de una efectiva información.

17- “10.- Por principio rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley. Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir la información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión.”

18- S.T.C. 37/2011, del 28 de marzo de 2011, F.J. 5º -B.O.E. Nº 101, del 28 de abril de 2011, publicada en Asociación de Bioética Fundamental y Clínica Responsables de la edición: Antonio Blanco Mercadé y Mª Pilar Núñez Cubero, *La bioética y el arte de elegir*, 2ª edición, 2014.

19- Observación General Nº 1, artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/11/4, del 30 de marzo al 11 de abril de 2014.

La Ley 26.657 establece en su artículo 3 la presunción de capacidad de las personas. La norma es traída aun a la discusión, a reconocimientos formales y prácticas que no se condicionan con los derechos enunciados. Sin embargo, ante el tejido de Derecho actual, la capacidad de las personas se concreta con la posibilidad real de incluirse en la sociedad, mediante una red de apoyos formales e informales que permitan erradicar viejos conceptos y prácticas incapacitantes y eliminar la confusión entre una habilidad y el concepto de capacidad jurídico como derecho inherente a la condición de ser persona. Es posible la realización de derechos establecidos en la Ley 26.657 y el Decreto Reglamentario. Su ejecución va unida a los principios de la CDPD y a la reciente reforma del Código Civil Argentino. Es decir nos encontramos en un proceso histórico, donde en lo inmediato aparecen contradicciones y complejidades que propugnan cambios que van desde las estructuras a la conciencia.

Hemos arribado al final de un conjunto de razonamientos desordenados que se movieron en un sistema circular que coloca en el centro a las personas, y se desprenden de ellas, como burbujas la dignidad, la autonomía, la libertad, la información, la decisión y la inclusión. Traducida ello al mundo de lo jurídico, el maestro Ciuro Caldaniha definido que “La teoría trialista del mundo jurídico reconoce que la dimensión sociológica del Derecho se centra en ‘repartos’, que son adjudicaciones de potencia e impotencia —o sea de lo que favorece o perjudica al ser y en particular a la vida— provenientes de la conducta de seres humanos determinables. Además, existen ‘distribuciones’, en las que las adjudicaciones de potencia e impotencia provienen de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar”.<sup>20</sup>

20- Ciuro Caldani, Miguel Angel, “Comprensión Trialista de la Justificación de las Decisiones Judiciales”, *DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho*, ISSN 0214-8676, N° 21, 2, 1998, p. 79.

La instrumentación de los derechos enunciados es tan universal y compleja, como la simple escucha de la voz y la palabra de las personas que conforman este colectivo.



---

Dra. Valeria Vegh Weis\*

---

# Salud y Cárcel: el derecho a la salud en ámbitos de encierro.\*\*

## 1. Introducción

---

El presente trabajo procurará abordar el consentimiento informado y la problemática del derecho a la salud.

En primer lugar, se especificarán los tratados e instrumentos internacionales que se refieren al **derecho a la salud**, a saber, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), los Principios de Ética Médica<sup>1</sup> y las resoluciones e informes de la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud, entre otros, como aquellos abocados específicamente al **derecho a la salud de las personas privadas de libertad**, a saber, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad de las Américas,<sup>2</sup> el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión,<sup>3</sup> las

\* Dra. Valeria Vegh Weis

Doctora en Derecho (UBA). Especialista en Derecho Penal (UBA). Abogada con orientación en Derecho Penal (UBA). Prosecretaria Letrada de la Dirección de Intervención Interdisciplinaria - MPD - CABA. Docente e investigadora.

\*\* Este artículo recoge enseñanzas y aportes de compañeros de la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones, particularmente del artículo "El consentimiento informado y la atención en salud mental", elaborado por el Abog. Javier Ignacio Frías, la Lic. en Trabajo Social María Noelia López y la Lic. en Psicología Alfonsina Povilaitis, así como un trabajo previo de mi autoría sobre el derecho a la salud mental en personas privadas de libertad.

---

1- Estos principios se encuentran detallados en el texto de la Resolución 37/194 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18/XII/1982.

2- Documento aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

3- Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988.

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos<sup>4</sup>, entre otros y el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes.<sup>5</sup>

Asimismo se explorarán algunos pronunciamientos del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Comité de Derechos Humanos y de la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, y en el plano nacional, del Consejo de Defensores Generales de la Provincia de Buenos Aires y del Comité contra la Tortura, perteneciente a la Comisión Provincial por la Memoria.

En tercer lugar, se señalarán los lineamientos del Protocolo de Estambul en lo atinente a la prevención de la tortura y de las exigencias deontológicas en este aspecto, donde se marca la protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad como objetivo de la ética profesional, así como las fuentes tales como el derecho internacional, los códigos éticos internacionales y los nacionales o locales, con las especificaciones y repercusiones de los mismos.

Luego, se impone como principal objeto de atención el análisis de la **confidencialidad y consentimiento informado como ejes del tratamiento sanitario de las personas privadas de libertad, desde un eje de Derechos Humanos**. En esta vía, se analizarán las pautas básicas que comprenden la confidencialidad y el consentimiento informado, para luego analizar específicamente el segundo de estos elementos en

4- Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) del 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) del 13 de mayo de 1977.

5- Número 126 del Consejo de Europa, Estrasburgo, 26 de noviembre de 1987.

tanto marca la participación ineludible de la persona privada de libertad en las decisiones y los alcances del tratamiento. De este modo se abordará el **plexo normativo internacional en materia de consentimiento informado**, luego **la normativa local en la materia** y, por último, el estudio específico del **consentimiento informado en el encuentro con el paciente privado de libertad**, donde se abordarán algunas experiencias provinciales.

Y después, a los efectos de ir delineando algún horizonte de superación de la problemática en la práctica cotidiana de los tratamientos en los privados de libertad, surge un posicionamiento en la materia —a ser problematizado y discutido—, que es la **atención sanitaria por profesionales civiles e independientes como único cauce viable, a los efectos de plasmar efectivamente los principios proclamados**. En este acápite, se destacará el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente “Bayarri c/ Argentina” (2008).

Para finalizar se presentarán unas cortas **reflexiones a propósito de un esbozo de conclusión** sobre la problemática carcelaria en general.

## 2. Principios internacionales de Derechos Humanos en los que se asienta el derecho a la salud de las personas privadas de libertad

El derecho a la salud de las personas privadas de libertad reposa, en primer lugar, en su condición de personas en condiciones de igualdad con cualquier otro sujeto en condiciones de libertad —aunque con las implicancias de la especial condición de sujeción ya mencionada—.

En esta línea cabe recordar que el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, reformada en el año 1994, otorga jerarquía constitucional a los

instrumentos internacionales de Derechos Humanos “en las condiciones de su vigencia”, el denominado bloque de constitucionalidad federal.

Es fundamental tener en cuenta que cuando un Estado ratifica un tratado de Derechos Humanos, asume obligaciones en los términos y significados del instrumento internacional, no en relación con otros Estados, sino con los individuos bajo su jurisdicción (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva Nº 2, OC-2/82 del 24/9/1982).

En cuanto a la aplicación de dichos tratados en nuestro país, el máximo Tribunal de Justicia Federal ha sostenido que “en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno federal, le corresponde —en la medida de su jurisdicción— aplicar los tratados internacionales a los que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional” (CSJN, “Gioldi”, considerando 12). Posteriormente, la Corte expresó que deben valorarse como reglas hermenéuticas las opiniones vertidas en los informes emanados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en tanto *softlaw* (CSJN, “Bramajo”, 12/9/96, Considerando 8º).

Dentro de dicho bloque, en el sistema Naciones Unidas encontramos, en lo que atañe al derecho a la salud, la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948) en su artículo 25. 1: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. Mientras en el sistema de la Organización de los Estados Americanos (OEA), se encuentra la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (OEA, 1948): “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por

medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad” (art. XI).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966) en su artículo 7 prevé que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.<sup>6</sup> Este artículo representa una ampliación del art. 5 de la ya nombrada Declaración Universal de Derechos Humanos.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966), en el artículo 12 inc.1, se establece que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.<sup>7</sup>

Es particularmente a partir del citado art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el abordaje de la Organización Mundial de la Salud en la Declaración de Alma Ata,<sup>8</sup> que se encuentra receptado normativamente un concepto integral de Salud/Salud Mental, no solo como ausencia de enfermedad, sino como aspiración al mejor nivel de vida posible.

Ahora bien, es entonces que en lo que atañe a las personas privadas de libertad que se encuentran dentro del conjunto de portadores de

6- Aquí aparece por vez primera en el derecho internacional, el concepto de consentimiento informado.

7- Por primera vez se incluye la salud mental como parte integrante del derecho a la salud.

8- Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata, URSS, publicada el 12 de septiembre de 1978.

este derecho<sup>9</sup> y, en base a estos presupuestos amplios, es exigible respecto de éstos que el derecho a la salud abarque las condiciones materiales de detención, alojamiento, alimentación, seguridad personal, condiciones de las requisas, preservación de las relaciones afectivas, entre otros. Y así lo establecen los puntos 9, 10, 11, 12, 13 y 26 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, colocando en el servicio de salud el control de las exigencias normativas, conforme art. 26. 1 del mismo cuerpo legal.<sup>10</sup>

9- Máxime bajo los lineamientos de la doctrina de la sujeción especial que surgen de distintos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Panchito López” del 13 de diciembre de 2004 y “Urso Branco” del 17 de abril de 2002, y Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Verbistki” del 11 de mayo de 2005.

10- 9.1) Las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados más que por un solo recluso. Si por razones especiales, tales como el exceso temporal de población carcelaria, resultara indispensable que la administración penitenciaria central hiciera excepciones a esta regla, se deberá evitar que se alojen dos reclusos en cada celda o cuarto individual. 2) Cuando se recurra a dormitorios, estos deberán ser ocupados por reclusos cuidadosamente seleccionados y reconocidos como aptos para ser alojados en estas condiciones. Por la noche, estarán sometidos a una vigilancia regular, adaptada al tipo de establecimiento de que se trate. 10. Los locales destinados a los reclusos y especialmente a aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche, deberán satisfacer las exigencias de la higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación. 11. En todo local donde los reclusos tengan que vivir o trabajar: a) Las ventanas tendrán que ser suficientemente grandes para que el recluso pueda leer y trabajar con luz natural; y deberán estar dispuestas de manera que pueda entrar aire fresco, haya o no ventilación artificial; b) La luz artificial tendrá que ser suficiente para que el recluso pueda leer y trabajar sin perjuicio de su vista. 12. Las instalaciones sanitarias deberán ser adecuadas para que el recluso pueda satisfacer sus necesidades naturales en el momento oportuno, en forma aseada y decente. 13. Las instalaciones de baño y de ducha deberán ser adecuadas para que cada recluso pueda y sea requerido a tomar un baño o ducha a una temperatura adaptada al clima y con la frecuencia que requiera la higiene general según la estación y la región geográfica, pero por lo menos una vez por semana en clima templado. 14. Todos los locales frecuentados

Asimismo lo reseña taxativamente el principio X de los Principios y Buenas Prácticas para las Personas Privadas de Libertad de las Américas: “Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social (...)”.

El énfasis sobre el aseguramiento de la salud en este colectivo reposa en el hecho de que las instituciones totales —manicomios, instituciones monovalentes en general<sup>11</sup> y unidades carcelarias—, en tanto lugares de encierro que estigmatizan y fijan roles, producen necesariamente un deterioro de la salud/salud mental por el solo hecho de encontrarse la persona en ellas. Es entonces que cualquier individuo que se encuentre inserto en un dispositivo de encierro se encuentra ultrajado en su derecho a la salud.<sup>12</sup>

En esta lógica el Estado es llamado a intervenir en el aseguramiento del derecho al ac-

regularmente por los reclusos deberán ser mantenidos en debido estado y limpios. 26.1) El médico hará inspecciones regulares y asesorará al director respecto a: a) La cantidad, calidad, preparación y distribución de los alimentos; b) La higiene y el aseo de los establecimientos y de los reclusos; c) Las condiciones sanitarias, la calefacción, el alumbrado y la ventilación del establecimiento; d) La calidad y el aseo de las ropas y de la cama de los reclusos; e) La observancia de las reglas relativas a la educación física y deportiva cuando ésta sea organizada por un personal no especializado. 2) El Director deberá tener en cuenta los informes y consejos del médico según se dispone en las reglas 25 (2) y 26, y, en caso de conformidad, tomar inmediatamente las medidas necesarias para que se sigan dichas recomendaciones. Cuando no esté conforme o la materia no sea de su competencia, transmitirá inmediatamente a la autoridad superior el informe médico y sus propias observaciones.

11- Se denomina así a toda aquella institución con internación que reduce a la persona que se encuentra alojada allí bajo un único rótulo, por lo que la complejidad de la persona es susceptible de ser definida bajo un único carácter.

12- Goffman, E. *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1961.

ceso a la salud de los privados de libertad, en un mandato de garantía que resulta doble, en tanto se superponen la situación de encierro y la condición de vulnerabilidad de sus titulares. Así lo expresó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia dictada en el caso *Renolde c/ Francia* de fecha 16 de octubre de 2008: “Joselito Renolde murió el 20 de julio de 2000 luego de haberse ahorcado en su celda en la prisión de Bois-d’Arcy, en Francia, donde se encontraba con detención preventiva. En vista de la obligación del Estado para tomar medidas operativas de prevención para proteger una persona cuya vida estaba en riesgo, se pudo haber esperado que las autoridades que estaban a cargo de un recluso del que se sabía que sufría de trastornos mentales graves y que ostentaba riesgo de suicidio, tomaran medidas especiales orientadas a contener su enfermedad para asegurar la compatibilidad con la detención continua”.

Y es que el principio de legalidad en la ejecución de la pena —cfr. Ley Nacional 24.660— impone que la misma no puede afectar más derechos que los estrictamente afectados por la privación de libertad, so riesgo de incurrir en una manifiesta causal de discriminación.<sup>13</sup> Ello se potencia en el riesgo de doble discriminación para el caso de los procesados, quienes conservan su estatus de inocencia.

La regla ha de ser, entonces, el pleno reconocimiento, ejercicio y tutela —operatividad— de todos los derechos no estrictamente afectados por la sentencia, en aplicación del principio de legalidad que debe regir en la ejecución penal. Se debe recordar que sientan las reglas para la ejecución de la pena privativa de liber-

tad, especialmente la defensa de la dignidad e inviolabilidad del interno, su derecho a condiciones de encierro adecuadas, la prohibición de torturas y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la no discriminación, la readaptación social como aspiración de la ejecución de la pena privativa de libertad y especialmente el acceso a la justicia, la tutela judicial suficiente y el debido proceso.

Lo que es más, la propia condición de privado de la libertad genera un cúmulo accesorio de derechos que deben ser operativizados por el Estado como derivación de la propia restricción que éste aplica a la persona y que implica que ella misma no pueda satisfacerlos. El Estado deviene garante de los derechos fundamentales del privado de libertad.

En esta lógica, la falta de atención médica no es una pauta inherente al encierro, sino todo lo contrario. El aseguramiento del derecho a la salud en el sentido amplio asentado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Principios para los Privados de Libertad de las Naciones Unidas y la Organización Mundial de la Salud, son un imperativo al que el Estado debe responder. De este modo, no satisfacer los recaudos exigidos por estos estándares constituye una vulneración a los Derechos Humanos de la persona. Su contracara necesaria es que el reclamo por parte de la persona privada de libertad de la exigencia de respeto por sus derechos, en modo alguno constituye una indisciplina, sino el legítimo ejercicio de un derecho.

A nivel normativo, entre los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos,<sup>14</sup> se destaca el Principio 9 —“Los reclusos tendrán acceso a los servicios de salud de que disponga el país, sin discriminación por su condición jurídica”— y entre el Conjunto de Principios para

13- Susceptibles de ser encuadrados en la ley de antidiscriminación. En Argentina: Ley 23.592, Penalización de actos discriminatorios, sanción: 3/8/1988, promulgación: 23/8/1988, BO: 5/9/1988.

14- Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/111 del 14 de diciembre de 1990.

la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, el Principio 24 —“Se ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con el menor retraso posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos”—.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de 1955 establecen en el acápite “Servicios Médicos” que: “Los servicios médicos deberán organizarse íntimamente vinculados con la administración general del servicio sanitario de la comunidad o de la nación. Deberán comprender un servicio psiquiátrico para el diagnóstico y, si fuere necesario, para el tratamiento de los casos de enfermedades mentales” (art. 22.1) y que “El médico estará de velar por la salud física y mental de los reclusos. Deberá visitar diariamente a todos los reclusos enfermos, a todos los que se quejen de estar enfermos y a todos aquellos sobre los cuales se llame su atención. 2) El médico presentará un informe al director cada vez que estime que la salud física o mental de un recluso haya sido o pueda ser afectada por la prolongación, o por una modalidad cualquiera de la reclusión” (art. 25.1). Asimismo se agrega la exigencia de que el médico realice inspecciones regulares y aseo al director de la unidad respecto de “a) La cantidad, calidad, preparación y distribución de los alimentos; b) La higiene y el aseo de los establecimientos y de los reclusos; c) Las condiciones sanitarias, la calefacción, el alumbrado y la ventilación del establecimiento; d) La calidad y el aseo de las ropas y de la cama de los reclusos; e) La observancia de las reglas relativas a la educación física y deportiva cuando ésta sea organizada por un personal no especializado” (art. 26.1).

Según el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes debe regir igualdad en la asistencia a los privados de libertad, con el siguiente estándar, “38. Un servicio de asistencia sanitaria de una prisión debería poder proporcionar tratamiento médico y cuidados de enfermería, así como las dietas apropiadas, fisioterapia, rehabilitación o cualquier otra atención especial necesaria en unas condiciones comparables a aquellas que disfrutaban los pacientes de la comunidad exterior. Se debería adaptar el suministro de personal médico, técnico y enfermeros, así como las instalaciones y el equipo”.

Se ha dicho allí que las personas privadas de libertad conservan su derecho fundamental de gozar de una buena salud, tanto física como mental, así como a una atención médica cuyo nivel sea, como mínimo, el mismo que goza la población en general. Y que en consecuencia las administraciones penitenciarias no solo tienen la responsabilidad de prestarles atención médica, sino también de disponer de las condiciones que promuevan su bienestar y que no deben abandonar la prisión en un estado peor al que tenían cuando ingresaron. Por ello, los problemas de salud preexistentes deben recibir apoyo particular, al igual que muchos otros cuyo estado de salud mental puede verse significativa y adversamente afectado por el hecho de estar encarcelados. El hacinamiento encarna la potencialidad de mayor deterioro físico y mental.<sup>15</sup>

Entre los Principios de Ética Médica de las Naciones Unidas aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra

15- Coyle, Andrew, “Los reclusos y la atención sanitaria”, en: *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos*, Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, Londres, 2009, p. 47-48.

la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se destaca el Principio 1 que impone: “El personal de salud, especialmente los médicos, encargado de la atención médica de personas presas o detenidas tiene el deber de brindar protección a la salud física y mental de dichas personas y de tratar sus enfermedades al mismo nivel de calidad que brindan a las personas que no están presas o detenidas”.

En lo que atañe a los pronunciamientos de organismos internacionales, se destaca que el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura ha manifestado que incluso en épocas de crisis económica, nada puede exonerar al Estado de su responsabilidad de atender las necesidades de aquellas personas a quienes se ha privado de su libertad. Asimismo, ha expuesto con toda claridad que estas necesidades incluyen los suministros médicos apropiados en cantidad suficiente.

Ello se refuerza en tanto que el Estado no puede ampararse en la falta de recursos para abstenerse de cumplir con estas obligaciones, evadiendo el riesgo de que se abstenga de satisfacer los derechos bajo el eufemismo de la “protección integral de derechos”. Es más, el Estado asume la posición de garante respecto de los privados de libertad en virtud de la especial relación de sujeción que se establece, tal como se afirmó en párrafos anteriores.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Instituto de Reeduación del Menor” Vs. Paraguay<sup>16</sup> ha dicho explícitamente que:

“152. Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran

sujetas a su custodia.<sup>17</sup> De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna.

153. Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los Derechos Humanos, lo que no es posible aceptar.

154. La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros Derechos Humanos además del derecho a la libertad personal. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa,

16- Sentencia del 2 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

17- Aquí se cita el Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 26, párr. 98; Caso Juan Humberto Sánchez. Sentencia del 7 de junio de 2003. Serie C N<sup>o</sup> 99, párr. 111; y Caso Bulacio, supra nota 56, párr. 138. En el mismo sentido, cfr. Caso de la Cárcel de Urso Branco, supra nota 54, considerando sexto; y Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 7 de mayo de 2004, considerando décimo tercero.

puesto que toda restricción a un derecho humano solo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática”.

En nuestro país, conforme los registros epidemiológicos estimados por la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones en conjunto con la Organización Panamericana de la Salud, más del 21% de la población mayor de 15 años detenta alguna problemática en Salud Mental. Si bien la ausencia de registros en las unidades carcelarias impide extrapolar los datos, los análisis aproximatorios permiten advertir que los porcentajes serían altamente superiores en el marco del sistema penitenciario.<sup>18</sup>

Las ya citadas Normas del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes lo respaldan: “41. En comparación con la población general, hay una alta incidencia de síntomas psiquiátricos entre los presos”. En esa lógica se promueve la necesidad de que la asistencia sanitaria en prisiones contemple programas de prevención del suicidio, en tanto “57. La prevención contra el suicidio es otro de los asuntos que se incluyen dentro de los objetivos del servicio de asistencia sanitaria en las prisiones. Dicho servicio debería garantizar que exista una concienciación adecuada de este tema en todo el establecimiento y que se hayan tomado las medidas adecuadas”.

Las condiciones de detención son susceptibles de vulnerar derechos fundamentales, particularmente en lo atinente al derecho a la salud desde la visión amplia, y así lo advirtieron las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos “Argentina” de noviembre del año 2000, hicieron hincapié en los arts. 7 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políti-

cos, que recabaron que “la gran superpoblación y la mala calidad en la prestación de servicios y la satisfacción de necesidades fundamentales, como la alimentación, ropa y atención médica, son incompatibles con el derecho de toda persona a un trato humano y con el respeto de la dignidad inherente al ser humano”.

Por su parte también lo hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos al pronunciarse sobre la situación de las cárceles de la provincia de Mendoza en 2006.<sup>19</sup> Si bien el Estado aceptó luego lo propuesto por la Corte, en la supervisión del cumplimiento de las medidas, en 2010 “destacó que seguían presentándose suicidios y observó que el Estado omitió presentar información precisa respecto de las condiciones de las instalaciones sanitarias, del acceso al agua potable y de las medidas de higiene”.<sup>20</sup>

Asimismo, los informes elaborados por las Relatorías sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de la Organización de Estados Americanos son claros en exponer la situación de vulneración de derechos que tiene lugar en las prisiones. Así, en el informe del Relator Rodrigo Escobar Gil de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, publicado el 23 de junio de 2010, se revelaron “las dramáticas condiciones en que se encuentran las personas privadas de libertad en las cárceles y comisarías de la provincia de Buenos Aires” y se exhortó al Estado a “asegurar las condiciones mínimas de detención que sean compatibles con la dignidad humana”.

19- Corte Interamericana de Derechos Humanos; 30 de marzo de 2006; Medidas Provisionales en el caso de las Penitenciarias de Mendoza.

20- Resolución de fecha 20 de noviembre de 2010. Evaluación de las medidas provisionales respecto de Argentina en el asunto de las Penitenciarias de Mendoza.

18- *Op.cit.*, Boletín Epidemiológico N° 1.



En la misma línea, el 17 de marzo de 2011 representantes de los mecanismos contra la tortura del sistema de Naciones Unidas y la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos mostraron su preocupación por las condiciones de detención en América, resaltando la problemática de “el hacinamiento y la superpoblación; las deficientes condiciones de detención a nivel de infraestructura y en relación con la falta de provisión de servicios básicos, como alimentación, agua potable, atención médica, y condiciones higiénicas adecuadas”.

A nivel local, se expidió en igual sentido el Consejo de Defensores Generales de la Provincia de Buenos Aires, en el marco del “Protocolo General de Actuación para el Monitoreo de las Condiciones de Detención en las Unidades Carcelarias de la Provincia de Buenos Aires”, aprobado por el Consejo de Defensores en el mes de noviembre de 2008, específicamente en el informe final del período junio 2009/ junio 2010.

Mientras el Comité contra la Tortura, perteneciente a la Comisión Provincial por la Memoria, expresa respecto de la población penal de la Provincia de Buenos Aires en su Informe 2010, que “uno de los aspectos que configura el agravamiento de las condiciones de detención y se ha constituido en uno de los problemas más graves en 2009 es el de la falta de atención médica o bien la atención médica deficiente (...) El padecimiento físico y psicológico que ocasiona a los detenidos percibir el agravamiento de su enfermedad, la angustia de saber que no será atendido y si lo es será de manera deficiente, lo conducen a un estadio de desintegración de la personalidad que profundiza el deterioro (...) Se realizaron 312 hábeas corpus por detenidos sin atención médica en 33 unidades penitenciarias, representando el 11,27% de los hábeas corpus totales presentados (...) por atención médica deficiente se presenta-

ron en 2009 124 hábeas corpus que representan un 4,48% de los hábeas totales”.<sup>21</sup>

De este modo se advierte cómo unívocamente, tanto la normativa como la jurisprudencia internacional en la materia establecen que frente a toda persona que se encuentra privada de su libertad, existe el deber del Estado de efectivizar la atención sanitaria en el marco de las obligaciones positivas asentadas en los tratados internacionales de Derechos Humanos y el especial deber de garantía. El eje axiológico sobre el que reposa esta obligación estatal es la no discriminación respecto de la población en general en el acceso a los sistemas de salud.

### **3. Los lineamientos del Protocolo de Estambul en lo atinente a la ética en la atención sanitaria de las personas privadas de libertad**

Ahora bien, aceptado el estándar internacional de Derechos Humanos que avala el aseguramiento del derecho a la salud de las personas privadas de libertad, cabe atender a los lineamientos del Protocolo de Estambul en lo que hace a la regulación de la práctica de los profesionales de la salud, como condición necesaria a los efectos de arribar a una efectivización plena de este derecho.

Ello resulta primordial, en tanto la atención de la salud en el ámbito del encierro conlleva un sinnúmero de situaciones controvertidas, de conflicto de intereses y deberes en cabeza de los profesionales de la salud, así como la eventualidad de que las afectaciones en la salud de la persona privada de libertad se encuentre vinculada con el ejercicio concreto de la tortura o tra-

21- Informe Anual 2010, Latingráfica, Buenos Aires, 2010, p. 123-124.

tos crueles, inhumanos o degradantes infligidos por el propio personal del lugar de detención, que puede ocupar una función de jerarquía superior o igual al del profesional de la salud actuante. Asimismo, no se puede soslayar que en algunas ocasiones pueden ser los propios profesionales de la salud los involucrados en estos repudiables hechos.

Entonces bien, a los efectos de regular las prácticas y prever estas problemáticas, tal como se expresa en el capítulo II del Protocolo de Estambul, todas las profesiones trabajan de conformidad con códigos éticos en los que se describen los valores comunes y se reconocen los derechos de los profesionales, estableciendo las normas morales que, según se espera, deben respetar.

A partir del punto 50 del Protocolo se señala que existe un vínculo estrecho entre los Derechos Humanos y los principios de la ética en la atención de salud, estableciéndose que “El principio básico del conjunto de la ética de la atención de salud, cualquiera que sea la forma como se enuncie, es el deber fundamental de actuar siempre de conformidad con los mejores intereses del paciente, sean cuales fueren las limitaciones, presiones u obligaciones contractuales (...) [y que] (...) incluso cuando los principios de la ética no están determinados de esta forma por la ley, todos los profesionales de la salud están moralmente obligados a respetar las normas establecidas por sus organismos profesionales”.

En lo que hace a los destinatarios en materia de responsabilidad de los profesionales de la salud, —tal la letra del Protocolo—, se bifurca en tres ramas que no solo abarcan al paciente individual, sino también a la sociedad en su conjunto y a los profesionales. Responsabilidad profesional y derechos fundamentales de los pacientes son entonces un complejo inescindible.

Las normas éticas prescriptas presentan una triple fuente: los instrumentos internacionales preparados por organismos como las Naciones Unidas, las organizaciones internacionales de profesionales de la salud y los códigos de principios locales preparados por los propios profesionales, mediante sus asociaciones representativas, en el ámbito local o nacional.

Entonces bien, en un primer plano y desde el ámbito del derecho internacional como fuente de contenido, se revela que los profesionales de la salud, como todas las demás personas que trabajan en los sistemas penitenciarios, están obligados a observar las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos,<sup>22</sup> en las que se exige que todas las personas privadas de libertad, sin discriminación, tengan acceso a servicios médicos, incluidos servicios psiquiátricos, y que se vea diariamente a todos los enfermos o a aquellos que soliciten tratamiento y se asignan importantes funciones a los médicos en lo relativo a la prevención de la tortura, el hacinamiento y la insalubridad, entre otras.

Asimismo se impone el respeto por los Principios de Ética Médica<sup>23</sup> aplicables a la función del personal de salud, en la protección de personas privadas de libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, se les prohíbe el uso de sus conocimientos y técnicas de medicina en forma contraria a lo prescripto por las declaraciones internacionales, así como, claro está, participar activa o pasivamente, en la tortura o condonarla de cualquier forma que sea.

Se destaca en este último punto que cuando se alude a “participación en la tortura” se entiende también el evaluar la capacidad de un

22- Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y Procedimientos para la aplicación efectiva de las Reglas Mínimas, adoptadas por las Naciones Unidas en 1955.

23- Adoptados por la Asamblea General en 1982.

sujeto para resistir a los malos tratos; el hallarse presente ante malos tratos, supervisarlos o infligirlos; el reanimar a la persona de manera que se la pueda seguir maltratando o el dar un tratamiento médico inmediatamente antes, durante o después de la tortura por instrucciones de aquellos que con toda probabilidad son responsables de ella; el transmitir a torturadores sus conocimientos personales o información acerca de la salud personal del sujeto; el descartar internacionalmente pruebas y falsificar informes como informes de autopsia y certificados de defunción. Sin embargo debe problematizarse que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos le imponen dar el apto médico para las celdas de aislamiento.

En un segundo lineamiento, se agregan las declaraciones de organismos profesionales internacionales, como la Asociación Médica Mundial, la Declaración de Tokio de la Asociación Médica Mundial, la Declaración de Hawaii de la Asociación Psiquiátrica Mundial, la Conferencia Internacional de la Medicina Islámica en su Declaración de Kuwait, entre otras.

Se resalta aquí que los profesionales de la salud tienen el deber de apoyar a los colegas que se oponen abiertamente a las violaciones de los Derechos Humanos. El no hacerlo supone no solo violar los derechos de los pacientes y contradecir las declaraciones antes citadas sino además desacreditar a las profesiones sanitarias. El menoscabar la honra de la profesión se considera como un comportamiento que la perjudica gravemente. Indica el instrumento que el tercer nivel de articulación de los principios éticos es el de los códigos profesionales nacionales o locales. En ellos se destacan principios comunes, a saber: el principio de la independencia profesional que exige que en todo momento el profesional de la salud se concentre en el objetivo fundamental de ali-

viar el sufrimiento y la angustia y evitar dañar al paciente, ignorando todas las presiones; el deber de dar una asistencia compasiva; el deber de dar asistencia, que incluye la obligación de dar atención de emergencia como deber humanitario.

En lo que hace al deber de asistencia se destaca que todo el mundo tiene derecho a una atención de salud adecuada, independientemente de factores como origen étnico, ideas políticas, nacionalidad, género, religión o méritos individuales. Aquí se incluyen a las personas acusadas o condenadas por delitos con igual derecho moral a una atención adecuada. La Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial pone de relieve que el único criterio aceptable para discriminar entre los pacientes es el de la urgencia relativa de sus necesidades médicas.

Particularmente, en nuestro país y en lo que hace a la atención psicológica,<sup>24</sup> la Ley 23.277 describe tales actividades de la siguiente manera:

Artículo 2º: Se considera ejercicio profesional de la psicología, a los efectos de la presente ley, la aplicación y/o indicación de teorías, métodos, recursos, procedimientos y/o técnicas específicas en: a) El diagnóstico, pronóstico y tratamiento de la personalidad, y la recuperación, conservación y prevención de la salud mental de las personas. b) La enseñanza y la investigación. c) El desempeño de cargos, funciones, comisiones o empleos por designaciones de autoridades públicas, incluso nombramientos judiciales. d) La emisión, evaluación, expedición, presentación de certificaciones, consultas, asesoramiento, estudios, consejos, informes, dictámenes y peritajes.<sup>25</sup>

24- Abordaremos únicamente este instrumento a modo de ejemplo, en virtud de lo complejo y extenso de la temática.

25- Ley 23.277 de Ejercicio Profesional de la Psicología. BO 25.806. Buenos Aires, 15 de noviembre de 1985.

Algunas de las áreas de incumbencia del ejercicio profesional establecidas son: Realizar acciones de orientación y asesoramiento psicológico tendientes a la promoción de la Salud y la prevención de sus alteraciones. Realizar acciones tendientes a promover la vigencia de los derechos humanos y efectuar estudios, asesorar y operar sobre las repercusiones psicológicas derivadas de la violación de los mismos. Participar, desde la perspectiva psicológica en la planificación, ejecución y evaluación de planes y programas de salud y acción social. Asesorar, desde la perspectiva psicológica, en la elaboración de normas jurídicas relacionadas con las distintas áreas y campos de la psicología.<sup>26</sup>

Por su parte, la introducción al Código de Ética de la Federación de Psicólogos de la República Argentina (FePRA) plantea la siguiente distinción: “El Preámbulo y la Declaración de Principios constituyen objetivos deseables que guían a los psicólogos hacia los más elevados ideales de la Psicología; expresan el espíritu de este código y si bien no son en sí mismos reglas obligatorias deben ser considerados prioritariamente ya que constituyen el fundamento del actuar ético de los psicólogos. Las disposiciones deontológicas establecen reglas de conducta profesional, las que expresan deberes que afectan a todos los profesionales psicólogos, considerando que descuidarlos atenta contra los derechos de los receptores de los servicios profesionales”.<sup>27</sup>

Respecto de la Declaración de Principios, el propio código informa que, “El Código de

Ética de la Federación de Psicólogos de la República Argentina (FePRA), hace suyos los siguientes Principios Generales, acordados por los países miembros y asociados del Mercosur en la ciudad de Santiago de Chile. 7 de noviembre de 1997”. El primer principio que establece se titula *Respeto por los derechos y dignidad de las personas*: “Los psicólogos se comprometen a hacer propios los principios establecidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (...).”

El objetivo de esta simple ejemplificación es dar cuenta de que los códigos de ética profesionales pretenden como fin privilegiado, resguardar los derechos de la persona que es objeto de la práctica de salud, en base al respeto y la protección del derecho a la privacidad, autodeterminación, libertad y justicia, promoviendo fundamentalmente la protección de los Derechos Humanos.<sup>28</sup>

Así, las normas tutelan los valores contemplados en los Derechos Humanos que toman de este modo fuerza jurídica.<sup>29</sup> De ello no pueden estar exentas las personas privadas de libertad.

26- Incumbencias de los Títulos de Psicólogo y Licenciado en Psicología. Resolución N° 2447 del Ministerio de Educación y Cultura, 20/9/85. Artículos 19 y 20.

27- FePRA, “Código de Ética de la Federación de Psicólogos de la República Argentina”, publicado en: Calo, O., Hermosilla, A. M., *Psicología, Ética y Profesión: Aportes deontológicos para la integración de los psicólogos del Mercosur*, Universidad Nacional de Mar del Plata, Mar del Plata, 2000.

28- Cfr. Domínguez, M. E., Los derechos humanos entre la deontología profesional y la ética del no-todo. XIV Jornadas de Investigación. Tercer Encuentro de Investigadores del MERCOSUR. “Investigación en Psicología, su relación con la Práctica Profesional y la Enseñanza”, Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires. 9, 10 y 11 de agosto de 2007.

29- Salomone, Gabriela Z., “Psicología, Ética y Derechos Humanos” en Responsabilidad profesional: las perspectivas deontológica, jurídica y clínica, 2006. En: [www.proyectoetica.org/](http://www.proyectoetica.org/)

#### **4. Confidencialidad y consentimiento informado como ejes del tratamiento sanitario de las personas privadas de libertad, desde un eje de Derechos Humanos.**

Asentadas las finalidades que guían a los profesionales de la salud desde una visión deontológica, cabe adentrarse en los ejes sobre los que debe asentarse la concreta práctica en el marco del tratamiento.

En esta línea, surgen dos axiomas fundamentales en el abordaje sanitario de la persona: la confidencialidad y el consentimiento informado (Capítulo 3, punto C, apartados 2 y 3 del Protocolo de Estambul). Estos ejes del tratamiento se imponen como un cambio paradigmático en la forma de concebir al destinatario de los servicios de salud. Ya no se trata del objeto de un tratamiento en el que los profesionales de la salud son los que saben y aplican lo mejor para aquél, sino que se lo concibe como un sujeto de derecho, capaz de decidir lo mejor para sí, de tal suerte que, “62... Un precepto absolutamente fundamental de la ética médica moderna es que los propios pacientes son los mejores jueces de sus propios intereses”.

El deber de consentimiento informado no es sino el presupuesto de asumir el derecho a la autodeterminación por parte del paciente, mientras la confidencialidad es el compromiso que plasma el deber de secreto profesional. Ambos son la expresión del respeto por los derechos fundamentales del paciente a la autodeterminación y a la privacidad. Y asimismo se encuentran estrechamente relacionados entre sí, en tanto la única vía para quebrantar la confidencialidad en el marco del tratamiento debiera ser —en principio— el consentimiento informado del paciente.

Este anclaje requiere, claro está, de un gran compromiso por parte de los profesionales de

la salud en alentar el diálogo como pieza fundamental del tratamiento, a los efectos de dar prioridad a los deseos del paciente. El presupuesto de ello es que los sujetos necesitan conocer las consecuencias que pueda tener su consentimiento, tanto para llevar a cabo determinada práctica de salud, como para que lo expresado en el marco del tratamiento sea conocido por terceros, y por ello, el profesional de la salud deberá explicar con toda franqueza cuál es el objetivo y los riesgos de cada intervención y cada hecho a ser transmitido a personas ajenas al tratamiento. Cabe atenderlos detalladamente.

##### **4.1. Confidencialidad**

En lo que hace estrictamente a la confidencialidad, señala el Protocolo que, “64. Todos los códigos éticos, desde el juramento hipocrático hasta los más modernos, incluyen el deber de confidencialidad como un principio fundamental que también se sitúa en primer plano en declaraciones de la Asociación Médica Mundial, como la Declaración de Lisboa”.

La álgida problemática que encierra este principio es que se trata de un deber no absoluto, sobre si se podría incumplir éticamente con el deber de confidencialidad en circunstancias excepcionales cuando el no hacerlo podría previsiblemente provocar graves daños a personas o graves perturbaciones a la justicia. Ahora bien, los límites son difusos y la colisión como la obligación de denunciar el conocimiento de un delito que abarca a los profesionales de la salud cuando desempeñan roles de funcionario público, complejizan los extremos de la problemática. Sin perjuicio de ello, huelga aclarar que el principio general es que prima el deber de confidencialidad.

El Protocolo no soslaya esta encrucijada y analiza la situación de los profesionales de la salud

que en términos generales —más allá de su carácter de funcionario público— poseen una doble obligación ante el paciente y ante la sociedad en general. El Protocolo enfatiza el caso de los profesionales que se desempeñan en servicios de policía, ejército, servicios de seguridad o sistema penitenciario, donde los intereses de los superiores jerárquicos o de los compañeros de trabajo pueden entrar en colisión con los mejores intereses de los pacientes privados de libertad. Aquí la letra del Protocolo no deja lugar a titubeos: “Cualesquiera que sean las circunstancias de su empleo, todo profesional de la salud tiene el deber fundamental de cuidar a las personas a las que se pide que examine o trate. No pueden ser obligados ni contractualmente ni por ninguna otra consideración a comprometer su independencia profesional. Es preciso que realicen una evaluación objetiva de los intereses sanitarios de sus pacientes y actúen en consecuencia”.

Se insiste en que se trata de una decisión axiológica indiscutible y que de modo alguno el estar privado de libertad puede constituir una excepción a los efectos del deber de confidencialidad. De modo contrario, ninguna información puede ser revelada sin conocimiento del paciente, por lo que debe asegurarse que sus registros se conservan confidenciales, a lo que se agrega el deber de vigilar y de denunciar a cualquier servicio que actúe de forma contraria a la ética, abusiva, inadecuada o peligrosa para la salud del paciente. En estos casos tienen el deber ético de adoptar medidas inmediatas ya que si no lo hacen, más tarde les puede ser más difícil protestar. Deben comunicar el asunto a las autoridades competentes o a organismos internacionales que puedan realizar una investigación, pero sin exponer a los pacientes, a sus familias o a ellos mismos a riesgos serios previsibles.

En el caso mencionado de que una ley obligue a brindar información al profesional, el

Protocolo señala que las declaraciones internacionales y nacionales de preceptos éticos mantienen un consenso en el sentido de que otros imperativos, incluida la ley, no pueden obligar al profesional de la salud a que actúen en contra de la ética médica y de su conciencia. En esos casos, el profesional de la salud deberá negarse a cumplir una ley o un reglamento en lugar de comprometer los preceptos básicos o exponer a sus pacientes a un grave peligro.

De surgir de la atención sanitaria la existencia de pruebas de tortura, deberán adecuarse los actos a seguir, de conformidad con el consentimiento del paciente, debiéndose optar por la solución que más se ajuste a los principios de justicia, pero sin descuidar el consentimiento del paciente.

El Protocolo marca la excepción atinente a los médicos forenses que en general sí tienen la obligación de comunicar objetivamente sus observaciones. Allí el paciente tiene menos poder y capacidad de elección en tales situaciones y también es posible que no pueda relatar francamente qué es lo que le ha ocurrido. Antes de iniciar el examen, el médico forense explicará cuáles son sus funciones ante el paciente y dejará bien claro que normalmente la confidencialidad médica no forma parte de ellas, como sucedería en un contexto terapéutico. Cabe aclarar que ello no ocurre en la actualidad de nuestras prácticas.

En el caso de los profesionales de la salud afectados a las unidades penitenciarias, ante la falta de consentimiento informado del paciente para labrar una denuncia deben tomar en consideración cuáles son los mejores intereses del paciente y su deber de confidencialidad, pero existen también fuertes argumentos morales para que el médico denuncie la evidencia de malos tratos, ya que con frecuencia los propios prisioneros son incapaces de hacerlo efectivamente.

En ese caso, debe ponderar el riesgo y el peligro potencial para ese paciente concreto contra los beneficios que para la población penitenciaria en general y para los intereses de la sociedad puede reportar el prevenir que se perpetúen esos abusos. De darse ello, se debe realizar la denuncia en una jurisdicción diferente, a los efectos de evitar represalias para los propios profesionales.

#### 4.2. Consentimiento informado

- **Antecedentes históricos**

El consentimiento informado como parte integrante de la lógica del tratamiento encuentra históricamente su punto de inflexión en el Código de Ética de 1947 (Código de Nüremberg. Normas éticas sobre la experimentación con seres humanos). Allí surgió un reconocimiento cada vez mayor de los derechos de los pacientes que definió las responsabilidades de los proveedores de servicios de salud y del Estado con respecto a ellos. En 1947, el Código de Nüremberg afirmó que en todas las circunstancias se necesita el consentimiento voluntario del sujeto humano para ser sometido a investigaciones médicas. En la Declaración de Helsinki (1964) se detallaron más los principios contenidos en el código y se los vinculó con las obligaciones éticas de los médicos, esbozadas en la Declaración de Ginebra (1948).

En 1994, en la Declaración de Amsterdam sobre los derechos de los pacientes, de la Organización Mundial de la Salud, se estipuló que el consentimiento informado es el requisito previo a toda intervención médica, y se garantizó también el derecho a rechazar o detener las intervenciones médicas. El consentimiento informado no es la mera aceptación de una intervención sino una decisión voluntaria y suficientemente informada que protege el derecho

del paciente a participar en la adopción de las decisiones médicas y atribuye a los proveedores de servicios de salud deberes y obligaciones conexos. Sus justificaciones normativas éticas y jurídicas dimanar del hecho de que promueven la autonomía, la libre determinación, la integridad física y el bienestar del paciente.<sup>30</sup>

Entre los instrumentos regionales en los que se protege el derecho al consentimiento informado se encuentran el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, elaborado por el Consejo de Europa (Convenio de Oviedo) y aprobado en 1997, y su protocolo adicional relativo a la investigación biomédica (*European Treaty Series* 195); la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Directiva sobre los ensayos clínicos del Parlamento Europeo y del Consejo; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Organización Mundial de la Salud, el primer Relator Especial y muchos otros interesados han elaborado un análisis del derecho a la salud para facilitar su comprensión y aplicación. En la Observación General N° 14 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se anuncian los requisitos del respeto, la protección y la realización del derecho a la salud, que abarcan tanto libertades como derechos.

Tal como aclara el Dr. Alfredo Achával,<sup>31</sup> “Las Convenciones Internacionales que van desde el Derecho del Paciente del siglo pasado, permitieron pasar a las del Derecho al Consentimiento como problema bioético y jurídico y su finalidad: llegar a plasmarlo como ley de

30- Cfr. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, “El derecho a la salud y el consentimiento informado”.

31- Conferencia pronunciada por el académico correspondiente, Dr. Alfredo Achával, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, en la sesión pública del 29 de agosto de 2006, presentada por el Dr. Mariano Castex.

cumplimiento efectivo. La Convención Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, en su 33ª sesión de la Conferencia General de la UNESCO del 19 de octubre de 2005, así también lo impulsa”.

Por último caben destacar las fuentes enumeradas por el Dr. Mariano Castex. En primer lugar: el Juramento Hipocrático en el cual al respecto dice que “... Respetar el secreto de quien se os haya confiado a vuestro cuidado (...)”. En segundo lugar, se apoya en el Código Internacional de Ética Médica, adoptado por la III Asamblea General de la Asociación Médica Mundial realizada en Londres en 1949 donde sostiene que “... El médico debe a su paciente absoluto secreto en todo lo que se le haya confiado o él sepa por medio de una confidencia (...)”. En tercer lugar, el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina, aprobado en 1955.

La Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los derechos del paciente (octubre 1981, revisada en octubre de 2005) establece como uno de sus principios el Derecho al Secreto. En tal sentido señala que “... Toda información identificable del paciente debe ser protegida (...)”.

La Declaración de la misma Asociación sobre las consideraciones éticas de las bases de datos de la salud, adoptada por la Asamblea en Washington en el año 2002, señala asimismo que: “... Cuando sea posible la información para usos secundarios debe ser anónima (...) o protegida con un código o apodo (...)”. Se entienden como usos secundarios los que no responden a la finalidad para la cual fueron autorizados.<sup>32</sup>

- **Una posible definición y derechos interpelados**

Podemos definir el consentimiento informa-

do como la declaración de voluntad manifiesta en forma libre por el usuario para proponer o consentir la administración de un tratamiento o procedimiento de salud, efectuada en forma clara y suficiente, como colofón de la obligación previa del profesional de la salud de haberle proporcionado información en forma confidencial, adecuada, suficiente y comprensible sobre aspectos propios del tratamiento o procedimiento, así como de los posibles riesgos que el mismo acarree. Es parte integrante del derecho a la salud, consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional.

El consentimiento informado se asienta fundamentalmente en el principio de autonomía —límite al principio de beneficencia y tutela del otro—, cuyo fin es asegurar el derecho de las personas de someterse a una intervención de salud solo bajo su aceptación libre y voluntaria. Garantiza de este modo que las prácticas de salud respeten el principio de no discriminación, la autonomía y la libre determinación, la integridad física y psíquica, y la dignidad de toda persona. Constituye un derecho del paciente, a los efectos de decidir sobre su tratamiento, y un deber del profesional de la salud que asegura que el paciente tenga conocimiento de la práctica que se le va a realizar de forma previa.

En este sentido, se enlaza con otros Derechos Humanos que son indivisibles, interdependientes e interrelacionados. Entre ellos se cuentan, además del derecho a la salud, el derecho a la libre determinación, el derecho a la no discriminación, el derecho a la integridad psico-física, el derecho de toda persona a no ser sometida a experimentos sin su libre consentimiento, la seguridad y la dignidad de la persona humana, el reconocimiento ante la ley, la libertad de pensamiento y expresión y la libre determinación en lo tocante a la reproducción.

32- Castex, Mariano, *El secreto médico en peritación*, Ad Hoc, Buenos Aires, p. 37-38.



- **Deber del profesional de la salud de brindar información adecuada**

El consentimiento informado abarca como requisito necesario para su conformación, el recibir información adecuada y comprensible —a través de los medios y tecnologías que sean necesarias— acerca del estado de salud, el tratamiento, y las alternativas de atención.

La información proporcionada debe abarcar el diagnóstico y su evaluación; el propósito, el método, la duración probable y los beneficios que se esperan obtener del tratamiento propuesto; las demás modalidades posibles de tratamiento, incluidas las menos alteradoras posibles; y los dolores o incomodidades posibles y los riesgos y secuelas del tratamiento propuesto.

La información debe brindarse en forma adecuada, accesible y comprensible, en una forma y en un lenguaje que la persona entienda. Debe tenerse presente que existen diferentes niveles de comprensión, y por tanto, la información no debe ser demasiado técnica o compleja, ni expresada en un lenguaje, manera o contexto que el paciente no comprenda, sino que debe adecuarse a las necesidades de comunicación particulares de la persona. Para facilitar la comprensión pueden utilizarse diversas medidas de apoyo tales como el asesoramiento y la intervención de redes comunitarias, o el uso de intérpretes o de modos de comunicación alternativos.

La información debe respetar las exigencias de ser confidencial, adecuada, suficiente y comprensible:

**Confidencial:** Solo podrá brindársele información al usuario, salvo que:

1. Este autorice expresamente a un familiar a que tome conocimiento de la información, o bien que durante el procedimiento para brindar el consentimiento estén

presentes una o más personas a su elección (Principio 11, punto 3 de los Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental (ONU)<sup>33</sup>; art. 4 de la Ley 26.529).

2. Que esté imposibilitado de comprender la información a causa de su estado, por lo que se le brindará a su representante, o en su defecto a su cónyuge o conviviente o persona que esté a su cuidado y a sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad (art. 4 de la Ley 26.529; art. 7 inc j) de la Ley 26.657).
3. Que requiera el apoyo o ayuda de una tercera persona (Principio 6, Componentes, de los Diez Principios básicos de las normas para la atención de la salud mental [OMS, 1996]).<sup>34</sup>

**Adecuación:** Se refiere a que la información brindada debe corresponderse con la intervención que se va a implementar y las implicancias de llevar a cabo la misma. La información debe provenir del profesional interviniente y debe guardar estricta vinculación con el tratamiento a administrar (art. 5 Ley 26.529).

**Suficiencia:** La información adecuada debe recabar cada uno de los aspectos atinentes del tratamiento, incluyendo las alternativas para su atención. Debe informarse sobre los derechos que asisten al usuario (art. 7 inc. j de la Ley N° 26.657). Dos aspectos importantes de este requisito se refieren al derecho del usuario de no recibir información y al derecho del usuario de recibir la información por escrito, a fin de obtener una segunda opinión (art. 2 inc. f y g de la Ley N° 26.529).

33- En adelante “Principios”.

34- En adelante “Diez Principios”.

**Comprensibilidad:** La información debe ofrecerse en el lenguaje y la forma en que el usuario pueda entender. El usuario puede presentar dificultades para comprender acabadamente la información que se le brinda y para apreciar las implicancias de su decisión, ello puede deberse a diferentes causas (conocimientos generales, aptitudes lingüísticas, impedimentos derivados de su padecimiento, etc.) (Principio 6, COMPONENTES, de los Diez Principios). Ante ello se le informará sobre el derecho que le asiste de solicitar ayuda de un tercero.

Cabe destacar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), órgano del sistema de Naciones Unidas que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General Nº 14, se refiere al derecho de salud y al hacer referencia al consentimiento informado, menciona los elementos que componen el derecho a la salud, entre los cuales figura un elemento esencial para el consentimiento, que es el acceso a la información:

“El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados (...): a) Disponibilidad (...) b) Accesibilidad (...) La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: No discriminación (...) Accesibilidad física (...) Accesibilidad económica (asequibilidad) (...) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad. c) Aceptabilidad (...) d) Calidad (...)” (punto 12).

- **Cómo brindar la información**

La información debe ser brindada por el

profesional de la salud en forma clara y suficiente, de tal forma que no queden dudas en cuanto a su conformación, alcances y forma.

En cuanto a la conformación puede ser de contenido asertivo —aceptación del tratamiento— o negativo —rechazo del tratamiento— (art. 2 inc. e, Ley 26.529).

En cuanto a sus alcances, debe limitarse a los aspectos atinentes al tratamiento o procedimientos brindados por el profesional.

En cuanto a sus formas rige el principio de oralidad para los procedimientos menores (Principio 5, COMPONENTES, punto D, de los Diez Principios. Para los procedimientos más invasivos y restrictivos (internaciones, intervenciones quirúrgicas o psiquirúrgicas, tratamientos experimentales y procedimientos que implican riesgos —determinados por reglamentación—) se requiere que se asiente por escrito y sea suscripto por el usuario (art. 7 de la Ley Nº 26.529).

Es importante traer a colación lo que destaca el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (el derecho a la salud) en su presentación ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 2007:

“El concepto de ‘paciente prudente’ tiene su origen jurídico en la Doctrina de Canterbury, originada en los Estados Unidos, que estipula que se le proporcione al paciente toda la antedicha información antes de obtener su consentimiento. En el caso del consentimiento objetivo modificado, elaborado en el Canadá, se tiene en cuenta además la visión subjetiva del paciente al asegurar que la información es accesible y aceptable para las circunstancias específicas del paciente y contribuye mejor a respetar sus derechos.

El desequilibrio de poder derivado de la entrega de la confianza y del desigual nivel de conocimientos y experiencia que caracterizan la

relación entre el médico y el paciente, debido en particular a las complejidades de la medicina moderna, hacen sumamente difícil que se establezca una comunicación efectiva. Esta situación se exagera a causa de los desequilibrios de poder por motivos de clase, género, origen étnico y otros factores socioeconómicos. Garantizar el consentimiento informado es un aspecto fundamental del respeto a la autonomía, la libre determinación y la dignidad humana de la persona en un proceso continuo y apropiado de servicios de la atención de salud solicitados de forma voluntaria”.

- **Momento en que opera el consentimiento informado y el recurso de las instrucciones anticipadas**

El proceso de consentimiento informado debe iniciarse siempre de modo previo al tratamiento ofrecido, y debe ser continuo a lo largo del mismo.

Es entonces que si bien nos referimos al tratamiento, debemos incluir también a los procedimientos previos, como el diagnóstico. En cuanto al tratamiento en salud mental o adicciones, nos referimos al suministrado tanto en forma ambulatoria como durante la internación. Los procedimientos médicos o quirúrgicos invasivos, los tratamientos psicoquirúrgicos o tratamientos irreversibles y los tratamientos experimentales presentan además requisitos adicionales, como el establecimiento de dicho procedimiento por ley o la previa aprobación de un organismo independiente (Principio 11, puntos 13, 14 y 15 de los Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la salud mental ONU).

También podrá utilizarse la figura de las “instrucciones o directivas anticipadas”,<sup>35</sup> a

35- Las directivas anticipadas (consagradas legalmente en el art. 11 de la Ley N° 26.529) constituyen una forma

efectos de obtener el consentimiento de la persona en forma previa a la situación de crisis y así prever situaciones en que no pueda expresar su voluntad.

- **Excepciones a la exigencia de contar con el consentimiento informado**

Solo en aquellos casos excepcionales en que sea necesario actuar de modo urgente por tratarse de una emergencia que ponga en riesgo la vida de la persona —y no otros bienes jurídicos de menor trascendencia—, podrá iniciarse un procedimiento sanitario sin obtener el consentimiento informado, con la debida justificación posterior. Estas situaciones deberán interpretarse con carácter restrictivo (art. 9 *in fine* Ley 26.529).

Es esencial mencionar que cuando se haya autorizado cualquier tratamiento sin el consentimiento informado del usuario, se hará no obstante todo lo posible por informar a éste acerca de la naturaleza del tratamiento y de cualquier otro tratamiento posible y por lograr que el usuario participe en cuanto sea posible en la aplicación del plan de tratamiento (Principio 11, punto 9 de los Principios).

En lo que hace específicamente a la Salud Mental, se abarcan las siguientes situaciones de excepción:

1. Cuando al mediar un situación que configure un riesgo cierto o inminente de daño para el usuario o para terceros deba procederse a internarlo involuntariamente (art. 20 Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657, Principio 11, punto 6, inc. a de los Principios).

---

de otorgar o negar consentimiento para un futuro tratamiento. Se trata de una declaración estableciendo preferencias sobre qué tratamiento se acepta recibir y cuál no, si se experimenta un episodio o crisis que afecta la aptitud de decidir o comunicar, incluyendo la posibilidad de designar a terceros que pueden decidir en su nombre en esos momentos.

2. Cuando el usuario esté imposibilitado de prestar su consentimiento a causa de su estado.
3. Cuando el órgano de revisión (creado por el art. 38 de la Ley 26.657) compruebe que el plan de tratamiento es el más indicado para las necesidades de salud del usuario y éste se niegue irracionalmente a dar su consentimiento (Principio 11, punto 6, inc. b y c de los Principios).
4. Cuando mediere un grave peligro para la salud pública (art. 9 inc. a Ley 26.529). Esta excepción, según la misma ley lo establece en el art. 9 *in fine*, debe ser precisada en la reglamentación, sobretodo porque entendemos que no se refiere a la peligrosidad del usuario, puesto que el carácter de peligrosidad en una persona carece de científicidad (CSJN, “Gramajo”, 05/09/2006). Por ende la reglamentación debe establecer de qué habla cuando se refiere al “peligro en la salud pública”.

- **Decisiones contrarias al consejo del profesional tratante – Derecho a la autodeterminación.**

De no presentarse las situaciones de excepción mencionadas, la persona puede negarse a realizar un tratamiento que sea beneficioso, y deberá respetarse su derecho a la autodeterminación. No importa entonces que el criterio profesional se pronuncie en forma contraria, si la persona fue correctamente informada y escogió en igual modo, rechazar el tratamiento ofrecido.

Es en este punto donde el Estado, en el respeto por la persona en tanto sujeto de derecho, no puede interceder para imponer una forma de desenvolverse en el curso vital y a los efectos de forzar decisiones que se entienden como más beneficiosas para la persona involucrada, ya que

en ese caso se confundiría el Estado de derecho con un Estado que intenta imponer una moral y un proyecto de vida prefijados.

En el marco de la Organización Mundial de la Salud se establecieron los ya referidos Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental (OMS 1996), documento que deriva de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental y que resalta en los puntos 5 y 6 el derecho a la “Autodeterminación” y el “Derecho a ser Asistido en el Ejercicio de la Autodeterminación”, respectivamente.

- **Prohibición de forzar el consentimiento informado**

El derecho a la autodeterminación y a ser asistido al momento de ejercerlo veda de pleno la posibilidad de que el profesional de la salud coaccione o fuerce el consentimiento de la persona involucrada, a los efectos de que ratifique la posición del profesional.

De hecho, un requisito para determinar si existe consentimiento válido, es que la persona debe tener capacidad para consentir, en el sentido de comprender los alcances de su acto, y que lo haya manifestado libremente y sin influencias indebidas.

Se destaca que situaciones de fatiga o estrés en las que de todos modos se compela al paciente a prestar su consentimiento, encuadran dentro de estos supuestos vedados por la normativa. La influencia indebida incluye asimismo situaciones en las que el paciente percibe la posibilidad de que su negativa a otorgar el consentimiento tenga consecuencias desagradables.

En el orden local ello se encuentra específicamente previsto en el art. 19 de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 que prevé consecuencias civiles y penales para el profesional de la salud que fuerce el consentimiento del usuario.

- **Capacidad del paciente para consentir o rechazar el tratamiento**

La capacidad exigida a los efectos de prestar consentimiento informado implica tener capacidad para comprender, retener, creer y sopesar la información que se recibe, a fin de tomar una decisión. Es decir, entender los alcances del tratamiento y su finalidad, beneficios, riesgos y alternativas que conlleva, comprender las consecuencias de rechazar el tratamiento, y la posibilidad de comunicar la decisión asumida.

Conforme el art. 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad —ya citada—, se presume la capacidad de toda persona, salvo resolución en contrario. La existencia de una inhabilitación o una insania en los términos del art. 152 ter del Código Civil de la Nación no implican de suyo una incapacidad de la persona para asumir decisiones sobre su salud, salvo que esté expresamente establecido en la sentencia correspondiente.

Para que se repunte la existencia de voluntad —la declaración de voluntad, que constituye un verdadero acto jurídico—, debe ser efectuada con discernimiento, intención y libertad (art. 897 Cód. Civil), conceptualizando a los mismos como:

**Discernimiento:** Es la aptitud que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, y apreciar las consecuencias convenientes o inconvenientes de las acciones humanas. Nos referiremos a la comprensibilidad más adelante.

**Intención:** Es la correspondencia entre la acción que desea llevar a cabo el sujeto y el propósito de dicha acción. La falta de correspondencia se configura con la ignorancia, el error o el dolo.

**Libertad:** Es el propio derecho a la libertad, del cual emana el derecho a la autodeterminación. La falta de libertad se configura con la vio-

lencia e intimidación, el temor reverencial y el estado de necesidad.

Es una exigencia ineludible que la declaración de voluntad emane del usuario implicado en la administración del tratamiento y no de terceras personas, aun tratándose de familiares. Para que una tercera persona pueda dar el consentimiento por el usuario se requiere que sea su representante, facultado por ley o judicialmente (art. 5 Ley 26.529; Principio 11, punto 7 de los Principios).

La obligación y la responsabilidad de evaluar las condiciones en las que el sujeto da su consentimiento incumben al profesional responsable de la práctica de que se trate. Esta obligación y esta responsabilidad no son delegables. A modo de ejemplo, FePRA establece que “La responsabilidad con respecto a las personas debe recaer siempre en el facultativo médicamente cualificado y nunca en las personas que participan en la investigación, por mucho que éstas hayan otorgado su consentimiento”. Por su parte, la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial. Recomendaciones para guiar a los médicos en la investigación biomédica en personas. (I. Principios básicos; Punto 3), adoptada por la 18 Asamblea Médica Mundial, Helsinki, Finlandia, junio de 1964 y las Enmiendas: Tokio, Japón, 1975; Venecia, Italia, 1983; Hong Kong, 1989, ratifican estos lineamientos.

- **Contenidos mínimos de un documento que plasme el consentimiento informado**

Los contenidos mínimos que debería reunir cualquier documento en el que se plasme el consentimiento informado (Principio 11, punto 2 de los Principios; arts. 3 y 5 Ley 26.529), son:

1. Nombre y apellido del paciente y del profesional de la salud que informa.
2. Naturaleza de la problemática (estado de salud, diagnóstico y evaluación).

3. Tratamiento a realizar y objetivos que se persiguen (procedimiento propuesto, método, objetivos, duración).
4. Beneficios que razonablemente se pueden esperar del tratamiento.
5. Información sobre riesgos y probables complicaciones (riesgos, molestias, dolores, incomodidades, efectos adversos, secuelas, todos ellos previsibles).
6. Planteo de alternativas de tratamiento, especificando sus riesgos y beneficios (se deben especificar las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los procedimientos alternativos señalados).
7. Satisfacción del paciente por la información recibida y evacuación de sus dudas.
8. Fecha y firma aclarada de los profesionales tratantes, paciente y representante legal en caso de que fuere necesario, siempre en el marco de la historia clínica del paciente.<sup>36</sup>

En caso de que el formulario sea completado en el contexto de un encuentro terapéutico con un profesional forense, deberá adecuarse a los lineamientos de la doble obligación que pesa sobre aquél. Es decir, que deberá contemplar un punto en donde se explique la naturaleza de la función forense y los límites que se imponen sobre el deber de confidencialidad por parte del profesional, a los efectos de no producir un engaño en el paciente. En lo que hace a los restantes puntos, deberá tratar de cumplirse con ellos en la forma más acabada posible, con las limitaciones que se desprenden de la función pericial del forense.

36- Es de suma importancia que quede estrictamente asentado en la historia clínica del paciente y bajo las exigencias que sobre ella operan, conforme la ya mencionada Ley Nacional de Derechos del Paciente N° 26.529, Cap. IV "De la historia clínica", arts. 12 y ss.

- **El carácter complejo y omniabarcador del consentimiento informado**

En el último punto cabe destacar que **no basta con la mera firma** del paciente en un documento escrito, sino que se debe registrar su decisión y las discusiones que han tenido lugar, en forma minuciosa.

Se debe ir más allá aún y especificar que, pese a lo indicado en el enunciado anterior, el consentimiento es un proceso continuo y no una decisión de una sola vez, susceptible de ser plasmada en la rúbrica de un documento. La firma de un documento en donde conste el consentimiento informado es una, y solo una, de las modalidades en las que se debe asentar este derecho y que involucra el diálogo permanente, el suministro de información en forma continua, la contención del paciente, a los efectos de que pueda decidir libremente su tratamiento, entre otros elementos.

- **Revocabilidad**

Como consecuencia del carácter continuo del consentimiento informado como eje del tratamiento, se desprende que el paciente puede formular nuevos interrogantes a lo largo del procedimiento médico y revocar el consentimiento cuando así lo considere, siempre que preserve la capacidad para hacerlo. Es esa una muestra clara de que no se trata de un momento estanco en el que se ratifica el tratamiento a realizar sin más, sino que se trata de un pilar que se encuentra presente en forma continua.

Así, el usuario tiene el derecho de revocar su consentimiento prestado con anterioridad (art. 2 inc. e, Ley 26.529). En ese caso la revocación debe asentarse por escrito, dejando constancia en la historia clínica que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que implica. El profesional debe acatar la decisión, pero solo si se mantienen las condiciones de sa-

lud del usuario que en su oportunidad hicieron aconsejable dicho tratamiento o procedimiento (art.10 Ley 26.529).

- **Consecuencias mediatas del consentimiento informado**

El consentimiento informado busca equilibrar el poder entre el paciente y el profesional de la salud, en torno a las decisiones sobre el tratamiento. El fin buscado es devolver al paciente la capacidad de decidir sobre el curso de su atención, lograr que se comprometa y se involucre como agente activo del tratamiento.

Estos lineamientos demandan de un justo equilibrio: ni abandonar al paciente a sus propias decisiones —ya que no cuenta con las herramientas técnicas para asumir por sí solo las decisiones— ni el autoritarismo —que el profesional de la salud asuma las decisiones, por ser quien detenta los conocimientos especializados, obviando el diálogo con el paciente—.

Lo que se busca, al fin y al cabo, es democratizar el abordaje de la salud.

#### **4.2.a. Plexo normativo internacional en materia de consentimiento informado**

Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas —ya citados— establecen en su principio X “... en toda circunstancia, la prestación del servicio de salud deberá respetar los principios siguientes: confidencialidad de la información médica; autonomía de los pacientes respecto de su propia salud; y consentimiento informado en la relación médico-paciente”.

Los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental,<sup>37</sup> en el principio II disponen:

“1. No se administrará ningún tratamiento a un paciente sin su consentimiento informado (...) 2. Por consentimiento informado se entiende el consentimiento 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”. Para luego afirmar que “9. Cuando se haya autorizado cualquier tratamiento sin el consentimiento informado del paciente, se hará no obstante todo lo posible por informar a este 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 tratamiento” y que “10. Todo tratamiento deberá registrarse de inmediato en el historial clínico del paciente y se señalará si es voluntario o involuntario”.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>38</sup> dispone en su art. 5 bajo el título Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes:

“1. Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su consentimiento libre e informado”.

---

Resolución 46/119, del 17 de diciembre de 1991.

38- Aprobada por la Asamblea General de la ONU, Resolución 61/106. Nueva York, 13 de diciembre de 2006. Aprobada por Ley Nacional N° 26.378. Sanción: 21/5/2008. Promulgación: 6/6/2008. BO 9/6/2008.

---

37- Adoptados por la Asamblea General de la ONU,

Mientras en su art. 25, apartado d) establece para los Estados Partes: “Exigirán 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, entre otras formas, mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad, a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado”.

Por su parte, el informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 28 de julio de 2008 (A/63/175) señala que en el contexto médico las personas con discapacidad sufren con frecuencia graves abusos y violaciones de su derecho a la integridad física y mental, en particular, a través de experimentos o tratamientos dirigidos a corregir y a aliviar discapacidades concretas. En esa lógica, se establece que: “La práctica de la lobotomía y la psicocirugía pueden servir de ejemplo. Cuanto más invasivo e irreversible sea el tratamiento, mayor será la obligación de los Estados de garantizar que los profesionales de la salud administren cuidados a las personas con discapacidad solo si éstas han dado su consentimiento libre e informado.

En el caso de los niños, los Estados deben garantizar que los profesionales de la salud solo realicen esas intervenciones si tienen un fin terapéutico, redundan en el interés superior del niño y cuenta con el consentimiento libre e informado de los padres —si bien no hay que tenerlo en cuenta cuando el tratamiento es contrario al interés superior del niño—.

En todos los demás casos, el Relator Especial señala que estos tratamientos pueden constituir

tortura, o trato cruel, inhumano o degradante”.

Luego, en el Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, titulado “El derecho a la salud y el consentimiento informado”, presentado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 10 de agosto de 2009, se establece que:

“... el consentimiento informado es fundamental para lograr el disfrute del derecho a la salud mediante prácticas, políticas e investigaciones en las que se respete la autonomía, la libre determinación y la dignidad humanas.

Un entorno favorable en el que se asigne prioridad al consentimiento informado entraña la vinculación del asesoramiento, las pruebas y el tratamiento para crear un proceso continuo y eficaz de atención voluntaria de la salud. La salvaguardia del consentimiento informado en todas las etapas de la atención de salud es una obligación que recae sobre los Estados y sobre las terceras partes que se ocupen del respeto, la promoción y el ejercicio del derecho a la salud.

Ello requiere que los Estados garanticen una información plenamente disponible, aceptable, accesible y de buena calidad, que se transmita y sea comprendida en virtud de medidas de apoyo y protección tales como el asesoramiento y la intervención de redes comunitarias”.

El Relator Especial examina la evolución del consentimiento informado y analiza sus principales componentes en la sección II. En la sección III trata sobre el papel del consentimiento informado en la realización del derecho a la salud y sobre las cuestiones particulares, los derechos y los deberes que atañen a los Estados y a los proveedores de servicios de salud para garantizar el consentimiento informado en la práctica clínica, la salud pública y las investigaciones médicas. En la sección IV aborda la necesidad de que en la legislación, en la política y en la práctica se tenga



presente la vulnerabilidad de determinadas personas, cuyos derechos se ven comprometidos a causa de desequilibrios de poder y desigualdades estructurales muy arraigados, lo que impone responsabilidades especiales a los Estados, los proveedores de servicios de salud y las terceras partes que se ocupan de garantizar la no discriminación en el ejercicio del derecho a la salud.

En la conclusión del presente informe el Relator Especial pone de relieve la importancia de otorgar prioridad al consentimiento informado, como elemento fundamental del proceso continuo de asesoramiento, pruebas y tratamiento, en la preparación de directrices para la práctica clínica, evidencias en materia de salud pública y protocolos de las investigaciones médicas, con especial hincapié en las necesidades de los grupos vulnerables.

Luego, en su resolución 6/29, del 14 de diciembre de 2007, el Consejo de Derechos Humanos prorrogó por un nuevo período de tres años el mandato del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental —el derecho a la salud—. En sus recomendaciones posteriores, el Relator Especial insta:

“a) A los Estados a cumplir sus obligaciones relacionadas con la salvaguardia del consentimiento informado mediante mecanismos legislativos, políticos y administrativos;

b) A los proveedores de servicios de salud a tener presente que, puesto que deben actuar siempre en interés del paciente, son agentes clave de la protección del consentimiento informado;

c) A los organismos nacionales e internacionales a subrayar la importancia del consentimiento informado como aspecto fundamental del derecho a la salud en las políticas y prácticas pertinentes.”

Es profusa la normativa internacional sobre consentimiento informado, así como los

informes y recomendaciones de los organismos internacionales, entre los que se destacan los informes de la Organización Mundial de la Salud y de la Organización Panamericana de la Salud.

#### **4.2.b. La normativa local en la materia**

Reconocer a las personas privadas de libertad el pleno derecho del acceso a la Salud, implica que gozan de la totalidad del arco normativo que lo asegura.

En el marco de la normativa nacional se destaca el art. 19 de la Constitución Nacional: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” y el art. 75, inc. 22: “... Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a la leyes en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” ambos amparan las previsiones del consentimiento informado.

Luego, la Ley Nacional de Derechos del Paciente N° 26.529, del 21 de octubre de 2009, en el capítulo III del consentimiento informado, que en su artículo 2 expresa que constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, la asistencia, el trato digno y respetuoso, la intimidad, la información sanitaria y la interconsulta médica. Especialmente cabe resaltar: “d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elabora-

ción o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente” y la “e) Autonomía de la Voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”.

En el art. 5 expresa que “Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

- a) Su estado de salud.
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos.
- c) Los beneficios esperados del procedimiento.
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles.
- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto.
- f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

Asimismo, establece en los arts. 6 y 7 respectivamente que “Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijan por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente”

y que a los efectos de su instrumentación “El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: a) Internación; b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) Revocación”.

En el art. 8º exige el consentimiento informado para la exposición del caso con fines académicos: “Se requiere el consentimiento del paciente o en su defecto, el de sus representantes legales, y del profesional de la salud interviniente ante exposiciones con fines académicos, con carácter previo a la realización de dicha exposición”.

Por último, se imponen las limitaciones. Así, el art. 9º prevé las excepciones al consentimiento informado: “El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales. Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo”.

Mientras por su parte el art. 10 regula la revocabilidad: “La decisión del paciente o de su representante legal, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimientos de los riesgos previsibles que

la misma implica. En los casos en que el paciente o su representante legal revoquen el rechazo dado a tratamientos indicados, el profesional actuante solo acatará tal decisión si se mantienen las condiciones de salud del paciente que en su oportunidad aconsejaron dicho tratamiento. La decisión debidamente fundada del profesional actuante se asentará en la historia clínica”.

Una práctica que permite asegurar la existencia de consentimiento informado en los casos en que la persona no se encuentra en estado de lucidez, son las directivas anticipadas, prevista en esta normativa en el art. 11: “Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados 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 eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes”.

Otra normativa nacional, específicamente en lo que hace a la salud mental, es la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657, que se destaca por prever una situación específica en la que el equipo interdisciplinario de salud puede prescindir de la voluntad de la persona, a los efectos de su internación.

La ley establece en su art. 7, inc. j el “derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten, y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado, incluyendo las alternativas para su atención, que en el caso de no ser comprendidas por el paciente se comunicarán a los familiares, tutores o representantes legales”, mientras en el inc.m, explicita el “Derecho a no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin un consentimiento fehaciente”.

Por su parte, el art. 10 refiere específicamente que “Por principio rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley”.

La más clara limitación a la necesidad de contar con el consentimiento informado de la persona —como se adelantó— es el art. 16 que regula la internación involuntaria en caso de riesgo cierto e inminente para la persona o para terceros, sin perjuicio de lo cual, la ley dota a esa situación de una estricta serie de exigencias a los efectos de resguardar los derechos de la persona internada, a saber: control judicial, intervención del órgano de revisión, representación a través de un defensor durante la internación involuntaria y obligaciones del equipo de salud a los efectos de no extender innecesariamente la internación.

En este sentido el art. 16 establece “Toda disposición de internación, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, debe cumplir con los siguientes requisitos: a) Evaluación, diagnóstico interdisciplinario e integral y motivos que justifican la internación, con la firma de al menos dos profesionales del servicio asistencial donde se realice la internación, uno de los cuales debe ser necesariamente psicólogo o médico psiquiatra; b) Búsqueda de datos disponibles acerca de la identidad y el entorno familiar; c) Consentimiento informado de la persona o del representante legal cuando corresponda”.

Cabe destacarse que a los efectos de la internación, el art. 16 aclara en su inc. c: “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”.

Por su parte, el art. 19 prevé la situación de que el consentimiento no sea libre y en tal caso esclarece que “El consentimiento obtenido o mantenido con dolo, debidamente comprobado por autoridad judicial, o el incumplimiento de la obligación de informar establecida en los capítulos VII y VIII de la presente ley, harán pasible al profesional responsable y al director de la institución de las acciones civiles y penales que correspondan”.

El Ejercicio de la Medicina y otras Disciplinas de la Salud se rige por la Ley Nacional. Nº 17.132, Publicada en el B.O. Nº 1111 el 01-01-1967, cuyo artículo 19 establece: “... que los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a, cfr. inc. 3, ‘Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo, salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz (...) Inciso 5. Promover la internación en establecimientos públicos o privados de las personas que por su estado psíquico o por los trastornos de su conducta, signifiquen peligro para sí mismas o para terceros”.

En los casos de operaciones mutilantes, el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina requería la autorización formal y expresa —por escrito— del enfermo y así en su art. 15 determina que “El médico no hará ninguna operación mutilante —amputación, castración, etc.— sin previa autorización del enfermo, la que podrá exigir por escrito o hecha en presencia de testigos hábiles (...)”.

Fueron incluidas en el Proyecto de Reforma del Código Civil realizado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo (dec. 468/92 – Adla, LII-B, 1641) dos disposiciones específicas al respecto.

“Art. 120: Nadie puede ser sometido sin su consentimiento a exámenes o tratamiento clínicos o quirúrgicos, cualquiera sea su naturaleza, salvo disposición legal en contrario”.

Art. 121: Si el paciente es incapaz de hecho o no está en condiciones de expresar su voluntad, debe recabarse el consentimiento de su representante legal, cónyuge o pariente más próximo o allegado que en presencia del médico se ocupe de él. En ausencia de todos ellos, el médico podrá prescindir del consentimiento cuando su actuación tenga por objetivo evitar un mal grave al paciente”.

En caso de negativa injustificada de las personas antes mencionadas a consentir un acto médico requerido por el estado de salud del incapaz se suplirá por “autorización judicial”. El ejercicio de los derechos del paciente en cuanto: a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica, se rige por la Ley 26.529”.

En el estricto marco de la Ciudad de Buenos Aires, rige la Ley Nº 153 “Básica de Salud” (BOCBA Nº 703, 28/5/99, reglamentada por decreto Nº 208/71) que establece en el art. 4º: Derechos. Enumeración:

“... acceso a su historia clínica y a recibir información completa y comprensible sobre su proceso de salud (...) El médico está obligado a proveer a su paciente toda la información relevante disponible, relacionada con su diagnóstico y tratamiento (...) Provista en forma oral o escrita (...) Clara y veraz (...) Conforme a las posibilidades de comprensión del asistido”.

Particularmente en el art. 4º, inciso h) establece: “Solicitud por el profesional actuante de

su consentimiento informado previo a la realización de estudios y tratamientos”.

El Decreto Reglamentario N° 208/01 dispone: “inc. h): información previa respecto a estudios o tratamientos específicos, riesgos significativos asociados y posibilidades previsibles de evolución.

También existencia de otras opciones de atención o tratamientos significativos si los hubiere.

El paciente podrá solicitar para manifestar su consentimiento informado la presencia de personas de su elección.

Toda persona mayor de 18 años en condiciones de comprender la información suministrada por el profesional puede otorgarlo.

Una síntesis de la información brindada deberá quedar registrada en la Historia Clínica o registros profesionales con fecha, firma del médico, aclaración y número de matrícula.

En idéntica forma deberá registrarse la declaración de voluntad del paciente que acepta o rechaza el estudio o tratamiento propuesto, así como el alta voluntaria si correspondiere, con su firma y aclaración. En caso de rechazo informado, deberá explicarse al paciente las consecuencias de su decisión, lo cual se registrará del mismo modo en la Historia Clínica o registros pertinentes.

En pacientes menores de 18 años o que no estén en condiciones de comprender:

El consentimiento será otorgado por su cónyuge, cualquiera de sus padres o representante legal, si lo hubiere. Si no, el pariente más próximo o allegado. Vínculo familiar acreditado con documentación. En urgencia: declaración jurada.

Solo en caso de negativa injustificada a consentir un acto médico requerido por el estado de salud del paciente por parte de las personas mencionadas, se requerirá autorización judicial.

En ningún caso el profesional deberá alentar o persuadir a un paciente a que renuncie a su derecho a dar su consentimiento informado.

Se podrá prescindir del procedimiento para obtener el consentimiento informado del paciente cuando: 1) a criterio del profesional actuante existan riesgos para la Salud Pública y 2) cuando el paciente no pueda expresar su consentimiento y la gravedad del caso no admita dilaciones, salvo que existan indicios que permitan presumir la negativa del paciente a aceptar los estudios o tratamientos propuestos.

inc. j): Solicitud por el profesional actuante de consentimiento previo y fehaciente para ser parte de actividades docentes o de investigación (resguardar la intimidad, detalle de objetivos, métodos, posibles beneficios, riesgos previsibles e incomodidades que la experiencia puede acarrear). Los pacientes deberán ser informados del derecho a rechazar su participación en las prácticas docentes o de investigación. Su consentimiento deberá registrarse en la Historia Clínica, con iguales requisitos a los anteriores”.

Resta aclarar que los códigos profesionales locales así como diversa normativa a nivel de las provincias contemplan con igual intensidad la relevancia del consentimiento informado.

#### **4.2.c. El consentimiento informado en el encuentro con el paciente privado de libertad**

En el marco del encuentro terapéutico, en forma previa a las entrevistas y consultas, los profesionales de la salud deben poner en conocimiento del paciente, en forma clara y sencilla, los alcances del tratamiento a los efectos de contar con su consentimiento informado para la práctica y evitar tanto la vulneración del derecho a la autodeterminación de aquél así como el “como si”, el tratamiento ficcional, no voluntario.

Ulteriormente, deberá requerir al paciente el consentimiento a los efectos de revelar información que surja del tratamiento en el marco

de las historias criminológicas, poniendo en conocimiento del paciente que deberá merituar eventuales perjuicios que ello le pueda acarrear en las calificaciones que le otorga el servicio penitenciario. En este sentido, podrá el paciente otorgar el consentimiento informado para que se plasme determinada información y no otra que pueda resultar perjudicial en su evaluación por las autoridades pertinentes.

Estas previsiones son de gran relevancia en tanto permiten que la persona privada de libertad pueda mantener un vínculo honesto con el profesional. De esta forma, la persona puede evitar autocensurarse en el marco del tratamiento con el profesional psicólogo, pudiendo conversar incluso sobre los hechos de la causa, sin temor a que ello sea valorado en el expediente judicial o en el curso de ejecución de la pena. En igual modo, en el marco del tratamiento con el profesional médico se evita que la persona deba tergiversar los hechos en caso de una eventual lesión ocasionada en circunstancias de haber recibido malos tratos o tortura, aun cuando no sea la voluntad del paciente realizar una denuncia contra los autores.

Cabe destacar que no se encuentra exonerado de estos requisitos de consentimiento informado y el consecuente secreto profesional, el personal de salud que pertenece al servicio penitenciario cuando actúa en el marco del tratamiento. El Protocolo de Estambul señala que el personal médico que actúa en nombre de otra parte —nombrado y pagado por una parte tercera, por ejemplo, el servicio penitenciario o la policía—, tiene la obligación de asegurarse de que el paciente comprende la situación y de explicarle el objetivo de su examen o tratamiento y que debe requerir su consentimiento para revelar cualquier información amparada por el deber de confidencialidad (punto 65 y siguientes del Protocolo).

Es aconsejable la confección de un formulario de consentimiento informado, a los efectos de incrementar las exigencias en el deber de información del interno/paciente y el aseguramiento de su derecho a decidir sobre su tratamiento.

A los efectos de relevar algunas de las experiencias que han procurado receptar estos lineamientos, se destaca lo expresado por el Sr. Subsecretario de Política Criminal y de Asuntos Penitenciarios de la provincia de Salta, Dr. Ángel Sarmiento, quien expresa que en las unidades penitenciarias a su cargo el personal médico que actúa nombrado y pagado por una tercera parte, por ejemplo, por el servicio penitenciario o la policía, tiene la obligación de asegurarse de que el paciente comprende la situación y de explicarle el objetivo de su examen o tratamiento y requerir su consentimiento, para revelar cualquier información amparada por el deber de confidencialidad (cfr. Protocolo de Estambul). Señala asimismo que se documenta por escrito el consentimiento informado de los pacientes en sus historias criminológicas y clínicas en una planilla particular en el departamento de sanidad.<sup>39</sup>

Por el contrario, el Jefe del Servicio Penitenciario de Jujuy, Inspector Martín Tapia, expresó que no se consigna el consentimiento informado de la persona en su jurisdicción.

El Director del Servicio Penitenciario de la provincia de Santa Fe, Dr. Mariano Bufarini, relató que en la provincia se diferencia al personal de salud de los profesionales pertenecientes a los Organismos Técnicos Criminológicos. Los profesionales de la salud no tienen participación en las historias criminológicas en las que trabaja el Organismo Técnico Criminológico, y sí se involucran en la historia clínica médica en donde

39- Videoconferencia “Cárceles y Derechos Humanos. El estado de las prisiones en Salta y Jujuy”, 9 de septiembre de 2010, organizada por el Centro de Estudios de Ejecución Penal e Instituto de Estudios, Formación y Capacitación de la Unión de Empleados de Justicia de la Nación.

se garantiza la confidencialidad. En el primer caso, en lo que hace a los legajos de cada interno que se encuentran en el organismo técnico criminológico, no rige la confidencialidad pese a que —tal como recordó el entrevistador Dr. Delgado— allí se suministra al interno una gran batería de tests psicológicos. El Dr. Delgado recuerda que la totalidad de los profesionales de la salud y no solo el médico, “en el marco de las historias criminológicas debieran informarle (al interno) que la información que se le suministra no va a estar amparada por ningún secreto y va a poder incluso ser usada en su contra”.<sup>40</sup>

Asimismo cabe traer a colación la experiencia del Dr. Juan Pablo Chirino, Juez de Ejecución Penal de Río Negro, de Daniel Vergez, Comisario General, Director de las Unidades Penitenciaria de la Provincia de Neuquén y de la Lic. Carlotta Marambio de la provincia de Chubut.

Vergez expresó que la mayor cárcel de Río Negro, que es la de Gral. Roca, no tenía siquiera historias criminológicas y hoy distan de estar completas, por lo que están en proceso de confección. No dejan asentado el consentimiento informado de los internos. Indicó que “La atención médica que se realiza dentro la unidad de detención es atención medica primaria, es decir, se toma conocimiento de una patología o de un interno y se lo deriva a través del ministerio de salud. Dentro del ámbito de la provincia de Neuquén, está previsto este tipo de situaciones que exigen consentimiento del paciente sobre algunas cuestiones que son parte de su vida privada dentro de su patología como por ejemplo el SIDA u otras situaciones las cuales quedan dentro de ese ámbito. Dentro de las historias criminológicas, pero en general, en Neuquén está conformado por un gabinete que no es dependiente de la Dirección de Unidad de Detención

sino, si bien somos partícipes, están dentro del Ministerio de DDHH, la Secretaria de DDHH”.

Por su parte, el Dr. Chirino señaló que tampoco se plasma el consentimiento informado en la provincia de Neuquén ni en el marco de las historias criminológicas ni en las entrevistas del Cuerpo Médico Forense. Por último, del relato de la Lic. C. Marambio se desprende que tampoco en Chubut se encuentra asentada esta práctica.<sup>41</sup>

En la línea de materialización del Protocolo, sí se destaca la labor de la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN) en lo que hace a la creación de un procedimiento para la investigación y documentación eficaces de casos de tortura y malos tratos, establecido en base a los principios y criterios del Protocolo de Estambul. La investigación y documentación de los casos de tortura se efectúa previa conformidad de la supuesta víctima, mediante la firma de un “consentimiento informado”, donde también se le pregunta si acepta ser revisado por un médico de la PPN para que constate las lesiones, así como si quiere presentar denuncia penal. Toda la información resultante se registra en la base de datos de casos de tortura y malos tratos investigados y documentados por la PPN.

En el año 2010 se abrieron un total de 306 expedientes en aplicación de este Procedimiento, de los cuales 109 casos solicitaron a la PPN la formulación de denuncia penal.

Conforme lo plasmado por la PPN en lo que hace a la entrevista con el privado de libertad ante la noticia de un posible caso de tortura, se dispone que el área Protección de los Derechos Humanos designe un investigador, que mantendrá una primera entrevista con la supuesta víctima. Se establece que: “Esa entrevista será

40- Ibidem, Segunda videoconferencia.

41- Conferencia celebrada por el Dr. Sergio Delgado, disponible en: <http://cep-uba-actividades.blogspot.com/p/normal-0-21-buenos-aires-sergio-delgado.html>

personal e individual, tendrá lugar cuanto antes y deberá efectuarse —siempre— en condiciones tales que la persona a entrevistar se sienta libre y segura para exponer su caso. En la medida de lo posible, la entrevista será grabada con conocimiento del interno (de lo contrario, el investigador tomará notas).

El investigador explicará a la supuesta víctima las funciones de la PPN y la instará a que relate los hechos, evitando que sus observaciones y preguntas induzcan las respuestas del entrevistado.

Se sugiere —en primer lugar— escuchar el relato del preso, dejando que éste lleve la iniciativa. Paralelamente o a continuación deberán formularse las preguntas que resulten necesarias para completar la información mínima indispensable que será incorporada a la base de datos.

Es relevante, a su vez, registrar las demandas que tenga la supuesta víctima. Así como aclararle qué es lo que la PPN puede hacer —y qué no puede hacer— para canalizar y/o solucionar esas necesidades.

También deberá preguntarse al entrevistado —luego de las explicaciones necesarias— si presta su consentimiento para someterse a un examen médico, para efectuar la denuncia penal y/o para investigar y documentar su caso con reserva de identidad, asentando sus respuestas en el formulario “Consentimiento”. En cada caso se le explicará el alcance del procedimiento que se va a seguir, así como los riesgos que éste implica”.

A ello se agrega, que en caso de realizarse exámenes psicológicos a la presunta víctima, “se requerirá el consentimiento informado del interesado, conforme las pautas antes señaladas, atendiendo a su vez —en lo pertinente— el Capítulo VI del Protocolo de Estambul”.

En el documento de regulación se define consentimiento informado como “declaración de voluntad mediante la cual la persona priva-

da de su libertad expone su conformidad con someterse a un examen médico y/o psicológico, y manifiesta su intención de prestar testimonio acerca de los hechos de los que ha sido víctima.

La condición para que esa declaración tenga validez es que el declarante cuente con información suficiente para decidir y que lo haga sin estar sujeto a presiones que restrinjan su libertad para hacerlo. Para asentar esta declaración de voluntad se contará con un formulario pre-impreso, que deberá ser llenado y firmado de puño y letra por la víctima (en adelante consentimiento)”.

Por último, cabe destacar que es primordial abarcar la problemática de adicciones de sustancias en el marco de la pena privativa de libertad, resaltándose en esa lectura la necesidad de que el abordaje sea voluntario, no susceptible de ser meritudo conforme eventuales beneficios en la ejecución de la pena (conducta/concepto), para evitar las inconveniencias del sistema de premios/castigos, y dotar de confianza a la relación terapéutica para lograr una transferencia adecuada.

El tratamiento debe poder contemplar la necesidad de la persona privada de libertad de arribar a un espacio donde prime la palabra, en un ámbito de confidencialidad. Sería incluso beneficioso alentar la atención extramuros en la modalidad ambulatoria. Deben asegurarse en ese sentido programas de protección contra el suicidio.

Asimismo, durante la permanencia del usuario en condiciones de detención debe asegurarse que los traslados no perjudiquen la continuidad del tratamiento, y asegurarse las posibilidades concretas de continuidad en el exterior de la unidad carcelaria al momento de la obtención de la libertad.

Por otro lado, es de destacar que en el marco del VI Encuentro de Jueces de Ejecución Penal,



celebrado en San Luis, en abril de 2011, la comisión N° 2 “Salud Mental y Adicciones en contextos de encierro”, particularmente en los puntos 2, 3 y 4 propuso en la materia: “2. Promover una clasificación preventiva de la población carcelaria, evitando puntualmente alojar a aquellas personas imputadas de tenencia o tráfico de estupefacientes junto a otras reiterantes o reincidentes, líderes internos o a las que se les impute —por ejemplo— la comisión de delitos violentos contra la propiedad y sean considerados referentes en el medio. El tráfico de estupefacientes en el interior de las instituciones de encierro —válido resulta aclararlo— no es atribuible exclusivamente a los internos. 3. Impulsar el tratamiento de los que así lo requieran, a través de los dispositivos asistenciales elásticos que estén previstos en la nueva ley de salud mental N° 26.657. 4. Instar a las autoridades pertinentes a que los tratamientos de carácter voluntario referidos sean realizados por profesionales ajenos a la institución carcelaria, preferentemente por personal civil”.

A modo de síntesis, es destacable mencionar que se desprende de la evaluación de la situación penitenciaria actual en nuestro país, que en la gran mayoría de las situaciones no se encuentra documentado el consentimiento en las historias criminológicas y las intervenciones de profesionales de la salud respecto del privado de libertad.

Por otro lado, en aquellas situaciones donde consta el consentimiento, se encuentra bajo la forma de planillas y/o formularios estandarizados —sin detallar en forma suficiente—, información con respecto a la modalidad de tratamiento, los riesgos/beneficios, alternativas terapéuticas conforme a la singularidad del paciente. En otros casos, el contenido es expresado en forma ambigua y se hace extensible a aspectos ajenos al tratamiento o a circunstancias que “potencialmente” pudieran ocurrir.

Otro rasgo habitual es que el consentimiento no sea otorgado por la persona usuaria que será objeto de la atención, sino por el familiar que acompaña, particularmente en los Centros de Rehabilitación de Drogadependencia (CDR).

En las situaciones donde se documentan consentimientos con información detallada sobre la modalidad de tratamiento, se evidencia que la definición de los mismos no es consensual ni examinada conjuntamente.

### **5. Atención sanitaria por profesionales civiles e independientes como único cauce viable a los efectos de plasmar efectivamente los principios proclamados.**

Ya hemos arribado entonces a la determinación de que toda persona privada de libertad tiene derecho a un servicio de salud en las mejores condiciones posibles y que el acceso al mismo no resulte ficcional, sino que se trate de un acceso genuino, y que en esa lógica dos ejes fundamentales que permiten sostenerlo y que son indicadores del buen ejercicio, son la confidencialidad y el consentimiento informado en el tratamiento.

Pues bien, en este apartado se arriesgará un poco más, en tanto se sostendrá que necesariamente deberá optarse por personal sanitario de carácter civil, para plasmar efectivamente esos lineamientos y evitar la confusión entre seguridad y derecho a la salud. Así, el carácter independiente de los servicios de salud respecto del servicio penitenciario, se impone como un requisito insoslayable para un goce genuino del derecho a la salud.

Esclarece el Dr. Sergio Delgado, que “Los completos compromisos asumidos por el Estado argentino, que ha rubricado todos los compromisos internacionales y regionales, no pueden ser cumplidos, entre otros motivos, por la mili-

tarización de instituciones claves (como lo son las penitenciarias) durante las dictaduras militares que interrumpieron el orden democrático durante el siglo XX, que no ha logrado ser revertida durante los últimos 25 años de democracia”.<sup>42</sup>

Es preciso entonces sincerarse en que no existe posibilidad alguna de que el privado de libertad se sienta seguro de denunciar situaciones de abuso, malos tratos o tortura cuando el servicio sanitario que lo asiste pertenece a la misma fuerza de seguridad que los posibles autores de tales abusos.

Continúa el Dr. Delgado: “Subsiste (...) en la Argentina la estructura “militarizada” del Servicio Penitenciario Federal, en la cual los abogados y, especialmente, los médicos y demás profesionales de la salud se encuentran subordinados en grado y ‘asimilados’ dentro de dicha estructura jerárquica al personal penitenciario que tiene trato directo y cotidiano con los internos.

Dicha estructura militarizada fue convertida, además, en una “fuerza de seguridad” por el art. 1 de la actual “ley” orgánica, la norma de facto 20.416 de 1973, antes citada que, en este aspecto particularmente relevante en lo que nos ocupa, continúa aplicándose cual si fuera una ley de la Nación Argentina.

El efecto jurídico más importante de esta última transformación ha sido asignar a las propias autoridades penitenciarias, como ‘fuerza de seguridad’, el rol de auxiliar de la justicia y, consiguientemente, la función de elaborar la prevención sumaria en las causas en las que se investigan delitos de acción pública ocurridos en el ámbito carcelario, entre otros, la posible aplicación de tormentos”.<sup>43</sup>

42- Delgado, Sergio, “La obligación de investigar ante la existencia de una denuncia o de razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura”, en *Revista Tariyawi* -IEFyC- UEJN, Tomo I, 2010, p. 37 y ss.

43- *Op.cit.* p. 48

Al respecto informa la Comisión Provincial por la Memoria que “Existe una gran cantidad de hechos no informados, como tampoco sus consecuencias. Esa cifra negra encubre los casos de torturas o malos tratos (...) Producen fuertes sufrimientos físicos y psicológicos, lastiman, lesionan, dejan marcas en el cuerpo y la subjetividad (...) de los 590 detenidos entrevistados, 373 (62%) han sufrido lesiones en su cuerpo como consecuencia de las agresiones físicas y torturas provocadas por agentes penitenciarios (...) ninguno de estos casos fue informado por el Servicio Penitenciario”.<sup>44</sup>

A todo efecto deberá reformarse la Ley 20.416, arts. 5, inc. a) y art. 41. iii que abordan la salud carcelaria como funciones específicas del servicio penitenciario. Cabe destacar que la ley fue sancionada durante un gobierno de facto, en 1946.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente “Bayarri c/ Argentina” (2008) dispuso en su considerando 92 que “... Es indispensable que el Estado actúe con diligencia para evitar las prácticas de tortura, tomando en cuenta, por otra parte, que la víctima suele abstenerse, por temor, de denunciar los hechos. A las autoridades judiciales corresponde el deber de garantizar los derechos del detenido, lo que implica la obtención y el aseguramiento de toda prueba que pueda acreditar los actos de tortura. El Estado debe garantizar la independencia del personal médico y de salud encargado de examinar y prestar asistencia a los detenidos de manera que puedan practicar libremente las evaluaciones médicas necesarias, respetando las normas establecidas en la práctica de su profesión”.

Es de recordar en este punto que los fallos de la Corte Interamericana son de cumplimiento obligatorio para los Estados Partes (cfr. arts.

44- *Op.cit.* p. 59-61

62.3 y 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Nuestra Corte, por su parte, ratificó el criterio en el precedente “Espósito”, donde estableció explícitamente que “... la decisión [de la CoIDH] resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional” (párr. 6). Luego en los fallos “Simón” y “Arancibia Clavel” ratificó la obligatoriedad de los pronunciamientos de la CoIDH, haciendo hincapié en que, en caso contrario, se haría incurrir a la Argentina en responsabilidad internacional.<sup>45</sup>

Pero entonces bien, qué recaudos debe cumplir el personal médico intramuros a los efectos de satisfacer la exigencia de independencia a la que hace referencia el alto tribunal.

Entre los Principios y Buenas Prácticas para la Prevención de los Privados de Libertad de las Américas, se destaca el mencionado Principio X que establece que “el Estado deberá garantizar que los servicios de salud proporcionados en los lugares de privación de libertad funcionen en estrecha coordinación con el sistema de salud pública, de manera que las políticas y prácticas de salud pública sean incorporadas en los lugares de privación de libertad”.

A su vez, en el Principio XX se dispone respecto del personal de los lugares de privación de libertad que “... Se garantizará que el per-

sonal esté integrado por empleados y funcionarios idóneos, de uno y otro sexo, preferentemente con condición de servidores públicos y de carácter civil”.

En las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos se destaca el ya citado artículo 22.1 en tanto establece que “Los servicios médicos deberán organizarse íntimamente vinculados con la administración general del servicio sanitario de la comunidad o de la Nación”.

Luego, en su último informe respecto de nuestro país en el período 1988- 2005, el Comité estableció entre los motivos de preocupación sobre la situación carcelaria actual, en el punto 6.m) “La falta de independencia del personal médico de los establecimientos penitenciarios, quienes pertenecen a la institución penitenciaria”. Y como recomendación ante ello, en el punto 7.m), que el país “Adopte las medidas necesarias para garantizar la presencia de personal médico independiente y calificado para llevar a cabo exámenes periódicos de personas detenidas”.<sup>46</sup>

En este punto y retornado a la responsabilidad internacional del país ante los pronunciamientos de los tribunales internacionales, debe tenerse en consideración que Argentina ratificó sin reservas la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, con fecha 24 de septiembre de 1986 y ya en la reforma constitucional de 1994, la incorporó en el bloque de constitucionalidad, a través del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional.

Por su parte, la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su visita a la Argentina del 7 al 10

45- Específicamente en el caso “Simón” la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretó un informe de la Comisión de Derechos Humanos en base a los lineamientos sentados por la Corte Interamericana en el fallo “Barrios Altos”, entendiéndolo que es la Corte la que traza la forma de interpretación de los informes de la Comisión. Ya en el año 2003 y a partir de una demanda interpretativa, la Corte explicitó que los fallos de la Corte son de aplicación general para todos los Estados y no únicamente para el Estado Parte. Es entonces que la Corte Interamericana tiene una función interpretativa de las normas de derechos humanos y simultáneamente traza una línea jurisprudencial aplicable para todos los casos similares.

46- Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países de América Latina y el Caribe (1988-2005), p. 56 y 58.

de junio de 2010 se expidió en estos términos: "... insta al Estado a tomar las medidas necesarias para proveer a las clínicas de las unidades penitenciarias de infraestructuras sanitarias adecuadas; de recursos humanos indispensables; de medicamentos e insumos médicos suficientes para cubrir las necesidades de la población penitenciaria; y de seguridad que garantice la integridad física del personal. La Relatoría quiere destacar que las personas privadas de libertad tienen derecho a la salud, en particular, a la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; a la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; y al acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos. Además, se recomienda al Estado proveer atención médica regular a las personas detenidas en dependencias policiales".<sup>47</sup>

Las Normas del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) afirman respecto de la independencia profesional: "71. El personal sanitario de una prisión es potencialmente un personal en riesgo. Su deber de cuidar a los pacientes (presos enfermos) puede entrar a menudo en conflicto con las consideraciones de la dirección y seguridad de la prisión. Ello puede dar lugar a difíciles cuestiones y elecciones éticas. Con el fin de garantizar su independencia en los asuntos de asistencia sanitaria, el CPT considera importante que dicho personal sea alineado tan estrechamente como sea posible con el servicio de asistencia sanitaria".

El ya referido Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, entiende que "Las administraciones penitenciarias deben asegurarse de que los reclusos tengan acceso al personal médico calificado, suficiente tanto en número como

en especialización, para satisfacer sus necesidades. Normalmente, el mejor modo de conseguirlo es estableciendo relaciones con los prestadores de atención sanitaria de la población civil".

Y agrega: "El personal médico que trabaja en las prisiones no es parte del personal disciplinario o administrativo de la prisión. En aquellas jurisdicciones en las que el personal médico es contratado directamente por la administración penitenciaria, deberá estar encuadrado en una estructura organizativa independiente de la prisión".<sup>48</sup>

En 1993, la Asociación Médica Mundial adoptó una declaración sobre los cacheos físicos de los internos que manifiesta, entre otras cosas, que la obligación del médico de prestar atención profesional "no debe verse comprometida por la obligación de participar en el sistema de seguridad de la cárcel". En la medida en que sea necesario realizar exámenes de las cavidades del cuerpo, éstos deberán ser realizados "por un médico distinto al que atiende al preso".<sup>49</sup>

Por último, cabe agregar que en el marco del VI Encuentro de Jueces de Ejecución Penal celebrado en San Luis en abril de 2011, en la comisión N° 2 "Salud Mental y Adicciones en contextos de encierro", se acordó en el punto 4 "Instar a las autoridades pertinentes a que los tratamientos de Salud de carácter voluntario referidos sean realizados por profesionales ajenos a la institución carcelaria, preferentemente por personal de los servicios de salud de la esfera nacional, provincial o municipal".

En esta línea se expidió asimismo la Comisión N° 4, que señaló la necesidad de: "1. Constituir una comisión de estudio tendiente a elaborar los proyectos de ley necesarios para democratizar

47- Comunicado de prensa N° 64/10 titulado "Relatoría de la CIDH constata graves condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires".

48- Coyle Andrew, *op.cit.*, p. 56.

49- Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre los Exámenes Físicos de los Presos, Asociación Médica Mundial, 1993 y revisado en la 170ª sesión del consejo en Divonneles-Bains, Francia, mayo de 2005.

la estructura orgánica del Servicio Penitenciario Federal y de los Servicios Penitenciarios Provinciales militarizados por normas de facto actualmente vigentes. Encomendar a esa comisión el estudio de los proyectos de ley que actualmente son considerados por la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados de la Nación y promover su participación en las reuniones de trabajo que se lleven a cabo en dicho ámbito. 2. Dirigirse al Procurador Penitenciario de la Nación, solicitando tenga a bien considerar la conveniencia de presentar nuevamente a consideración del Congreso de la Nación el proyecto de Ley elaborado por la APDH de reforma de la ley de facto orgánica del SPF, que mereciera dictamen favorable de la comisión de legislación penal y que, actualmente, ha perdido estado parlamentario (...) 5. Dirigirse a las autoridades nacionales y provinciales con competencia en el área de las instituciones penitenciarias, instándolas a transferir a otras áreas específicas de la administración pública al personal profesional de aquellas —mediante comisiones de servicio, adscripciones o las modalidades que se estimen pertinentes— a fin de que continúen prestando sus funciones relativas al tratamiento penitenciario, asistencia clínica y prevención de la tortura, —en estos dos últimos, médicos y psicólogos— sin dependencia jerárquica del personal a cargo de la seguridad de los establecimientos”.

Así las cosas y asentados en la normativa internacional pertinente, es posible afirmar que únicamente el carácter civil del personal sanitario puede evitar el encubrimiento de casos de torturas y asegurar la efectiva provisión de servicios de salud/salud mental a las personas privadas de libertad, conforme los objetivos que encarna el Protocolo de Estambul.

## 6. Reflexiones a propósito de un esbozo de conclusión.

Los instrumentos normativos analizados en el presente trabajo constituyen una herramienta sólida y fundada en un amplio consenso de la comunidad internacional, a los efectos de evitar que la pena privativa de libertad legitime la aplicación de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes en el marco del encierro.

En esa lógica permiten nutrir de fundamento técnico-jurídico a las políticas públicas y las demandas de organizaciones sociales y personas comprometidas con la problemática, en una orientación destinada a paliar la vulneración de derechos a la que es proclive la persona que se encuentra en una situación de suma vulnerabilidad en el marco de la pena privativa de libertad.

Ahora bien, en esta línea de acción, se impone el análisis de la institución carcelaria en sí misma. En este punto se advierte que el encierro profundiza los niveles de vulnerabilidad psicosocial, particularmente frente a la selectividad del poder punitivo. Produce rupturas en el lazo social, redundando en profundos impedimentos para la posterior inclusión social y genera patologías vinculadas al encierro, entre otros efectos. Es decir, que la mera situación de encierro —aun cuando medie el mayor respeto por los derechos fundamentales de la persona— determinará un deterioro de la salud psíquica de la persona.

Es en esta lógica y sin perjuicio de la necesidad de reivindicaciones constantes, tendientes al efectivo respeto por los derechos humanos de las personas privadas de libertad —entre ellas la salud física y la salud mental—, es preciso buscar modalidades alternativas a la pena privativa de libertad. Así, parafraseando a Radbruch, podríamos decir que en la búsqueda de otras respuestas a los conflictos penales que se suscitan en nuestra sociedad debemos no solo pensar una cárcel mejor, sino algo mejor que la cárcel.

Año 5  
NÚMERO 7  
JULIO  
DE 2015

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA

---

Dra. Andrea Lombraña y Lic. Fernando Pérez Ferretti\*

---

# La salud mental como campo de disputas: el caso de los servicios psiquiátricos en cárceles federales.

*“El área de los derechos humanos no es un área cómoda en la realidad argentina (...) Se dirá más bien que es incómodo por lo menos en dos sentidos (...) somos los que no queremos olvidar, los que importunamos con la memoria de hechos terribles contra la condición humana. Pero es también incómodo sostener y sostener nuestras tareas. ¡Quién quiere convivir próximo al horror y sus efectos! ¡Solamente desde una convicción ética podemos hacerlo!”*

*Fernando Ulloa*

**\* Dra. Andrea Lombraña**

Doctora en Filosofía y Letras (UBA). Becaria posdoctoral (CONICET). Integra el Instituto de Ciencias Antropológicas, Sección Etnología de la Facultad de Filosofía y Letras (UBA). Docente universitaria (UNLZ y UBA).

**Lic. Fernando Pérez Ferretti**

Licenciado en Psicología. Psicoanalista. Investigador UBACyT. Miembro del Equipo de Respuesta en Salud Mental y Apoyo Psicosocial ante Situaciones de Emergencias y Desastres (DNSMyA) del Ministerio de Salud de la Nación. Docente universitario, invitado en Capacitaciones DINESA y de la Carrera Docente (UBA).

## Los servicios psiquiátricos para *locos/as delincuentes*

---

El recorrido de los cambios históricos ocurridos en los servicios que son objeto de este artículo, comenzó con un proyecto de reforma para el Hospicio de las Mercedes —hoy, Hospital José Tiburcio Borda— durante la gestión del médico psiquiatra Lucio Meléndez, quien ocupó el puesto de director entre 1876 y 1892. Su propuesta estaba basada en la convicción de que era imperiosa la reorganización de la población

del hospital y su distribución en alojamientos diferenciales según su condición clínica. Luego de una serie de reformas edilicias, se establecieron espacios destinados a: “pensionistas tranquilos, semiagitados, destructores, furiosos, convalecientes, epilépticos, paralíticos, crónicos y finalmente, alienados delincuentes o locos criminales” (Ingenieros, 1957).

El siguiente director del Hospicio, Dr. Domingo Cabred (1893-1918), continuó con las reformas iniciadas en la gestión anterior dejando entrever en sus decisiones un pensamiento adelantado para la época: “Los alienados llamados delincuentes deben ser asistidos en los asilos comunes y no en secciones especiales de las cárceles...”, según afirmó en el Congreso Nacional de Antropología Criminal, celebrado en Ginebra en 1896. Para esta población en particular, había comenzado a construirse un edificio especial que demandó siete años de trabajo y fue inaugurado en 1899, con el nombre de Pabellón Lucio Meléndez.

El pabellón quedó a cargo del hospital neuro-psiquiátrico hasta el año 1962, cuando debido a una huelga general del personal de Salud Pública, la dirección del mismo, a cargo del Dr. Omar Ipar solicitó la colaboración de la Dirección Nacional de Institutos Penales para asegurar la atención y custodia de la población en el Pabellón Meléndez. Dicho organismo resolvió entonces enviar cuatro enfermeros pertenecientes al Instituto de Clasificación, un oficial del cuerpo general y dos subayudantes que revistaban en la Prisión de la Capital Federal (Unidad N°16), datos que pueden relevarse en los documentos del propio Servicio Penitenciario Federal (SPF).

En 1967 los detenidos en el Instituto de Clasificación en la Cárcel de Encausados que padecían algún tipo de “enfermedad mental” fueron derivados al pabellón Lucio Meléndez, debido

a la falta de alojamiento adecuado para darles tratamiento. A partir de este evento se sucedieron una serie de acciones mancomunadas entre las autoridades del hospital —en manos de una gestión que consideraba ahora un problema a la población de *locos delincuentes*, para el desarrollo de su trabajo asistencial— y las autoridades penitenciarias, tendientes a que toda la población alojada en el hospital y en conflicto con la ley penal, estuviese a cargo del servicio penitenciario.

Así, el 31 de mayo de 1968 se celebró un convenio (ratificado por Decreto N° 1962/69), entre la Secretaría del Estado de Salud Pública y el Instituto Nacional de Salud Mental del Ministerio de Bienestar Social por un lado, y la Secretaría del Estado de Justicia y la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal del Ministerio de Justicia por el otro, que transfirió el edificio, las instalaciones y los bienes muebles de los pabellones Lucio Meléndez y Chiarugi a la órbita de la Dirección Nacional del SPF. Este convenio fue ampliado en 1979 a través del Decreto 648/80, e incorporó la transferencia del pabellón Servicio Trece. A partir de entonces se resolvió denominar a la unidad así conformada, como Servicio Psiquiátrico Central de Varones Unidad N° 20, y alojar allí a internos-pacientes con enfermedades mentales de larga duración y/o crónicas.

En ese mismo decreto, se estableció la cesión provisoria del Pabellón Estévez Balado del Hospital Nacional Braulio Moyano a la órbita de la Dirección Nacional quedando conformado como unidad diferenciada recién en 1980, el Servicio Psiquiátrico Central de Mujeres, Unidad N° 27. En este caso no se trató de una transferencia, como sí sucedió en el caso del servicio de varones, sino de una concesión provisoria del edificio, situación por la cual su estructura edilicia no podría ser reformada ni modificada. Dicho servicio se creaba con la fi-



nalidad de alojar procesadas y condenadas “con indicios de enajenación mental (...) sobreesididas por la Justicia Penal Nacional por aplicación del artículo 34, inciso 1° del Código Penal [inimputables] (...) que se encuentren afectadas en forma de alienación mental de larga duración y crónicas (...) que padezcan afecciones mentales agudas de corta evolución (...) con personalidad psicopática (...)” (Boletín Público N° 1345/80).

Ambos servicios se erigieron como las únicas unidades federales destinadas a la población penal con problemáticas vinculadas a la salud mental. Con su puesta en funcionamiento, la primera población que acogieron estuvo conformada por todas aquellas personas ya internadas en los Hospitales Borda y Moyano, que “por su alta peligrosidad no (...) [lograban] convivir con otros/as internos/as en las restantes dependencias del hospital” (GESPyDH, PPN y CCT/CPM 2013:382)<sup>1</sup>. Cada servicio tenía diferente capacidad de alojamiento. Mientras que el servicio de varones estaba en condiciones de asilar aproximadamente a cien (100) personas, el servicio de mujeres solo podía hacerlo con veinte (20), condición que se mantuvo hasta hace pocos años.

### **El servicio psiquiátrico de varones: la Unidad 20.**

El servicio psiquiátrico de varones<sup>2</sup> estu-

1- Grupo de Estudios sobre Sistema Penal y Derechos Humanos, (GESPyDH). Procuración Penitenciaria de la Nación, (PPN). Comité contra la Tortura / Comisión Provincial de la Memoria (CCT/CPM).

2- En este apartado y el siguiente se reconstruyen las condiciones de los servicios psiquiátricos y los datos sobresalientes de la vida en estos penales antes de las reformas de los años 2007 y 2011, en base a diversos informes y documentos relevados durante el trabajo de campo y relatos obtenidos en entrevistas realizadas en el

vo emplazado hasta el año 2011 en uno de los sectores más alejados de la puerta de entrada principal al Hospital Borda. Rodeando el edificio se levantaba un cerco perimetral de aproximadamente tres metros de alto que terminaba en un alambrado de púas y dejaba a este servicio separado del resto del centro asistencial. Los agentes de seguridad externa custodiaban estos límites desde tres puestos de control, armados con escopetas y pistolas, a la vista de cualquier visitante.

La Unidad 20 estaba organizada en tres sectores. El primero de ellos ubicado en la planta baja del edificio, se trataba de un pabellón abierto donde se alojaban los internos que el SPF consideraba “adaptables”: drogadependientes y personas con trastornos de la personalidad. Este era el espacio mejor conservado de todo el penal. Los internos alojados en este sector solían realizar tareas laborales —de limpieza o cocina— y educativas dentro del penal.

En la misma planta estaban dispuestas las tres Salas Individuales de Tratamiento (SIT) —*buzones o leoneras*—: una serie de habitaciones diminutas de dos metros por un metro y medio, que solían ser utilizadas para aislar a los recién llegados hasta decidir dónde ubicarlos, o bien a aquellos que por razones disciplinarias, el SPF decidía separar del resto de la población. Allí pasaban diez o más días, sin ropa y fuertemente medicados, sin luz natural, sin ventilación suficiente, sin agua corriente ni instalaciones sanitarias. Según algunos informes, a quienes eran detenidos allí se les daba una botella de plástico cortada para comer y otra para orinar. En uno de esos documentos, un ex detenido en la unidad dice acerca de las celdas de aislamiento: “Un lugar donde te desnudan y te dan la bienvenida. Diez. Veinte tipos. Guardias peni-

mismo contexto con profesionales y agentes penitenciarios que han trabajado allí por aquellos años.

tenciarios golpeándote (...) Ahí permanecen una semana haciendo sus necesidades en el piso (...) Dos o tres veces en el día vienen y te sacan. Te duchan con agua helada o muy caliente. Después te largan otra vez al buzón. Desnudo. No tenés toalla para secarte. Ni siquiera podés usar el colchón porque está plastificado. Estás vos con tu cuerpo y las paredes (...) Perdés la noción del tiempo, del espacio. No sabés dónde estás (...) La comida te la tiran en el piso. Por un pasaplato. Comés con las manos. Como un perro. El guiso lo agarrás con los dedos. Con el pan. Con la boca. Ahí te volvéis un animal. Algunos parecen fieras ensañadas contra sí mismos. Pero en **buzones** es imposible que te autoagredas. Porque hasta esa posibilidad te sacan” (Cai-me, 2013: 93 y 94).

En la planta alta estaban las seis celdas comunes destinadas al alojamiento de la población con enfermedades mentales graves, en su mayoría con diagnóstico de psicosis o patologías orgánicas cerebrales. Cada celda tenía una capacidad máxima de seis (6) personas, pero solían ser ocupadas por hasta once (11) internos; de forma que varios de ellos no tenían otra opción que dormir en el suelo sobre colchones ubicados uno junto a otro (Amendolaro *et al.* 2005). En vez de puertas, cada celda tenía una reja, que la separaba del angosto corredor cuyas ventanas ofrecían la escasa luz y ventilación de toda la planta. El único baño era compartido,<sup>3</sup> y su uso era permitido solo durante el día cuando las rejas estaban abiertas. La mayoría de las personas que pasaron por allí —en condición de detenidos, trabajadores penitenciarios o profesionales— recuerdan particularmente el olor nauseabundo del lugar, la falta de oxígeno y las cucarachas que caminaban por todos lados.

3- Algunos relatos refieren la presencia de letrinas sin puertas dentro de algunas celdas, pero las recuerdan rotas y fuera de funcionamiento.

La unidad contaba con algunos espacios comunes: una sala de estar —usada como dormitorio por falta de espacio—, un patio —donde funcionaban los talleres de trabajo y un par de habitaciones más destinadas al sector de educación —la dirección, un aula y una biblioteca—. Algunos talleristas aún recuerdan que para trasladar a los internos hacia estos sectores, debían llenar unos formularios específicos —*boletas*— todas las semanas con los datos de quienes debían concurrir, y entregárselas al personal de seguridad para efectivizar su presencia.

Si bien la Unidad 20 contaba con una capacidad máxima de alojamiento de ochenta y siete (87) personas, los informes revelan que en junio de 2004 albergaba a ciento cincuenta y ocho (158) internos, en junio de 2005 a ciento veintiocho (128), en septiembre de 2006 a ciento catorce (114) y en junio de 2007 a ciento veintinueve (121) (CELS y MDRI, 2008). Es decir que el servicio sufrió de manera constante situaciones de severa sobrepoblación, que fluctuaba entre el 50% y el 30% según el año en cuestión.

Los internos alojados allí tenían una procedencia diversa. La primera vía de ingreso a la unidad era la derivación directa desde comisarias, situación que se daba “... cuando una persona cometía un delito y era apresada en el momento, y las circunstancias daban para pensar que padecía algún desequilibrio psiquiátrico, entonces el juez ordenaba que fuera trasladado aquí para que lo evaluáramos”, según lo expresara un alto funcionario penitenciario entrevistado. Otro modo de recibir internos era en forma directa desde los juzgados. En estos casos eran derivados con un diagnóstico especificado por los médicos forenses que habían participado del proceso judicial y habían aconsejado al juez su internación. Incluso llegaban allí internos de otras provincias cuyo alojamiento en la unidad era ordenado por jueces de aquellas jurisdiccio-

nes, arguyendo que no contaban con establecimientos adecuados en sus territorios. La unidad también recibía internos de otros penales, algunos ya con sentencia firme y otros procesados que “en un momento dado se desequilibraban”, comentaba el mismo funcionario. La falta de atención psiquiátrico-psicológica en las unidades penitenciarias comunes del servicio federal, dado los escasos recursos humanos y terapéuticos disponibles para afrontar casos de este tipo, explicaban las derivaciones. Durante este período, también ingresaban al Penal personas con afecciones mentales que no habían cometido delito alguno y que eran remitidas a la Unidad 20 por la justicia civil (GESPyDH, PPN y CCT/CPM 2013) con distintos argumentos. Muchos de ellos, por ejemplo, provenían de derivaciones del Borda en los casos de internos con comportamientos violentos incontrolables para el personal del hospital, por no existir ningún otro establecimiento de régimen cerrado para contener y tratar a estas personas. Como queda expresado, los criterios de admisión resultaban bastante endeble.

Así es que los diagnósticos<sup>4</sup> y las situaciones procesales de los internos de la Unidad 20 daban cuenta de la heterogeneidad de esa población. Esto, según los dichos de los propios profesionales, dificultaba la posibilidad de establecer un marco coherente para llevar adelante un tratamiento. Sin embargo, quienes pudieron relevar las historias clínicas de ese momento, advierten que casi la mitad de los internos padecían problemas de adicciones o patologías leves: en junio de 2005, por ejemplo, cuarenta y seis (46) de los ciento cuatro (104) detenidos te-

nían un diagnóstico doble de adicción a las drogas y desorden de la personalidad, y otros ocho (8) estaban diagnosticados con retraso mental moderado; en diciembre de 2004, cincuenta y seis (56) de las ciento cuarenta y seis (146) personas detenidas en esta unidad, lo estaban por estas mismas razones (CELS y MDRI, 2008). A pesar de ello, las autoridades penitenciarias reconocieron en las entrevistas la ausencia total de tratamiento específico y la carencia de recursos humanos capacitados para el abordaje de esa población. Había solo tres psiquiatras, todos ellos pertenecientes al cuerpo del SPF, para la atención del total de detenidos en el lugar.

Debido a la falta de personal calificado, las actividades recreativas y terapéuticas eran escasas y la inactividad de los internos era generalizada. Al no contar con agentes suficientes para los traslados del servicio a otros espacios, los internos solo disponían de media hora diaria para salir al patio y las comunicaciones telefónicas también eran restringidas. Era común observarlos acostados sobre sus camas o en el piso por largos períodos de tiempo, con escasos o nulos estímulos de movimiento. Si bien es cierto que el penal ofrecía educación en distintos niveles y tareas laborales de huerta y carpintería — así como también esporádicos talleres de cerámica, alfarería, marroquinería y reciclaje—, la participación en los mismos era optativa y el desplazamiento de los internos hasta los lugares comunes donde se realizaban estas actividades dependía de la voluntad del personal de seguridad: “Durante poco menos de un mes cada vez que asistía a dar mis clases al taller, el personal penitenciario tenía el tráfico cortado, lo que en la jerga significa que no se producen movimientos de internos para salidas a los espacios educativos y recreativos, por requisas en los pabellones” (Caime, 2013:23).

4- Algunos informes relevados indican que hasta el año 2007, las prácticas de diagnóstico en la unidad eran escasas, y que en aquellos casos en los que sí se realizaban, no resultaban precisos y en menos casos aún, eran volcados de forma acabada en las historias clínicas de los internos (Amendolaro *et. al.*, 2005).

Entre junio de 2004 y diciembre de 2005, en el marco de una investigación regional sobre Derechos Humanos y Salud Mental impulsada por el *Mental Disability Rights International* (MDRI) y *Human Rights Watch*, acompañada a nivel local por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), se hicieron públicas una notable cantidad y variedad de prácticas médico-penitenciarias abusivas y cruentas, que tenían lugar tanto en el servicio psiquiátrico de varones como en su par de mujeres,<sup>5</sup> que vulneraban los Derechos Humanos más básicos de los internos allí alojados y que determinaban condiciones de encierro que los investigadores definieron como de “incalificable horror” (Amendolaro *et al.* 2005: 214).

El equipo encargado de llevar adelante el relevamiento —conformado por psicólogos, psiquiatras y abogados pertenecientes a los organismos citados— efectuó tres visitas a dichos servicios. Las técnicas que utilizaron fueron la observación y las entrevistas semiestructuradas tanto con personas internadas en ambas unidades<sup>6</sup> —unas sesenta aproximadamente—, como con personal penitenciario, médico y no médico. Las visitas incluyeron además el recorrido de la totalidad de las dependencias de ambas instituciones: celdas, cocinas, baños, depósitos, etc. (Guilis *et al.*, 2006). Como producto de dicho trabajo, se publicó un informe exhaustivo y de gran divulgación en el año 2007, bajo el título “Vidas Arrasadas: La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos. Un informe sobre Derechos Humanos y Salud Mental en la Argentina”.

A modo de síntesis el documento denuncia diversas violaciones a la integridad personal, mental y moral de las personas detenidas, y el

incumplimiento del derecho a un trato digno y humano. Describe distintos casos de agresiones físicas por parte del personal, llegando incluso a dejar marcas importantes sobre los cuerpos: “... se constató que varias personas detenidas tenían grandes moretones en sus torsos y espaldas, y que una de ellas tenía puntos de sutura en su cabeza (...)” (CELS y MDRI, 2008:18); también presenta evidencia de ultrajes sexuales sobre los detenidos: “... una de las personas (...) denunció haber sido violado por un guardia y que varios guardias le habían obligado a desfilarse en ropa interior femenina y a actuar de manera afeminada para ellos” (CELS y MDRI, 2008:72). Los investigadores relevaron también un número importante de personas detenidas con carencias graves de atención médica; internos con heridas abiertas en estado de infección o portadores de VIH que no recibían la medicación correspondiente.

Otra práctica denunciada fue el uso de las SITs como modo de castigo encubiertos bajo argumentos psiquiátricos, y sin supervisión suficiente: “... los investigadores observaron a hombres encerrados en celdas minúsculas y oscuras (...) Hacía tanto calor que las personas detenidas estaban cubiertas en sudor. No había inodoros y las personas tenían que orinar y defecar en pequeñas ollas sobre el piso. Las celdas estaban sucias e infestadas con cucarachas. El único contacto con el mundo exterior era a través de una pequeña mirilla en la puerta” (CELS y MDRI, 2008:17).

La administración de medicaciones psicofarmacológicas sin consentimiento, fue otra de las intervenciones altamente cuestionadas. Un detenido le informó a los investigadores que como “castigo por ofensas menores, se le administraban fuertes tranquilizantes que lo dejaban inmovilizado por días” (CELS y MDRI, 2008:89), alentando así la cronificación del padecimiento mental. El

5- Véase apartado siguiente.

6- Estas entrevistas debieron ser realizadas en presencia permanente del personal penitenciario.

equipo registró diversas situaciones de este tipo, donde la medicalización era utilizada como herramienta de disciplinamiento y control.

Finalmente, la situación de la estructura edilicia en general y las condiciones de limpieza e higiene del lugar fue otro de los ejes identificados como problemáticos. El informe acreditó que los detenidos no contaban con disponibilidad de agua caliente, toallas ni jabón; y aseguraba que el estado de los servicios sanitarios era lamentable: "... [La] vida en este lugar no tendría nada que envidiarle a un centro clandestino de detención. Tal vez la única diferencia es que el nombre de los detenidos existe registrado en algún lugar de alguna oficina del Estado, un lugar que no suele interesarle a casi nadie". (Amendolaro *et al.* 2005:5).

Por la misma época, a mediados del año 2007, la Procuración Penitenciaria recibió una carta en la que familiares de los internos de la Sala 2 de la Unidad 20 —aquellos alojados en el primer piso del Penal— denunciaban diversos malos tratos por parte del SPF a sus seres queridos. En particular, la misiva describía como habituales el empleo de golpes o el sometimiento a duchas frías por más de media hora a los internos que se negaban a tomar la medicación, y agresiones verbales, maltrato psicológico y actitud de *verdugueo*<sup>7</sup> constante para con la totalidad de los detenidos. Atendiendo esta situación y a fin de corroborar la denuncia, la Procuración envió tres asesores a la unidad de detención

para que se entrevistasen con algunos de los internos. Como resultado, se interpuso un hábeas corpus correctivo a favor de todos los internos en ese momento alojados en el Servicio Psiquiátrico Central de Varones "por agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención".

A partir de estos dos hechos, la difusión del informe del MDRI y CELS y la intervención de la Procuración Penitenciaria, la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario decidió emprender una importante reforma en la Unidad 20 a través de la implementación del Programa Nacional de Atención al Interno con Enfermedad Mental Grave.

La modificación más importante que aportó el nuevo programa fue la inserción de un equipo civil de profesionales de la salud para el tratamiento dentro la unidad. Dicho equipo, una vez conformado, resultó interdisciplinario —estaba compuesto por psiquiatras, psicólogos y trabajadores sociales— y extenso —llegó a tener cerca de sesenta (60) profesionales en sus filas, que trabajaban en distintos turnos, los que sumados a los ciento treinta (130) penitenciarios que allí trabajaban, resultaba una cifra inmensa de personal abocado a la unidad—. El programa preveía además la creación del puesto de Coordinador Médico Civil —nombrado y supervisado directamente por la Dirección Nacional del SPF— quien sería el encargado de la articulación de los equipos de salud y del seguimiento de los casos, y contaría con un rango de autoridad similar, en términos formales, al del Director Penitenciario —quien en adelante solo debía encargarse de organizar la seguridad dentro del penal—. Así, la reforma significó todo un cambio cultural a nivel institucional, y gran parte de los esfuerzos de la nueva coordinación médica estuvieron enfocados en transformar el penal en un hospital psiquiátrico, con una modalidad de trabajo similar a

7- Se trata de un término de origen lunfardo, utilizado en el lenguaje coloquial en la zona del Río de la Plata, que alude a la acción de infligir tormentos, humillaciones o vejámenes a alguien. Su uso es bastante extendido para referir al trato que las fuerzas de seguridad ejercen sobre sus propios subalternos en la fase de entrenamiento y orden cerrado, como forma de disciplinamiento y fortalecimiento de jerarquías. A su vez, dicho término es utilizado con frecuencia en el habla cotidiana para referirse a ciertas prácticas ejercidas por las fuerzas de seguridad sobre la población en general.

la de la *residencia*<sup>8</sup> y donde el interno ahora se transformaba en paciente: “El nuevo modelo implementado en el establecimiento tiende a la separación del Servicio Psiquiátrico respecto de las autoridades penitenciarias encargadas de la seguridad, asegurándose niveles importantes de autonomía al primero en relación a los segundos. Quedan a cargo del Servicio Psiquiátrico el diagnóstico de todos los pacientes así como el diseño del tratamiento a seguir, y aún más, el alojamiento (...) se dispone con estricto criterio médico, priorizando el derecho a la salud por sobre la consideración de seguridad” (Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación 2007:15).

De la mano del programa —que contó con presupuesto proveniente del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) también se realizaron una serie de modificaciones edilicias: se retiraron las puertas enrejadas de las celdas —aunque se mantuvieron las que ofrecían acceso a los pabellones—, se modificaron las dimensiones<sup>9</sup> de las celdas de aislamiento y se mejoraron los servicios sanitarios en general.

A su vez, se confeccionó un programa de formación, perfeccionamiento y actualización de los profesionales médicos, no médicos y penitenciarios a los fines de capacitarlos sobre las problemáticas específicas de salud mental. Sin embargo, sobre este punto el informe del área

de Salud Mental de la Procuración Penitenciaria de la Nación —correspondiente al período 2009— señalaba que si bien la capacitación y formación de operadores terapéuticos resultaba pertinente, “... desde el área no se acuerda con que esta función la desarrollen agentes penitenciarios que no pertenezcan al escalafón de salud” PPN, 2009. Dejando clara su posición respecto de que los dispositivos de tratamiento debían estar en manos de profesionales técnicos de la salud mental, exclusivamente.

Finalmente, el programa desarrolló un Servicio de Observación y Evaluación Psiquiátrica (SOEP) a fin de organizar la admisión a la unidad. Dicho servicio estipulaba que todas las evaluaciones de ingreso debían contar con la presencia de al menos dos médicos psiquiatras, un neuropsicólogo y un trabajador social. Estos profesionales, luego de 72 horas de observación como máximo, debían explicitar un diagnóstico, el riesgo de auto o heteroagresión del paciente y el motivo de admisión o no admisión en base a criterios previamente determinados.<sup>10</sup> Solo se permitiría en adelante el ingreso de pacientes con episodios psicóticos agudos y subagudos de cualquier etiología, aquellos con elevado riesgo de suicidio a quienes se intentaría regresar lo antes posible a la dependencia de donde provinieran luego de su estabilización y a quienes presentaran cuadros de excitación psicomotriz de tipo maniaco, maniforme, esquizofrénico o tóxico: “El SOEP no es un lugar físico únicamente, esta estructura constituye el núcleo de diagnóstico y admisión a esta unidad psicoasistencial. Dicho dispositivo constituye la puerta de entrada a la Unidad N° 20 del Servicio Penitenciario

8- El foco estaba puesto en el trabajo intensivo sobre el grupo de profesionales (organización de “clínicas”, asambleas abiertas para la discusión de los casos, su diagnóstico y metodología de trabajo, etc.) y no tanto sobre el paciente o sus requerimientos.

9- Si bien las SITs dejaron de utilizarse para alojar a los recién llegados, las prácticas de aislamiento continuaron siendo un recurso válido para la gestión de la población de la unidad, y aun incluían regularmente la privación sensorial con restricción total o parcial de estímulos de uno o más sentidos (Caimé, 2013).

10- Establecidos en las “Normas Mínimas para el Ingreso, Egreso y Tratamiento en la Sala de Observación y Evaluación Penitenciaria” y los “Criterios de Admisión al SOEP”, ambas aprobadas mediante la Resolución N° 4974/2007 de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario de la Nación.

Federal (en reemplazo de los antiguos sectores individuales de tratamiento), una unidad destinada a la atención del paciente psiquiátrico prisionizado (...) En resumen, cuando hablamos de SOEP, hablamos de un lugar de evaluación, de un tiempo de estabilización, psiquiátrico, emocional, familiar, social...” (Ohman *et al.* 2001:207).

Se creó a su vez, a fin de alojar a todos aquellos que quedaran por fuera de los criterios de admisión al programa, pero que aun así no estuvieran en condiciones de ser alojados en unidades comunes, el Anexo Unidad N° 20 dentro del Complejo Penitenciario de Ezeiza —situado en los Pabellones C, D, E y F del Módulo 6—. Este anexo admitía pacientes con trastornos de personalidad, retrasos mentales, síntomas cerebrales orgánicos de cualquier origen incluidos demencia y epilepsias, trastornos por abuso de sustancias o antecedentes de adicciones, autoleccionados o con diagnóstico de ideación suicida o ideación de muerte. Tenía, y aún conserva, una capacidad de cuarenta y cuatro (44) plazas. Allí se desarrollaba por aquel entonces el Programa Terapéutico Integral Multidisciplinario (PRO-TIM), llevado adelante por el personal profesional del cuerpo penitenciario desplazado con la reforma de la Unidad 20, destinado a tratar a la población carcelaria con uso problemático y abuso de drogas, a través de una dinámica de comunidad terapéutica.<sup>11</sup>

11- Así se daba cumplimiento a la legislación nacional en materia de atención a la población penal con problemáticas de adicciones, antes entonces omitida: la Ley de Tenencia y Tráfico de Estupefacientes (art. 19) la cual estipula que “El Servicio Penitenciario Federal o Provincial deberá arbitrar los medios para disponer en cada unidad de un lugar donde en forma separada del resto de los demás internos, pueda ejecutarse la medida de seguridad de rehabilitación de los arts. 16, 17 y 18”; y la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (art. 185) donde se establece que los establecimientos penitenciarios deben contar con “secciones separadas e independientes para el alojamiento y tratamiento de internos drogodependientes”.

La Unidad 20 tampoco aceptaría en adelante ingresos ordenados por la justicia civil ni se mantendría dentro de la misma a los internos bajo la órbita de dicha competencia. Luego de una serie de idas y vueltas en torno a esta cuestión,<sup>12</sup> finalmente el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación determinó que los servicios psiquiátricos bajo su órbita alojarían “solamente a personas cuya internación haya sido dispuesta por magistrados del fuero Penal (...) reconociendo las funciones del Servicio Penitenciario Federal y lo establecido por los artículos 16 y 18 de la Constitución Nacional, en relación con los principios de juicio previo y juez natural”, según Resolución N°1230/2006.

Simultáneamente, la Defensoría General de la Nación creó la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional Psiquiátrico “con el objetivo de coordinar las tareas tendientes a verificar las condiciones generales de internación de pacientes psiquiátricos” y a la cual se le otorgaba la competencia en materia de control de legalidad de las mismas (Resolución DGN N° 1421/07). Dicha comisión debe velar por las condiciones generales de alojamiento de esta población y arbitrar los medios necesarios para evitar cualquier tipo de coerción que restrinja el ejercicio de sus derechos —sobre todo a la libertad—, promoviendo la desinstitucionalización de los pacientes y su reinserción social.

Si bien la implementación de la reforma implicó ciertas mejoras en las condiciones de vida de las personas alojadas en la Unidad 20, y un mayor respeto a las normativas nacionales e in-

12- Desde el año 1983 (Resolución M.J. N° 248/83) se encontraba autorizada la internación de personas dispuesta por Jueces Nacionales en lo Civil en los servicios psiquiátricos del SPF. Posteriormente, en el año 2003 (Resolución M.J.S. y D.H. N° 067/03) se revocó dicha autorización y solo continuarían recibiendo internaciones dispuestas por jueces civiles cuando se tratara de personas sobreseídas en razón de su inimputabilidad.

ternacionales, tanto en relación a los derechos de las personas privadas de la libertad como en materia de salud mental, dejó relativamente intacto el dispositivo jurídico-penitenciario que avalaba y sostenía las prácticas de encierro aquí analizadas y los modos de gobernabilidad de la población carcelaria. Esto fue muy evidente, por ejemplo, en la decisión de mantener el alojamiento en celdas de aislamiento como modo de gestionar las situaciones conflictivas, o en el sostenimiento de un grupo de profesionales —en su mayoría trabajadores sociales— pertenecientes al cuerpo mismo del SPF en el tratamiento de la población.

### **El servicio psiquiátrico de mujeres: la Unidad 27.**

---

El servicio psiquiátrico penitenciario de mujeres estuvo emplazado hasta el año 2011 en la planta alta de uno de los edificios del Hospital Moyano. Es importante destacar que el acceso a la información sobre el lugar, y sus referencias en los informes y documentos producidos por distintos organismos estatales y no estatales, es escasa y considerablemente menor al caso del servicio de varones. La descripción que se ofrece en este apartado ha sido reconstruida en su mayoría a partir de la apelación a los recuerdos de algunos profesionales y agentes penitenciarios que fueron entrevistados y por ende, carece de la precisión y la exactitud de los datos analizados en el apartado anterior.

La Unidad 27, al igual que la 20, estaba organizada en tres sectores principales. En el primer piso del edificio funcionaban dos pabellones donde las mujeres eran alojadas diferencialmente por el SPF, según criterios ligados exclusivamente a la seguridad. En ambos pabellones

el alojamiento era compartido, al igual que los baños y las duchas. Al fondo de un corredor, una reja y un puesto de control impedían a las mujeres el acceso al resto del edificio. Contaban con algunas pocas ventanas, bastante pequeñas, también enrejadas.

En el entrepiso del mismo edificio, se ubicaban las tres o cuatro celdas de aislamiento —la cantidad varía en los relatos—: salas individuales muy pequeñas, sin ventilación ni luz natural. El acceso a los servicios sanitarios en este caso no era libre, sino que requería que el personal penitenciario lo habilitara. Respecto al uso de estas celdas, la investigación llevada adelante por el MDRI y el CELS, denunció que si bien: “el personal informó que se utilizaban durante dos días como máximo (...) durante la visita se pudo constatar que había dos mujeres detenidas en estas celdas, una había estado allí durante un año por orden judicial porque se consideraba que era un peligro para sí misma. La otra había estado detenida allí un año y medio por las dificultades en el trato con las otras personas” (CELS y MDRI, 2008:69).

En la misma planta se ubicaba un consultorio, donde el personal profesional del SPF realizaba sus tareas de atención, y la farmacia donde se desempeñaban los enfermeros. Había además, por ese entonces, una sala de estar o salón de usos múltiples donde se realizaban los talleres y demás actividades colectivas.

La población allí alojada estaba compuesta en primer lugar por aquellas mujeres declaradas inimputables con medida de seguridad, que en ningún caso solían superar el número de ocho (8) internas. También se recibían en la unidad mujeres derivadas directamente de otros servicios del Hospital Moyano, que eran alojadas sin ningún tipo de orden judicial debido a su comportamiento problemático dentro del sistema sanitario. Un psiquiatra que traba-



jó allí por el año 1990, recuerda: “Lo que pasa es que en esa época existían convenios con el hospital (...) de que las pacientes que se fugaban mucho las mandaban también para ahí”. Finalmente, la mayor parte de la población alojada provenía de traslados internos del SPF desde distintas unidades, sin derivación médica alguna: “... no había una derivación clínica (...) a alguien que hinchaba mucho las bolas en una unidad lo cargaban en el camión y llegaban ocho a las cuatro de la mañana”; según los dichos de una de las psicólogas entrevistadas. Así, estos traslados eran utilizados como instancias posteriores, que se sumaban luego de las agresiones físicas o a las sanciones aplicadas por personal penitenciario: “[Se trata de]... movimientos temporarios (...) que parecen cumplir dos funciones simultáneas: por un lado, operan como una modalidad de castigo encubierto y, por otro lado, actúan como un mecanismo de deslegitimación de la palabra ante posibles denuncias de las mujeres que padecen el ejercicio de la violencia por parte de los agentes penitenciarios. Por último, también cumplen la función de disciplinar al resto de las detenidas” (CELS *et al.* 2011:132).

En este tipo de prácticas subyacía, además, cierta concepción misógina respecto a la construcción de los géneros, que asociaba todo episodio conflictivo en el que participaba una mujer —ya sea con pares o agentes penitenciarios—, con algún tipo de trastorno psíquico o emocional (GESPyDH, PPN y CCT/CPM, 2013).

Así es que, si bien el lugar tenía una capacidad de alojamiento de veinticinco (25) personas, solían transitar por allí un número considerablemente mayor de mujeres. Solo en el año 2007, fueron trasladadas a la unidad veinticuatro (24) detenidas, producto de las prácticas penitenciarias descriptas. Una mujer extranjera, y ex detenida en el Complejo IV recuerda:

“... a mí me llevaron tres veces a la U27, la primera por la noche cuando me sacan de la ducha y me empiezan a gritar varias celadoras que saliera (...) por orden directa de la Jefa de módulo (...) después de tenerme nueve días allí sin ropa, sin nada; la segunda fueron doce días, otra vez sin nada, y la tercera fueron los siete días antes de irme en la que me tuvieron en el suelo los primeros tres días, en los que solo notaban que me inyectaban (...) ahí me doy cuenta que pueden hacer lo que quieran conmigo (...)”.

El traslado a esta unidad no puede ser separado de su significado simbólico ni de lo que representaba para estas mujeres ser trasladadas a un establecimiento psiquiátrico ni tampoco del impacto en sus subjetividades: ya no solo presas, sino también locas.

La vida en el servicio estaba signada por el procedimiento carcelario, con horarios establecidos para todo, requisas y prácticas arbitrarias. El único personal que allí se desempeñaba pertenecía al SPF, incluso el destinado al abordaje terapéutico de las internas. No contaba con profesionales de guardia ni espacio físico adecuado para desarrollar la observación inicial y la evaluación de las recién llegadas.

El proceso de reforma descrito en el apartado anterior en el servicio de varones en 2007, no incluyó intervención alguna en el espacio de mujeres. Nunca se las incorporó en el programa de abordaje civil, ni contaron con la inserción de un equipo interdisciplinario, ni con psiquiatra de guardia; tampoco se desarrolló una sala de observación, por lo cual nunca se dejaron de utilizar las salas individuales de tratamiento como alojamiento para las recién llegadas, ni se limitaron el tiempo y las condiciones de la evaluación inicial de las pacientes. Es cierto que algunas de estas falencias intentaron ser cubiertas solicitando la colaboración del equipo de tra-

tamiento recientemente ingresado a la Unidad 20 o la de los profesionales de las distintas especialidades médicas del Hospital Moyano, usualmente requeridos para asistir las contingencias que acontecían en el horario nocturno.

La única novedad en este servicio fue la implementación del Programa de Asistencia Integral para Mujeres: “Querer es poder” —Resolución N° 4976/2007 de la Dirección Nacional del SPF<sup>13</sup>—, ofrecido como optativo para aquellas internas que cumplían con dos requisitos: ser mayores de 48 años y estar incluidas dentro de la *progresividad*<sup>14</sup> del régimen penitenciario. Es decir, ninguna de las mujeres alojadas en el servicio psiquiátrico hasta entonces, podía participar del mismo por estar todas exceptuadas de dicho régimen. Para llevarlo adelante se dispusieron algunas reformas edilicias en el lugar,<sup>15</sup> tendientes a acondicionar la infraestructura existente a las necesidades de la nueva población. En adelante la unidad se organizó en tres pabellones de alojamiento unicelular y colectivo. En los Pabellones 1 y 2 quedaron asiladas las mujeres con diferentes situaciones legales y diagnosticadas con diversas problemáticas de salud mental. Por su parte, el Pabellón 3 fue destinado al desarrollo del nuevo programa. Este sector en particular contaba con dos salas, cada una con capacidad para alojar a ocho (8)

personas; aunque en agosto de 2009, solo seis (6) mujeres vivían allí (PPN, 2009). También contaba con un vestuario y una cocina completa, para uso exclusivo de quienes estaban en el programa. El equipo de trabajadores del lugar estaba compuesto por personal del SPF: asistentes sociales, psicólogas, un psiquiatra, un médico clínico, una terapeuta ocupacional, una profesora de educación física y algunas maestras, además del personal destinado a la seguridad. Sin embargo, la asistencia terapéutica era de tipo colectiva, y las instancias individuales solo eran atendidas por demandas específicas de las internas. Las situaciones de emergencia en horario nocturno seguían siendo cubiertas por profesionales de guardia en la Unidad 20 o en el hospital. El programa contaba con talleres laborales —confección de bolsas de papel y lavandería—, talleres de formación profesional —marroquinería, huerta y jardín— y diversas instancias recreativas —cerámica, yoga y taller literario—.

Sin embargo, la situación de las mujeres con padecimiento mental alojadas en los otros dos pabellones continuó siendo la misma hasta el año 2011, cuando tuvo lugar una nueva reforma.

### **De los hospitales neuropsiquiátricos a los complejos penitenciarios de máxima seguridad: el Servicio Psiquiátrico para Varones (SPPV) y el Servicio Psiquiátrico para Mujeres (SPPM).**

El 31 de mayo de 2011 se produjo un importante incendio dentro de una de las celdas de aislamiento de la Unidad 20. En el hecho murieron dos de las tres personas que se encontraban alojadas ese día en el sector: un joven de veintidós años, por las quemaduras del fuego que se había iniciado en su celda —por razones que se están investigando— y otro de diecinueve años,

13- La misma resolución estipulaba la creación del programa “Viejo Matías”, destinado a varones mayores de 50 años cuya sede se instaló dentro del Complejo Penitenciario Federal II, de Marcos Paz.

14- El principio de la progresividad es la característica fundamental del régimen de las penas privativas de libertad en nuestro país, regulado por la Ley N° 24.660, y se apoya en la idea de que el Estado debe proveer a las personas detenidas las herramientas adecuadas para lograr su reinserción paulatina en el medio social.

15- Según varios relatos los trabajos de reforma se extendieron incluso hasta el año 2009, mientras las mujeres ya estaban instaladas allí.

producto de la inhalación prolongada de humo. Estas muertes, sin embargo, no fueron las únicas que tuvieron lugar en la unidad por aquellos días, en los últimos quince meses habían fallecido seis internos, tres de ellos en la semana anterior al incendio. Estos acontecimientos aceleraron la concreción de un proyecto que la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal venía planificando en relación a sus servicios psiquiátricos. Se trataba de una profunda reforma que acogiera no solo los preceptos de la nueva normativa nacional vigente sobre salud mental, sino los principios ideológicos que orientaban la nueva gestión de la Dirección.

Así, el 6 de julio del mismo año se decidió “crear una comisión de desguace” que se ocupara de “desafectar el uso penitenciario de los inmuebles del ex Servicio Psiquiátrico Central” (Resolución N°1335/11 de la Dirección Nacional del SPF); y el 13 de julio se efectuó la mudanza de ambas unidades a los complejos penitenciarios federales ubicados en la localidad de Ezeiza: la Unidad 20 al Ala Norte del Hospital Penitenciario Central (HPC) del Complejo Penitenciario Federal I (CPF I) y la Unidad 27 al Módulo 6 del Complejo Penitenciario Federal IV (CPF IV).

El CPF I está emplazado en un predio muy extenso —unas cincuenta hectáreas— ubicado a la vera de la Ruta Nacional 205. Su capacidad original estaba prevista para alojar a mil seiscientos veinte (1620) personas, pero paulatinamente fue ampliando su estructura edilicia hasta albergar a dos mil sesenta y un (2061) internos. El complejo está organizado en seis unidades residenciales independientes de forma triangular, cada uno posee un alambrado perimetral. Hay además otros edificios destinados al módulo de ingreso (URI), sector administrativo central, un hospital polivalente de mediana complejidad —con capacidad de ciento veinte (120) camas—, una cocina/deposito, un amplio salón de usos múltiples, un

área destinada a deportes, un centro universitario, una biblioteca y naves especiales para talleres industriales de aprendizaje de oficios. Cada una de estas estructuras está separada de las demás por amplios espacios verdes al aire libre, además de calles y veredas internas que los conectan entre sí por donde transitan vehículos y peatones en forma constante. Al tratarse de un complejo de máxima seguridad, todo el predio está dotado con un doble alambrado perimetral y cuenta con distintas tecnologías de control —sensores de movimiento, circuito cerrado de cámaras de video, etc.—

El servicio psiquiátrico de varones fue ubicado dentro del edificio del hospital del complejo, en un sector construido especialmente para ser utilizado como centro asistencial. Si bien el servicio posee una entrada independiente, también es posible ingresar desde el interior del hospital previo paso por un punto de control. El ala destinada a la atención psiquiátrica es un espacio rectangular de dos pisos. En la planta baja se ubican las oficinas destinadas a la administración del lugar —una de coordinación; dos, para los profesionales civiles; una, para el personal profesional penitenciario, la enfermería/farmacia, la celaduría; dos oficinas para la jefatura de seguridad, un salón de usos múltiples, una sala destinada a los talleres de trabajo y otra para educación—, las Salas de Evaluación, Diagnóstico y Estabilización (SEDE)<sup>16</sup>, la cocina, la lavandería, un patio, una huerta y un pabellón con seis (6) salas individuales de alojamiento de observación permanente —con cámaras de monitoreo—<sup>17</sup>, quince (15) salas in-

16- Dichas salas no estaban previstas en la estructura original del servicio, sino que fueron incorporadas durante el año 2012.

17- Estas salas de observación fueron diseñadas para alojar a quienes presentan riesgos ciertos e inminentes de agresión o autoagresión, a los fines de ejercer sobre ellos un

dividuales: tres, (3) de alojamiento compartido —con capacidad para albergar a tres internos cada una— y un pequeño salón de estar —que cuenta con algunas sillas de plástico, mesas y un televisor; allí los internos se reúnen a para comer—. A la planta alta se accede por una escalera interna, allí se despliega un segundo pabellón exactamente igual al de la planta baja. Hay también una escalera externa por donde puede accederse al patio sin necesidad de atravesar el pabellón inferior. Todas las habitaciones cuentan con luz natural y las instalaciones sanitarias son compartidas. Los internos pueden transitar libremente por el pabellón pero solo pueden acceder a los espacios comunes ubicados fuera del mismo —que son bastante escasos en relación a los que había en el predio del Borda— en los horarios estipulados por los agentes penitenciarios.

Por su parte, el CPF IV —ex Instituto Correccional de Mujeres Unidad 3— es el establecimiento penitenciario más antiguo destinado a mujeres en el ámbito federal. Está emplazado a muy corta distancia del complejo de varones, sobre la misma ruta, en un predio de unas diecisiete hectáreas. Tiene una capacidad total de cuatrocientas noventa y seis (496) plazas distribuidas en cuatro módulos de alojamiento pabellonados, un centro de rehabilitación de drogadependientes y un conjunto de casas de pre-egreso para internas que se encuentran en la última etapa del tratamiento. También cuenta con un edificio destinado al sector administrativo central y un centro médico. Las distancias entre las distintas edificaciones son bastante menores comparadas con las del Complejo I, pero los espacios verdes al aire libre son por el contrario mucho más extensos. Al tratarse de un complejo de máxima a mediana seguridad,

---

seguimiento constante de su evolución terapéutica.

el predio cuenta igualmente con un riguroso alambrado perimetral.

El servicio psiquiátrico de mujeres fue ubicado en uno de los módulos más cercanos de la entrada al predio, lindante a una de las unidades residenciales. Hasta pocos días antes de la mudanza, el espacio había estado ocupado por otro servicio que fue trasladado a un edificio diferente. Por esa razón, las modificaciones estructurales requeridas por la nueva población, recién comenzaron cuando las internas provenientes de la Unidad 27 ya estaban en el edificio. La construcción del edificio tiene la forma de peine de cuatro dientes donde agrupados de a dos, se forman los pabellones que, en su interior replican —a modo de espejo— su estructura, aunque separados por completo uno de otro. En el Pabellón B funciona el servicio psiquiátrico. Allí hay dos habitaciones individuales con cámara de monitoreo y diez salas individuales de alojamiento, que en todo los casos son bastante pequeñas, oscuras y con escasa ventilación. Los servicios sanitarios son compartidos y el acceso a los mismos es restringido durante la noche. Hay un comedor y un salón de usos múltiples donde se realizan las visitas, reuniones y talleres. Si bien la comida proviene de la cocina central del complejo —ya cortada y entregada en recipientes plásticos—, el pabellón tiene un microondas para recalentar lo que llegue frío y un dispensador de agua. Hay un servicio de enfermería —donde funciona una farmacia—, celaduría y oficinas destinadas a los trabajadores civiles y penitenciarios. El edificio tiene calefacción central y algunos artefactos de aire acondicionado. Es llamativa la presencia de cámaras en todos los espacios comunes y pasillos de tránsito, y la ausencia de un centro de observación y evaluación para ingresantes, para lo cual se utiliza el SEDE ubicado en el servicio de varones.

Ahora bien, no todas/os las/los internas/os de las unidades del Borda y del Moyano fueron trasladados a estos lugares. Por un lado, los varones con diagnósticos vinculados a modalidades psicopáticas<sup>18</sup> que, a pesar de las modificaciones en los procesos de admisión a la ex Unidad 20, aún se alojaban dentro del servicio psiquiátrico, fueron derivados al Anexo Unidad N° 20 que ya se encontraba funcionando en el Complejo de Ezeiza desde hacía un tiempo —en un módulo ubicado justo enfrente del flamante HPC— y es administrado exclusivamente por personal penitenciario —aquellos desplazados por la intervención civil del año 2007—. Para las mujeres en la misma condición, el Anexo se creó de forma simultánea a la mudanza y fue emplazado dentro del mismo módulo previsto para el resto de las internas recién mudadas de la ex Unidad 27, pero en el Pabellón A. En dicho anexo, al igual que en su par de varones, el personal que se desempeña pertenece exclusivamente al SPF y formalmente solo aloja internas con trastornos de personalidad, autolesionadas o con ideación suicida. Sin embargo, en la práctica, ambos anexos —20 y 27— funcionan como lugares para alojar a la población *conflictiva* del resto de las unidades —en general, de forma transitoria—; al ser espacios sin control de personal civil, los requisitos de admisión y los criterios médicos resultan maleables.

Previo a la mudanza se produjeron algunas otras derivaciones; en los casos en que la

situación procesal de las internas e internos lo permitía, fueron trasladados a ámbitos de internación civil —algunos fueron internados en módulos de alojamiento de los hospitales Borda y Moyano, e incluso en otros servicios de salud mental del país—. Finalmente, regresaron a sus unidades de alojamiento original un grupo de internos que reunía los criterios clínicos para tal traslado.

Los servicios psiquiátricos en cuestión dejaron de ser parte de la estructura hospitalaria de los neuropsiquiátricos, para convertirse en módulos insertos en complejos penitenciarios de máxima seguridad. En este sentido, una de las pérdidas más importantes fue la autonomía administrativa y operativa de las diversas áreas que hacen al funcionamiento de los establecimientos psiquiátricos: Judiciales, Ingreso, Salud y Visita, que dependen en la actualidad de los complejos penitenciarios de los que forman parte. Los familiares, por ejemplo, deben pasar por la requisa del complejo y el trato hacia los mismos dista mucho del ofrecido en los emplazamientos anteriores, razón por la cual muchos visitantes dejaron de concurrir con asiduidad, sumado a la distancia que supone trasladarse hasta la zona de Ezeiza y el incremento del costo del viaje.

Las condiciones de detención se vieron agravadas también con la pérdida de los amplios espacios comunes y de recreo que había en los predios hospitalarios. Si bien en la actualidad hay salones de usos múltiples internos en cada pabellón y un patio externo compartido, sus dimensiones son bien reducidas y carecen del mobiliario adecuado. Una de las profesionales civiles consultadas, recuerda su primera impresión luego de la mudanza: “...cuando llegamos acá, nos pusieron acá, yo hice la primer guardia de 24, no había nada, o sea no había nada de nada, nos trajeron acá, para los pacientes fue tremendo, para los familiares fue tremendo,

18- Según lo establece el Manual de Diagnóstico y Estadística de Desórdenes Mentales (DSM-IV) del *American Psychiatric Association*, que es utilizado como material de consulta por los profesionales del área a nivel mundial, las personalidades psicopáticas (llamadas también personalidades *borderline*) se caracterizan por conservar juicio de realidad, la percepción no suele estar alterada y las conductas oscilan entre las neurosis y psicosis acorde a su evolución y gravedad, a diferencia de la psicosis que es una alteración mental grave, con pérdida del sentido de la realidad, donde las alucinaciones, los delirios y los actos compulsivos forman parte de las conductas (las distintas formas de esquizofrenia están incluidas aquí) (APA, 1995).

esto fue todo un trabajo que hubo que levantar y remontar con los pacientes mismos, o los familiares”.

En el caso particular de los varones, también se menciona que como consecuencia de la mudanza se vieron perjudicados por la ausencia de teléfonos para recibir llamadas, la reducción de los días de visita, la escasa y mala alimentación, la prohibición de fumar, la pérdida del trabajo que realizaban en la Unidad 20 y la prolongación de las horas de encierro. En el caso de las mujeres, se advierte un régimen de encierro más severo al de la Unidad 27, la escasa y deficiente alimentación, la falta de agua potable, las requisas más invasivas y ciertas restricciones de las actividades de trabajo y educación (PPN, 2013). Una integrante del equipo civil recuerda sobre los primeros tiempos de la mudanza: “Los [espacios] comunes no tenían ni mesa ni silla, no tenían televisión, no tenían... se cagaban de frío, hacía un frío que ni te cuento, no tenían para calentar el agua, peor que antes, porque ellos cocinaban, manejaban... acá directamente los pasivizaron y eran como súper peligrosos, no podían manejar cuchillos, no podían manejar comida, nada, y después ellos por ejemplo tenían, allá en la otra [en la Unidad 20] no tenían celdas individuales, acá sí, ellos quieren las colectivas, porque las individuales dicen que corren más riesgo, porque la gente se mata porque no quieren estar solos, porque están acompañados, y después tenían la individual para los que estaban en crisis, y a los que estaban en crisis no dejaban ni que hablaran con la familia ni que se juntaran con los otros (...) estaban mezclados los inimputables con uno de lesa humanidad, menores y un desastre, un desastre.”

El cambio de emplazamiento de los servicios psiquiátricos fue acompañado por la creación e implementación del Programa Interministerial de Salud Mental Argentino PRISMA —Resolu-

ción conjunta 1075/2011-MJDH y 1128/2011-MS—; a través del cual el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación junto a su par de Salud, sustituyeron al Programa Nacional de Atención al Interno con Enfermedad Mental Grave. Este programa se diseñó con el objetivo de “tratar la problemática de aquellas mujeres y hombres alojados tanto en las instalaciones de los establecimientos penitenciarios especializados en materia psiquiátrica del SPF como en otras Unidades del Servicio que cumplan con los criterios de admisión establecidos para el programa”, según se explicita en el cuadernillo de presentación. Como fundamento de su creación y marco general se alude a la Ley de Salud Mental. Inclusive previendo la incorporación de profesionales del ámbito jurídico para el seguimiento judicial de los casos y el asesoramiento específico en estos temas para los profesionales de la salud. Por todo esto, y según los dichos de sus propios integrantes, la formulación del programa realmente establecía parámetros de vanguardia a nivel mundial y proponía “un cambio (...) copernicano en el abordaje integral de las personas con padecimientos mentales en el contexto jurídico-penal”, exposición pública, ex-coordinadora PRISMA dispositivo de tratamiento, en noviembre de 2012.

Por su parte, entre el año 2012 y 2013,<sup>19</sup> el servicio penitenciario también emprendió un cambio en la organización de los servicios psiquiátricos a su cargo. En primer lugar, creó el Programa de Tratamiento Interdisciplinario, Individualizado e Integral PROTIN (Resolución N° 467/12 de la Dirección Nacional del SPF), que supuso la reformulación y ampliación del anterior PROTIM. La intención era acoger los principios de la nueva Ley de Salud Mental,

19- El PROTIN varones comenzó a ser implementado en agosto del año 2012, por su parte en mujeres se puso en funcionamiento recién en junio del año 2013.

pero sobre todo integrar y articular con los procedimientos del PRISMA y de otros programas ya existentes, destinados a los detenidos con padecimientos de este tipo, evitando superposiciones y conflictos de intereses: “Necesitamos que todos estemos tirando para el mismo lado y, en este sentido, es fundamental el trabajo del Servicio Penitenciario Federal para poder generar la mayor cantidad posible de actividades para las personas privadas de libertad [en esta situación]” —declaraciones públicas de un, alto funcionario del Ministerio de Justicia y DDHH, durante una visita al PROTIN, en julio de 2014—.

A partir de estas medidas quedó conformado el Servicio Psiquiátrico Para Varones (SPPV) y el Servicio Psiquiátrico Para Mujeres (SPPM), a cargo de la asistencia integral con modalidad ambulatoria, de internación —individual o grupal— y de urgencias de la población penal con padecimiento mental, alojada en la totalidad de las unidades residenciales de los complejos de Ezeiza; organizado en sus distintas instancias: PRISMA varones, PROTIN varones (Anexo U20), PRISMA mujeres, PROTIN mujeres (Anexo U27 sector B<sup>20</sup>) y demás programas destinados a la atención de estas problemáticas con desarrollo en ambos complejos —Programa de Asistencia Grupal para Adictos, AGA, Programa de Prevención de Suicidios, PPS, Programa para Internos Condenados por Delitos de Agresión Sexual, CAS y Centros de Rehabilitación de Drogadependientes, CRD—. Se creó el cargo de Director Asociado de los Servicios Psiquiátri-

cos, dependiente de la jefatura de cada uno de los complejos, como en el caso del resto de los servicios asistenciales.

Por último, también se estableció un protocolo de procedimientos a fin de instituir el circuito de admisiones y circulación de la población tratada. En el caso de internos que evaluados en el PRISMA por orden judicial fuesen admitidos al programa, debían ingresar directamente a su sector de internación o dispositivo de tratamiento. En los casos de personas con problemática de salud mental que se encontraran alojadas en las diferentes unidades del SPF debían recibir la primera contención en los servicios de asistencia médica de cada unidad —en las áreas de internación/observación—, desde donde eventualmente podía solicitarse la intervención del equipo de evaluación del PRISMA; si luego se determinaba la no admisión al programa y estando descompensado no pudiera regresar a su unidad de origen, debía disponerse su derivación al sector de Urgencias Psiquiátricas del HPC; si de esta atención surgía un diagnóstico que ameritaba la continuidad del tratamiento se evaluaba su derivación a algún programa especial de los existentes dentro del complejo; si la indicación establecía el traslado de esa persona al PROTIN, debía tomar intervención el dispositivo de evaluación del PROTIN, quien decidía sobre su admisión. Mientras que el espacio del PRISMA está en manos de equipos civiles de tratamiento, en el PROTIN —como en el resto de los programas asistenciales en salud mental del SPF— la atención es monopolizada por profesionales pertenecientes al plantel penitenciario.

En síntesis, los servicios bajo análisis conforman una diversidad de espacios, que podrían considerarse como verdaderos *territorios psiquiátricos* (PPN, 2013): funcionarios, discursos y prácticas que establecen regímenes de vida y modalidades de tratamiento muy heterogéneas,

20- A mediados de 2013, con la puesta en funcionamiento del PROTIN, el PRISMA mujeres fue trasladado a otro edificio dentro del mismo complejo, el módulo 5, que comparte con el Centro de Rehabilitación para internos Drogadependientes (CRD). El sector desalojado por el PRISMA (sector A del módulo 6) fue destinado al desarrollo de un servicio de Urgencias Psiquiátricas que recibe mujeres descompensadas de otras unidades transitoriamente, a fin de estabilizarlas y/o evaluar su derivación; el sector B es utilizado por el PROTIN.

pero que encuentran su articulación en el sistema penitenciario de gobierno de las poblaciones encarceladas.

### **Reflexiones finales: la ética y el dolor en el campo de la salud mental.**

La separación y el aislamiento del resto de la sociedad que suponen los procesos de institucionalización de los internos/pacientes/usuarios de los programas de salud mental en espacios penitenciarios, se manifiestan también hacia el interior de las relaciones dentro de los dispositivos. Se presentan en términos de enfrentamientos, fallas de comunicación o distanciamientos entre los distintos actores que lo componen (Di Nella y Domínguez Lostaló, 2007).

Es que el movimiento por una salud mental inclusiva, con plena vigencia de derechos para las personas con padecimiento mental, también implicó una constante negociación entre sectores que tenían a la violencia institucional, no solo como plan sistemático, sino como propósito: el de la destitución subjetiva. En este sentido, valen recordar los aportes de Alejandro Kaufman, en el marco de la presentación del libro *Destinos del testimonio: víctima, autor, silencio*<sup>21</sup> quien asegura que, la estatalidad no se trata de una coordinación entre voluntades represivas; porque lo que hay no es tanto un plan, como un propósito y éste no es quitar la vida, sino destituir la subjetividad en sucesivas generaciones. Es convertir a un sujeto en un cuerpo, en un objeto, en un cuerpo que no es un cuerpo. Un cuerpo desubjetivado, en una cosa de la cual se puede disponer. Una serie de prácticas que en su conjunto constituyen operaciones biopolí-

ticas del poder soberano a través de las cuales un determinado sector del tejido social definido con anterioridad, resulta reducido a la incertidumbre de su mera existencia física y es producido como *nuda vida*, siendo colocado en el umbral en donde vida y derecho se confunden (Tiscornia, 2004).

Así, el carácter conflictivo que adquiere el tratamiento burocrático-penal y asistencial dentro de los servicios psiquiátricos analizados, fortalece el establecimiento de una estructura punitiva que trabaja sobre subjetividades precarizadas y atomizadas. Con todo, es esperable que la implementación de estas *bio-lógicas* (Fassin, 2004) tengan como efecto la ruptura de las redes sociocomunitarias, la descomposición del tejido social y por ende, márgenes muy reducidos de procesos de transformación para contrarrestar la situación de vulnerabilidad, inequidad y violencia que estas personas transitan. Dice Fajin: “Sus trayectorias individuales son herencia de prolongados procesos de descalificación y desocialización con lógicas ausencias en el desarrollo de capacidades y actitudes requeridas para la administración de una organización” (2002:11).

Pensamos que poder hablar de salud mental como un campo de disputas de intereses contribuiría a establecer el ambiente en el que eso es posible discutirlo de una manera no pendeñera y no articulada por el *dolor*. Porque el dolor, hacia el que tenemos que tener la mayor de las precauciones, no puede ser el móvil de los debates, ni del pensamiento: esa es otra de las tensiones que se producen en este campo. El dolor no piensa y el pensamiento es por fuera del dolor y hay un límite hacia el pensamiento respecto del dolor (Gutiérrez y Lewkowicz, 2014).

Das (2008) hace notar la ausencia de un *lenguaje del dolor* en las ciencias sociales capaz de atestiguarlo, de reconocer la existencia de las experiencias de sufrimiento humano que los

21- Gutiérrez, C., y Noailles, G. (Comps.), *Destinos del testimonio: víctima, autor, silencio*, 1ª ed., Letra Viva, Buenos Aires, 2014.



analistas solemos presenciar, razón por la cual los trabajos producidos en estos contextos suelen participar del silencio y, por consiguiente, aumentan la violencia que estudian.

Scheper-Hughes, por su parte, propone una práctica científica que desafíe la posición segura y descomprometida que la producción de conocimiento social suele construir: “Si no pensamos las instituciones y las prácticas culturales en términos morales o éticos, entonces se me antoja (...) una empresa débil y sin utilidad. Por supuesto, el problema reside en cómo articular un estándar, o estándares divergentes, para iniciar una reflexión moral y ética sobre las prácticas culturales, que tenga en cuenta pero no privilegie nuestros propios presupuestos culturales” (1997:32).

Kalinsky (2003) reflexiona también sobre esta problemática, en particular en los trabajos antropológicos que tienen lugar en relación al derecho, la ley y las burocracias penales. Las voces del sufrimiento, si bien son múltiples y diversas, aparecen en estos contextos sociales específicos, constreñidos a ciertos esquemas predeterminados que limitan su expresión. El trabajo del antropólogo allí, será entonces producir indagaciones que permitan generar los espacios que le corresponden al *otro*, desde donde se haga posible la producción de una forma propia de *narrativizar* las experiencias del sufrimiento con la potencialidad de poner en cuestión la reducción pragmática de las emociones en el campo jurídico-penal.

Fassin, sin embargo, advierte sobre los riesgos de convertir las producciones del científico social en instrumentos de legitimación de las *políticas del sufrimiento* y la contribución a lo que el autor denomina “un modo patético de subjetivación de las relaciones humanas alrededor del cuerpo, de la vida y de la muerte” (1999:39). Así, plantea la necesidad de abrir reflexiones éticas en un

mundo signado por estas lógicas, al tiempo que identifica la necesidad de construir una posición crítica que permita dar cuenta de las desigualdades sociales ocultas detrás del sufrimiento.

Ahora bien, no debe perderse de vista que al tiempo que el dolor se ha ido constituyendo como el lenguaje del gobierno contemporáneo, paralelamente se ha establecido como un modo particular de construcción de lazos sociales (Schillagi, 2011). Es que la experiencia del sufrimiento individual se ha ido transformando en modos de acción colectiva, en un doble movimiento: “hacia fuera del grupo” orientando el reclamo al estado, a ciertas organizaciones o a medios de comunicación; y “hacia dentro” del grupo vehiculizando distintos accesos entre la comunidad de pares (Das, 2002).

Por eso la importancia del desarrollo de los espacios de conversación que pueden atravesar cuales quiera otros espacios. La espacialidad o localía no tiene límites fijos. Por eso la importancia de los foros territoriales para discusión, las mesas intersectoriales, batallar el cómo en cada locación en que se implementa la ley de salud mental y la ampliación de derechos que trae aparejada. Puede ocurrir en los hospitales, en los CICS, en los tribunales, también ocurre cuando las víctimas acceden a la vigencia de sus derechos como sujetos, las atraviesan. Nuestro trabajo tiene un compromiso: hacer patente, preservarlo, desenvolverlo y hacerlo acto.

Un debate que deberíamos tomar como propio y comenzar a formar parte activa desde el aporte que la riqueza y variedad de las experiencias que muchos colegas pueden ofrecer a la contención del poder punitivo, a los diseños posibles de políticas públicas respetuosas de la dignidad humana y el acompañamiento a las poblaciones en situación de vulnerabilidad psicosocial para una mejor y más efectiva organización de sus reclamos y demandas.

## BIBLIOGRAFÍA

Amendolaro, R., Conte, L., Del Do, A. *et al.*, “Violencia y abandono en la Unidad Psiquiátrica Penal N° 20 del Hospital Borda”, en CELS, *Informe Anual 2004-2005*, 2005.

American Psychiatric Association (APA), *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders: DSM-IV*, Masson, Barcelona, 1995.

Caime, L., *Los pibes*, Editorial Eduvin, Buenos Aires, 2013.

CELS y CMDRI, *Vidas arrasadas: la segregación de las personas en asilos psiquiátricos argentinos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008.

CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación y Procuración Penitenciaria de la Nación, *Mujeres en prisión: los alcances del castigo*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

Das, V., “Sufrimientos, teodiceas, prácticas disciplinarias y apropiaciones”, *UNESCO, Revista Internacional de Ciencias Sociales*, N° 154, 2002.

Das, V., *Sujetos del dolor, agentes de dignidad*, F. Ortega Editorial, Bogotá, 2008.

Di Nella, Y., Domínguez Lostaló, J., *¿Es necesario encerrar? El derecho a vivir en comunidad*, Koyatún Editorial, Buenos Aires, 2010.

Fajn, G., “Exclusión social y autoorganización: cooperativas de recuperadores de residuos”. *Cuaderno Nro. 2*, Centro Cultural de la Cooperación Floreal Gorini, Buenos Aires, 2002.

Fassin, D., “Entre las políticas de lo viviente y las políticas de la vida. Hacia una antropología de la salud”, en *Revista Colombiana de Antropología*, Vol. 40, 2004, p. 283-318.

Fassin, D., “La patetización del mundo. Ensayo de antropología política del sufrimiento”, en: Viveros Vigoya, M. y Garay Ariza, G. (eds.) *Cuerpo, diferencias y desigualdades*, Universidad Nacional de Colombia, Santa Fé de Bogotá, p 31-41.

Grupo de Estudios sobre Sistema Penal y Derechos Humanos, Procuración Penitenciaria de la Nación y la Comisión Provincial de la Memoria / Comité Contra la Tortura (2012), “Registro nacional de casos de tortura y/o malos tratos. Informe Anual 2012”, 2012.

Guilis, G., Amendolaro, R., Del Do, A., *et al.*, “El encierro dentro del encierro. La situación actual en la Unidad Psiquiátrica Penal N° 20 del Hospital Municipal J. T. Borda de la Ciudad de Buenos Aires”, en *Revista Argentina de Psiquiatría*, Vol. XVII, Nro. 65, 2006.

Gutiérrez, C., Noailles, G. (Comps.), *Destinos del testimonio: víctima, autor, silencio*, 1ª ed., Letra Viva, Buenos Aires, 2014.

Ingenieros, J., “La locura en la Argentina”, en Ingenieros J.: *Obras Completas*, Vol. 12, Elmer Editor, Buenos Aires, 1957.

Kalinsky, B., *Una construcción antropológica del tratamiento jurídico-penal de madres imputadas de masacre familiar*, Dialnet, 2003. Disponible en <http://www.temoa.info/es/node/505559>. Fecha de consulta: 24 de junio de 2015.

Ohman, L., Alberio, A., Bertone, M., Márquez, E., “Vicisitudes en el ingreso y la emergencia en un hospital psiquiátrico penitenciario”, en *Vertex*, Vol. XXII, 2001, p. 205-214.

Procuración Penitenciaria de la Nación, *Informe anual 2009*, Área Salud Mental, 2009.

Procuración Penitenciaria de la Nación, *Informe anual 2009*, Área Salud Mental, 2013.

Salomone, G. (Comp.), *Discursos Institucionales, lecturas clínicas: dilemas éticos de la psicología en el ámbito jurídico y otros contextos institucionales*, 1° ed., Editorial Dynamo, Buenos Aires, 2010.

Scheper-Hughes, N., *La muerte sin llanto: muerte y vida cotidiana en Brasil*, Ariel, Barcelona, 1997.

Schillagi, C., "Sufrimiento y lazo social. Algunas reflexiones sobre la naturaleza ambivalente del dolor", en: *Prácticas de oficio. Investigación y reflexión en Ciencias Sociales*, N° 7/8, 2011.

Tiscornia, S., *Burocracias y violencias. Estudios de antropología jurídica*, Antropofagia, Buenos Aires, 2004.

Año 5  
NÚMERO 7  
JULIO  
DE 2015

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA

---

Dr. Juan Manuel Suppa Altman\*

---

# Salud mental y adicciones.

## Una relación familiar y conflictiva en la legislación nacional y porteña.

### 1. Introducción

---

El presente artículo tiene por objeto indagar la relación de la salud mental y las adicciones, tanto en el derecho internacional como en el nacional y el local, es decir, el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se trabajará en la línea de un concepto dinámico del derecho en el que antecedentes, aspectos dogmáticos, implicaciones político-judiciales y efectos prácticos, dialogan y se condicionan recíprocamente. Desde la exposición y análisis de estas realidades positivas y sus tensiones, nos acercaremos a definiciones y conclusiones.

Si bien en el abordaje de cualquier materia se descubren zonas grises y ambigüedades, advertimos que para leer este artículo se debe tener en consideración que estamos ante una unidad compuesta por partes cuya familiaridad y tratamiento común se nos aparecerá por momentos como una necesidad evidente; por otros, como una completa arbitrariedad. El tratamiento legal que se le ha dado a la patología mental y a las adicciones está imbuido de fuertes representaciones sociales que se han construido sobre la figura del loco, el irracional y el drogadicto. Son dos estereotipos que por antonomasia no encajan en los parámetros de la normalidad en

\* Dr. Juan Manuel Suppa Altman

Abogado (UBA) y periodista. Participó en la reglamentación de la Ley Nacional de Salud Mental 26.657, y en diferentes aspectos de su aplicación. Escribió sobre temas de salud para medios como *Tiempo Argentino* y *BAE*, entre otros.

la que todos funcionamos y nos reconocemos, por lo tanto han generado respuestas por parte del Estado que van desde el encierro al reconocimiento de derechos, de la peligrosidad a la inclusión social, de la estigmatización como delinquentes, al reconocimiento como personas con un padecimiento.

Esta serie de tránsitos descriptos hablan de un avance desde la perspectiva humanitaria. Sin embargo, no habría que apresurarse a aseverar que se trata de un proceso ya realizado. En el mismo régimen legal argentino todavía coexisten expresiones de todas estas concepciones, como capas geológicas que dan cuenta de la composición y el color de otros tiempos, que de alguna forma aún condicionan el presente. Esto produce que en la normativa actual se mezclen en la misma baraja respuestas penales, sanitarias, civiles, tutelares, etcétera. No todas estas normas tienen la misma jerarquía, pero los vestigios legales de las antiguas concepciones sobre la locura y la drogodependencia, aún actúan como tabla de salvación de quienes se aferran a ellas esperando un batacazo en la opinión pública, que les permita un reacomodamiento.

Sin embargo, la ampliación de derechos de los pacientes del sistema de salud mental, entre los que se considera a los adictos, parece difícil de revertir tras la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657. La despenalización de los usuarios de drogas parece más ardua, y en sentido contrario a lo que ha señalado en el año 2007 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante el fallo “Arriola”. No se han operado modificaciones ni novedades sobre la consideración del consumo personal como delito, contemplada en la Ley Nacional de Tenencia y Tráfico de Estupefacientes N° 23.737. Es una más de las contradicciones entre modelos y concepciones en pugna, quizás la más notable, pero de ningún modo la única.

## 2. Definiciones y conceptos

---

La definición de lo que se denomina campo de la salud mental y de las adicciones, se ha ido modificando en sus niveles de autonomía y en la integración de las disciplinas que lo componen. Tomaremos en este artículo los conceptos que surgen sobre ambas en los instrumentos jurídicos. En el caso de la salud mental, el artículo 3ro. de la Ley Nacional de Salud Mental 26.657, señala: “En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas.”

Esta definición hace a lo conceptual, en tanto es una afirmación que dice, en primer lugar, que es una multiplicidad de factores la que hacen a una salud mental de calidad y preservada. Lo que implica, de suyo, sacar el énfasis en la patología y ponerlo en la relación con la sociedad y con el ejercicio de nuestros derechos. Es una idea tributaria de la conocida definición de salud de la Organización Mundial de la Salud, “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946.

De este concepto deriva el Capítulo VII: “Derechos de las personas con padecimiento mental”. El término padecimiento integra una valoración subjetiva, en la que tradicionalmente se usaba el término de patología, vinculada a una

clasificación externa al sujeto y en cierto punto, estática. Las patologías mentales se encuentran enumeradas en manuales como el DSM (Manual de Diagnóstico y Tratamiento de Trastornos Mentales), de la Asociación Psiquiátrica Americana, o el CIE-10 (Clasificación Internacional de Enfermedades) de la Organización Mundial de la Salud. La dimensión subjetiva del término en esta lógica puede prescindir, aunque contener, la base orgánica de la enfermedad.

Por su parte, para el Estado Argentino, desde el año 2014, con la sanción de la Ley 26.934 del Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos, se establece como categoría general la de los consumos problemáticos. Dice la definición: “A los efectos de la presente ley, se entiende por consumos problemáticos aquellos consumos que —mediando o sin mediar sustancia alguna— afectan negativamente, en forma crónica, la salud física o psíquica del sujeto, y/o las relaciones sociales. Los consumos problemáticos pueden manifestarse como adicciones o abusos al alcohol, tabaco, drogas psicotrópicas —legales o ilegales— o producidos por ciertas conductas compulsivas de los sujetos hacia el juego, las nuevas tecnologías, la alimentación, las compras o cualquier otro consumo que sea diagnosticado compulsivo por un profesional de la salud.”

Como sugiere el texto, la categoría consumos problemáticos se subdivide en tres: adicciones, abuso, y ciertas conductas compulsivas. No se avanza en definir cada una de estas subcategorías, de modo que para profundizar en cada una de ellas se puede recurrir nuevamente a la Organización Mundial de la Salud, “Glosario de términos de alcohol y drogas”, de 1994. Allí por adicción, dice: “Adicción, a las drogas o alcohol (addiction, drug or alcohol): Consumo repetido de una o varias sustancias psicoactivas, hasta el punto de que el consumidor —denominado adicto— se

intoxica periódicamente o de forma continua, muestra un deseo compulsivo de consumir la sustancia —o las sustancias preferida—, tiene una enorme dificultad para interrumpir voluntariamente o modificar el consumo de la sustancia y se muestra decidido a obtener sustancias psicoactivas por cualquier medio.

Por lo general, hay una tolerancia acusada y un síndrome de abstinencia que ocurre frecuentemente cuando se interrumpe el consumo. La vida del adicto está dominada por el consumo de la sustancia, hasta llegar a excluir prácticamente todas las demás actividades y responsabilidades. El término adicción conlleva también el sentido de que el consumo de la sustancia tiene un efecto perjudicial para la sociedad y para la persona; referido al consumo de alcohol, es equivalente a alcoholismo”.

No obstante, la OMS oficialmente desestima el uso de este término, —de hecho no figura en el CIE-10—, y recomienda utilizar, por ser más preciso, el de dependencia. Como se ve, la definición de la ley difiere de ésta en tanto incluye la posibilidad de consumos problemáticos de cosas que no son sustancias, sino actividades. Por su parte el DSM-IV cuenta con un título específico, el 4º: “Trastornos relacionados con sustancias”. También utiliza “dependencias de sustancias”, en lugar de adicciones, y define: “Un patrón desadaptativo de consumo de la sustancia que conlleva un deterioro o malestar clínicamente significativos, expresado por tres —o más— de los ítems siguientes en algún momento de un período continuado de 12 meses:

- I. tolerancia, definida por cualquiera de los siguientes ítems:
  - (a) una necesidad de cantidades marcadamente crecientes de la sustancia para conseguir la intoxicación o el efecto deseado.

- (b) el efecto de las mismas cantidades de sustancia disminuye claramente con su consumo continuado.
- 2. abstinencia, definida por cualquiera de los siguientes ítems:
  - (a) el síndrome de abstinencia característico para la sustancia (v. Criterios A y B de los criterios diagnósticos para la abstinencia de sustancias específicas).
  - (b) se toma la misma sustancia (o una muy parecida) para aliviar o evitar los síntomas de abstinencia.
- 3. la sustancia es tomada con frecuencia en cantidades mayores o durante un período más largo de lo que inicialmente se pretendía.
- 4. existe un deseo persistente o esfuerzos infructuosos de controlar o interrumpir el consumo de la sustancia.
- 5. se emplea mucho tiempo en actividades relacionadas con la obtención de la sustancia (p. ej., visitar a varios médicos o desplazarse largas distancias), en el consumo de la sustancia (p. ej., fumar un pitillo tras otro) o en la recuperación de los efectos de la sustancia.
- 6. reducción de importantes actividades sociales, laborales o recreativas debido al consumo de la sustancia.
- 7. se continúa tomando la sustancia a pesar de tener conciencia de problemas psicológicos o físicos recidivantes o persistentes, que parecen causados o exacerbados por el consumo de la sustancia (p. ej., consumo de la cocaína a pesar de saber que provoca depresión, o continuada ingesta de alcohol a pesar de que empeora una úlcera)".

A los efectos legales, estas serían las definiciones vigentes, aunque es preciso tener en cuenta que ni los operadores jurídicos, ni los funcionarios y empleados de la administración se ciñen a éstas. Por el contrario, hay un constante tráfico de todo tipo de definiciones o acepciones, vinculadas a diferentes momentos de la historia y sus expresiones frecuentes, y por supuesto, en ocasiones a usos sociales ajenos a los léxicos técnico-profesionales, el más usual de ellos, drogadicto. Por otra parte, aún no ha sido receptada por completo la novedad jurídica que implica la distinción entre adictos, personas con consumos problemáticos, personas con consumos compulsivos, y la categoría llana de usuarios de drogas sin consumos problemáticos.

### **3. Salud mental y adicciones, matrimonio, separación y divorcio.**

El primer antecedente común se remonta al Código Civil y Comercial de la Nación, el conocido Código Vélez Sarsfield. La figura recurrente en la época era la de demencia, que probada por facultativos, era causal de la pérdida de la capacidad jurídica, aspecto que con modificaciones se mantiene en la actualidad. En el Código Vélez Sarsfield, la demencia implicaba la incapacidad de administrar bienes e invalidaba aun los actos jurídicos realizados por el demente en sus intervalos lúcidos, lo que innovaba en relación a la tradición del Derecho Romano, como señala el mismo Vélez Sarsfield en la Nota 469. En cuanto al régimen legal de los curadores, se remitía al de los tutores de menores, ya que en esencia, incapaces por demencia y menores estaban en una situación legalmente análoga. De hecho, en caso de no contar con curadores, los derechos del incapaz eran velados por el Ministerio Público de Menores, antecedente de la Dirección General



de Tutores y Curadores Públicos, que funciona en la actualidad en la órbita del Ministerio Público de la Defensa del Estado Nacional.

Más adelante, el codificador Dalmacio Vélez Sarsfield, en un comentario al artículo 3615, que regula el instituto del testamento, dice: “para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón”. A continuación, profundiza sobre su noción de demencia alineándola con la de los más importantes juristas franceses del siglo XIX, sobre todo con las definiciones de Troplong. El jurista argentino dice: “La demencia es la expresión genérica que designa todas las variedades de la locura, es la privación de la razón con sus accidentes y sus fenómenos diversos. Todas las especies de demencia tienen por principio una enfermedad esencial de la razón, y por consiguiente, falta de deliberación y voluntad. La demencia es el género y comprende la locura continua o intermitente, la locura total o parcial, la locura tranquila o delirante, el furor, la monomanía, el idiotismo, etc. (...) comprende la embriaguez y todo accidente que priva de la completa razón”.

La embriaguez es la noción más familiar a la actual idea de adicción que encontraremos y es causal de nulidad del acto jurídico en el Código Civil original. Sí aparecen algunos términos y aclaraciones en torno a cuestiones como los efectos legales de la monomanía, un término creado por el célebre psiquiatra francés Esquirol y que en la actualidad se asimila a una obsesión o, en sus casos más graves, a alguna forma de la paranoia.

Sin embargo, aun sin antecedentes epidemiológicos de importancia, en el artículo 203 aparece la adicción a las drogas donde se estipula las causales de separación aceptadas en el matrimonio: “Uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo

o adicción a la droga del otro cónyuge, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos”.

Por primera vez, en tanto trastornos de conducta, aparecen aparejadas alteraciones mentales, alcoholismo y adicción a las drogas. La referencia que utiliza Vélez Sarsfield es el Código sardo y el Código chileno.

Más allá de esta alusión suelta en el articulado del Código Civil, la República Argentina no legisló en materia de drogas estupefacientes hasta 1924. Había sí, desde 1919, disposiciones administrativas destinadas al control de la oferta más que de la demanda, en línea con la *Harrison Act* aprobada en 1914 en los Estados Unidos, una norma que abriría el camino del control de drogas federal en aquel país. En el nuestro, órgano competente para el control de venta de sustancias era el Departamento Nacional de Higiene, que sancionaba con multas a los expendedores sin registro, así como a los que entregaban opiáceos o cocaína sin receta.

Horacio Cattani, juez y profesor de derecho de la UBA, explica en su artículo titulado “El origen del control penal de las drogas”, que “la versión original del Código Penal no incluía ninguna disposición específica, pero pocos años después se introdujeron dos modificaciones (años 1924 y 1926), reprimiendo las primeras conductas de tráfico y posesión de alcaloides y narcóticos. Estas disposiciones sobrevivieron 42 años de nuestra historia penal”.

Lo que existía hasta entonces en el Código Penal era la figura de “Suministro infiel de medicamentos”, tutelando el bien jurídico Salud Pública. Sobre este delito Cattani define: “Aunque se pudiera interpretar que las drogas de abuso eran medicamento o mercaderías peligrosas para la salud, resultaba difícil en la

práctica que el comercio o entrega fueran resultado del engaño a causa de la disimulación del carácter nocivo”.

El “Proyecto de Ley para la represión del abuso de los alcaloides” que finalmente se aprobó en 1924, fue presentado por el médico y diputado radical Leopoldo Bard, y contaba con más de 500 páginas en las que el presentante ilustraba sobre los peligros de la toxicomanía a través de los casos facilitados por el Comisario de la Capital Federal, Jacinto Fernández. La simbiosis médico-policial —en nuestro país, Leopoldo Bard-Jacinto Fernández— es un rasgo característico del higienismo, una corriente sanitarista-positivista que tuvo fuerte impacto en las grandes ciudades durante las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del siglo XX. Las expresiones jurídicas de esta corriente fueron la Ley 11.309 —de 1924— que introdujo en el Código Penal la punibilidad de la venta, entrega o suministro de alcaloides o narcóticos, y la Ley 11.331 —de 1926— que agregó como figura la tenencia ilegítima de drogas, sancionando a quienes sin estar autorizados para su venta, las tuvieran en su poder sin justificación legítima de su posición o tenencia.

Aquí, con la inclusión de estos tipos penales en el apartado de delitos contra la salud pública, se genera una bifurcación entre la demencia y la toxicomanía; la adicción a determinadas sustancias, básicamente opiáceos, cocaína y marihuana, ilegalizadas, inclusive su simple tenencia.

Mientras la demencia puede tener efectos graves en la vida civil de una persona, al punto de llevarla eventualmente a la pérdida de su capacidad civil; es decir, a la imposibilidad de gestionar su patrimonio y realizar actos jurídicos de manera autónoma; la toxicomanía no solo no está exenta de las mismas consecuencias, sino que además, a partir de estas leyes, está penalizada. Se genera así una respuesta

policial a un problema, en principio, sanitario. En tanto los dementes ponen en riesgo la seguridad de los negocios jurídicos, pues por su causa pueden resultar inválidos, y como resultado, se resuelve apartarlos de cualquier actividad de contenido patrimonial; los toxicómanos, o meros usuarios ocasionales de drogas ilegales —no se distingue entre uno y otro— ponen en peligro la salud pública, y son susceptibles de ser penados y encarcelados.

Como vemos, el origen común de ambos regímenes en tanto respuesta legislativa a una alteración mental, los hace familiares. Pero la aparición de la respuesta penal a partir de la década del 20 en Argentina generó una fractura que subsiste hasta la actualidad y que hace del estudio de este vínculo salud mental/adicciones, salud mental/uso de drogas ilegales, un asunto para nada pacífico.

#### **4. El asilo como respuesta a la enfermedad mental. La pena como respuesta al consumo de drogas ilícitas.**

A pesar de esta distinción que hemos hecho entre el demente y el toxicómano/adicto, cabe mencionar que durante todo el siglo pasado en la Ciudad de Buenos Aires existió un instituto de polémica naturaleza jurídica, llamado edicto policial. Si bien mutó bajo diferentes nombres, fue desde un principio parte de las facultades de la Policía para garantizar el orden y la moral pública. Con la firma del Decreto 17.550/1943, de creación de la Policía Federal, durante la dictadura del General Edelmiro Farrell, obtuvo una indubitable jerarquización. Este instrumento disponía: “Artículo 5°. Para el ejercicio de las funciones que le asigna este Estatuto, dispondrá de los siguientes medios (...) 2°. Emitir edictos, dentro de la competencia asignada por el Código

de Procedimientos en lo Criminal de la Nación, para reprimir actos no previstos por las leyes, en materia de policía de seguridad de la jurisdicción federal. Estos edictos emanarán del Jefe de Policía Federal y no tendrán vigor sin aprobación del Poder Ejecutivo Nacional”.

Traemos a colación el régimen de edictos porque en los hechos significó un empoderamiento de la policía para ejercer el control social urbano, un control que con frecuencia encontraba mayores dificultades para ser impuesto a locos, borrachos y drogadictos, y que resultaba en que éstos pasaban a compartir las celdas de las comisarias de la ciudad cuando los vecinos o los propios familiares denunciaban alguna clase de perturbación pública. La discrecionalidad que se escudaba debajo de estos edictos facilitaba, en ocasiones, las arbitrariedades. Pero no hay que dejar de comprender esta intervención policial como la consecuencia de las percepciones sociales y estatales de la locura y el uso de drogas, y de ningún modo como la disposición natural de una institución, es este caso la policía. El sistema de control policíaco judicial de los enfermos mentales, o personas con padecimiento mental grave, fue reforzado y legitimado por la Reforma del Código Civil promulgada por el dictador Juan Carlos Onganía en 1968, mediante la Ley 17.711. En el artículo 482 se construye un régimen legal de internaciones, que si bien señala que “el demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros”, estipula en el párrafo siguiente que “las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez”: Y un párrafo más abajo establece que “A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la internación de quienes se encuentren afectados por enfermedades mentales, aunque

no justifiquen declaración de demencia, alcoholistas crónicos y toxicómanos”.

Si bien es verdad que en el mismo artículo se disponía la designación de un defensor especial que vele por la no prolongación de la internación, esta salvaguarda no alcanzaba a morigerar el protagonismo de la Policía Federal y del Poder Judicial, que podían resolver la internación, prescindiendo, en caso de urgencia, de cualquier opinión sanitaria y, por supuesto, de la opinión de la persona afectada. Esta norma que resultaría medular del sistema de salud argentino, además, vuelve a juntar a dementes, ebrios y toxicómanos bajo un mismo techo legal.

Esta unificación de régimen legal para dementes y adictos se debió a la reforma casi simultánea del Código Penal mediante la Ley 17.567, que en lo atinente a estupefacientes sancionaba a quien “sin estar autorizado, tuviere en su poder sustancias estupefacientes en cantidades que excedan las que correspondan a un uso personal”. En consecuencia, más allá de la cuestión procedimental de prueba sobre qué cantidad era o dejaba de ser consumo personal, este se despenalizaba.

La autoproclamada Revolución Argentina, del General Onganía, abrió un paréntesis normativo que pone otra vez a locos, borrachos y drogadictos, en la misma lógica. La reforma del año 1968 resuelve una tensión que los civilistas registran con frecuencia, la que enfrenta a decidir, según su valoración, entre la protección personal de la persona incapaz o la protección del tráfico jurídico. La Jueza Silvia Guahnon y Martín Seltzer, en un artículo publicado en *La Ley, Doctrina Judicial*, Año XXVII, N° 26, sintetizan: “Para proteger al incapaz se lo dota, entre otros elementos, de un curador y de la posibilidad de anular los actos por el celebrados (Conf. arts. 59, 468, 473, 1.041 y ccs. del Código Civil). Por el otro lado, para preservar la seguridad jurídi-

ca, se suelen utilizar planes de prescripción más abreviados y restricciones a la declaración de nulidad de los actos celebrados por incapaces. (...) Este último criterio se puede ver reflejado por la reforma a nuestro Código Civil introducida por la Ley 17.711 en los artículos 473, 474, 1.051 y 3.430, entre otros, donde el legislador ha optado por priorizar, de darse los recaudos que las referidas normas establecen, la estabilidad en el comercio jurídico”.

Las reformas encaradas por la dictadura de Onganía, se pueden sintetizar como la selección de la opción por el orden integral de la sociedad, en los negocios, en las calles y en los cuerpos, por sobre una visión sanitaria y de derechos y autonomía. Por eso, su delegación de la atención en policías y jueces, y el rol auxiliar que en ese contexto tenían las disciplinas de la salud, como cuerpos asesores, como recursos técnicos.

### **5. La guerra a las drogas. Primeras convenciones internacionales. Estructura administrativa y autonomización.**

En 1961 se aprueba en el marco del Sistema de Naciones Unidas, la Convención Única de Estupefacientes, que centra su atención en el control del cannabis, la cocaína y el opio. Esta convención es el triunfo diplomático de los cuerpos de control de drogas norteamericanos, principalmente del *Federal Bureau of Narcotics* (FBN), que desde hacía décadas consideraba que no podía terminarse con el ingreso de contrabando sin un régimen penal internacional que incluyera sanciones tanto a las naciones que no lo observasen como a los usuarios. Esta convención ha sido la base del actual sistema de control de drogas, a la que se agregó el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, y la Convención de las Na-

ciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 1988.

En los años 60 comienza el proceso mediante el cual —también en el aspecto de la atención sanitaria, como había sucedido en el legal— los dispositivos y servicios de adicciones comienzan a independizarse.

“En cuanto a los dispositivos destinados a la atención de los usuarios (...) en 1966, se creó el Fondo de Ayuda Toxicológica en la Cátedra de Toxicología de la Facultad de Medicina de la UBA, primera institución especializada en el tratamiento y rehabilitación de usuarios con usos problemáticos de distintas sustancias psicoactivas.

Este desarrollo parece haber continuado en los primeros años de la década de 1970, junto con cierto aumento de causas penales y demanda de tratamiento. En 1971 se crearon el Servicio de Toxicomanía del Hospital Borda y el Centro de Prevención de la Toxicomanía de la Cátedra de Toxicología de la Facultad de Medicina de la UBA. En 1973 se creó el Centro Nacional de Reeducación Social (CENARESO), primera institución especializada, residencial y monovalente para el tratamiento del uso de estas sustancias. Por esos años surgieron también las primeras comunidades que ofrecían tratamiento residencial en forma alternativa a la internación, formadas por usuarios y frecuentemente ligadas a Iglesias Evangélicas. Una de las más relevantes fue el ‘Programa Andrés’, creado por el pastor Carlos Novelli, la primera asociación civil que brindó respuesta sobre tratamiento”.<sup>1</sup>

En este proceso de autonomización de las adicciones, en 1971 —aún en dictadura— se sanciona la Ley 19.303 que incluso antes de la ratificación del Convenio sobre Sustancias Psico-

1- Corda, Alejandro, Galante, Araceli, Rossi, Diana, “Personas que usan estupefacientes en la Argentina. De delinquentes a sujetos de derecho”, s.d

trópicas, pone a la Argentina en línea con lo en ella dispuesto. Se prohíben la importación, fabricación, fraccionamiento, circulación, expendio y uso de sustancias como dietiltriptemina, diétilamida del ácido lisérgico, mezcalina, psilocibina, tetrahidrocanabinos. Se hace excepción de uso para casos de investigaciones, con la debida fiscalización de autoridad nacional en la materia.

El 27 de mayo de 1973, dos días después de la asunción del presidente Héctor J. Cámpora, votado en elecciones libres, el Congreso de la Nación aprueba la Ley 20.509 que deja sin efecto todas las modificaciones hechas al Código Penal durante la dictadura del 66 al 73. Por tanto, se restaura la penalización del consumo personal de estupeficientes.

En 1974, el Congreso aprueba la Ley 20.771 casi por unanimidad. Esta norma se adecúa en su orientación y forma al régimen internacional de control de sustancias estupeficientes de la ONU. Significa un endurecimiento de las penas a los usuarios. Textualmente decía en el artículo 6, “Será reprimido con prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de cien (\$) 100) a cinco mil pesos (\$) 5.000) el que tuviere en su poder estupeficientes, aunque estuvieran destinados a uso personal”.

Así, en un nuevo zigzag, quedan separadas otra vez las normativas propias de la salud mental, y las de las adicciones, aunque familiarizadas por la competencia de policías, jueces y psiquiatras en ambas materias. La primera, dentro de la órbita del derecho civil; la segunda, en un régimen promiscuo con el derecho penal.

En un contexto político internacional en el que la comunidad internacional acompaña la guerra a las drogas lanzada por la administración norteamericana de Richard Nixon y Henry Kissinger, queda asentada una doble vía que se aplica a los adictos y usuarios: tratamientos compulsivos y reproche penal. En

la retórica de los gobiernos de la época, como expresa con extrema claridad la Corte Suprema de Justicia en el Fallo Colavini de 1978, la represión a los consumidores de drogas se fundamentó como una acción de defensa nacional contra la degeneración del cuerpo social de Occidente.

## **6. Los 80 y 90, se profundiza la brecha.**

En 1983, bajo la dictadura militar de Reynaldo Brignone se aprobó la Ley 22.914, de “Personas con deficiencias mentales, toxicómanos y alcohólicos crónicos”, estipulando un régimen de internación único, revalidando el criterio judicial policial para ordenar internaciones, y dándole funciones de fiscalización al Ministerio de Menores e Incapaces. Es, por un lado, contradictorio con el régimen penal vigente en aquellos años, revalidado por la Corte Suprema, y por el otro, un nuevo zigzag, que vuelve a reunir en un mismo régimen a deficientes mentales —según la definición del título— con toxicómanos/adictos.

En 1989, el Congreso de la Nación aprueba la Ley 23.737 que cumple con los lineamientos de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupeficientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, firmada en Viena. La Convención endurece las penas, llama a un mayor compromiso de los Estados Partes en la persecución de los delitos, establece acuerdos de extradición y cooperación internacional.

En lo que hace a la materia de este artículo es importante señalar que en el artículo 1.2 de la Convención se insiste en la necesidad de que los estados tipifiquen como delitos la posesión, adquisición o el cultivo de estupeficientes o sustancias psicotrópicas para el consumo personal, aunque en el mismo artículo 1, en el

punto 4, inciso d), dice: “Las partes podrán, ya sea a título sustitutivo de la declaración de culpabilidad o de la condena por un delito tipificado de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo o como complemento de dicha declaración de culpabilidad o de dicha condena, disponer medidas de tratamiento, educación, pos tratamiento, rehabilitación o reinserción social del delincuente”.

Así se pasa de las ideas de defensa social, o un mix de éstas, a teorías reeducativas. La República Argentina adopta este criterio en la referida Ley 23.737, que establece para el caso de tenencia simple de estupefacientes, en su artículo 14, pena de uno a seis años, y cuando se probare que es tenencia para consumo personal, de un mes a dos años.

Y aquí otra vez, como pasara en el Código Civil y en las reformas de 1968, el péndulo vuelve a oscilar. El artículo 17 de la Ley 23.737 señala: “En el caso del artículo 14 segundo párrafo —tenencia para consumo personal—, si en el juicio se acreditase que la tenencia es para uso personal, declarada la culpabilidad del autor y que el mismo depende física o psíquicamente de estupefacientes, el juez podrá dejar en suspenso la aplicación de la pena y someterlo a una medida de seguridad curativa por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación. Acreditado su resultado satisfactorio, se lo eximirá de la aplicación de la pena. Si transcurrido dos años de tratamiento no se ha obtenido un grado aceptable de recuperación por su falta de colaboración, deberá aplicársele la pena y continuar con la medida de seguridad por el tiempo necesario o solamente esta última.”

Es decir, se aplica una medida de seguridad análoga a la de la inimputabilidad, pero si el tratamiento de recuperación no funciona y sigue consumiendo, entonces se vuelve al reproche

penal. Otra vez los límites se tocan, y otra vez, y en última instancia, los adictos y usuarios de drogas son objeto de persecución penal, como si súbitamente hubieran perdido su condición de enfermos o padecientes a causa del fracaso del tratamiento.

Otro cruce entre el régimen penal y el sistema de salud se produce con la sanción de la Ley 24.455 del año 1995. Se trata de una ley progresiva en cuanto obliga a los prestadores de servicios de salud, prepagas y obras sociales “a la cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas que dependen física o psíquicamente del uso de estupefacientes”. Pero a un tiempo refuerza la línea punitiva, a través de su artículo 2, que señala: “Los tratamientos de desintoxicación y rehabilitación mencionados en los artículos 16, 17, 18 y 19 de la Ley 23.737 deberán ser cubiertos por la obra social de la cual es beneficiaria la persona a la que se le aplica la medida de seguridad curativa. En estos casos el Juez de la causa deberá dirigirse a la obra social que corresponda a fin de indicarle la necesidad y condiciones del tratamiento.”

## **7. Ley Nacional de Salud Mental, un nuevo modelo.**

En el año 2010 —dos décadas después de ser aprobada, se deroga la Ley 23.737—, se sanciona en su lugar la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657, que se concibe a sí misma como un cambio de paradigma desde el modelo asilar hacia la perspectiva de derechos, la salud comunitaria, la interdisciplina y la intersectorialidad, profundizando en el modelo que se había ensayado al redactar la Ley 448 de la Ciudad de Buenos Aires.

Por causa de esta norma se modifican los artículos 152 ter y el 482 del Código Civil, sa-

cándoles a los jueces la facultad de internar, y estableciendo límites de alcance y tiempo a la declaración de incapacidad.

Desde lo conceptual define que la preservación y mejoramiento de la salud mental “implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona”.

La Ley Nacional de Salud Mental no equipara Salud Mental y Adicciones, sino que subordina, en su técnica jurídica, la segunda a la primera, como queda claro de la lectura de su artículo 4to. “Las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Las personas con uso problemático de drogas, legales e ilegales, tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en su relación con los servicios de salud”.

Recordando la vigencia constitucionalmente cuestionada en lo que hace a la tenencia para consumo personal de la Ley 23.737 se puede apreciar una tensión entre dos perspectivas: la sanitaria y la abstencionista/punitiva. Esta tensión se denota en el corte que se hace al final del artículo que dice “tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley **en su relación con los servicios de salud**” (negritas propias). Este recorte que no se repite en otras partes de la norma es un reconocimiento elíptico del régimen penal de los estupefacientes.

La comprensión de las adicciones dentro de la salud mental, aunque individualizándola como materia independiente, forma parte del espíritu de la ley. Desde los fundamentos que acompañaron el proyecto de ley, el legislador invistió a esta norma de un carácter fundante. Allí dio cuenta del proceso de debate pre-legislativo realizado en el seno de la comunidad, enumeró a los múltiples actores que participaron en los borradores de la misma, tanto de la actividad estatal como comunitaria, y escribió

una historia de la salud mental que culmina con la confección de esta ley nacional. Es la historia de la construcción de un consenso y una organización sanitaria que pueda superar el modelo de atención mental centrada en el neuropsiquiátrico o manicomio y la marginación social de la persona con padecimientos mentales.

En los fundamentos se relata la trayectoria irregular del sistema de salud mental nacional, que fue, hasta el 94, el que funcionaba también en la Ciudad de Buenos Aires. De los años 70 se rescata “La extensa historia de desarrollos conceptuales, políticas y prácticas, en el campo de la salud mental en nuestro país, con la producción de experiencias alternativas al manicomio, pioneras en el ámbito latinoamericano, acompañadas por ‘movimientos reivindicadores’ de los derechos de los enfermos mentales internados”. Se menciona la psicología social de Pichón Rivière y la apertura de servicios de psicopatología en los hospitales generales. “La dictadura militar —como en todas las áreas de la vida social y política de nuestro país— produjo un abismo que desarticuló esos procesos”, concluye. Al gobierno de la apertura democrática se le reconoce una vocación de estructurar una “organización nacional del área”; “en primer lugar, se consolidó un ‘acuerdo político-técnico’ que posibilitó la creación de direcciones y/o programas de salud mental, además de la construcción de un ‘foro federal interpartidario, interdisciplinario e intersectorial’ y la organización de una ‘red de servicios asistenciales estatales’”. En los años 90, siguen fundamentando, se desarticula este proceso, merced a la pérdida de poder de la Dirección Nacional que “pasa a ser Instituto de Salud Mental, para posteriormente convertirse en Unidad Coordinadora y Ejecutora de Salud Mental y Comportamiento Saludable”. La pérdida de jerarquía adminis-

trativa y la descentralización de la salud de la Nación a las provincias realizada en aquellos años, son percibidas por el legislador como momentos de deterioro del sistema sanitario.

Con la puesta en vigencia de la Ley Nacional de Salud Mental parecía que iba a estabilizarse, al menos por unos años, la regulación jurídica de la salud mental y las adicciones. Sin embargo, como veremos más adelante, la existencia de estructuras administrativas diferentes, cada una con su propio orden de jerarquías e historia, tanto en salud mental como en adicciones, continúa existiendo hasta la actualidad.

Finalmente, en mayo de 2014, las aguas que dividen el régimen legal de la salud mental del de las adicciones volvieron a agitarse con la sanción de la Ley 26.934; específicamente, por la creación del “Plan Integral para el abordaje de los Consumos Problemáticos”. Este plan contempla los postulados de la Ley Nacional de Salud Mental en cuanto al régimen de internaciones y de derechos y garantías del paciente, pero se incorpora al cuerpo normativo argentino como una ley específica en relación a la ley genérica. Con un fuerte acento en la dinámica social, genera mecanismos y procedimientos propios; una red de efectores, en síntesis, regulada aparte de la red de salud mental, por un régimen de habilitaciones y control, también diferente. Al día de hoy no está designada la Autoridad de Aplicación por el Poder Ejecutivo Nacional.

En lo conceptual, desde su mismo nombre, enfoca en el consumo problemático y no en el consumo en sí, describiendo como consumo problemático al que se expresa como adicción o abuso, incluyendo “ciertas conductas compulsivas de los sujetos hacia el juego, las nuevas tecnologías, la alimentación, las compras o cualquier otro consumo que sea diagnosticado compulsivo por un profesional de la salud”.

El Plan aprobado por esta Ley se organiza

en diferentes capítulos. “Prevención”: alrededor de la creación de Centros Comunitarios de Prevención de Consumos Problemáticos; “Asistencia”: transversal y obligatoria para los tres subsectores del sistema de salud; “Integración”: que pone en cabeza del Estado la obligación de generar políticas de inclusión social para las personas con consumos problemáticos. Otro punto importante de la Ley es que pone bajo responsabilidad de la Autoridad de Aplicación, la conformación de un Registro Permanente de Efectores, en el que se deberá estar inscripto para dar las prestaciones de asistencia en adicciones.

La Ley 26.934 debe colocarse en la misma lógica de la ley general y específica, en la que deben contemplarse aquellas previas a la Ley Nacional de Salud Mental, en cuanto no afecten derechos y garantías reconocidos por esta. Serían los casos de normas como la Ley 25.451/2001, de “Atención Primaria en Salud Mental”, la Ley 24.788/1997, de “Lucha con el Alcoholismo”; y de aquellas posteriores como la Ley 27.043/2014 de “Trastornos del Espectro Autista”; y la 27.130/2014 de “Prevención del Suicidio”.

De esta manera se cierra este breve repaso por la evolución normativa que han tenido la salud mental y las adicciones, en el derecho nacional.

## 8. Legislación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Con la declaración de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires a través de la reforma constitucional de 1994, se abre un nuevo capítulo en cuanto a la organización porteña de la salud mental y las adicciones.

En el año 1999 se sanciona la Ley de Salud de la Ciudad, que dispone como uno de los objetivos del subsector estatal el desarrollo de po-



líticas integrales en adicciones. En el año 2000 se sanciona la Ley de Salud Mental 448, que incorpora principios de la salud mental comunitaria y regula un control de las internaciones voluntarias e involuntarias. La Ley 448 no hace referencia ninguna a las adicciones, drogodependencias, toxicomanía o semejantes.

La Ley 2318 de 2007, “De prevención y asistencia del consumo de sustancias psicoactivas y de otras prácticas de riesgo adictivo”, que considera al consumo y a las prácticas de riesgo adictivo un problema socio-sanitario, cuyas condiciones son de orden biológico, psicológico y del contexto social-cultural; y cuyas consecuencias deben ser abordadas desde un enfoque pluralista, interdisciplinario e intersectorial, anticipando, en estos aspectos, principios de la posterior Ley Nacional de Salud Mental.

Esta Ley 2318, desde su definición, representa una novedad para la legalidad prohijada desde la mirada abstencionista, tutelar y represiva del consumo de drogas, aunque se considera problemático todo consumo de sustancias ilícitas. Entre sus aspectos innovadores se refuerza, por ejemplo, el principio de confidencialidad, para facilitar el acceso a la salud de los que demanden un tratamiento. En términos generales está orientada a la multiplicación de alternativas terapéuticas, a la conformación de una red que responda según diferentes niveles de complejidad sanitaria, incluyendo el deber del Estado porteño de garantizar programas de reducción de daños, una terapéutica hasta ese momento no reconocida.

### **9. La corriente internacional de ampliación de los derechos de los usuarios de las redes de atención en salud mental y adicciones.**

La actualidad de la salud mental y de las adicciones no puede entenderse nada más que

como el producto de un desarrollo argentino. En el núcleo de respuestas que el Estado ha dado a estas dos cuestiones, se puede encontrar la influencia de los procesos internacionales cuya formalidad está plasmada en las Convenciones Internacionales de las que nuestro país es parte. Este proceso se intensifica e institucionaliza con la incorporación de los Tratados Internacionales a la Constitución Nacional, en la reforma realizada en 1994, y por las sucesivas decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que termina de despejar los planteos que resistían el final del principio de soberanía ilimitada de las naciones.

En lo propio de la Salud Mental, el sistema internacional de protección de los Derechos Humanos no produjo efectos solo por sus abordajes directos; es decir, por la consagración en sí de los derechos en los cuerpos de los Tratados. Se puede señalar que su injerencia más significativa fue a partir de la acción de sus órganos de aplicación. La adhesión de Argentina al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana, así como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, implicó una tensión sobre los posibles efectos que el abandono de las personas con padecimiento mental podría acarrear para el Estado, y un punto de apoyo para los fallos que empezaron a revertir la tendencia al asilo de personas con padecimiento mental. Los casos emblemáticos de Víctor Congo contra Ecuador (1999) y Ximenes López contra Brasil (2006), que concluyeron con sanciones internacionales a ambos Estados por la violación de los derechos de las personas con padecimiento mental, confluyeron con factores extrajurídicos, como la presión de sectores de usuarios, familiares, profesionales, y organizaciones sociales, para un cambio de perspectiva por parte del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo.

En el ámbito de la Justicia Nacional, los antecedentes jurídicos que sentaron estándares tomados del Sistema Interamericano e Internacional de Derechos, fueron los fallos Tufano (2005) y RMJ (2008), basales en la arquitectura de la Ley Nacional de Salud Mental, en los cuales la Corte Suprema de Justicia de la Nación insta de forma directa al Poder Ejecutivo y a los jueces a tomar las acciones pertinentes a los fines de guardar el debido proceso de garantías para las personas internadas por causas mentales, dado que toda internación involuntaria siempre es una privación de la libertad, aunque esté justificada, y cumpla con determinadas formas legales.

“Estos tratados de derechos e instrumentos específicos, observaciones y recomendaciones elaboradas en el ámbito de la ONU, la OPS/OMS, y la CIDH —dijo Alfredo Kraut, en su prólogo a la compilación *Instrumentos internacionales de Derechos Humanos y Salud Mental*, del año 2010—, (...) la CSJN pronunció que constituyen el estatuto básico de derechos y garantías de las personas usuarias de los servicios de salud mental, a la vez de delinear y/o reformar los sistemas de salud mental”.

Aunque la Corte toma un caso como el de Ricardo Tufano, en el que “los profesionales médicos concluyeron que Ricardo A. Tufano presentaba un trastorno psíquico por abuso de sustancias psicoactivas, recomendando, en consecuencia, su internación para su mayor protección, estabilización del cuadro y comienzo de adecuado tratamiento (fs. 6/7), informando la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico al defensor público que Ricardo Alberto Tufano había sido derivado en tratamiento de internación al programa “Darse Cuenta”, en una institución con sede en City Bell, provincia de Buenos Aires (fs. 11)”. Es decir, el caso de una persona adicta; no hace consideraciones sobre

la faz penal del consumo de adicciones, quedando incompleta, en cierta manera, la sistemática dogmática, ¿acaso un adicto no compra, tiene, y consume drogas ilícitas? En tal caso, ¿por qué no se aplica el régimen penal vigente? ¿Hay una selección policial y judicial clara, que se encarga de distinguir adictos de delincuentes? Y acaso, acerca de los adictos que no se curan, ¿sus conductas no están contempladas en los términos del artículo 17 de la Ley 23.737?

#### **10. Sobre la penalización del consumo y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).**

Esta evidente grieta lógica del plexo jurídico argentino fue resuelta por la CSJN en el fallo “Arriola” del año 2009, que ha sido numerosamente comentado por la doctrina. De modo que ceñiremos nuestro análisis solo a los aspectos vinculados al derecho de las personas a la salud, dejando de lado los aspectos penales y de política criminal. La CSJN considera: “Han pasado diecinueve años de la sanción de la Ley 23.737 y dieciocho de la doctrina “Montalvo” que legitimó su constitucionalidad. Este es un período, que por su extensión, permite descartar que un replanteo del *thema decidendum* pueda ser considerado intempestivo. (...) Las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba “Montalvo” han fracasado. En efecto, allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios que no se han cumplido —ver considerando 26 de Fallos: 313:1333—, pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales”.

A continuación la CSJN toma datos epidemiológicos del *World Drug Report*, confeccionado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito; de estudios nacionales como la Segunda Encuesta Nacional a Estudiantes Secundarios 2005, realizada por la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico (SEDRONAR); y del Informe 2006 del Observatorio Interamericano sobre Drogas. Sobre la base de los datos allí expuestos, sostiene que por medio de la orientación punitiva se ha fracasado en la preservación de la salud pública de la población argentina.

Luego afirma: “Otra razón no menos importante que justifica un nuevo cambio jurisprudencial en la cuestión aquí traída, es que el debate jurídico plasmado en ‘Bazterrica’ y ‘Montalvo’, se ha llevado a cabo con anterioridad a la reforma constitucional de 1994”. En efecto, ‘Bazterrica’ es un pronunciamiento del año 1986, y ‘Montalvo’ de 1990. La CSJN desarrolla, a renglón seguido, las consecuencias radicales que trajeron los parámetros internacionales que se incorporaron a la Carta Magna, haciendo especial hincapié en el derecho a la privacidad.

El derecho a la privacidad, sostiene la CSJN, “impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada —artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos—” y se vincula con el derecho a la autonomía personal, tomando el criterio de la Corte Interamericana del siguiente párrafo: “el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del

poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía que es prenda de madurez y condición de libertad e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones” —CIDH en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, del 4 de julio de 2006, párrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez—.

En consecuencia, la CSJN concluye que esta orientación se encuentra en consonancia con los principios del fallo *Bazterrica*, es decir, con la inconstitucionalidad de la penalización de la tenencia para consumo personal en tanto no afecte a terceros ni cause daño, por conculcar el artículo 19 de la Constitución Nacional que consagra la esfera de libertad personal que excluye los actos de los poderes públicos.

El fallo refiere a fundamentaciones y recomendaciones que resaltan el valor de la dignidad humana, por la cual toda persona es un fin en sí mismo, y no puede ser utilizada como un mero medio para la obtención de un objetivo del Estado, dando respuesta a la lógica de política criminal sostenida en *Montalvo*, que pensaba al consumidor como el último eslabón de la cadena del narcotráfico, a partir del cual se podía subir en el escalafón delictivo hasta llegar a la cabeza de las organizaciones. También se señala, retomando los aspectos vinculados a la atención sanitaria, que la persecución penal de los consumidores puede implicar una re-victimización, sobre todo en el caso de aquellos que

evolucionan hacia la adicción, y según la CSJN, son las principales víctimas del contrabando y tráfico de estupefacientes.

La CSJN termina llamando a todos los poderes públicos del Estado a “asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores”.

A la vista de la claridad de los Tratados Internacionales, de la Ley Nacional de Salud Mental, del Plan Nacional para el Abordaje de Consumos Problemáticos, y del fallo “Arriola” de la CSJN, se identifica sin matices que se debe correr el tratamiento de los problemas de consumo y de adicciones de la órbita penal hacia, cuando corresponda, la sanitaria, y que además, es un deber estatal garantizar esta atención. A más de un lustro de “Arriola”, sin embargo, la contraposición entre respuesta penal y respuesta sanitaria sigue existiendo, merced a la persistencia del régimen penal, de las prácticas represivas y del discurso, que a veces con un sesgo tutelar, a veces con un sesgo netamente punitivo, la sostienen.

### **11. La organización estatal de respuesta a las adicciones, espejo de las contradicciones.**

Si la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, instituyó la forma legal de la guerra a las drogas promovida por los representantes del Gobierno de los Estados Unidos de América, y si en nuestro país la conocida como Ley de Drogas N° 23.737 fue la bajada, y la adaptación de esos lineamientos al marco jurídico y administrativo nacional. Entonces la creación de la SEDRONAR, por

Decreto 271/89, fue la consecuencia orgánica administrativa del compromiso asumido por el Estado Argentino en este proceso.

La SEDRONAR funcionó desde su creación y hasta la actualidad en el ámbito de Presidencia de la Nación. Su ubicación en la estructura administrativa ya es una pauta de su concepción promiscua de adicto con delincuente. En virtud de lo dispuesto por el Decreto N° 649/91, se le atribuyó a la SEDRONAR la competencia en lo relativo a la elaboración de las políticas y la planificación de las estrategias y acciones para la lucha contra el uso indebido de drogas y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. También para coordinar con otras áreas de gobierno a nivel nacional, provincial y municipal, y programar el “Plan Nacional Contra el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas”. En el título mismo del plan, se denota que atacar el uso y el tráfico de drogas es una misma cosa.

El Ministerio de Salud de la Nación, por entonces Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, —entre la descentralización del sistema desde la Nación a las provincias durante los años 90 y la creación de la SEDRONAR, quedó apartado de la responsabilidad del rol rector en políticas sanitarias en adicciones—. Desjerarquizada la Dirección Nacional de Salud Mental, convertida en una Unidad Coordinadora, se pronunció una fuerte bifurcación entre ambas organizaciones, la de la salud mental y la de los consumos problemáticos y las adicciones.

La SEDRONAR, mediante el Decreto 623/96, creó el marco del Plan Nacional, al que hicimos referencia, proponiendo, entre otros temas, la discusión de un “Modelo de intervención asistencial público y privado” y la “Coordinación de planes y programas que se establezcan con otros países o con organismos internacionales y que deban realizarse coordinadamente con los

organismos provinciales competentes, en temas tales como: Reducción de la Demanda de Drogas, Control de la Oferta, Desarrollo Sostenible, Control de Sustancias Químicas”.

En tanto se desdoblaba la atención sanitaria de la salud mental y las adicciones, se cristalizaba que no serían los mismos efectores y servicios los que darían respuesta a unos y a otros, y que en ninguno de los dos casos la respuesta estaría en el dispositivo por antonomasia del sistema de salud del país, y particularmente, de la Ciudad de Buenos Aires, que es el Hospital General. En el caso de la salud mental, se afianzó un modelo asilar con centro en el neuropsiquiátrico que, —en combinación con el abandono presupuestario, la crisis económica, el deterioro funcional de las unidades, y la maduración de la lógica manicomial—, terminó en el proceso de denuncias y concientización pública sobre las violaciones a los Derechos Humanos que en esta clase de lugares ocurrían. Estas denuncias, entre otros factores, llevarían al Congreso a debatir una nueva Ley Nacional de Salud Mental. En cuanto al consumo de drogas y las adicciones; tras la creación de la SEDRONAR, se multiplicaron las clínicas de rehabilitación y las comunidades terapéuticas, que pasaron a ocupar un lugar central en la atención de la demanda por consumo problemático y adicciones.

En 1997, la SEDRONAR y el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, acuerdan las Resoluciones Conjuntas 153 y 361 sobre “normas de categorización para aquellos establecimientos que brindan Servicios Preventivos-Asistenciales en Drogadependencia”. Basadas en la orientación de la SEDRONAR, y en la de la Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas (CICAD), en sus documentos “Algunos Puntos de Referencia para la Puesta en Marcha de la Estrategia Antidrogas en el Hemisferio” y

“Estrategia Antidrogas en el Hemisferio”. Los puntos más sobresalientes de esta Resolución Conjunta es la incorporación de las Organizaciones No Gubernamentales, y de las mencionadas Comunidades Terapéuticas en el Tercer Nivel, Internaciones, bajo la siguiente definición: “Comunidad terapéutica: Es toda aquella modalidad de tratamiento habilitatorio, que prioriza la recuperación comunitaria e incluye la recuperación personal en los aspectos biológico, psicológico y social, con programas destinados a la atención de la salud, educación básica, desarrollo valorativo y desarrollo de habilidades sociales y laborales. La C.T. (Comunidad Terapéutica) para patologías adictivas son aquellas que brindan un tratamiento con diferentes fases, en las cuales, los residentes deben transitar un proceso que procure el crecimiento en responsabilidad y compromiso: priorizándose el trabajo grupal por sobre el abordaje individual, sin renuncia de un programa personalizado. Esta modalidad comprende a los supuestos de co-morbilidad psico-social” (O.M.S., Documento WHO/PSA/93.5).

Esta incorporación es, quizás, a la luz del lugar que ocupan las comunidades terapéuticas en la actualidad, la novedad más trascendente de aquellas resoluciones. Es también una legalización, en el sentido de que ya existían y funcionaban ONGs/comunidades terapéuticas. De hecho ya se habían agrupado en la Federación de Organizaciones No Gubernamentales de Tratamiento de Adicciones, fundada en 1991, seis años antes.

En materia de salud mental siguió funcionando la Resolución N° 1121/86 de “Normas mínimas de habilitación y funcionamiento de los Establecimientos de Salud Mental y Atención Psiquiátrica”. A diferencia de su antecesora inmediata, la Resolución N° 920/81, la 1121/86 eliminaba la división entre pacientes recuperables e irre recuperables, que había sido el criterio

según el cual se dividían los servicios del tercer nivel, de los Establecimientos Neuropsiquiátricos con Internación. Admitía, asimismo, nuevos efectores como el hospital y el taller protegido, establecimientos que declaraban tener como objeto la reinserción social de los pacientes.

En el año 2010, por Decreto 457/2010, se crea la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones, del Ministerio de Salud de la Nación. Se fundamentaba dicha creación “ante la necesidad de fortalecer las políticas públicas de salud mental, especialmente el cumplimiento de los derechos de las personas con padecimientos mentales o adicciones, se hace imprescindible la incorporación a dicha estructura organizativa de la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones con Dependencia directa de la Secretaría de Determinantes de la Salud y Relaciones Sanitarias del citado Ministerio”.

Entre las principales acciones encomendada a la DNSMYA, se destacaba la 2) que dice: “Integrar las políticas de salud mental y tratamiento de las adicciones en las políticas generales de salud propuestas por el Ministerio de Salud, procurando fortalecer las capacidades institucionales que permitan garantizar una adecuada, oportuna y continua accesibilidad a los servicios de salud mental”, y la 4) “Generar principios rectores en materia de atención primaria de la salud mental y los tratamientos de las adicciones desde una perspectiva respetuosa de los derechos humanos y las garantías individuales de las personas, con un criterio interdisciplinario de atención, que priorice la participación y acompañamiento familiar y comunitario”.

La creación de una Dirección Nacional con esta competencia, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que había declarado el fracaso de la política pública de persecución penal a los usuarios de drogas, y la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental, que integraba a

las adicciones al régimen de derechos y garantías de la salud mental, establece la consolidación de un paradigma de atención sanitario interdisciplinario en una perspectiva de derechos de los usuarios con consumo problemático o adicciones. Lo que desdibujaba, a la sazón, la función sanitaria de la SEDRONAR, que no había sido explícitamente derogada y que sostenía las denominadas becas, parte del “Programa de Subsidios para Asistencia Individual en el Tratamiento de Adictos con Internación en Institutos No Gubernamentales”, mayoritariamente comunidades terapéuticas, como uno de sus principales recursos de contención de la demanda.

En el año 2010, se convocó desde el Poder Ejecutivo Nacional a un Comité Científico Asesor en Control del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Criminalidad Compleja, que funcionó en el ámbito del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación.

El Comité se conformó con destacados especialistas en diferentes disciplinas, cuyo objeto era la elaboración de un Plan Nacional de Drogas para el quinquenio 2010-2015. Las conclusiones a las que llega el Comité, en orden del problema sanitario, fueron, entre otras que del universo de personas que consumen sustancias, una inmensa mayoría no incurrirá en consumos problemáticos: para un grupo relativamente pequeño de consumidores el uso adquiere características problemáticas, y que en “relación al llamado ‘consumo no problemático’, el hecho de consumir sustancias que no son inocuas puede generar riesgos, sean éstos legales o ilegales”. Para casos de esta naturaleza deben preverse los mensajes preventivos de reducción de daños, e incluso, soluciones del derecho administrativo sancionatorio para aquellas situaciones de exceso que puedan causar daño a terceros, lo que ya está previsto en los códigos contravencionales.

Asimismo, bajo el título “De por qué resultan contraproducentes e iatrogénicas las intervenciones sanitarias desde el derecho penal”, realizaba una serie de consideraciones como, por ejemplo, que las evaluaciones realizadas por los cuerpos forenses solo contemplaban si la sustancia había pasado o no por el cuerpo —rinoscopias, metabolitos de la cannabis, etc.—, que los tratamientos afectaban la libertad de las personas, y que los jueces y el régimen penal no contemplaban algunos factores de tratamientos como las posibles, probables y esperables recaídas de un sujeto que padece adicciones.

De este modo se identifica una diversidad de consumidores de sustancias ilegales, “En este sentido —decía el Comité— deberán coexistir instituciones de internación completa, hospitales de día y tratamiento ambulatorio con un sistema flexible de derivación de uno a otro lugar, con el adecuado seguimiento del paciente para evitar la reelaboración de Historias Clínicas y sobrefacturaciones consiguientes”.

El Comité no solo consideraba necesario avanzar en la derogación de la penalización del consumo personal sino que se extendía en otros aspectos como qué clase de red de asistencia era precisa para superar el fracaso sanitario de la Ley 23.737. Empezaba por señalar que “El Comité consideraba que dados los abusos producidos en internación, la falta de control y la baja profesionalización del personal de muchas de las comunidades terapéuticas” era necesario profundizar el control de esas instituciones.

El informe, en cuanto a la mencionada red asistencial, consideraba que la coordinación interministerial debía quedar en cabeza del Consejo Federal para la Prevención y Asistencia de las Adicciones y Control del Narcotráfico (COFEDRO), y todo lo relativo a la asistencia sanitaria de los usuarios en cabeza del Ministerio de Salud, especialmente del entonces llamado

CENARESO, ahora Hospital Nacional en Red. “El Plan preveía la creación de equipos interdisciplinarios en los hospitales públicos para la atención en crisis por el uso de drogas y la coordinación de la atención posterior, que no solo incluía a los servicios de salud, sino también a los de trabajo y desarrollo social”.<sup>2</sup>

En esta línea de jerarquizar la autoridad sanitaria dentro de una lógica intersectorial, se empezó a modificar la organización estatal. Replicando el sentido federal del COFEDRO, que existe desde 1996 atento lo dispuesto en el Decreto 623; se convocó el Consejo Federal de Salud Mental y Adicciones (COFESAMA), que coordinaba el Ministerio de Salud de la Nación, funcionando éste desde el año 2010 al 2012. Se reunió en tres ocasiones y en el tercer encuentro se trató el marco de discusión para desarrollar la reglamentación participativa de la Ley Nacional de Salud Mental.

En el año 2012, tres diputados de diferentes fuerzas tanto oficialistas como de la oposición, presentaron un Proyecto de Ley para despenalizar la tenencia simple y la tenencia para consumo personal de drogas ilícitas. Los proyectos nunca fueron tratados en el recinto, pero se realizaron jornadas de discusión en Comisiones de la Cámara de Diputados, en las que se convocó a actores de la sociedad civil y a representantes de organismos estatales. Hubo argumentos de todos los tipos: a favor y en contra. A pesar del acuerdo en que el tratamiento de los problemas de adicciones desde una lógica penal no era correcto, el sector de los presentes que se oponía a innovar, sostenía que debía preservarse la penalización, no por su eficacia, sino de modo preventivo y moral: “Despenalizando estaríamos diciendo: ‘El Estado te permite drogarte y tener drogas; las drogas son buenas’. No

2- Corda, Alejandro, Galante, Araceli, Rossi, Diana, *op. cit.*

queremos que los consumidores vayan presos pero, en rigor de la verdad, ningún juez lleva a la cárcel a un adicto”, sostuvo Inés Valdez, representante de la Comunidad Terapéutica Fundación Manantiales, en ocasión de aquellas audiencias. Finalmente, estos proyectos de reforma naufragaron. Así como tampoco dio tratamiento al Anteproyecto de Reforma del Código Penal, elaborado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, creada por el Decreto 678/2012, en el que se propone la adecuación del régimen penal de los estupefacientes al criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Arriola”.

En el año 2013, volviendo a la matriz sanitaria, queda reglamentada la Ley Nacional de Salud Mental, mediante Decreto 603/2013, que introduce en su artículo 4, los tratamientos de reducción de daños como servicios de salud, y da forma a los órganos de protección de los derechos de los usuarios, tales como el Órgano de Control del artículo 40, con competencia para fiscalizar tratamientos e instituciones de asistencia en adicciones. Se regulan los aspectos técnicos del cuerpo de abogados, que el artículo 22 ordena crear en cada jurisdicción para la asistencia técnica de las personas internadas por causa de salud mental o adicciones. Estas dos instituciones funcionan en la actualidad en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa, del Estado Nacional.

En el mismo 2013, mediante Resolución del Ministerio de Salud de la Nación 2177/2013, se aprueba el Plan Nacional de Salud Mental, realizado en consulta con la sociedad civil, universidades nacionales, y organismos estatales. El Plan Nacional de Salud Mental, identifica en el “Punto 9.3 Problema N° 3”, lo siguiente: “Las adicciones y los consumos problemáticos no se en-

cuentran incluidos adecuadamente en el campo de la salud/salud mental”. Por lo que se propone como objetivo, incluirlas en “la promoción, prevención, atención e inclusión social, en el diseño de estrategias para el desarrollo, implementación, monitoreo y evaluación de proyectos, programas y actividades de la salud mental”.

A inicios de 2014 se reformó la SEDRONAR y se transfirieron funciones al Ministerio de Seguridad de la Nación por medio del Decreto 28/2014, en materia de lucha contra el narcotráfico. El mismo año, por medio de la Resolución 172 de la SEDRONAR, se aprobó el Programa Recuperar Inclusión, con el objetivo de multiplicar efectores a través de los Centros Preventivos Locales de Adicciones (CEPLAS), y las Casas Educativas Terapéuticas (CET), para que brinden una respuesta intersectorial y de inclusión social. En los considerando de la resolución, la SEDRONAR se reafirma en sus competencias de coordinador de políticas públicas en asistencia de las adicciones, en observación de lo dispuesto en el Decreto 48/2014.

En el 2014, la Comisión Interministerial en Salud Mental y Adicciones (CONISMA) que funciona en la Jefatura de Gabinete de Ministros, convocó al Consejo Consultivo Honorario del mencionado organismo, con el fin de robustecer y profundizar el proceso de participación de la comunidad en las políticas públicas en salud. De esta Comisión participan organizaciones del campo de la salud mental y de las adicciones, de diferentes vertientes y visiones.

Para finalizar, cabe destacar dos hechos, que no suceden en el ámbito del Estado Nacional ni son hechos propios del mismo, pero que son dignos de ser destacados como tendencias y por su repercusión en la opinión pública. El primero es la implementación de un Programa Piloto de Tribunales de Droga en la Provincia de Salta, mediante Acordada 11.480/2013 de la Corte de



Justicia de Salta. Este programa constituye una alternativa penal dirigida al abordaje de personas que son imputadas de un delito en un contexto de consumo problemático de drogas ilegales. El objetivo del programa, explica la Defensoría General de la Provincia, “es lograr la rehabilitación o una evolución favorable del adicto, favoreciendo así su inserción social al mejorar su calidad de vida, bajo el incentivo procesal del sobreseimiento al momento del egreso positivo”. El Programa es fomentado por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), órgano integrante de la Organización de Estados Americanos (OEA), y cuenta con financiamiento de los Estados Unidos de América y Canadá. Al momento, dos tribunales salteños funcionan bajo esta forma. El Programa ha recibido críticas por colocar la atención de las adicciones y los consumos problemáticos nuevamente en manos del Poder Judicial.

Otro dato de alto impacto regional es el avance de la vecina República Oriental del Uruguay hacia un régimen estatal de regulación de la producción, distribución y venta de cannabis y cáñamo de uso industrial, bajo argumentos sanitarios, económicos y de política criminal. La medida ha sido cuestionada por los organismos internacionales de control de drogas ilícitas que señalan un incumplimiento del Uruguay de sus compromisos internacionales, y se ha convertido, además, en un ensayo que concita la atención de Sudamérica y el mundo.

## **12. La asistencia de las adicciones y la salud mental en la Ciudad de Buenos Aires.**

Como hemos visto en la Ciudad de Buenos Aires a partir de la declaración de autonomía, se ha generado un marco normativo propio que mantiene, desde el aspecto jurídico, escindida

la atención de las adicciones y la atención de la salud mental. De este modo, se mantiene el encuadre en lo que hace a la estructura de organismos competentes. Existiendo una Secretaría de Políticas Sociales en Adicciones, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad, y una Dirección General de Salud Mental, que es parte del organigrama del Ministerio de Salud porteño.

De la Secretaría de Políticas Sociales en Adicciones dependen los doce Centros de Intervenciones Asistencias Comunitarias (CIACs) que funcionan en la ciudad, y el Centro de Diagnóstico, Admisión y Derivación, que es la boca de ingreso al sistema asistencial, donde se evalúa a la persona para su derivación, como se deduce de su nombre.

En el presupuesto 2015, esta Secretaría tiene proyectado un gasto total de \$66.675.163, de los cuales \$43.348.247, se encuentran imputados a “Transferencias al sector privado para financiar gastos corrientes”, lo que significa la tercerización de internaciones por adicciones.

De la Dirección General de Salud Mental depende la Red Metropolitana de Servicios de Adicciones, en la que se asocia efectores y servicios de los tres niveles de sistema de salud, según las cuatro regiones sanitarias en las que se encuentra dividida la Ciudad de Buenos Aires.

En el presupuesto 2015, esta Dirección tiene proyectado un gasto de \$1.265.923.902, como no maneja el presupuesto de las áreas y servicios de salud mental de hospitales generales ni los del primer nivel, se concentran los recursos en tres efectores: el Hospital Borda —con \$376.789.115—, el Hospital Braulio Moyano —con \$373.989.317—, y el Hospital Tobar García —con \$151.456.660—.

La actual gestión de la Ciudad de Buenos Aires ha sido demandada en numerosas oportunidades por particulares, y organismos públicos

tutelares, por la falta de adecuación de la red de servicios de salud a los principios de las Leyes 448, 26.657 y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La vía judicial dio amparo a pedidos de recursos, dispositivos intermedios y preservación edilicia y funcional de centros de salud “Asesoría General Tutelar (oficio SGG N° 2904/12) contra GCBA y otros s/amparo (N° Expt. A398-2013/0)”; “D.S.M. y otros contra Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires sobre amparo, (Expt A28409-2013/0)”; “Scaturro, Andrea Fabiana y Otros, c/EN y otros s/amparo Ley 16.989 (Expt.74516/14)”; “R.O.G contra GCBA y otros sobre amparo (Expt. 32078/0)”.

### 13. Conclusiones

De lo expuesto en el presente artículo surge, en primer lugar, que la copiosa legislación que se ha generado para regular ambas materias es una expresión de los vaivenes que ha tenido el Estado al momento de pensarlas y de dar respuesta a los problemas y tareas que le generan. Las políticas públicas y los instrumentos normativos elegidos por un gobierno, no han sido continuados por los ciclos políticos que le siguieron, al menos desde la década del 60 en adelante. En ocasiones, ha habido más de un giro dentro del mismo ciclo, o al menos importantes correcciones. A lo largo de estas décadas se repite una misma divisoria: existen modelos que contemplan a las adicciones dentro del campo de la salud mental y modelos que dividen ambos campos en dos. Esto sucede aun cuando durante mucho tiempo la psiquiatría ha sido un factor común, dado que el Estado establecía su autoridad en los servicios e instituciones de uno y otro.

En este sentido, el fortalecimiento del paradigma prohibicionista ha actuado como un

emancipador del campo de las adicciones, forjando una autonomía, no solo conceptual y terapéutica, sino también administrativa. Un sistema de salud paralelo, con algunos puntos de encuentro con el sistema de salud nacional, pero con independencia y una doble funcionalidad, es agencia de seguridad y es agencia de salud, las dos cuestiones a un tiempo.

Las corrientes de integración de ambos campos aparecen en oposición como un intento de reapropiación de las adicciones, y como un asunto plenamente sanitario. Así se introducen novedades en cuanto al abordaje; como la reducción de daños, y una distinción entre consumo ocasional o recreativo; consumo problemático y adicción, generando un concepto que da cuenta de diferentes niveles de compromiso del sujeto con la sustancia y por lo tanto, de la necesidad de multiplicar los enfoques y tratamientos disponibles, asumiendo, inclusive, que en algunas ocasiones se trata de acciones que no afectan la salud pública. En los últimos tiempos surge un tercer discurso que plantea una visión que aparece como superadora de las dos primeras y que pone el eje en la vulnerabilidad social de los afectados por el consumo de sustancias, y por lo tanto, en la necesidad de dar respuesta a través de políticas de inclusión social.

Todos estos discursos y prácticas, más los residuos de algunos ya arcaicos, sobreviven de alguna forma en el Estado. No como espectros, sino en expresiones jurídicas muy concretas, que guardan diferentes niveles de operatividad y eficacia, y en múltiples órganos administrativos, que guardan ellos también ámbitos de competencia y poder de intervención sobre la actividad estatal. De esta situación nace un cuerpo jurídico ambiguo, lleno de grises y contradicciones. Por momentos irresoluto, por momentos enérgico, en ocasiones represivo en, otros espacios de la vida social, un actor de la in-

clusión social; en definitiva, impotente para dar una respuesta a la sociedad, apenas un mapa para una disputa irresuelta.

En materia de adicciones, el factor punitivo sigue condicionando la política sanitaria. Si no fuera por la influencia del sistema internacional de control de drogas instaurado bajo el paradigma abstencionista y criminalizante, no podría entenderse por qué las adicciones son el único problema de salud expropiado a la autoridad sanitaria nacional, y puesto bajo control de una secretaría dependiente de Presidencia de la Nación. Se trata de una arquitectura hija de un fenómeno histórico original de los últimos 50 años, denominado por sus autores como “Guerra a las drogas”: sin este sostén ideológico y político internacional, la penalización del consumo no hubiera podido soportar los sucesivos embates del Poder Judicial con la declaración de inconstitucionalidad del fallo “Arriola”, los del Poder Legislativo, que ha sancionado leyes posteriores en un sentido contrario como la Ley Nacional de Salud Mental, ni los del Poder Ejecutivo, como las conclusiones de las comisiones especiales creadas en el ámbito del Poder Ejecutivo para estudiar la problemática.

Contra el argumento que dice que la criminalización del consumo personal no tiene efectos prácticos, que no es más que una norma de “rectoría moral” porque no redundaría en una acción represiva real, los números de la Procuraduría de Narcocriminalidad del Ministerio Público Fiscal de la Nación demuestran que no es así. Las causas encuadradas por los tipos penales de Consumo Personal y Tenencia Simple son las más numerosas en los fueros federales. La Ciudad de Buenos Aires es la jurisdicción donde más causas se inician por Ley de Drogas: 7843, el 48,2% del total de las causas iniciadas. Ese universo se divide, a su vez, del siguiente modo:

<b>Causas iniciadas por estupefacientes según tipos penales más frecuentes, en las Fiscalías Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal y en lo Penal Económico con asiento en CABA, año 2012.</b>	
<b>Tenencia para consumo personal</b>	<b>41%</b>
<b>Comercio, almacenamiento, transporte, etc. (Art. 5-C y D)</b>	<b>16%</b>
<b>Tenencia simple</b>	<b>35%</b>
<b>Otros delitos por estupefacientes</b>	<b>8%</b>

Asimismo, la vigencia del binomio abstencionista/penalizador, se demuestra en la atención de los dispositivos creados y difundidos bajo su legitimación, como es el caso de comunidades terapéuticas y clínicas psiquiátricas. Los límites para integrar la atención en adicciones o por consumo problemático a las guardias de los hospitales también dan pauta de la percepción del usuario de drogas como un sujeto peligroso, como un delincuente, por parte de los equipos de guardia, que derivan de manera automática a monovalentes en adicciones.

Siendo, en definitiva, poco pacífica la cuestión acerca de la punición del consumo de drogas, coexistiendo en esta etapa elementos de ambas miradas y leyes contradictorias, queda en manos de la selectividad penal, la inclusión de un sujeto en uno u otro campo. Si un consumidor de drogas ilícitas es tratado como delincuente o, suponiendo que tenga un consumo problemático, como paciente, dependerá de la actividad de la agencia estatal con la que interactúe; si ella es una de seguridad o una de salud.

La situación de lo que se denomina “campo de la salud mental”, parece, a simple vista, más auspiciosa. Aunque aún hay núcleos profesionales críticos de la Ley Nacional de Salud Mental, algunos de ellos de peso, pocos hacen en voz alta una defensa del modelo asilar y se asume la necesidad

de un cambio casi de forma unánime. El cierre de los neuropsiquiátricos, programado para el año 2020, pone una meta que tensa hacia la identificación y fortalecimiento de la red de servicios de salud mental, es decir hacia una adecuación plena a los principios de la ley. Se han generado avances en la atención primaria, donde se multiplicó la cantidad de efectores con módulo de salud mental en funcionamiento, y se ha avanzado en aspectos super estructurales dispuesto legalmente, con la conformación de organismos interministeriales, como la CONISMA y el Órgano de Revisión nacional. La supervivencia del paradigma punitivo en adicciones y consumo problemático es uno de los techos de esta reorganización del sistema de salud mental argentino.

Es en este campo de la Salud Mental que surgen diferencias importantes entre el proceso nacional y el de la Ciudad de Buenos Aires. De modo paradójico la CABA fue pionera en la creación de una legislación de reconocimiento de derechos de los usuarios de servicios de salud mental, pero no fue acompañada de una implementación efectiva en la red de atención. Hasta la actualidad los monovalentes, los emblemáticos Borda y Moyano, absorben presupuesto y demanda, además de continuar ocupando el lugar de referencia y su anclaje en la neuropsiquiatría. En cambio, en el campo de las adicciones, las políticas de la Ciudad y la Nación se asemejan más.

La inclusión social de los usuarios de la red de salud mental y adicciones, implica un cambio cultural trascendente para nuestra sociedad. El desarme de la lógica represiva y asilar es un desafío asumido desde el Estado, un desafío que alcanza a la sociedad en su conjunto. El Estado es el garante de los derechos de sus ciudadanos, aunque el éxito de este proceso lo desborda, y solo estará garantizado en la medida en que continuidad y persistencia hagan penetrar

estos principios capilarmente en la idiosincrasia de nuestra comunidad y ésta se convierta en el principal agente integrador a través de sus múltiples actores. Será así cuando el loco deje de ser visto como peligroso y cuando el consumidor de drogas deje de ser señalado como un delincuente. Las políticas públicas de los últimos años no dejan dudas en cuanto a lo primero. En relación a la penalización, las ambigüedades resultan a esta altura, y a la vista de los resultados, tan fuertes como insostenibles.

---

Dra. Valeria Vegh Weis\*

---

# La perspectiva de los Derechos Humanos: el nuevo paradigma en salud mental.

*Abrir antes que cerrar.  
Incluir antes que derivar.  
Escuchar antes que diagnosticar.  
Hablar antes que sujetar.  
Abrazar antes que atar.  
Convocar antes que someter.  
Difundir antes que retener.  
Capacitar antes que acumular.  
Democratizar antes que jerarquizar.  
Ampliar antes que concentrar.  
Sonreír antes que renunciar.  
Construir antes que resistir.*

## Introducción

---

El abordaje de la Salud Mental y las Adicciones a partir de una ley de alcance nacional (Ley N° 26.657) representa la materialización normativa de un extenso proceso de reivindicación de los derechos fundamentales para las personas usuarias de servicios de Salud Mental. Sin embargo, debe destacarse que se enrola en un proceso público que incorpora al plexo normativo nacional la perspectiva de los Derechos Humanos proveniente de estándares ya consagrados en el eje internacional. Si bien la recepción en el derecho interno de estos postulados configura

\* Dra. Valeria Vegh Weis.

Doctora en Derecho (UBA). Especialista en Derecho Penal (UBA). Abogada con orientación en Derecho Penal (UBA). Prosecretaria Letrada de la Dirección de Intervención Interdisciplinaria - MPD - CABA. Docente e investigadora.

un importante punto de inflexión, no es una novedad su incorporación ya que nos recuerda que la perspectiva de derechos ya estaba presente en el derecho internacional y resultaba imperioso su cumplimiento para los Estados firmantes de los diversos tratados en la materia, los cuales se engloban a su vez en una base normativa que contempla instrumentos de diversas jerarquías.

Desde los primeros tratados de Derechos Humanos sancionados al término de la Segunda Guerra Mundial, —que recogían el derecho a la vida, a la salud física y psíquica, desde un concepto amplio y progresivo, a la dignidad, a la autodeterminación, a la libertad, entre un amplio catálogo de derechos económicos, sociales y culturales— la Salud Mental encontró recepción en la tutela internacional de los Derechos Humanos. Luego, en la especificidad de la discriminación positiva de los grupos sociales más vulnerables dentro del amplio plexo de los Derechos Humanos —derechos colectivos—, será donde la Salud Mental encontrará un amparo más específico. Posteriormente, como consecuencia del accionar de las organizaciones internacionales, la activa participación comunitaria y las experiencias locales, se ha ido configurando un derecho específico de la Salud Mental dentro del derecho internacional de los Derechos Humanos.

En el caso argentino estas directivas del derecho internacional convergieron con experiencias de otros países influyentes en la cultura nacional y con los lineamientos trazados en las provincias pioneras del país. De este modo, se configuró en materia de Salud Mental un conglomerado de instrumentos jurídicos de alcance nacional e internacional —instrumentos técnicos que elaboraron organismos internacionales surgidos al calor de la Segunda Guerra, como la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y, la Organización Panamericana de la Salud

(OPS) en el contexto de la Organización de Estados Americanos (OEA)— y prácticas positivas que se transmitieron dentro y fuera del país. En 1990 en el marco de la Declaración de Caracas, la OPS introdujo el cuestionamiento institucional al modelo manicomial y proclamó el derecho de las personas con padecimiento en Salud Mental a vivir en la comunidad. En 1991 con la elaboración de los Principios de Salud Mental de las Naciones Unidas aparece el primer instrumento internacional específico en la materia. Así, comienzan a configurarse instrumentos que no se limitan a la mera proclama de los derechos en un plano declarativo, sino que promocionan acciones públicas orientadas a garantizar efectivamente los derechos enunciados. A ello se adunan las peticiones individuales y comunitarias —incluyendo a los profesionales de la Salud Mental y a los organismos internacionales exigiendo el efectivo cumplimiento de la normativa internacional (como en los casos Ximenes López y Congo, que se desarrollarán luego)—. En el plano nacional, fue recién catorce años después de la sanción de los Principios de Salud Mental que la Corte Suprema de Justicia de la Nación indicó que eran aplicables en el plano nacional (Tufano, 2005). Todo este complejo proceso es el que va a derivar en la necesidad de sancionar una ley nacional que regule con mayor especificidad los lineamientos en la materia: la ley es entonces la consagración del esfuerzo de múltiples actores que propiciaron la visibilización de los padecimientos de las personas en torno a la Salud Mental y la necesidad de tutelar sus derechos. Nuestro país recientemente había experimentado la incorporación del eje de los Derechos Humanos en la normativa nacional y el paso de la concepción tutelar a la de sujeto de derecho de otro grupo particularmente vulnerable: los niños, niñas y adolescentes. Bajo este prisma se vivenciaron problemáticas tales como reticencia

de algunos actores, las dificultades en la modificación del abordaje, las críticas concernientes a la insuficiencia de políticas públicas para afrontar el quiebre, entre otras. El paralelo es interesante porque junto con los niños, las personas con padecimiento mental fueron los últimos actores sociales en ser reconocidos como sujetos de pleno derecho. Hasta ese momento se imponía un modelo paternalista, cosificador, que colocaba al niño y al usuario en condición de objeto requiriente de tutela —objeto de protección— e incapaz de ejercer autónomamente sus derechos. La consecuencia en el plano institucional era la aplicación de medidas de seguridad y mecanismos represivos distorsionados en eufemismos tutelaristas: reclusión en institutos de menores para los niños, en manicomios y comunidades terapéuticas para los usuarios.<sup>1</sup>

Con el advenimiento del nuevo paradigma, incluso se modifican las nomenclaturas: de “menores” a “niños, niñas y adolescentes”, de “alienados”, “locos”, “pacientes” a “persona usuaria de servicios de Salud Mental”. En el caso que nos convoca, el vocablo “paciente” queda limitado a la situación de atención terapéutica en estado de crisis, mientras que para cualquier situación ajena a ese momento puntual, se hace referencia a “persona usuaria de servicios de Salud Mental”. El sustantivo “persona” con el que se inicia la referencia es un signo vital de la incidencia de los Derechos Humanos en la materia.

Ahora bien, el proceso que atravesó el nuevo abordaje de la niñez sirve a los efectos de recoger los errores y prácticas contradictorias con los pretendidos postulados. La niñez nos ofrece hoy un escenario atravesado por una realidad de profundos cambios; nos encontramos frente a una justicia de menores que ha introducido garantías procesales en la práctica judicial en

reemplazo del modelo tutelar clásico, mas sin reemplazarlo por nuevos dispositivos de aseguramiento de derechos desde las políticas públicas del Estado, en su dinámica de deberes de prestación positiva.

Es este el desafío que se impone en materia de Salud Mental. Concebir al usuario como un sujeto de pleno derecho no implica desconocer que se trata de una persona en situación de vulnerabilidad psicosocial que precisa, a los efectos de afianzar su autonomía, de acciones materiales del Estado. Desmanicomializar y desinstitucionalizar sin un acompañamiento de prestaciones estatales en dirección a una discriminación positiva, puede encubrir una política de privatización de la salud pública y el desamparo de aquellos sujetos sin posibilidad de reincorporarse a su núcleo comunitario por sí solos. Vale recordar que muchos de los que hoy se encuentran involucrados en este proyecto transformador han transcurrido largos años en condiciones de encierro, con el deterioro físico y psíquico que ello conlleva. Lo que es más, en la inmensa mayoría de los casos, ya no es el padecimiento mental la causa de su situación de encierro, sino la pérdida de sus lazos afectivos, la carencia habitacional y/o la posibilidad de reinsertarse educativa y laboralmente. Es entonces que el Estado, debe en forma simultánea a la sustitución de la institución monovalente, introducir en un esfuerzo conjunto con la sociedad civil y los profesionales de la salud, los dispositivos de inclusión social que cada persona en particular requiera a los efectos de reforjar su proyecto de vida.

Por último, destacar que el Estado debe emprender una actividad de divulgación profunda con el objetivo de concientizar a la población en general, y para que la inclusión comunitaria resulte palpable en la totalidad de los ámbitos donde se vincularán los usuarios. Y es que toda la población se encuentra

1- Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

empapada de los vestigios de una concepción discriminatoria, estigmatizante y peyorativa respecto a los usuarios de Salud Mental. Será necesario un tiempo prudencial y el esfuerzo de todos los actores involucrados, además de que se modifiquen vetustas imágenes sociales distorsionantes de lo que es un sujeto con determinado padecimiento mental y su potencialidad para llevar adelante un curso de vida tradicional. Tal como advirtió Foucault, la locura cuestiona la lógica de racionalidad del sistema y la estructura social está orientada a su exclusión.<sup>2</sup> Eso es lo que debemos combatir. En otro sentido, el Poder Judicial y sus propios equipos de Salud Mental, como protagonistas fundamentales de esta bisagra histórica, precisan asimismo impregnarse de este proceso de cambio; lo que requiere de su propio reposicionamiento en este nuevo escenario. Será necesario un esfuerzo conjunto a los efectos de reforzar la inclusión de los Derechos Humanos en el marco de este cambio de paradigma.

## **1. Instrumentos normativos de Salud Mental**

### **1.1. Normativa internacional**

Tal como se expresó, la Ley Nacional de Salud Mental y Adiciones N° 26.657 y el proceso transformador que atraviesa nuestro país en la materia, es producto de la experiencia acumulada en el plano internacional de los Derechos Humanos. Es en este sentido que resulta prioritario sistematizar la normativa internacional a partir de la cual quedó materializado este avance de los Derechos Humanos.

2- Foucault, Michel, *Historia de la locura en la época clásica*, FCE, Buenos Aires, 2003.

Así, entre los instrumentos internacionales no específicos en la materia, se destacan los arts. 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entendiendo a la Salud como parte integrante del derecho a la vida y a la integridad personal, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966), el art. 10 del Protocolo de San Salvador (OEA, 1988) y la Observación General N° 14 de la Convención de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 2002) que incluyen una definición amplia de Salud, ya no limitada a la mera ausencia de enfermedad y de la esfera física.

El art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que: “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” y el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que consagra el “derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental”.

Entre los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de las personas con discapacidad, se encuentran la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2006) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (OEA, 1999).

Luego, es preciso analizar los instrumentos internacionales que no alcanzan el rango de tratado y la consecuente obligatoriedad de cumplimiento por parte de los Estados parte, empero permiten la interpretación de aquél cuerpo normativo, a partir de lineamientos imprescindibles para su correcta aplicación. Así se imponen instrumentos específicos de



Salud Mental, Discapacidad y Derechos Humanos, que abarcan el Consenso de Panamá—“20 años después de la Declaración de Caracas. La década del salto hacia la comunidad: por un continente sin manicomios en el 2020” (OPS/OMS, 2010)—, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad de las Américas (OEA, 2008), las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008), los Principios de Brasilia —principios rectores para el desarrollo de la atención en Salud Mental de las Américas (OPS/OMS, 2005)—, la Declaración de Montreal de Discapacidad Intelectual (OPS/OMS, 2004), Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (ONU, 1993), los Principios para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (ONU, 1991) y la Declaración de Caracas —reestructuración de la atención psiquiátrica en América Latina (OPS/OMS, 1990)—.

Más adelante, entre las Observaciones y Recomendaciones de Organismos Internacionales de Derechos Humanos, se destacan: el Informe 2009 del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la salud, el consentimiento informado, el Informe 2008 del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la cuestión de la tortura; las personas con discapacidad, el Informe 205 del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la salud; la discapacidad mental, la Observación General 14 del Comité de DESC de Naciones Unidas: derecho a la salud y la Observación General 5 del Comité de DESC de Naciones Unidas: las personas con discapacidad.

Por último entre las recomendaciones de la (OPS) específicamente, se destaca la Resolución CD50.R8: la salud y los Derechos Humanos, la Resolución CD50.R2: estrategia sobre el consu-

mo de sustancias psicoactivas y la salud pública, y la Resolución CD49.17: estrategia y plan de acción sobre Salud Mental.

Más en detalle, es determinante la importancia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por Argentina mediante la Ley 26.378, en tanto regula una multiplicidad de derechos y garantías de las personas con discapacidad, en lo que resulta un quiebre fundamental respecto de concepciones previas. En esa lógica se inscribe la procedencia del modelo social de la discapacidad y la presunción de capacidad de los sujetos con discapacidad cfr. art. 12, que establece que: “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”.

Por su parte, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, define discapacidad en su artículo 1º, incluyendo al padecimiento mental como parte integrante de la misma: “deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

A la vez entiende por discriminación contra las personas con discapacidad a: “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las

personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”.

Desde ese marco se imponen a los Estados miembros acciones a los efectos de evitar la situación de discriminación y obligaciones positivas de discriminación inversa.

Los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, sistematizan las libertades fundamentales y derechos básicos de los usuarios, entre los que emerge el derecho a ser atendidos de la mejor manera y con respeto, sin discriminación por motivo de enfermedad mental (Ppio. 1), el derecho a la vida en la comunidad (Ppio. 3), derecho a un tratamiento adecuado a sus antecedentes culturales y a ser atendido en la comunidad en que vive (Ppio. 7), derecho a recibir la atención sanitaria y social que corresponda a sus necesidades (Ppio. 8), administración de medicación únicamente con fines terapéuticos (Ppio. 10), consentimiento informado (Ppio. 11), garantías procesales en caso de internación involuntaria (Ppio. 18), entre otros.

Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad resultan plenamente aplicables a las personas institucionalizadas en virtud de un padecimiento mental en tanto se establece en dicho instrumento que: “A los efectos del presente documento, se entiende por “privación de libertad”: Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por de-

litos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas”.

Las 100 Reglas de Brasilia, se imponen como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, entendiéndose que no resulta suficiente el reconocimiento formal de los derechos si no se arbitran mecanismos que garanticen de forma efectiva el acceso al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho. Asimismo, el documento reconoce que las dificultades en el acceso a la justicia son aun mayores cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad. Ante ello, el instrumento impulsa que el propio sistema de justicia sea el que contribuya a paliar las dificultades de este grupo, a través de políticas públicas y del trabajo cotidiano de los operadores judiciales.

Cabe destacar lo estipulado en la sección segunda del documento, en tanto se define a las personas en situación de vulnerabilidad como aquellas que: “por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. Y luego define específicamente a la discapacidad como “la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer

una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.”

La Declaración de Montreal impuso la igualdad, dignidad y calidad de sujeto de derechos de las personas con discapacidad intelectual, la obligación estatal de proteger, respetar y garantizar los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así como las libertades fundamentales de las personas con discapacidades intelectuales, que el ejercicio del derecho a la salud debe hacerse asegurando la presencia de la inclusión social, un nivel de vida adecuado y el acceso a una educación inclusiva, a un trabajo justamente remunerado y a servicios integrados dentro de la comunidad, el derecho a tomar sus propias decisiones y a que la designación de un representante personal sea una medida de último recurso.

Las Normas Uniformes fueron elaboradas por un grupo trabajo de expertos gubernamentales de composición abierta de la ONU, con el objeto de sistematizar el abordaje sobre la igualdad de oportunidades para los niños, los jóvenes y los adultos con discapacidad, sobre la base de la experiencia adquirida durante el Decenio de las Naciones Unidas para los Impe-didos (1983-1992). Si bien su carácter es no vinculante, constituyen un instrumento normativo y de acción, a la vez que sientan las bases para la cooperación técnica y económica entre los Estados, las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales. Se trata de un total de 22 normas que resumen el mensaje del Programa de Acción Mundial e incorporan la perspectiva de Derechos Humanos que se ha desarrollado a lo largo del Decenio. Se destacan cuatro capítulos, a saber: “Requisitos para la igualdad de participación”, “Esferas previstas para la igualdad de participación”, “Medidas de ejecución” y “Mecanismo de supervisión”.

Entre los lineamientos principales de la Declaración de Caracas, surge la diversificación de los recursos, la atención comunitaria, descentralizada, participativa, integral, continua y preventiva, la reestructuración de la atención psiquiátrica y la atención en el hospital general. De esta propuesta de reestructuración de la atención psiquiátrica, se resalta que: “El modelo asilar es incompatible con la atención comunitaria descentralizada, participativa e integral. El Hospital psiquiátrico como única modalidad de atención, obstaculiza el poder lograr metas y aumenta el uso de recursos financieros y humanos asignados por los países (...) La capacitación del recurso humano en Salud Mental y Psiquiatría debe hacerse apuntando a un modelo cuyo eje pase por el servicio de Salud comunitaria y propiciando la Internación Psiquiátrica en los hospitales generales”.

En los Principios de Brasilia, se reafirman los principios de la Declaración de Caracas y se advierte sobre los nuevos desafíos técnicos, culturales como vulnerabilidad psicosocial, aumento de la demanda de servicio de prevención y abordaje de la conducta suicida y abuso de alcohol, aumento de las modalidades de violencia.

En el Consenso de Panamá— a 20 años de Caracas— se llamó a los gobiernos y demás actores nacionales a impulsar la implementación de la estrategia y plan de acción sobre Salud Mental, fortalecer el modelo de atención comunitaria, proteger los Derechos Humanos de los usuarios de los servicios de Salud Mental, en particular su derecho a vivir en forma independiente y a ser incluido en la comunidad e incrementar la asignación de recursos a los programas y servicios de Salud Mental. La propuesta final es la de “la década del salto hacia la comunidad: por un continente sin manicomios en el 2020”.

Las observaciones y recomendaciones de organismos internacionales de Derechos Humanos

enumeradas tienen una enorme importancia en tanto enarbolan el posicionamiento de las Naciones Unidas de los últimos veinte años, en lo que atañe al vínculo entre Derechos Humanos, Salud Mental y Discapacidad. Destacan el valor del consentimiento informado en el marco de los tratamientos y la prohibición de la tortura, tratos crueles y degradantes, y constituyen en su totalidad herramientas de interpretación de la normativa internacional de los Derechos Humanos de las personas usuarias de los servicios de Salud Mental.

Por último, en lo que hace a las recomendaciones de la OPS enunciadas, es relevante incluirnos en sus pormenores en tanto materializan las directrices que el organismo formula a los Estados miembro a los efectos de que desarrollen políticas concretas en Salud Mental y Adicciones.

En la Resolución CD50.R8 de la OPS se exhortó a los Estados Miembros a que fortalezcan la capacidad técnica de la autoridad sanitaria para trabajar con las entidades gubernamentales de Derechos Humanos correspondientes, a apoyar la formulación de políticas y planes de salud de conformidad con los instrumentos internacionales, sostengan la cooperación técnica de la OPS, adopten medidas de carácter legislativo, administrativo, educativo y de otra índole para difundir los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, y promuevan la difusión de información.

La Resolución CD50.R2 de la OPS respaldó la estrategia sobre el consumo de sustancias psicoactivas y la salud pública, e instó a los Estados Miembros a que señalen el consumo de sustancias como una prioridad de salud pública y reconozcan que los problemas relacionados son el resultado de una interacción entre la salud, por una parte, y los determinantes sociales y los resultados, por la otra. En el mismo sentido, solicitó que promuevan el acceso universal y equitativo a la asistencia

para el tratamiento, que fortalezcan su marco jurídico con miras a proteger los Derechos Humanos de las personas con trastornos y promuevan iniciativas intersectoriales para prevenir el inicio del consumo de sustancias, prestando especial atención a los niños, las niñas y los adolescentes. También sugirió a los Estados que reduzcan la estigmatización y la discriminación de las personas que tienen trastornos debido al consumo de sustancias, y promuevan la participación eficaz de la comunidad, de ex usuarios de sustancias y de familiares, formen recursos humanos en el área y asignen suficientes recursos financieros.

Por último, la Resolución CD49.17 de la OPS instó a los Estados miembros a que incluyan a la Salud Mental como una prioridad, promuevan el acceso universal y equitativo a la atención de Salud Mental para toda la población, fortalezcan los marcos legales, impulsen iniciativas intersectoriales, apoyen la participación eficaz de la comunidad y de las asociaciones de usuarios y de familiares, fortalezcan recursos humanos en la materia, reduzcan la brecha de información existente, fortalezcan las alianzas del sector público con otros sectores, así como con organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas y actores sociales claves, haciendo hincapié en su participación en la formulación de los planes de Salud Mental.

Se destaca nuevamente la obligación del Estado argentino de aceptar el contenido de los instrumentos internacionales de los cuales es parte, en virtud del principio de buena fe, reciprocidad y responsabilidad internacional.

## 1.2. Normativa nacional

En nuestro país, corresponde destacar que diferentes normas reconocen y protegen los derechos de las personas con discapacidad ya en forma previa a la sanción de la Ley Nacional de

Salud Mental y Adicciones: el Código Civil en sus distintos artículos, leyes N° 22.431 “Sistema de Protección Integral de las Personas Discapacitadas”, 24.901 “Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación a favor de las Personas con Discapacidad”, 23.592 “Penalización de Actos Discriminatorios” y Ley 26.529 “Derechos del Paciente”; art. 36, inc. 5 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; art. 65 de la Constitución de la provincia de Catamarca; art. 27 de la Constitución de la provincia de Córdoba; art. 72 de la Constitución de la provincia de Formosa; art. 48 de la Constitución de la provincia de Jujuy; art. 42 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Además cuentan con la ley provincial de Salud Mental, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias de Río Negro, San Luis, Salta, Córdoba, Santa Cruz, Santa Fe, Entre Ríos y San Juan.

A su vez, se agrega la adopción y ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.<sup>3</sup>

## 2. La jurisprudencia internacional y nacional en Salud Mental

### 2.1. La jurisprudencia internacional

A los efectos de comprender el sentido genuino de la normativa internacional resulta profundamente necesario abordar la jurisprudencia de los organismos internacionales en la materia. Sin perjuicio de que la jurisprudencia

internacional no ha sido muy profusa, cabe atender a dos precedentes insoslayables respecto de la Salud Mental en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). El fallo “Ximenes López vs. Brasil” es el primer fallo de la Corte IDH contra Brasil y de la Corte IDH sobre tratamiento con internación coactiva, mientras que la Comisión desarrolló en 2008 los principios de sujeción de la Salud Mental desde el derecho internacional de los Derechos Humanos. A ello se aduna la especial recomendación de la Comisión en materia de personas con discapacidad mental.

Entonces bien, respecto de la Comisión hacemos referencia al Informe N° 63/99; caso 11.427 “Víctor Rosario Congo vs. Ecuador” del 13 de abril de 1999.

Los hechos versan sobre que el 9 de noviembre de 1994, la Comisión Ecuemenica de Derechos Humanos (CEDHU) presentó una petición contra la República del Ecuador por la violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de Víctor Rosario Congo. Ecuatoriano, de 48 años de edad, que fue imputado por el juez segundo de lo Penal de la Provincia de El Oro en las causas 202/90 y 205/90 por robo y asalto. El 25 de julio de 1990, cuando dichas causas se hallaban en su etapa sumaria, Congo fue recluido en un centro de detención para presos comunes, el Centro de Rehabilitación Social de Machala, donde fue alojado en una celda de aislamiento y agredido por un guía, sin recibir atención médica. Luego de un peritaje psiquiátrico, el juez ordenó el traslado a un hospital que rechazó su admisión. Finalmente fue llevado al Centro de Rehabilitación Social de Varones de Guayaquil “en estado de salud crítica” y falleció a las pocas horas de haber sido internado. El Protocolo de Autopsia practicada concluyó que la causa de muerte de

3- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea de las Naciones Unidas. Ratificados por la Argentina en el año 2007.

Víctor Rosario Congo fue la desnutrición, el desequilibrio hidroelectrolítico y la insuficiencia cardiopulmonar.

La Comisión expresó respecto del derecho a la integridad personal (Art. 5) que: “La Comisión considera pertinente emplear estándares especiales en la determinación de si se ha cumplido con las normas convencionales, en casos que involucran personas que padecen enfermedades mentales. Por lo tanto, las garantías establecidas en el artículo 5 de la Convención Americana deben ser interpretadas a la luz de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental. Estos principios fueron adoptados por la Asamblea General de la ONU como guía interpretativa en lo que se refiere a la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad mental, consideradas por este órgano como un grupo especialmente vulnerable”.

Asimismo, expresó que el aislamiento celular consiste en trato cruel e inhumano, y recordó que: “La Corte Interamericana se ha pronunciado sobre los efectos del aislamiento celular y la incomunicación de detenidos. Ha establecido que mantener a una persona en una celda pequeña y aislada, constituye tratamiento inhumano y degradante que justifica la adopción de medidas provisionales para salvaguardar su integridad.

En el caso *A. v. United Kingdom*, se consideró que correspondía examinar el caso de un paciente aislado en un hospital psiquiátrico durante cinco semanas sin ropa, elementos para el aseo, muebles o ventilación, conforme a los estándares sobre trato humano consagrados en la Convención Europea de Derechos Humanos. El trámite del caso concluyó con un acuerdo amistoso, por el cual el Reino Unido se comprometió a reformar la ley de Salud Mental y asegurar la provisión de vestimenta, colchones, le-

trinas portátiles y papel higiénico a los internos.

La Comisión considera que la incomunicación *per se* puede constituir tratamiento inhumano. En el caso de la incomunicación de un discapacitado mental en una institución penitenciaria, puede constituir una violación aun más grave de la obligación de proteger la integridad física, psíquica y moral de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado. Esta violación de la normativa convencional se ve agravada por las condiciones de abandono en las cuales permaneció aislado y sin poder satisfacer sus necesidades básicas. En consecuencia, el Estado de Ecuador violó el derecho de Víctor Rosario Congo a ser tratado “con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

En lo que hace al deber de asegurar la integridad física, psíquica, y moral de personas afectadas por una enfermedad mental, trajo a colación que: “En su Informe 28/96, 13 la Comisión determinó que mantener bajo custodia, sin tratamiento médico, a una persona que padecía de edema cerebral y cólera, constituye una violación al derecho a la integridad física, psíquica y moral, y a la prohibición de infligir tratos inhumanos, crueles o degradantes, consagrados en el artículo 5 de la Convención Americana.

La Comisión Europea ha establecido que el encarcelamiento de un discapacitado mental bajo condiciones deplorables y sin tratamiento médico puede considerarse como un tratamiento inhumano o degradante. En el caso *Herczegfalvy v. Austria* reiteró que el no proporcionar tratamiento médico a prisioneros o pacientes mentales, puede constituir una violación a las normas de la Convención Europea de Derechos Humanos que consagran la prohibición de infligir tratamientos o castigos inhumanos o degradantes.”

En lo que hace al derecho a la vida (Art. 4), expresó que: “...los agentes del Estado a cargo

de la seguridad personal del señor Congo no se encontraban en posición de asumir que el interno era capaz de responsabilizarse por su propia alimentación y cuidado. El hecho de que la supuesta víctima haya fallecido como resultado de su estado de deshidratación y desnutrición revela que el Estado faltó a su deber de hacer lo que estuviera a su alcance para asegurar su supervivencia, dado sus trastornos psicofísicos... Como lo ha señalado la Comisión Europea en el caso *Dhoest v. Belgium*, 22 el deber de las autoridades de velar continuamente por la salud y el bienestar de las personas con discapacidad mental se extiende a aquellos casos en que los prisioneros no colaboren con las autoridades”.

Por último se encontró vulnerado el derecho a la protección judicial (art. 25, en concordancia con el art. 1), ya que no se había emprendido proceso judicial alguno para investigar y establecer responsabilidades por las lesiones y la muerte de Congo.

En lo que atañe a la Corte, el caso que fue resuelto fue “*Ximenes López vs. Brasil*”, resuelto el 4 de julio de 2006.

El caso denuncia que *Damião Ximenes Lopes* fue sometido a contención física, malos tratos, condiciones higiénicas degradantes, medicación como castigo y golpes físicos en la institución Casa de Reposo Guararapes, produciéndose allí el fallecimiento del nombrado en circunstancias violentas, aproximadamente dos horas después de haber sido medicado por el director clínico del hospital y sin ser asistido por personal médico. Formalmente el médico que lo encontró expresó que la causa de la muerte había sido un “paro cardio-respiratorio”, sin ordenar la realización de una autopsia al cuerpo. Se destaca que la Casa de Reposo Guararapes era un hospital privado de salud que fue contratado por el Estado para prestar servicios de atención psiquiátrica bajo la dirección del Sistema Único de Salud, y

actuaba como unidad pública de salud en nombre y por cuenta del Estado.

A raíz de esta situación, los familiares interpusieron las correspondientes acciones penales y civiles a los efectos de denunciar lo acaecido, sin que prosperara sentencia alguna, permaneciendo el trámite en la primera instancia.

La Comisión presentó la demanda en este caso con el objeto de que la Corte decidiera si el Estado era responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 8 (derecho a las garantías judiciales) y 25 (derecho a la protección judicial) de la Convención Americana, en relación con la obligación establecida en el artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos) por las supuestas condiciones inhumanas y degradantes de la hospitalización de *Ximenes Lopes*, una persona con discapacidad mental; los alegados golpes y ataques contra la integridad personal de que se indica fue víctima por parte de los funcionarios de la Casa de Reposo Guararapes; su muerte mientras se encontraba allí sometido a tratamiento psiquiátrico; así como la supuesta falta de investigación y garantías judiciales que caracterizan su caso y lo mantienen en la impunidad.

En el trámite ante la Corte, el Estado brasileño aceptó su responsabilidad y el deber de investigar, identificar, y sancionar a los responsables de la muerte de *Damião Ximenes Lopes*, pese a lo cual desde el considerando 81, la Corte entendió que: “...teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos y dada la naturaleza del presente caso, el Tribunal estima que dictar una sentencia en la cual se determine la verdad de los hechos y los elementos del fondo del asunto, así como las correspondientes consecuencias, constituye una forma de reparación para el señor *Damião Ximenes Lopes* y sus familiares y, a

la vez, una manera de contribuir a evitar que se repitan hechos similares”.

La Corte analizó el caso bajo dos perspectivas: A) los derechos de las personas con discapacidad mental, y B) los deberes del Estado en relación con esas personas. En el primer punto, resaltó que en la infracción del derecho a la vida y la integridad física y psíquica de las personas se deben valorar particularmente las características personales de una supuesta víctima a los efectos de determinar si la integridad personal fue vulnerada. Además resaltó el derecho al respeto a la dignidad y autonomía de las personas con discapacidad mental y a una atención médica eficaz, expresando que: “103. La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre 34, como la discapacidad...”

...106. Con relación a la salvaguarda de la vida y la integridad personal, es necesario considerar que las personas con discapacidad que viven o son sometidas a tratamientos en instituciones psiquiátricas, son particularmente vulnerables a la tortura u otras formas de trato cruel, inhumano o degradante. La vulnerabilidad intrínseca de las personas con discapacidades mentales es agravada por el alto grado de intimidad que caracteriza los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas, que torna a

esas personas más susceptibles a tratos abusivos cuando son sometidos a internación”.

Luego analizó el derecho al respeto a la dignidad y autonomía de las personas con discapacidad mental y a una atención médica eficaz: “128. Los Estados tienen el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental 114. La anterior obligación se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la Salud Mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales.

129. Debido a su condición psíquica y emocional, las personas que padecen de discapacidad mental son particularmente vulnerables a cualquier tratamiento de salud, y dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando las personas con discapacidad mental ingresan a instituciones de tratamiento psiquiátrico. Esa vulnerabilidad aumentada, se da en razón del desequilibrio de poder existente entre los pacientes y el personal médico responsable por su tratamiento, y por el alto grado de intimidad que caracterizan los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas.”

La Corte entendió que son principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas, sin perjuicio de lo cual estos principios no son absolutos y es posible requerir medidas sin contar con su consentimiento. Claro que en modo alguno ello habilita a que la discapacidad mental “sea entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades.”

Luego abordó el derecho a los cuidados mí-



nimos y condiciones de internación dignas, citando los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de las Naciones Unidas como “guía útil para determinar si la atención médica ha observado los cuidados mínimos para preservar la dignidad del paciente”.

Respecto al uso de la sujeción la definió como: “133...cualquier acción que interfiera con la capacidad de un paciente de tomar decisiones o que restringe su libertad de movimiento. La Corte toma nota que el uso de la sujeción posee un alto riesgo de ocasionar daños o la muerte del paciente, y que las caídas y lesiones son comunes durante dicho procedimiento.

134. El Tribunal considera que la sujeción es una de las medidas más agresivas a que puede ser sometido un paciente en tratamiento psiquiátrico. Para que esté en conformidad con el respeto a la integridad psíquica, física y moral de la persona, según los parámetros exigidos por el artículo 5 de la Convención Americana, debe ser empleada como medida de último recurso y únicamente con la finalidad de proteger al paciente, o bien al personal médico y a terceros, cuando el comportamiento de la persona en cuestión sea tal que ésta represente una amenaza a la seguridad de aquéllos. La sujeción no puede tener otro motivo sino éste, y sólo debe ser llevada a cabo por personal calificado y no por los pacientes”.

La Corte tuvo en cuenta para ello las Normas del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, la Declaración de Madrid sobre los Requisitos Éticos de la Práctica de la Psiquiatría, y de la Organización Mundial de la Salud, los Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental.

En lo que hace a los deberes del Estado en relación con las personas con discapacidad mental, se abordó el deber de cuidar productivo

de: “138...la posición especial de garante que asume el Estado con respecto a las personas que se encuentran bajo su custodia o cuidado, a quienes el Estado tiene la obligación positiva de proveer las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna.

139... que lo anterior se aplica de forma especial a las personas que se encuentran recibiendo atención médica, ya que la finalidad última de la prestación de servicios de salud es la mejoría de la condición de salud física o mental del paciente, lo que incrementa significativamente las obligaciones del Estado, y le exige la adopción de las medidas disponibles y necesarias para impedir el deterioro de la condición del paciente y optimizar su salud.”

Asimismo el deber de regular y fiscalizar las instituciones que prestan servicio de salud, como medida necesaria para la protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción, tanto a las entidades públicas como a las privadas (consid. 141) y el deber de investigar en tanto una de las condiciones para garantizar efectivamente el derecho a la vida y a la integridad personal es el cumplimiento del deber de investigar las afectaciones a los mismos, el cual se deriva del artículo 1.1 de la Convención (consid. 147). Luego, la Corte encontró vulnerado el derecho a la integridad personal y las garantías judiciales y el debido proceso, de conformidad con la obligación de respetar los derechos de los familiares del fallecido, por los sufrimientos y angustias causados.

Así las cosas la Corte determinó la violación por parte del Estado brasileiro de los artículos 4.1 y 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, a lo que agregó la vulneración del art. 5 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de ese tratado, para los familiares del fallecido, conjuntamente con la vulneración de los artículos 8.1 y

25.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de ese instrumento. A los efectos de su reparación, impuso una suma pecuniaria, una disculpa pública para los familiares de la víctima, la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones en un plazo razonable, la publicación de la sentencia, el establecimiento de programas de capacitación para el personal médico, psiquiátrico, psicológico, de enfermería, auxiliares de enfermería y para todas aquellas personas vinculadas con la atención de Salud Mental, —en particular, sobre los principios que deben regir el trato a ser ofrecido a las personas que padecen de discapacidad mental, conforme a los estándares internacionales en la materia y aquellos establecidos en la sentencia—.

Por último, se destaca la Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Promoción y Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental (2001), que recoge lo afirmado por la OPS/OMS, el Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en lo que atañe a que: “las libertades fundamentales y derechos más frecuentemente violados en hospitales psiquiátricos incluyen el derecho a ser tratado con humanidad y respeto, el derecho a una admisión voluntaria, el derecho a la privacidad, la libertad de comunicación, derecho a recibir tratamiento en la comunidad, derecho a proporcionar consentimiento informado antes de recibir cualquier tratamiento y el derecho a recurrir a un tribunal independiente e imparcial que determine la legalidad de la detención en un hospital psiquiátrico.”

A partir de ello la Comisión expresa que: “se ha verificado que en las Américas, los usuarios, sus familiares, personal de salud mental, abogados, jueces y demás personas involucradas en la promoción y protección de la salud mental

tienen un conocimiento limitado de los estándares internacionales y normas convencionales que protegen los derechos de las personas con discapacidad mental y además que estos estándares y normas convencionales no han sido, en la mayoría de los casos, incorporados en las legislaciones nacionales.”

Finalmente y en lo más relevante, este documento recomienda a los Estados: “1. Ratificar la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de la OEA el 8 de junio de 1999, cuyos objetivos son la prevención y la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad física o mental y propiciar su plena integración en la sociedad.

2. Tomar medidas de carácter legislativo, judicial, administrativo, educativo y de otra índole para diseminar por medios apropiados y dinámicos [entre autoridades gubernamentales, ONGs, profesionales de salud mental, abogados, jueces y otras personas involucradas en la promoción de políticas de salud mental] los estándares internacionales y normas convencionales de Derechos Humanos que protegen las libertades fundamentales y derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad mental.

3. Reformar las leyes existentes en materia de salud mental o discapacidad en general y, si éstas no existen, crear leyes que garanticen el respeto de las libertades fundamentales y los derechos humanos de las personas con discapacidad mental y sus familiares, incorporando en las mismas los estándares internacionales y las normas convencionales de Derechos Humanos que protegen a las personas con discapacidad mental.

4. Promover e implementar a través de legislación y planes nacionales de salud mental la organización de servicios comunitarios de salud

mental cuyos objetivos sean la plena integración de las personas con discapacidad mental en la sociedad y la participación de organizaciones profesionales, asociaciones de usuarios y familiares, sus amistades, organizaciones de asistencia social y otros miembros de la comunidad en la rehabilitación del paciente mental.

5. Promover a nivel de sus Defensorías de los Habitantes u Ombudsman la creación de iniciativas específicas para la defensa de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad mental.

6. Adoptar las medidas que sean necesarias para que en todas las instituciones de salud mental se expongan los derechos del paciente mental en lugares visibles tales como salas de espera, servicios de admisión y otros lugares frecuentados por familiares y pacientes.

7. Apoyar la creación de organismos que supervisen el cumplimiento con las normas de Derechos Humanos en todas las instituciones y servicios de atención psiquiátrica cuyas actividades involucren a pacientes, sus familiares, representantes de los pacientes y personal de salud mental.

8. Establecer mecanismos de concientización, educación pública (preparación y divulgación de material educativo, tales como folletos, afiches, videos, etc.) y acciones tendientes a combatir la estigmatización y discriminación de las personas con discapacidad mental, a través de organizaciones estatales y ONGs, de conformidad con los estándares internacionales y normas convencionales que protegen a estas personas”.

Mientras que respecto de todas las partes involucradas en la promoción de la salud mental —comités institucionales de defensa, asociaciones de psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, enfermeras, agrupaciones cívicas, ONGs, asociaciones de usuarios y familiares, abogados, estudiantes de derecho, etc.—, recomiendan:

“1. Que se involucren activamente en la defensa de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad mental, incluyendo en sus programas acciones concretas.

2. Que divulguen los estándares internacionales y normas convencionales que protegen los derechos de las personas con discapacidad mental a través de reuniones, congresos, publicaciones científicas o campañas educativas, utilizando todos los medios de comunicación social disponibles.

3. Que hagan un esfuerzo para celebrar todos los años el 10 de octubre, declarado Día Mundial de la Salud Mental por la OMS, y aprovechen esta ocasión para promocionar los derechos del paciente mental.

4. Que coordinen acciones con los Ministerios de Salud, Cajas de Seguridad Social, Centros de Salud, Defensorías de los Habitantes y demás entidades gubernamentales encargadas de implementar políticas de salud mental para proteger los derechos de las personas con discapacidad mental”.

Por último, a los usuarios y sus familiares: “1. Que estén conscientes de que las personas con discapacidad mental tienen los mismos derechos y libertades fundamentales que el resto de los seres humanos y que existen principios internacionales que protegen a estas personas, especialmente debido a su particular condición de vulnerabilidad e impotencia”.

## 2.2. Precedentes del derecho nacional

En cuanto al posicionamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en materia de Salud Mental y Adicciones, resulta ineludible citar los fallos “Tufano” (27/12/2005), “R.M.J” (19/2/2009) y “Arriola” (25/8/2009). En éstos, el máximo tribunal argentino reconoció la preeminencia de los estándares internacionales de Derechos Humanos, interpelando a todos

los poderes del Estado para que, al momento de diagramar el diseño normativo y político de la atención de la Salud Mental en el país, se constate esta adecuación.

En el fallo “Tufano”, vale resaltarlo, la Corte reconoce a los Principios de Salud Mental de la ONU como el estándar más completo a nivel internacional dentro del catálogo de derechos mínimos específicos de las personas que padecen trastornos psíquicos. “Que, en este orden de ideas, es menester agregar que tanto los “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de Salud Mental” (resolución 46/119 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento A/46/49 -1991- nº 49 anexo en 188-192, documento de las Naciones Unidas), tomados en cuenta como fundamento en el caso “Víctor Rosario Congo v. Ecuador” (Informe 63/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 11.427, Ecuador, del 13 de abril de 1999, párr. 54) precisan el estatuto básico de los derechos y garantías procesales de las personas presuntamente afectadas por trastornos mentales, enunciándose, entre otros, la designación de un defensor para que lo asista y represente, la obtención de un dictamen independiente sobre la posible enfermedad mental, previéndose la posibilidad de detención la que se desarrollará por un período breve y en tanto sea la opción menos restrictiva cuando exista un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros. En todos los casos, los motivos de la admisión y la retención se comunicarán sin tardanza al paciente y al órgano de revisión (Principio 16, admisión involuntaria), quien deberá examinar a la persona “lo antes posible”, decisión que podrá ser apelada ante un tribunal superior (Principio 17, órgano de revisión).” (parr. 5°).

Otro aspecto destacable de este fallo es que en el marco del conflicto de competencia por el cual intervino el máximo tribunal, determinó, por unanimidad, que en el caso resultaba competente el juez del lugar donde se encuentra internada la persona, reforzándose de este modo la perspectiva del tratamiento en la comunidad y entendiendo a la conservación de los lazos afectivos como un aspecto fundante de la Salud Mental. Asimismo y a los efectos de no incurrir en el desamparo de la persona internada, la Corte estableció que debía seguir en la causa el juez interviniente pese a haberse inhibido hasta tanto se resolviese el conflicto de competencia suscitado.

En “RMJ” la Corte reiteró la consideración de los Principios de Salud Mental como: “el estándar más completo a nivel internacional sobre la protección de los derechos de las personas con padecimientos mentales las cuales “deben recibir la mejor atención disponible en materia de Salud Mental” (Principio 20.2), ha sido tomado por la Comisión y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fundamento para decidir en los casos “Víctor Rosario Congo c. Ecuador” (Informe 63/99 de la Comisión IDH, Caso 11.427, Ecuador, del 13 de abril de 1999, párr. 54) y “Ximenes Lopes c. Brasil” (Corte IDH, Ximenes Lopes c. Brasil, sentencia del 4 de julio de 2006, párrs. 128-132). En él se detallan las normas aplicables para el tratamiento y las condiciones de vida dentro de las instituciones psiquiátricas, y se prevén protecciones contra la detención arbitraria en dichas instituciones (Principios 15 y 18). Además, los mentados principios constituyen -8- una guía para los estados en la tarea de delinear y/o reformar los sistemas de Salud Mental”. En el caso se había abordado específicamente la situación de una persona privada de libertad a partir del dictado de una medida de seguridad y con mantenimiento de la restricción de la libertad

con fundamento en el criterio de peligrosidad.

En el apartado 15 del fallo, la Corte se expidió sosteniendo: “15) Que los derechos a la libertad y a la seguridad personales deben resultar compatibles con los principios de razonabilidad, previsibilidad y proporcionalidad. En ese sentido, tanto el art. 7, inc. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el art. 9, inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parten de establecer, como principio general, el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad. La privación de libertad constituye, de tal suerte, sólo una excepción contemplada en dichas normas bajo el estricto cumplimiento de ciertos requisitos; éstos son, legalidad y no arbitrariedad. Conforme el primero de ellos, la privación de libertad debe encuadrar en las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley —aspecto material— y, por otro lado, debe practicarse con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por aquella —aspecto formal— (art. 7, inc. 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 9, inc. 1 Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos). Conforme con el segundo, la privación de libertad no sólo debe producirse por causas y métodos calificados de legales sino que además, ellos no deben ser arbitrarios (art. 7, inc. 3 Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 9, inc. 1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En esa inteligencia, los ‘Principios de Salud Mental’ establecen que ‘no se someterá a ningún paciente a restricciones físicas o a reclusión involuntaria, salvo con arreglo a los procedimientos oficialmente aprobados de la institución psiquiátrica y sólo cuando sea el único medio disponible para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a terceros. Esas prácticas no se prolongarán más allá del período estrictamente necesario para al-

canzar ese propósito’ (Principio 11, párr. 11)”.

Por último habría que citar el fallo “Arriola” de 2008, en el que la Corte abordó la problemática del consumo de sustancias psicoactivas desde la perspectiva de la Salud y el deber del Estado de asegurarlo.

### 3. Experiencias previas en la materia

---

#### 3.1 El plano internacional

En la década del 60 bajo el lema “el hospital psiquiátrico cronifica, aliena y deteriora”, se estructuran movimientos de deshospitalización —instrumentalización de tratamientos fuera de la órbita del hospital psiquiátrico sin requerir su eliminación— y desmanicomialización —sustitución del sistema psiquiátrico por un abordaje de inserción en la comunidad—.

Estados Unidos de América fue pionero, en 1952 se produjo un cambio en la atención psiquiátrica que permitió humanizar el tratamiento y propició la reinserción de los usuarios en la comunidad, a través de diferentes movimientos liberalizadores. Surge así una lucha por el reconocimiento de los derechos elementales de las personas con padecimiento mental, fomentándose a) el tratamiento en la comunidad; b) el debido proceso en los juicios por internación; c) estándares mínimos para tratamientos; d) derecho a rechazar un tratamiento e) mejora de las condiciones de hospitalización y f) tratamientos en la comunidad.

Con base en estos postulados surgió un movimiento masivo hacia finales de los años 60 con el nombre de “desinstitucionalizador”. Este movimiento se encontraba dentro del marco de un plan de Salud Mental propulsado por

el presidente J. F. Kennedy que generalizó un programa deshospitalizador. Sin embargo, ello trajo aparejado una disminución de plazas en los nosocomios que, ante la ausencia de planes concretos de inserción comunitaria, generó el desamparo de personas en estados graves, la aparición de asilos en la comunidad y la rotación permanente en instituciones sin estructura suficiente. Este modelo dio lugar a nuevas formas de cronicidad y graves perjuicios para los usuarios de Salud Mental y sus familiares.

Ya en 1966, el modelo de desinstitucionalización fue exacerbado por Ronald Reagan, quien propulsó la deshospitalización masiva de los enfermos crónicos en el Estado de California a fin de economizar dinero público y aumentar los beneficios privados.

También, se destaca el modelo italiano del psiquiatra Franco de Basaglia, quien implementó el modelo comunitario y abogó por el pasaje de la custodia de la persona internada a la de su reinserción en la comunidad, instando a los profesionales de la salud a salir del ámbito hospitalario. Con base en estas ideas se sancionó en 1978 la Ley N° 180, la cual propendía el cierre de los hospitales psiquiátricos y la creación de servicios específicos de diagnóstico y tratamiento dentro de los hospitales generales. A su vez establecía que la internación únicamente podía decretarse residualmente, a modo de último recurso terapéutico, acompañada de un control judicial estricto, a efectos de que en ningún caso se vulnerase la dignidad humana. Se propició asimismo la construcción de centros de Salud Mental de tipo comunitario.

La mayoría de las constituciones modernas ostentan principios que tutelan el derecho a la libertad y a la autodeterminación en torno a la dignidad del ser humano, y los derechos y libertades fundamentales de las personas con padecimiento mental. Entre las experiencias

existentes, se destacan Italia y Estados Unidos —comentadas más arriba—, así como las reformas en Francia, España y, dentro del continente americano, Brasil, Chile y la Argentina.

Se desprende de la lectura de estas experiencias que el modelo norteamericano consistió en la deshospitalización. Al cerrar el hospital monovalente, sin abrir nuevos recursos, la consecuencia fue la trasinstitucionalización o el abandono de los usuarios. Es inevitable recordar entonces que desmanicomializar implica democratizar los recursos.

En el caso de Francia, sólo cabe traer a colación que la experiencia fue de territorialización y sectorización, en base a la convicción de la necesidad de realizar un trabajo en base a los recursos específicos del lugar. Sin embargo, el proyecto fue de complementariedad con la institución monovalente, por lo cual permanecieron como una constante los efectos deteriorantes y distorsionadores propios de la institución total.

Por último el modelo de Basaglia, tuvo la dificultad de las grandes diferencias entre el norte y el sur de Roma, en cuanto a la receptividad de la propuesta y los recursos volcados a ese efecto. A ello se agrega que no se desarrollaron suficientes dispositivos de inserción comunitaria.

Los casos de Brasil y Chile, concretaron una propuesta de centros de salud monovalentes, por lo que si bien se trata de centros en la comunidad y con la lógica de la inserción comunitaria, conservan el criterio de no igualdad respecto de cualquier otra patología con posibilidad de atención en el hospital general.

Como veremos ha sido la provincia de Río Negro de nuestro país la primera experiencia de desmanicomialización en Latinoamérica.

### 3.2 La experiencia en Argentina

En nuestro país es a partir de la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 y a través de la incorporación de los pactos de Derechos Humanos en el bloque constitucional —a través de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22 de la Carta Magna—, que tuvo inserción legislativa la creciente preocupación por proteger los derechos elementales de las personas con padecimiento mental.

Sin embargo, como se señaló, ya existían experiencias en diversas provincias del país. La primera en avanzar en este terreno fue la provincia de Río Negro en 1984, cuando se dispuso el cierre del hospital psiquiátrico monovalente Allende y se organizó un modelo descentralizado. Dentro de este proceso se sancionó la Ley 2.440/1991, para la promoción sanitaria y mental de las personas que padecen sufrimiento mental. Basada en el modelo italiano de desmanicomialización, se construyó un sistema de atención basado en prácticas no custodiales; en su art. 1º la ley establece que: “la Provincia promueve un sistema de salud que atendiendo a la entidad total y plena del ser humano, garantice el tratamiento y rehabilitación de las personas, de cualquier edad, con sufrimiento mental. La internación se concibe como último recurso terapéutico y luego del agotamiento de todas las formas y posibilidades terapéuticas previas. En caso de ser imprescindible la internación, procederá con el objeto de lograr la más pronta recuperación y resocialización de la persona, debiendo procurarse en todos los casos que el tiempo de su duración se reduzca al mínimo posible. La internación implicará que se tienda permanentemente a lograr la externación de la persona y su tratamiento ambulatorio. La reinserción comunitaria de quien resulte internado deberá constituir el eje y causa de esta

instancia terapéutica, teniendo en cuenta la singularidad de la persona humana, sus diversos momentos vitales y sus potencialidades de autonomía. La recuperación de la identidad, dignidad y respeto de la persona humana con sufrimiento mental, expresada en términos de su reinserción comunitaria, constituyen el fin último de esta ley y de todas las acciones que de ella se desprenden”.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se sancionó en septiembre de 2000 la Ley 448, que tiene por objeto “garantizar el derecho a la Salud Mental de todas las personas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” conforme su art. 1º. Esta ley sistematiza los derechos de las personas con padecimiento mental que, si bien mayormente están enunciados constitucionalmente, se reafirman como derechos en relación a la salud. Así, en los arts. 2º y 3º alude a: “el respeto a la dignidad, singularidad, autonomía y consideración de los vínculos familiares y sociales de las personas en proceso de atención; no ser identificado ni discriminado por padecer o haber padecido un malestar psíquico; a la información adecuada y comprensible, inherente a su salud y al tratamiento, incluyendo las alternativas para su atención; a la rehabilitación y la reinserción familiar, laboral y comunitaria; a la aplicación de la alternativa terapéutica más conveniente y que menos limite su libertad; a la internación como una modalidad de atención, aplicable cuando no sean posibles los abordajes ambulatorios”.

En lo que atañe particularmente al proceso de desmanicomialización, el art. 13 establece que: “los dispositivos del subsector estatal funcionan integrando la Red de Atención del Sistema de Salud Mental, debiendo ejecutar acciones en relación a las siguientes características específicas: a) Prioridad en las acciones y servicios de carácter ambulatorio destinados a la promoción,

prevención, asistencia, rehabilitación y reinserción social en Salud Mental, garantizando la proximidad geográfica de los efectores a la población; b) Coordinación interdisciplinaria, interinstitucional e intersectorial de las acciones y servicios; c) Participación de la comunidad en la promoción, prevención y rehabilitación de la Salud Mental; d) Proyección del equipo interdisciplinario de Salud Mental hacia la comunidad; e) Internación de corto plazo en hospitales generales y monovalentes de Salud Mental; f) Internación de tiempo prolongado en hospitales monovalentes de Salud Mental, en los hospitales generales pediátricos, y hospitales de infecciosas y otros establecimientos específicos en Salud Mental”.

#### **4. Lineamientos de la Ley Nacional de Salud Mental Nº 26.657**

##### **4.1 El debate al momento de su sanción. Apoyos y reticencias.**

Producto del proceso enunciado, es que con fecha 3 de diciembre de 2010 se sancionó la Ley Nacional de Salud Mental y Adicciones Nº 26.657, por voto unánime de ambas Cámaras del Congreso Nacional de la Nación, con una única abstención en la Cámara de Senadores.

En la actividad legislativa preparatoria del proyecto de ley y de cotejo posterior con otros proyectos, hubo una activa participación comunitaria de organizaciones de Derechos Humanos, organizaciones de usuarios y familiares, organizaciones y operadores de Salud Mental en especial, entre otros actores.

Se citan como los principales impulsores de la ley al Ministerio de Salud de la Nación y a los

siguientes organismos: Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación; Secretaría de Derechos Humanos de la Nación; Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI); Comisión Nacional Coordinadora de Políticas Públicas en Materia de Prevención y Control del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, la Delincuencia Organizada Transnacional y la Corrupción (Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación); COFELESA; Mesa Federal de Salud Mental, Justicia y Derechos Humanos; Mesas Provinciales Intersectoriales de Salud Mental, Justicia y Derechos Humanos; Direcciones y Áreas de Salud Mental de las Provincias desde 17 jurisdicciones provinciales; Organización Mundial de la Salud (OMS) y Organización Panamericana de la Salud (OPS); AUAPSI: (8 unidades académicas de psicología conformadas por más de 100.000 docentes y estudiantes); —Federación Psicólogos de la República Argentina (FE-PRA) en representación de 80.000 afiliados—; Organizaciones de Derechos Humanos: CELS, ABUELAS, MADRES, HIJOS, SERPAJ, APDH, Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria, Espacio Carta Abierta, entre muchas otras; Organizaciones de promoción y defensa de derechos vinculadas a la Salud Mental: Red Internacional de Buenas Prácticas en Salud Mental y Salud de Base, Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI), Asociación por los Derechos en Salud Mental (ADESAM), Asociación de Reducción de Daños en la Argentina (ARDA), Asociación Civil INTERCAMBIOS, Frente de Artistas del Borda, La Colifata, Colectivo 448, Foro Instituciones y Profesionales Salud Mental; Organizaciones sindicales de trabajadores: distintos espacios de la CGT y la CTA; Organizaciones Interdisciplinarias de Profesionales de la Salud Mental tales como la Asociación Argentina de



Salud Mental, Psicólogos y Psiquiatras de Buenos Aires (PPBA); Organizaciones nacionales de familiares y usuarios: Red Nacional de Familiares, Usuarios y Voluntarios; Decanos y Rectores de Universidades Nacionales, tales como Universidad de Buenos Aires (UBA), Universidad Nacional de La Plata, Universidad Nacional de Lanús, Universidad Nacional de Córdoba; expertos internacionales y nacionales reconocidos: Galli, Galende, Stolkiner, Levav, Sarraceno, Spinelli, Grimberg, Saforcada, De Lellis, Rotelli, Dell'Acqua, Reali, entre muchos otros.

Por el lado contrario, se han posicionado como opositores a la ley —tal como se plasmó en las discusiones suscitadas a partir del Dictamen conjunto de las Comisiones de Acción Social y Salud Pública, Legislación General y Justicia del Honorable Congreso de la Nación<sup>4</sup>—, la Asociación de Psiquiatría de América Latina (APAL), la Confederación Médica Argentina (COMRA), la Asociación Argentina de Psiquiatras, la Asociación de Psiquiatras Argentinos, la cátedra de Salud Mental de la Facultad de Medicina de la UBA, la Asociación Argentina de Psiquiatría Infanto Juvenil, la Escuela de Salud Pública en la Facultad de Medicina de la UBA, la Asociación de Médicos Municipales, la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico (SEDRONAR) y la Federación Médica de la Capital Federal.

Si se analiza en detalle a los impulsores de la ley, es posible puntualizar que ante los profesionales de la salud se destacan: la Federación de Psicólogos de la República Argentina, la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires, la Asociación Argentina de Salud Mental, la Asociación Argentina de Ayuda a la Persona que Padece Esquizofrenia y su Familia, la Red de Usuarios de Familiares y Voluntarios y de

Familiares de Detenidos y Desaparecidos de Chaco, la Asociación de Unidades Académicas de Psicología (AUAPsi), la Asociación Argentina de Terapistas Ocupacionales, el Foro de Instituciones de Salud Mental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Asociación de Facultades de Ciencias Médicas de la República Argentina (AFACIMERA), la Asociación de Facultades de Ciencias Médicas de la República Argentina, Asociación de Abogados y la Asociación de Terapistas Ocupacionales de la Provincia de Buenos Aires (ATOGBA).

Entre los organismos de Derechos Humanos, figuran CELS, Abuelas, Madres, Hijos, la APDH y parcialmente la CGT y la CTA.

Los actores comunitarios y organizaciones internacionales, se manifestaron a favor de la ley, la Red Nacional de Organizaciones Culturales no gubernamentales para la Gran Fraternidad Universal (REDGFU), el *Mental Disability Rights International* (MDRI), la Red de Familiares, Usuarios, Estudiantes y Voluntarios, OMS y OPS.

Desde el ámbito jurídico, el Consejo de la Magistratura, el Ministerio de Justicia de la Nación, el Ministerio Público Fiscal, el Ministerio Público de la Defensa y magistrados interesados en forma particular. Otros actores estatales que prestaron su apoyo fueron el Consejo Federal de Legisladores de Salud (COFELESA), el Consejo Federal de Salud Mental y Adicciones (COFESAMA), el Foro Patagónico de Salud Mental y el INADI.

#### **4.2. Las transformaciones que introduce la ley en la lógica de los Derechos Humanos**

En primer lugar y, a los efectos de poner en evidencia el alcance de la norma, cabe destacar que la Ley Nacional es de orden público (art. 45), es decir que no precisa de la adhesión explícita de las provincias a los efectos de su

4- Disponibles en [www.diputados.gov.ar](http://www.diputados.gov.ar) y [www.senado.gov.ar](http://www.senado.gov.ar)

inmediata entrada en vigencia, sin perjuicio de la normativa local vigente en la materia. De esta forma, la ley establece un estándar mínimo de derechos y garantías como piso nacional que no puede ser desoído por la normativa provincial. En caso de incongruencia entre la legislación nacional y provincial, se aplica el principio *pro homine*.

El segundo elemento de relevancia es asentar que la ley encarna la concreción de principios internacionales de Derechos Humanos, por medio de los cuales la dignidad humana se impone como el eje axiomático; a partir del cual se construye un paradigma de Derechos Humanos con atención en la comunidad.

Ya desde su art. 2 asienta la naturaleza de la ley como parte integrante de la perspectiva internacional de los Derechos Humanos, plasmados en la temática de la Salud Mental. Así, el texto de la ley explicita como parte integrante de la misma, instrumentos de *soft law* o *model law*, a saber: la Declaración de Caracas (OEA, 1990), los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (ONU, 1991) y los Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental de las Américas (OEA, 2005). Se agrega el abordaje de la salud desde el “modelo social de la discapacidad” plasmado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2006), ratificada por Ley Nacional N° 26.378/08 y desde el artículo 7 se recoge una extensa de todos los derechos fundamentales de las personas usuarias de servicios de Salud Mental y adicciones. A más abundamiento, se agrega el derecho de las personas usuarias a no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales y la prohibición del suministro de medicación como castigo o a los efectos de sustituir el acompañamiento terapéutico (art. 12).

En esa lógica es que —en lo que atañe a las modalidades de intervención—, la propuesta de la ley es de atención en la comunidad, relegando a la internación como medida de último recurso. Por ello se estimula la instauración de equipos itinerantes, empresas sociales, emprendimientos productivos, atención domiciliaria, casas de medio camino y hospitales de día. En pocas palabras: las acciones de Salud Mental deben realizarse en una red de servicios basados en la comunidad.

Se reconoce como principio general la capacidad de la persona usuaria de servicios de Salud Mental (art. 3), que solo podrá ser revertida por un juicio de incapacidad que determinará mediante una sentencia acotada en el tiempo —máximo de tres años—, estrictamente qué derechos no podrá ejercer la persona (art. 142 del Código Civil), permaneciendo vigente el criterio de capacidad para cualquier esfera no detallada en la sentencia de insania. Ello permite un avance inconmensurable en el reconocimiento de la persona como sujeto de derecho, y no como objeto tutelado de protección. Se debe reflexionar qué derechos de primera generación —civiles y políticos— que el conjunto de la población ha ganado para sí en 1789 con la Revolución Francesa, recién hoy van a serle reconocidos a las personas que declaradas incapaces —excluidas de estos derechos inherentes a la mera condición de ciudadano—. Sin eufemismos: se amalgamaba a cualquier persona con un padecimiento mental que atravesara un proceso de insania como un muerto civil. Hoy, un diagnóstico no puede implicar el cercenamiento de todos los derechos sino de aquellos estrictamente vinculados con el cuadro y encontrándose debidamente fundada su limitación (cfr. art. 5).

El personal sanitario se amplía, enriquece y profundiza puesto que el abordaje parte de un trabajo interdisciplinario al interior de los equi-

pos de salud, que contempla la intervención de una multiplicidad de especialidades que abordan la problemática de salud. Se enumeran no taxativamente psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, enfermeros y terapeutas ocupacionales (art. 8, 9 y 13). Se reconoce el derecho a la permanente capacitación, a la protección de su salud, y a conducir equipos según su idoneidad y más allá de su profesión. También se reconoce el derecho a la preservación de la fuente de trabajo, desvaneciendo cualquier temor de los profesionales frente al cierre paulatino de las instituciones monovalentes —cfr. art. 27— (arts. 13 y 27).

Este equipo de salud trabajará prioritariamente fuera del ámbito hospitalario, en el terreno de pertenencia del paciente prioritariamente y asumirá las medidas terapéuticas menos invasivas posibles, asesorando al usuario y contando con su consentimiento informado ante cualquier intervención terapéutica (arts. 9 y 10). Se destaca que a los efectos de contar con el consentimiento del usuario, la información debe ser brindada adecuándose a la posibilidad de entendimiento de la persona con discapacidad. En caso de que el personal de salud fuerce con dolo el consentimiento, se impondrán las sanciones civiles y penales pertinentes (art. 19).

Para el caso en que sea necesario acudir a una internación involuntaria —siempre como *ultima ratio*—, la ley prevé condiciones estrictas para su determinación. En primer lugar la decisión ya no reposa en el juez de la causa o en una decisión de funcionarios policiales, tal como se habilitaba en el régimen anterior. Por tratarse de una herramienta terapéutica de último recurso, su decisión solo puede recaer en la decisión del equipo de salud que aborda al usuario. Se precisa de al menos dos profesionales de distintas disciplinas, —uno debe responder a la profesión de psicólogo o psiquiatra—.

Una vez dispuesta la internación en forma involuntaria, este equipo de salud tiene un plazo de 10 horas para notificar al juez competente —en cumplimiento del estándar internacional de aseguramiento de la inmediatez de la persona privada de la libertad en la puesta en comunicación con un juez—, quien tiene a su vez un plazo de 48 horas para convalidar la internación en esta modalidad, denegarla o pedir informes ampliatorios.

A los efectos de convalidar esta medida terapéutica debe encontrarse presente el riesgo cierto e inminente, que se trata de un riesgo situacional —“situación de riesgo cierto e inminente”—; es decir, que no es un rasgo propio de la persona, sino que, de modificarse el ambiente de la persona, es posible que el riesgo ya no exista. Ello permite apartarse del concepto de peligrosidad, herencia del positivismo criminológico, que era concebido como un carácter inherente al sujeto y permitía especular sobre el comportamiento futuro de la persona, en flagrante vulneración del respeto a la autonomía, la libertad y la autodeterminación, y sin perjuicio de que la carencia de base científica de la peligrosidad ya había sido asentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Gramajo”.<sup>5</sup>

En lo que atañe al control de la internación involuntaria ya en curso, se prevén revisiones judiciales periódicas (arts. 16 y 20 y cc.), el derecho a contar con asistencia legal gratuita desde el primer momento de la internación —por parte de una figura distinta a la del curador y cuya actuación responde únicamente a los fines de reforzar la voluntad de la persona internada (art. 22)— y el control por parte de un órgano de revisión independiente, interdisciplinario e intersectorial, con la finalidad de resguardar

5- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 5/9/2006.

los derechos fundamentales de las personas usuarias (capítulo X). Se debe agregar que en caso de que la persona internada sea menor de 18 años de edad, debe involucrarse la normativa específica de Protección Integral de los Niños (art. 26).

El órgano de revisión es un instrumento fundamental de la ley en virtud de que materializa el monitoreo como práctica axiomática en la persecución del máximo respeto por los Derechos Humanos. *De facto*, entre otras funciones de este órgano, se encuentra la de requerir informes a las instituciones, supervisar denuncias, interponer acciones a favor de los usuarios y proponer reformas legislativas, entre otras directivas tendientes a consagrar un genuino monitoreo de las prácticas en Salud Mental por parte de los agentes estatales y privados intervinientes. El carácter intersectorial e interdisciplinario del órgano es un eje fundamental a los efectos de lograr un control efectivo.

Se destaca que el juez y el órgano de revisión intervienen a los efectos de proteger a la persona internada, en virtud de la propia situación de internación que la limita el ejercicio concreto de sus derechos. Es entonces, y únicamente a los efectos de paliar esa situación coyuntural de vulnerabilidad, que se disponen los mecanismos necesarios para el control de la situación de internación por parte de órganos judiciales y gubernamentales. Ahora bien, en todo lo que responda a mayor libertad y respeto de la autonomía de la persona internada, las decisiones por su carácter terapéutico reposarán únicamente en el equipo de salud interviniente, —es decir, salidas y alta de internación de la persona usuaria corresponde al equipo de salud y solo deben ser notificadas al juez competente—.

Entonces bien, conforme la ley, encontramos que la internación debe ser por el tiempo más breve posible, con respeto del consenti-

miento informado por parte del paciente —sin perjuicio de las decisiones que pueda asumir el equipo de salud en una situación de crisis y ante la evidencia de situación de riesgo cierto e inminente—. La internación no está prohibida, pero debe relegarse como último recurso posible, es decir, hay que saber CÓMO, CUÁNDO y POR QUÉ internar.

Otros aspectos de alta relevancia que aparece la ley, son la recepción de una definición amplia de la Salud Mental como un concepto económico, social, cultural, biológico, psicológico e histórico, ampliando el concepto biologicista imperante en la materia (art. 3); la inclusión de las adicciones como parte del campo de la Salud Mental, aplicándose sobre las mismas todos y cada uno de los postulados de la ley (art. 4), la prohibición de discriminación y la estigmatización como consecuencia de un diagnóstico (art. 5) y la obligación en el plano institucional de que la ley debe ser cumplida por efectores de salud públicos y privados, y cualquiera sea la nomenclatura con la que se hallen registrados (art. 6) —a los efectos de evitar eufemismos susceptibles de implicar una vulneración de los postulados de la normativa—.

Todo ello conduce a replantear los planos de intervención, donde de superarse el abordaje inicial propio de la atención primaria de la salud, se acudirá al hospital general como espacio adecuado (art. 28). Es muy importante que si el hospital general rechaza al paciente por tratarse de una problemática de Salud Mental, este sea considerado un acto discriminatorio. No existe ninguna razón científica que justifique la imposibilidad de atender a un usuario con padecimientos en Salud Mental o adicciones en un hospital general.

Y es que la ley quiebra la escisión entre salud física y mental. Por ello, es considerada la salud psíquica parte integrante de la salud en

general, debe atenderse en el hospital general como todo otro padecimiento. Solo en un caso complejo intervendrá el nivel especializado de atención, y en ningún caso se recurrirá a la institución monovalente. *De facto*, la ley prevé la prohibición de construcción de nuevos monovalentes y su sustitución progresiva. El año 2020 es el dispuesto por la OPS como objetivo para un mundo sin manicomios (art. 27). Es de destacar que los monovalentes no remiten únicamente a los manicomios, sino a cualquier institución que trate un padecimiento de Salud Mental en exclusividad, reduciendo la complejidad propia de cualquier persona a los caracteres de una patología determinada. En este sentido, se inscriben en la categoría de monovalentes, las comunidades terapéuticas, los geriátricos psiquiátricos y los centros para discapacitados con problemas en Salud Mental, entre otros.

Siempre, desde el primer momento de la intervención, se comenzará a trabajar en la inserción comunitaria de la persona. Y es en esa lógica que las derivaciones se encuentran contempladas solo en caso de que ofrezcan un escenario de mayor contención del usuario, privilegiándose el acompañamiento de los referentes afectivos (art. 30).

La autoridad de aplicación de la ley es el Ministerio de Salud de la Nación, que deberá desarrollar los planes de Salud Mental (art. 31), incidir en la actualización de la formación de los profesionales en base al nuevo paradigma de atención y al respeto de los Derechos Humanos (art. 33) y fijar estándares de habilitación y supervisión periódica de los efectores públicos y privados, en acuerdo con todas las jurisdicciones. También deberá supervisar la adecuación de la cobertura en Salud Mental de las obras sociales (arts. 34 y 37) y realizar un censo nacional para conocer el estado de la Salud Mental en el país que deberá actualizarse cada 2 años (art. 35).

Se prevé la participación política de las asociaciones de usuarios y familiares en el desarrollo de los programas que los afecten (art. 36).

Por último, es relevante el impulso que la ley da a una necesaria reforma del Código Civil (CC) en materia de discapacidad y Derechos Humanos. Desde su articulado la ley modifica el régimen de capacidad asumiendo —como ya se dijo— la presunción de capacidad de la persona, en el recogimiento de lo ya asentado en el art. 12 de la CDPD.

En este sentido, establece que las sentencias de incapacidad dejan ser ilimitadas, para acotarse a una duración de tres años y que deberán ser revisadas por el juez que la dictó en forma previa a ese término, procurando que la afectación a la autonomía personal sea la menor posible (art. 152 ter del CC). Claro está que habrá situaciones en que algunas personas precisarán un soporte externo a los efectos del ejercicio de sus derechos, y en esos casos es donde el Estado se haya en la obligación de asegurarlo en forma gratuita (letrados del art. 22 y cuerpo de curadores).

En el mismo articulado se establece que a partir de esta presunción, ninguna persona podrá ser considerada incapaz en forma absoluta, sino que la sentencia deberá especificar detalladamente qué derechos serán los cercenados, lo cual deberá decidirse conforme a la lógica de favorecer —en la mayor medida posible— el respeto por la conservación de la más amplia extensión de derechos por parte de la persona. Ello no solo resulta beneficioso para la persona que atraviesa el proceso de incapacidad, sino sumamente coherente respecto de las limitaciones de la persona y los derechos a cercenarse. Puesto que un determinado padecimiento mental no puede implicar de suyo la anulación del derecho a contraer matrimonio, adoptar, ejercer la patria potestad, la administración y/o disposición de sus bienes o derechos civiles y po-

líticos. Deberá el magistrado actuante en cada caso, fundar adecuadamente la restricción de cada uno de estos derechos. Es de resaltar que en ningún caso podrá vedarse el derecho a incidir en los extremos de su tratamiento —consentimiento informado—. Todo ello permite una revalorización de la capacidad jurídica en toda su extensión y es que, tal como afirma Kraut, “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”.<sup>6</sup>

Asimismo se dispone que la internación involuntaria deberá ser decidida por el equipo de salud y no por la autoridad policial o judicial, que sólo podrán trasladar a la persona hacia un centro de salud a los efectos de su evaluación interdisciplinaria y posterior determinación del abordaje terapéutico que resulte más adecuado (arts. 42 y 43). En otras palabras, las internaciones policiales y judiciales ya no se encuentran permitidas por la normativa vigente.

Por último, si bien no se encuentra explicitado en la normativa, ciertos artículos repercuten directamente en el cuerpo de los códigos a partir del principio por el cual la ley posterior deroga la ley anterior, particularmente en lo que atañe a los arts. 142, 143 y 150 del CC y 624, 625 y 631 del CPCCN, que regulan exámenes que a partir de ahora deberán ser de carácter interdisciplinario.

Siempre que se aluda a criterios de desinstitucionalización y desmanicomialización, se impone el temor a que resulte una estrategia encubierta de privatización de los servicios de salud. Máxime cuando las alternativas para las personas que resulten externadas se orientan a políticas de inclusión comunitaria que requeri-

rán un fuerte impulso en el comienzo, en tanto no existen dispositivos ya formados —una vez instalado, el abordaje comunitario representará menor gasto público que la internación, que es siempre el recurso más costoso—. Entonces, si a los efectos de darle un soporte material a las estrategias de abordaje que plantea la ley, se prevé un incremento del presupuesto en Salud Mental en forma gradual hasta alcanzar un 10% del presupuesto general de salud, según recomendaciones de la OMS (art. 32).

Pues bien, el axioma que empapa el contenido de toda la ley es el máximo respeto por la dignidad de la persona, materializado en la explicitación de que el objeto de la ley es asegurar el derecho a la protección de la salud mental y los Derechos Humanos de TODAS las PERSONAS (art. 1).

#### 4.3 Algunas reflexiones en torno a la ley

Es necesario desprender de la definición de salud desde su concepción amplia —tal como postulan la OMS y el PIDEsYc— que su persecución y sostenimiento no depende únicamente del tratamiento terapéutico propiamente dicho. No será solo el diagnóstico clínico y el suministro de la medicación que se estipule, el eje desde el cual podrá asegurarse por sí solo el bienestar de la persona usuaria de servicios de Salud Mental. Lo que es más, ya se ha advertido sobre que el vocablo *paciente* remite a la situación de abordaje en el centro de salud y que sin embargo, escogemos referirnos a *persona usuaria de servicios de Salud Mental* en virtud de que encarna una categoría más amplia, abarcadora de los múltiples ejes sobre los que se asiente un correcto abordaje de la salud.

Ello cobra mayor énfasis cuando recordamos que las personas institucionalizadas permanecen en esa situación, ya no en virtud de un

6- Kraut, Alfredo J., Diana, Nicolás, *Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria*, LL, 08/06/2011, p. 7

diagnóstico que lo requiera, sino de la ausencia de un abordaje interdisciplinario sobre los pilares que le permitirían llevar adelante su curso de vida —claro está, con las particularidades que representa el padecimiento mental— en un proyecto extrainstitucional.

Muy por el contrario, los manicomios, comunidades terapéuticas cerradas, gerontopsiquiátricos, hogares cerrados para personas con discapacidad y cualquier otra institución monovalente —institución con internación que se dirige en exclusividad a la atención de una determinada patología—, encuadran en el concepto de *institución total* tan bien desarrollado por Goffman en la década de 1960, colocando a la persona en una situación de estigma que la define en virtud de un solo carácter: loco, preso, viejo loco, discapacitado.

Estas instituciones rompen los lazos afectivos y las características del sujeto en vinculación con los otros, condenándolos bajo una *etiqueta monovalente*. La persona en situación de encierro deja de ser padre, hijo, trabajador, estudiante, vecino, amigo, entre cientos o miles de características que puede detentar un individuo. ¿Y por qué? Porque esos caracteres aparecen en vinculación con un otro y ese lazo con el par, es el que la institución impide a través de la situación de aislamiento prolongada en el tiempo. La persona en situación de encierro se enfrenta con limitaciones estructurales que solo lo habilitan a realizar allí las actividades vinculadas con su estigma.

Es entonces que la normativa de Derechos Humanos incorpora la inclusión comunitaria desde el momento inicial de contacto del usuario con el servicio de salud, en el convencimiento de que se trata de un pilar inexorable de un abordaje adecuado a la práctica de derechos. El derecho al trabajo, la continuidad en los afectos, la cultura, la educación —derechos económicos, sociales y culturales—, el ejercicio del voto y la

participación ciudadana —derechos civiles y políticos— son factores de protección, esenciales para evitar el deterioro de la Salud Mental.

El objetivo es fortalecer los factores de protección y disminuir los factores de riesgo teniendo en mira la inclusión comunitaria de la persona. *De facto*, el modelo social de la capacidad que rige a partir de la CDPD impone el principio de la *dignidad de riesgo* que involucra el derecho de la persona usuaria de servicios de Salud Mental a ejercer la totalidad de sus derechos, aun cuando conlleven un riesgo. Los esfuerzos del equipo de salud y de la comunidad en general deberán estar orientados a disminuir, en el mayor grado posible, los riesgos de mención.

En caso de omitirse estos lineamientos y perpetuar la lógica de la institucionalización *sine die*, se está concibiendo a la persona solo en tanto organismo biológico y no en tanto ser social. Solo se contempla su condición de conjunto orgánico y respondemos a ello con las técnicas médicas que resulten más adecuadas. Desde ya que ello es esencial y sin el avance científico de la medicina, nos encontraríamos con límites insoslayables. Empero, si solo continuamos por esa línea, estamos condenando al sujeto a prescindir de su concepción como sujeto. Y es que al quitarle a la persona factores de protección, se lo condena a una inevitable evolución deteriorante, que no será consecuencia del cuadro clínico sino de la propia institucionalización.

Así es que se arriba a los denominados *pacientes sociales* que hoy pueblan las instituciones de encierro. Con esta ley este tipo de pacientes desaparecen. Es imperioso barrer con eufemismos distorsionantes: al hospital psiquiátrico no va la persona con padecimientos mentales a secas, sino aquella con padecimientos mentales sin dinero ni cobertura social. Es una cuestión de clase, no de diagnóstico clínico.

A modo de ejemplo, podemos imaginar la

situación de un adolescente de quince años que ante una situación de crisis, con una semana de internación y la medicación apropiada, puede volver a la escuela, familia y amigos, y ya conoce los dispositivos de salud para el caso de una recaída. Si por el contrario se lo recibe con una internación prolongada en el tiempo, pierde el ciclo escolar, el contacto con los amigos, el juego y se transforma en una vivencia traumática y angustiante. Es probable que los efectos deteriorantes sean profundos y se prolonguen en el tiempo. La persona adquiere la capacidad de advertir una recaída o una crisis y decidir sobre el tratamiento, acudir al sistema de salud a un circuito conocido, trazar una red acorde con las necesidades particulares.

La Dra. Graciela Natella señalaba que, resulta pedagógico concebir el abordaje de la Salud Mental como un trípode cuyos pilares son los factores de protección —a los efectos de combatir la desobjetivación propia de la institución total—, la farmacología —producto de los avances constantes de las ciencias de la salud— y el tratamiento terapéutico —que permite devolver el habla, devolver la palabra al escenario del tratamiento—. Se trata de un abordaje bio-psico-social e incluso espiritual en aquellas comunidades o sujetos donde la contención espiritual es un eje vital.

Cuando se saca una foto el trípode sirve para que la cámara adquiera la estabilidad necesaria para lograr nitidez en la imagen sin perjuicio de la luz del ambiente. En el caso de la Salud Mental se trata del mismo proceso. Sin perjuicio de la situación de crisis, el trípode aporta una base infranqueable de contención al usuario.

Ahora bien en el caso de que sí sea necesaria una situación de internación, a partir de lo que establece la ley y la normativa internacional en la que se encuentra respaldada, la misma deberá hacerse en un hospital general, como sucede

con cualquier otra dolencia. La escisión entre salud física y Salud Mental es ficticia y no favorece a la persona. Ello no solo es un postulado sino un desafío posible. La incorporación de la Salud Mental al hospital general puede incluso adoptar la modalidad que más se adecue a las necesidades comunitarias. En la provincia de Rio Negro, las internaciones se realizan en una sala común del hospital general, en Ushuaia se dispuso un ala especial del nosocomio. La modalidad —siempre dentro del hospital general— dependerá de las características de la comunidad local.

Además, cabe enfatizarlo, la internación necesaria abarca solo el momento de la descompensación que dura lo que tarda en actuar el psicofármaco y estabilizar la medicación de la persona. Y siempre debe existir situación de riesgo cierto e inminente.

Es posible preguntarse cómo se explican aquellos casos de alto deterioro de la persona sin que haya habido institucionalización. El consumo de pasta base sería un ejemplo. Pues bien, probablemente el sujeto que llega a una situación de consumo deteriorante y que se invoca que no ha sido atravesado por la institucionalización, tampoco ha tenido factores de protección por fuera de la lógica del consumo. El “no” a la institucionalización es un no porque impide el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de la persona, en el caso del consumo de pasta base la lógica se reitera pero por carencias socio-económicas. Barrer con la institucionalización como lógica del secuestro del sujeto, es barrer con un límite al acceso de los derechos, que es un límite asimilable a las carencias socio-económicas.

Otro elemento destacable de la ley es que el juez no puede asumir ya decisiones terapéuticas. El juez solo interviene cuando la decisión de internar se toma en contra de la voluntad de la



persona y a los efectos de controlar las condiciones de internación en el aseguramiento de derechos. Su intervención a los efectos de disponer la internación solo corresponde en caso de que el equipo de salud la disponga y sea la institución de salud la que se opone a recibir a la persona.

Por último, en lo que atañe al tratamiento terapéutico, la propuesta se orienta a contar con recursos no convencionales por fuera de los profesionales de la salud. Específicamente, se hace referencia a los usuarios y familiares. Se debe priorizar la contención y seguimiento de la persona y superar la lógica de la derivación.

Se puede objetar que todo ello demanda una inversión muy alta en términos económicos. Sin embargo, tal como se anticipó, incluso con la gran inversión inicial que demande la puesta en funcionamiento de los dispositivos de inclusión social, el cotejo con el gasto de las medidas de encierro es muy inferior. Y es que en el caso de las lógicas de encierro, la medida sin límite y el deterioro consecuente de la persona, hace que aquella pierda su potencialidad como fuerza productiva. Se lo estanca en un dispositivo del que difícilmente podrá egresar, con lo que pasará a ser un sujeto dependiente durante todo su curso vital. Es lo que se denomina *carga enfermedad*: son los años perdidos e irrecuperables que arrastra el encierro. Los daños son potencialmente irreversibles. Y es que se inutiliza a la persona como fuerza productiva, se fabrican pensionados vitalicios. La persona pasa de ser paciente a pensionado durante su curso vital.

En una lógica de reinserción comunitaria, aun pensando en ese eventual costo inicial —el caso de una persona que no posea dispositivo habitacional, sin empleo, que requiera acompañamiento terapéutico permanente y seguridad perimetral—, la persona terminará por reinsertarse socialmente y abandonará el sistema de salud. Hay un giro mucho más veloz. Aquí, el cambio se

agudiza y pasan de ser usuarios a sujetos autónomos, con recursos vitales; de objetos de encierro a sujetos de derecho con potencialidad para auto-sustentarse. Es importante destacar la inserción comunitaria como una obligación estatal ya que la desinstitucionalización no puede en ningún caso conducir a la privatización o tercerización de los servicios de salud.

Este último abordaje requiere una “continuidad de cuidados” (OMS), “hacerse cargo” (Italia) o “24x24” (Río Negro). La verdadera atención es a largo plazo. Es la mano que está presurosa a sostener, pero con la suficiente distancia para que el primer intento sea el de la autonomía del paciente. Es el acompañamiento, no la sustitución de la voluntad. Ser puente de las necesidades del otro es hacer y hacer(se) de Salud Mental.

## BIBLIOGRAFÍA

Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

Boletín Epidemiológico N° 1, Dirección Nacional de Salud Mental y OPS.

Código Civil de la República Argentina. Enrique L. Abatti, Ival Rocca (h).

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Editorial Estudio.

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires Comentado.

Foucault, Michel, *Historia de la locura en la época clásica*, FCE, Buenos Aires, 2003.

Kraut, Alfredo J., *Responsabilidad civil de los psiquiatras en el contexto de la práctica médica*, Eudeba, Buenos Aires, 1998.

Kraut, Alfredo J., *Salud Mental y tutela jurídica*, Eudeba, Buenos Aires, 2006.

CELS, "Los Derechos Humanos y la Salud Mental en la ciudad de Buenos Aires", 2006.

Fulloa, A., *Desmanicomialización*, Zona, Buenos Aires, 1993.

Spigel, Rodolfo Daniel, *Institucionalización, Desinstitucionalización, Posinstitucionalización*, en Vertex, Buenos Aires, 1991.

Cattani, Horacio R., *El derecho ante las compulsiones*, Grama Ediciones, Buenos Aires, 2007.

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, vigésima primera edición, Editorial Espasa Calpe SA, 1992.

Diccionario terminológico de ciencias médicas, 12ª edición, Salvat Editores, Buenos Aires, 1984.

Alberca Serrano, R., *Demencias: diagnóstico y tratamiento*, Masson SA, Barcelona, 1998.

Agüera Ortiz, L.F., *Demencia, una aproximación práctica*, 1ª edición, Masson, Buenos Aires, 1998.

<http://www.villaverde.com.ar/archivos/File/investigacion/Salud%20mental/Jurisprudencia/caso-congo-ecuador-comisionIDH.doc>; 14 de agosto de 2008

<http://www.cidh.org>; 15 de septiembre de 2008

<http://www.diputados.gov.ar>

<http://www.senado.gov.ar>

Equipo de Salud Mental del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)\*

## La Ciudad Autónoma de Buenos Aires: un caso de resistencia activa a implementar leyes respetuosas de las personas con padecimiento mental.\*\*

### \* Macarena Sabin Paz

Lic. en Psicología (UBA). Desde 2005 integra el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Coordinadora del Equipo de Salud Mental. Investigadora Becas Carrillo-Oñativía, Ministerio de Salud de la Nación.

### Rosa Matilde Díaz Jiménez

Lic. en Psicología. Especialista en psicología jurídica de la Universidad Santo Tomás de Aquino, Bogotá, Colombia. Maestranda Facultad de Psicología (UBA). Investigadora Becas Carrillo-Oñativía, Ministerio de Salud de la Nación.

### Soledad Ribeiro Mieres

Abogada (UBA). Maestranda en Políticas Públicas para el Desarrollo con Inclusión Social (FLACSO).

### Víctor Manuel Rodríguez

Lic. en Psicología (UCV). Especialización en Psicología Forense (UBA). Maestrando en Derechos Humanos (UNLA). Investigador Becas Carrillo-Oñativía, Ministerio de Salud de la Nación.

### Ana Sofía Soberón Rebaza

Estudiante de Trabajo Social (UBA). Asistente de investigación Becas Carrillo-Oñativía, Ministerio de Salud de la Nación.

\*\* La versión original de este artículo fue publicada por el CELS en *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2015*. 1º ed, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2015.

La implementación de la Ley Nacional de Salud Mental (LNSM) implica un fuerte impacto en las competencias no delegadas a la Nación y, por lo tanto, desafíos a nivel de la articulación federal y un reconocimiento expreso sobre las responsabilidades concretas de las autoridades locales. Las políticas públicas del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son un caso paradigmático de resistencia a la LNSM. Son un ejemplo concreto de cómo pueden funcionar los escollos políticos e institucionales cuando una jurisdicción decide no implementar la LNSM, ni su precedente local.

Buscamos describir el paradigma de salud mental de la gestión actual del gobierno de la ciudad y el lugar de las personas usuarias de los servicios. Consideraremos la infraestructura institucional y el presupuesto en el marco del ordenamiento legal de esta jurisdicción (su Carta Magna, la Ley de Salud Nº 153, Ley de Salud Mental Nº 448, la Ley Nacional de Salud Mental Nº 26.657 y su decreto reglamentario y los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos).

## La política de salud mental

Hace siete años que la política pública de salud mental de la Ciudad está indefinida, el último plan con el que contó fue el llamado “Plan Soriano”, vigente entre 2002 y 2006, y prorrogado hasta 2007. Esta situación es contemporánea con la adopción de instrumentos internacionales de protección de derechos con rango constitucional por parte del Estado argentino y de la sanción de leyes que son un punto de inflexión. Tanto la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) de Naciones Unidas como la sanción de la LNSM establecen mandatos claros respecto a las políticas públicas para las personas con discapacidad mental.

En 2012 la Dirección General de Salud Mental elaboró un documento borrador al Plan de Salud Mental que, un año más tarde, puso a consideración de la Legislatura porteña. El Plan solo toma como marco normativo la Ley 448/98 y la Ley 153/99 de salud y no aporta una mirada armónica sobre el plexo normativo que amplíe la perspectiva de derechos y atienda a una respuesta integral e inclusiva dentro del campo de la salud a fin de dar lugar al derecho a obtener el nivel más alto de salud posible.<sup>1</sup>

El paradigma impuesto por la LNSM establece que las instituciones de encierro deben ser sustituidas por servicios de atención ambulatoria con inserción en la comunidad. Sin embargo, la Comisión de Seguimiento y Evaluación de la Ley 448 de la Legislatura de la CABA señala en su informe<sup>2</sup> la persistencia de los hospitales

psiquiátricos monovalentes como “cabeceras” de la red que debe brindar respuestas sanitarias a los padecimientos mentales.

El borrador del nuevo Plan de Salud de la Ciudad se afirma en el fomento de la atención primaria a la salud. Este aspecto no tiene un correlato presupuestario ya que es evidente el vaciamiento económico de los dispositivos sanitarios y de servicios de salud mental.

Actualmente, la oferta pública del campo de la salud mental se lleva a cabo a través de distintos niveles de atención y efectores.

- a. Hospitales Psiquiátricos.** Existen cuatro hospitales psiquiátricos monovalentes de tipo asilar<sup>3</sup>: Psiquiátrico Infante Juvenil Dra. Carolina Tobar García, de Emergencias Psiquiátricas Torcuato de Alvear, Dr. José T. Borda y Dr. Braulio Moyano.
- b. Centros de Salud Mental (CSM).** Existen dos para toda el área metropolitana: N° 1 Dr. Hugo Rosarios y N° 3 Arturo Ameghino.
- c. Centros de Salud y Atención Comunitaria (CESAC).** Existen 45 con una distribución azarosa que no prioriza el primer nivel de atención de la salud en igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos<sup>4</sup>: mientras que en Villa Lugano existen ocho centros, en Boedo o Constitución no hay ninguno.
- d. Centros Médico Barriales (CMB).** Hay 35 Centros Médico Barriales que se integran dentro de las áreas programáticas de diferentes Hospitales Generales.
- e. Programas y Redes.** Existe una diversidad

1- Observación General N° 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

2- Informe de la Comisión Especial de Seguimiento y Evaluación para el cumplimiento de la Ley N° 448 de

Salud Mental. Noviembre 2013. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3- Hacemos referencia a lo asilar como modelo, y no a la cantidad de camas.

4- Ley Básica de Salud, art. 18.

de Programas y Redes que no integran el organigrama de los hospitales generales o de las regiones sanitarias en una dependencia presupuestaria particular. Se trata de los programas de Investigación y Vigilancia Epidemiológica en Salud Mental (PIVESAM), Violencia, Salud Mental y Desastres, Salud Mental y SIDA, AdoP – AdoPi (Atención domiciliaria psiquiátrica-psicológica-social en situaciones de crisis y Atención domiciliaria psiquiátrica-psicológica-social infantil en situaciones de crisis), de Salud Mental en Adultos Mayores, de Atención Comunitaria de Niños, Niñas y Adolescentes con Trastornos Mentales Severos; de Prevención, Asistencia y Reinserción Social en Drogadependencia; Psicoeducativo y de investigación con técnicas de asistencia animal, de Asistencia-Rehabilitación con Inclusión Social. También funcionan las redes de Guardias de Salud Mental, Infanto-Juvenil de Salud Mental, de Trastornos de la Alimentación, de Musicoterapia y el Programa de Emprendimientos Sociales, Talleres Protegidos de Rehabilitación Psiquiátrica.

### **La dependencia funcional y presupuestaria de los efectores**

La oferta de la política pública de salud mental en CABA se presenta con una diversidad acorde al espectro de los padecimientos mentales y organizada en efectores de distinto nivel. Sin embargo, la dispersión discrecional de los servicios en los diferentes barrios y la dependencia funcional y presupuestaria de la Dirección General de Salud Mental determinan el modo en que se materializa la política pública y obstaculizan una comprensión integral

del proceso salud – enfermedad. En principio, no se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso al derecho a la salud para todos los ciudadanos. Al mismo tiempo, el abordaje parcial y monovalente estigmatiza, obstaculiza el tratamiento de otras patologías del campo clínico —asociadas o no—, segrega a personas que están en particular situación de fragilidad y no fomenta prácticas inclusivas en los hospitales generales y en los dispositivos comunitarios en franca contradicción con el mandato comprendido en todo el plexo normativo vigente.

En cuanto a su dependencia institucional<sup>5</sup> el Ministerio de Salud de la Ciudad se divide en tres subsecretarías: de Planificación Sanitaria, de Administración del Sistema de Salud y de Atención Integrada de Salud. Esta última tiene bajo su jurisdicción las direcciones que elaboran buena parte de la política pública de salud mental. Entre ellas, la Dirección General de Salud Mental (DGSM) y las direcciones generales de las regiones sanitarias I, II, III y IV. Del conjunto de estas direcciones dependen los hospitales generales y monovalentes<sup>6</sup> y los Centros de Salud y Atención Comunitaria (CESAC), los Centros Médico Barriales (CMB) y los Centros de Salud Mental (CSM) Centros de Salud Mental N° 1 y N° 3.<sup>7</sup>

5- Ver en: [http://www.buenosaires.gob.ar/organigrama/min\\_salud.php?menu\\_id=6776](http://www.buenosaires.gob.ar/organigrama/min_salud.php?menu_id=6776)

6- Se entiende por hospital polivalente o general a “hospital destinado a prestar asistencia sanitaria en régimen de internación a la población pudiendo disponer de asistencia ambulatoria y otros servicios”. Y por hospital monovalente o especializado el que está “destinado a prestar asistencia a la salud en una especialidad. En: MERCOSUR/GMC/RES N° 21/00 “Glosario de Términos comunes en los Servicios de Salud del Mercosur” Ver en: <http://www.bvs.org.ar/pdf/serviciosdesalud.pdf>

7- Todos estos dispositivos responden al modelo de atención primaria de la salud, la cual “(...) es una estrategia que concibe integralmente los problemas de salud-enfermedad de las personas y del conjunto social, a través de la integración de la asistencia, la prevención de enfermedades, la promoción de la salud y la rehabilitación.” (Ver en: <http://www.buenosaires.gob.ar>)

No obstante, la guía de funcionarios de CABA<sup>8</sup> presenta discrepancias respecto de la dependencia funcional de los hospitales y centros de salud. En este caso, los cuatro hospitales psiquiátricos monovalentes de la Ciudad, los Centros de Salud Mental N° 1 y N° 3 y Talleres Protegidos de Rehabilitación Psiquiátrica dependen de la Dirección General de Salud Mental y no del conjunto de las direcciones de los hospitales de las regiones sanitarias, como figura en el organigrama del Gobierno de la Ciudad.

Resulta llamativo que todos los hospitales dependan del conjunto de las direcciones de las cuatro regiones sanitarias<sup>9</sup> menos los cuatro grandes hospitales psiquiátricos monovalentes y los Centros de Salud Mental que permanecen bajo la órbita de la Dirección General de Salud Mental. Esta división no responde a una visión integral en el tratamiento de la salud sino que es reflejo de un modelo que funda el estigma y la discriminación y contraría el principio básico de la Ley de Salud de la Ciudad, que desde sus disposiciones generales promueve la descentralización de la gestión estatal de salud.

Se observa otra discrepancia en cuanto a la información que se brinda sobre la dependencia funcional de los centros de salud. De acuer-

do a la sección “consulta de establecimientos” de la página *web* de CABA<sup>10</sup>, los Centro de Atención y Salud Comunitaria (CESAC), los Centros de Salud Mental (CSM)<sup>11</sup> y los Centros Médico Barriales (CMB) dependen de las áreas programáticas de algunos hospitales generales (Hospitales Álvarez, Argerich, Durand, Fernández, Penna, Piñero, Pirovano, Ramos Mejía, Santojanni, Tornú, Vélez Sarsfield) y no del conjunto de las direcciones de hospitales de las regiones sanitarias. Si bien estos hospitales dependen de las cuatro áreas sanitarias de CABA y los centros de salud de las áreas programáticas de algunos de estos hospitales, surge una incongruencia: los programas y redes de salud mental que se ejecutan desde estos dispositivos están supeditados a la Dirección General de Salud Mental.

Esta decisión condensa niveles de atención de diferente orden y configura una conglomeración de poder cuyo único denominador común es la salud mental en contraste con el espíritu descentralizador de la política de salud mental de los paradigmas actuales y la priorización de la atención primaria como política sanitaria dentro del ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Desde su Carta Magna, la CABA señala que “El área estatal se organiza y desarrolla conforme a la estrategia de atención primaria, con la constitución de redes y niveles de atención, jerarquizando el primer nivel” y “Promueve la descentralización en la gestión estatal de la salud dentro del marco de políticas generales, sin afectar la unidad del sistema (...)”<sup>12</sup>

gob.ar/areas/salud/a\_primaria/presentacion.php?menu\_id=17656) Los CESAC son centros barriales que implementan programas de atención y prevención en conjunto con la comunidad según los principios de la atención primaria de la salud. Cuentan con equipos interdisciplinarios. (Ver en: [http://www.buenosaires.gob.ar/areas/salud/a\\_primaria/ctrossalud.php](http://www.buenosaires.gob.ar/areas/salud/a_primaria/ctrossalud.php)). Los CMB solo cuentan con médicos generalistas, pediatras, tocoginecólogos, clínicos y odontólogos, para realizar controles de salud y para tratar enfermedades más frecuentes. (Ver en: [http://www.buenosaires.gob.ar/areas/salud/a\\_primaria/barriales.php](http://www.buenosaires.gob.ar/areas/salud/a_primaria/barriales.php)) Finalmente los CSM intervienen específicamente sobre la temática que su nombre refiere.

8- [http://www.buenosaires.gob.ar/areas/organigrama/funcionarios/?menu\\_id=713](http://www.buenosaires.gob.ar/areas/organigrama/funcionarios/?menu_id=713) (actualización del 2014)

9- Ver en: [http://www.buenosaires.gob.ar/organigrama/min\\_salud.php?menu\\_id=6776](http://www.buenosaires.gob.ar/organigrama/min_salud.php?menu_id=6776)

10- Ver en: [http://www.buenosaires.gob.ar/areas/salud/sistemas\\_salud/index.php](http://www.buenosaires.gob.ar/areas/salud/sistemas_salud/index.php)

11- No es el caso del Centro de Salud Mental N°3 “Dr. Ameghino”, el cual solo depende de la DGSM

12- Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capítulo 2 punto 2 y 9.

### **Menos política pública, menos derechos.**

En los últimos años, ocurrieron dos hechos paradigmáticos que dan cuenta de la política pública de salud mental.

Por un lado, la desarticulación del Programa de Atención Comunitaria de Niños, Niñas y Adolescentes con Trastornos Mentales Severos (PAC), por parte de la Dirección General de Salud Mental.

El PAC se puso formalmente en funcionamiento en 2007<sup>13</sup> (a pesar de tener un funcionamiento informal desde 1989) y se caracterizó por tener una articulación interesante con distintas áreas del gobierno porteño y diversas instituciones. Ayudó a sostener a más de 300 niños en su medio familiar y a evitar internaciones en el Hospital Psiquiátrico Tobar García por razones de tipo social. En abril de 2012 una resolución indicaba su reubicación en el ámbito del Hospital Psiquiátrico Infante Juvenil C. Tobar García, con una fuerte y clara tendencia hacia la atención hospitalo céntrica y manicomial. Sin embargo, el destino fue aún peor: el cierre definitivo del PAC. Según un informe de auditoría<sup>14</sup> de septiembre de 2012 el Programa no estaba funcionando en el Hospital y esta desarticulación y el cese definitivo implicaban un incumplimiento grave con la Ley Nacional de Salud Mental, la Ley 114 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, la Ley de Salud Mental y la Ley Básica de Salud de CABA.

La alternativa de muchos de los jóvenes que se beneficiaban con el Programa y lograban mantener sus lazos sociales y su pertenencia comunitaria y familiar se redujo a una respuesta masiva e institucionalizadora en el Hospital Tobar García, es decir, lo contrario a los propósitos de la Convención y de la Ley.

En 2012 el GCBA llamó a licitación pública para la contratación del “Servicio de internación prolongada de pacientes psiquiátricos y pacientes gerontopsiquiátricos, con atención médica integral en salud mental, con el objeto de lograr su rehabilitación y su reinserción social”.<sup>15</sup> Esta acción se opuso a la normativa vigente en salud mental que insta a la creación y apertura de dispositivos comunitarios para la atención, rehabilitación y reinserción social de las personas con discapacidad mental y establece que la privación de la libertad por razones de salud mental debe ser considerada el último recurso terapéutico y estar sometida a evaluaciones periódicas. Un llamado a licitación para tercerizar en servicios privados las internaciones prolongadas es contradictorio con las normas y podría implicar internaciones psiquiátricas sin control judicial. Tras las acciones legales de la Asesoría General Tutelar y de organizaciones de la sociedad civil, el llamado a licitación se suspendió.

13- Resolución N° 1175/07

14- Informe de Auditoría 23/UAIMS/12

15- Resolución N° 52/12

## El presupuesto en salud mental<sup>16</sup>

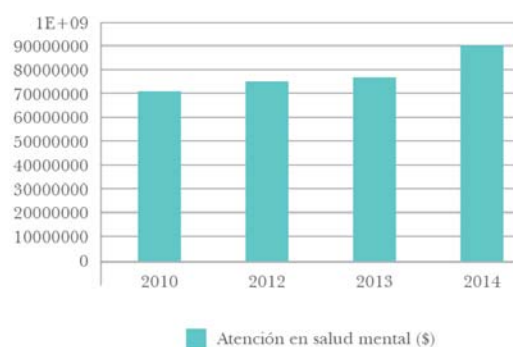
En la Ciudad de Buenos Aires, el presupuesto total destinado a la salud aumentó pero no así su proporción destinada a la salud mental. Esta decisión es contraria a la normativa que establece un aumento gradual del rubro salud mental hasta llegar al 10% de lo destinado a salud. Como muestra el Gráfico N° 2, de 2010 a 2012 hubo una disminución considerable del porcentaje del presupuesto destinado a esta área. La tendencia cambia para 2013 y hasta 2014 ya

16- Analizamos el presupuesto del Gobierno de Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aprobado por la legislatura de CABA, para los servicios de salud mental en 2010, 2012, 2013 y 2014. Para ello recurrimos a la información provista por el Ministerio de Hacienda en la página web del GCBA y utilizamos el Presupuesto Jurisdiccional y la Distribución de Créditos. El análisis corresponde a al presupuesto asignado al Ministerio de Salud (Jurisdicción 40), del cual tomamos el asignado al Programa Atención de Salud Mental. Este Programa está compuesto por siete subprogramas presupuestarios que abarcan a los hospitales Alvear, Borda, Moyano, Tobar García, Talleres Protegidos y Centros de Salud Mental N° 3 “Dr. Ameghino” y N° 1 “Dr. Hugo Rosarios”. Incluimos las actividades vinculadas a Conducción y Administración, Programas Residenciales y de Reinserción Social. En el último año esta línea involucra a los programas que dependen de la Dirección General de Salud Mental del Gobierno de la Ciudad. Al mismo tiempo, tomamos en cuenta el Presupuesto Físico que atañe a todos los subprogramas de Atención en Salud Mental y expresa la cantidad de prestaciones “meta” para cada dispositivo de salud mental. Para contrastar este dato, también tomamos en cuenta el archivo de ejecución de presupuesto. En relación a la Distribución de Créditos, analizamos la información sobre el “Servicio de Internación” y el “Servicio Ambulatorio - Consultorio Externo” de los principales psiquiátricos: Alvear, Borda, Moyano y Tobar García. También brindamos una lectura articulada de los datos del “servicio de internación” con el número de camas por dispositivo de internación, lo que permite conocer el costo mensual por cama en cada uno de estos hospitales neuropsiquiátricos. Y se toman en cuenta las modificaciones presupuestarias que surgen de la Cuenta de Inversión. Analizamos el presupuesto asignado a los hospitales generales que cuentan con un área programática que consta como CESACS - Atención Primaria en Salud (Act. 6), con el objetivo de conocer los recursos específicos de esos dispositivos por ser los que deberían ejecutar los programas de salud mental en la ciudad. Finalmente, se considera el dato que refiere al presupuesto asignado para salud mental en estos establecimientos, sólo público en la distribución de créditos de 2014, referido como “Actividad 53” de los hospitales generales.

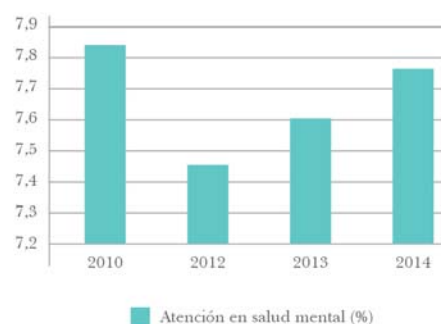
que se incrementó la asignación presupuestaria aunque no recuperó los valores de 2010.

Frente a esta privación de recursos es necesario llamar la atención sobre el desapego a la obligación normativa y articular el análisis presupuestario con el impacto de estas decisiones en la calidad de la respuesta sanitaria desde una perspectiva de acceso a derechos.<sup>17</sup>

**Gráfico N° 1:** Presupuesto total asignado al programa “Atención en Salud Mental” (en pesos)



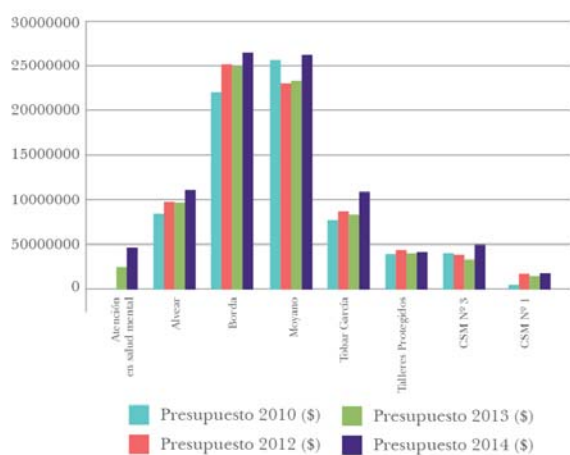
**Gráfico N° 2:** Presupuesto total asignado al programa “Atención en Salud Mental” (en porcentajes)



17- Art. 32. - En forma progresiva y en un plazo no mayor a TRES (3) años a partir de la sanción de la presente ley, el Poder Ejecutivo debe incluir en los proyectos de presupuesto un incremento en las partidas destinadas a salud mental hasta alcanzar un mínimo del DIEZ POR CIENTO (10 %) del presupuesto total de salud. Se promoverá que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adopten el mismo criterio.



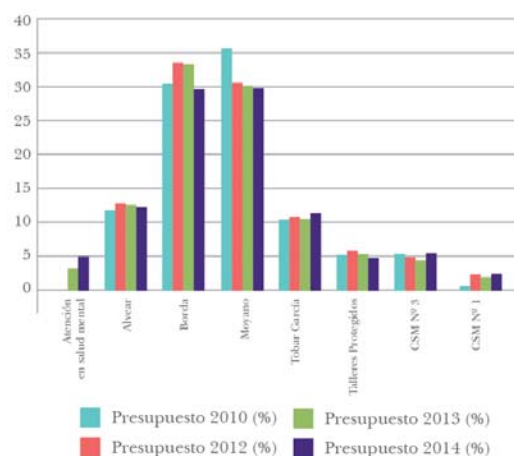
En cuanto a la distribución de la partida presupuestaria, la mayor cantidad del presupuesto se asigna a las cuatro grandes instituciones psiquiátricas: Borda, Moyano, Alvear y Tobar García. Esta conglomeración financiera no respeta la obligación de fortalecer la atención primaria de la salud a partir de la consolidación política, técnica y financiera de los servicios descentralizados insertos en la comunidad y en el ámbito de los hospitales generales. La Ley Nacional de Salud Mental<sup>18</sup> indica la migración progresiva de recursos, como modo de apuntalamiento de las nuevas prácticas. **Gráfico Nº 3:** Presupuesto asignado por dispositivo de salud mental (\$).



Si bien en términos porcentuales, la asignación a los psiquiátricos monovalentes disminuye con el correr de los años, la reducción es mínima. Más del 80% se asigna a estas instituciones librando apenas el 20% para los dispositivos ambulatorios y los programas que apuntan a la reinserción en la comunidad.

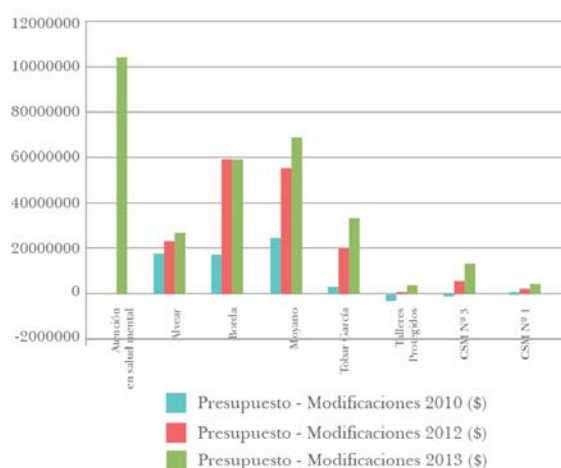
18- Art. 27: "(...) La adaptación prevista deberá contemplar la desconcentración gradual de los recursos materiales, humanos y de insumos y fármacos, hasta la redistribución total de los mismos en la red de servicios con base en la comunidad".

**Gráfico Nº 4:** Presupuesto asignado por dispositivo de salud mental (%).



Si se analizan las modificaciones que se hicieron en las Cuentas de Inversión se pueden estimar las diferencias entre los montos iniciales y sus dispersiones posteriores.

**Gráfico Nº 5:** Modificaciones en el presupuesto asignado por dispositivo de salud mental (\$).



En cada año se observa un aumento respecto a lo previamente asignado para los hospitales monovalentes. Si bien vemos una transferencia de recursos a las actividades/programas de reinserción social dentro del ítem “Atención en salud mental”, en paralelo se quitan recursos a dispositivos de tipo ambulatorio como los Centros de Salud Mental Nº 3, Nº 1 y al Programa Talleres Protegidos. Estas decisiones muestran un ordenamiento discrecional y aleatorio que contradice el Presupuesto por Jurisdicción de 2014: “El sistema de salud mental deberá atender a los lineamientos de la Ley 448 y los alcances pertinentes de la Ley Nacional de Salud Mental. Promoviendo la desinstitucionalización, rehabilitación y reinserción social de los pacientes”.<sup>19</sup> Al mismo tiempo, la Carta Magna de la Ciudad propone la desinstitucionalización progresiva y crea una red de servicios y de protección social.<sup>20</sup> El Ejecutivo porteño a través de la Dirección de Salud Mental está violando los principios constitucionales de la Ciudad y los derechos de sus ciudadanos.

### Distribución presupuestaria por tipo de servicio al interior de los psiquiátricos monovalentes

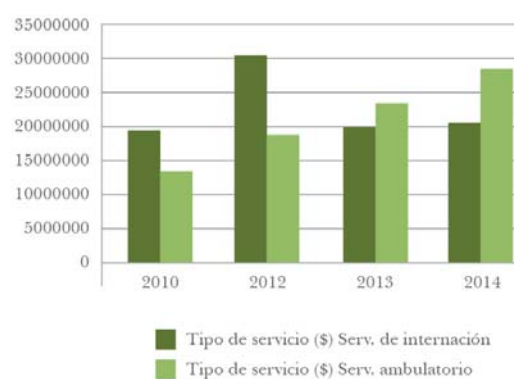
Analizamos comparativamente la distribución presupuestaria referida a servicios de internación y a servicios ambulatorios de los cuatro hospitales psiquiátricos: Alvear, Borda, Moyano y Tobar García.

19- Presupuesto jurisdiccional 2014. Ministerio de Salud - Jurisdicción 40. Política de la jurisdicción Pp. 5. [http://www.buenosaires.gob.ar/areas/hacienda/presupuesto2014\\_final/40\\_ministerio\\_salud.pdf](http://www.buenosaires.gob.ar/areas/hacienda/presupuesto2014_final/40_ministerio_salud.pdf)

20- Art. 21.

El Hospital Alvear tuvo hasta 2012 un presupuesto significativamente superior para su servicio de internación que para el ambulatorio. En 2013 y 2014 la situación se invirtió, como se observa en el Gráfico Nº 6. Sin embargo, como veremos en el siguiente apartado, el impacto real de este incremento en el servicio ambulatorio es relativo.

Gráfico Nº 6: Distribución de presupuesto según tipo de servicio – Alvear (\$).



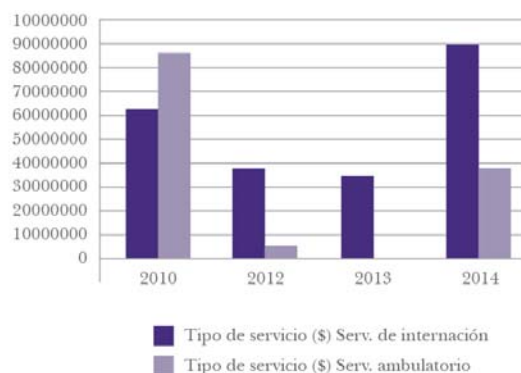
En la asignación presupuestaria del Hospital Borda predomina absolutamente el servicio de internación.

Gráfico Nº 7: Distribución de presupuesto según tipo de servicio – Borda (\$).



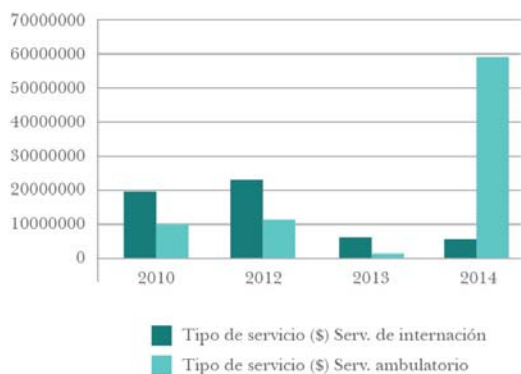
En el Hospital Moyano la situación es similar a la del Hospital Borda: un descenso entre 2012 y 2013 y una brusca recuperación en 2014. Una variación muy diferente ocurre con el servicio ambulatorio: entre 2010 y 2012 sufrió un descenso marcado: de 86 millones de pesos, solo pasa a recibir menos de 1 millón de pesos. Y más llamativo aún es que al año siguiente no recibe presupuesto alguno para este servicio. Recién para el 2014 se recupera el rubro, pero sigue siendo significativamente menor al de internación.

**Gráfico N° 8:** Distribución de presupuesto según tipo de servicio – Moyano (\$).



En el Hospital Tobar García entre 2010 y 2013 se priorizó el servicio de internación por sobre el servicio ambulatorio. Esta relación se invirtió significativamente en 2014.

**Gráfico N° 9:** Distribución de presupuesto según tipo de servicio – Tobar García (\$).

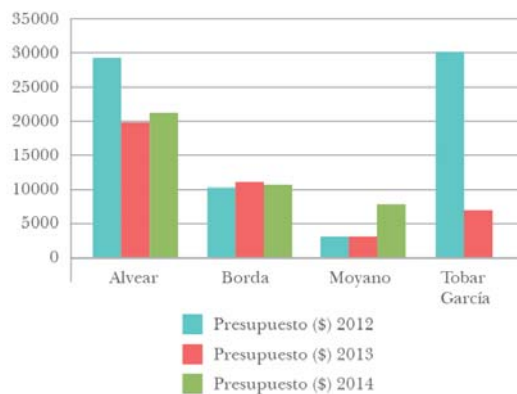


La asignación presupuestaria es elocuente sobre el modelo que se prioriza y contradice el mandato de la Ley 448<sup>21</sup> cuando estipula que se deben potenciar los recursos orientados a la asistencia ambulatoria, a los sistemas de internación parcial y atención domiciliaria y procurar la conservación de los vínculos sociales, familiares y la reinserción social y laboral.

### Valor de las camas de internación en los monovalentes

En cuanto a los valores previstos para el mantenimiento de las camas de internación en los psiquiátricos monovalentes, las cifras son alarmantes.

**Gráfico N° 10:** Presupuesto mensual por cama en los monovalentes (\$).



El Hospital Alvear tiene el presupuesto por cama más alto de los cuatro hospitales. El Hospital Moyano, el más bajo. La proporción del costo cama-mensual que se expresa entre el Alvear y el Moyano es 3:1. La situación conduce a reflexionar sobre la situación en la que se encuentran las mujeres con padecimiento mental, y su estatus como sujetos de derecho en el contexto de

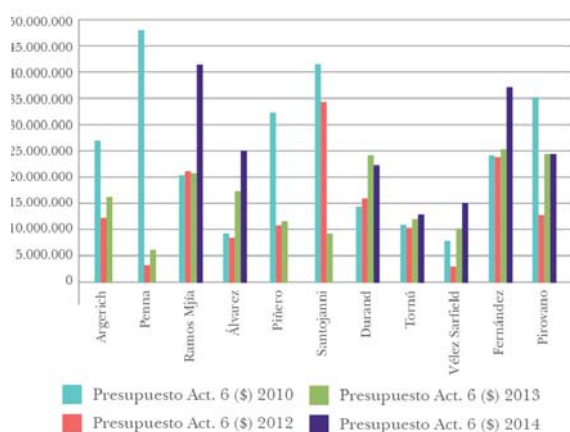
21- Art. 10.

la respuesta estatal. Si el estado de vulneraciones múltiples es un hecho irrefutable para este colectivo de personas, la situación de abandono de las mujeres requiere esfuerzos adicionales en los términos que imponen los ajustes razonables para eliminar políticas discriminatorias.<sup>22</sup>

### Presupuesto asignado a los CESAC -Atención Primaria en Salud en hospitales generales

Un enfoque integral requiere incluir el gasto asignado a los CESAC - Atención Primaria en Salud ya que en estas estructuras debería apoyarse la construcción de la respuesta sanitaria con base en la comunidad como una alternativa a la internación. De los once hospitales que cuentan con áreas programáticas de las que se desprenden los CESAC, solo seis tuvieron un incremento en la asignación de presupuesto en el último año (Ramos Mejía, Álvarez, Tornú, Vélez Sarsfield, Fernández y Durand).

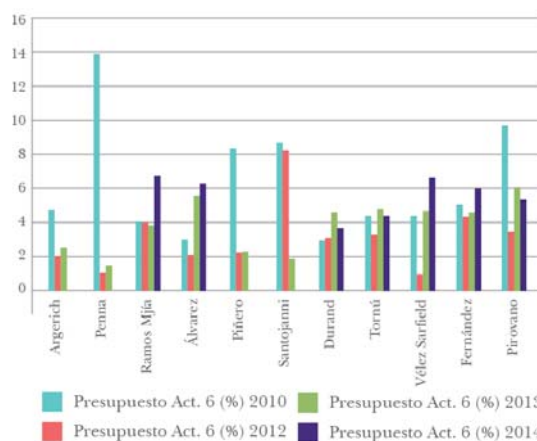
**Gráfico N° 11:** Presupuesto destinado a CESAC -Atención primaria en Salud en hospitales generales (Act. 6) (\$).



22- En el caso del Hospital Tobar García no es posible hacer un análisis por ausencia de datos públicos.

Al observar la relación entre ese incremento y el presupuesto total asignado a cada uno de estos hospitales, solo cuatro reflejan un aumento real en el presupuesto destinado a los CESAC de su dependencia (Ramos Mejía, Álvarez, Vélez Sarsfield y Fernández).<sup>22</sup>

**Gráfico 12:** Presupuesto destinado a “CESAC -Atención primaria en Salud” en hospitales generales (Act. 6) (%).



No hay una partida asignada para 2014 en el caso de los hospitales Argerich, Penna, Piñero y Santojanni. En este sentido, observamos que nuevamente se contradice el mandato de la Ley 448<sup>23</sup> que plantea y busca promover “la adecuación de los recursos existentes al momento de la sanción de la presente Ley, a los efectos de transformar el modelo hospitalocéntrico, para el desarrollo de un nuevo modelo de salud mental”. Es incluso más notable que la norma establece como uno de los efectores de la red de salud mental a los Centros de Salud y Acción Comunitaria (CESAC).<sup>24</sup>

23- Art. 10.

24- Art. 14.

### Presupuesto asignado a salud mental dentro de hospitales generales.

Un dato a considerar es la llamada “Actividad 53 o Salud Mental” dentro de las referidas a los hospitales generales. Está presente en cinco hospitales generales en el presupuesto de 2014: Elizalde, Álvarez, Piñero, Durand, Pirovano. Dicha actividad ocupa menos del 1% del presupuesto; no encontramos información sobre qué implica concretamente.

#### Presupuesto de hospitales generales a “Salud Mental” (Act.53). 2014

Hospitales Generales	Total (\$)	Act. 53 (\$)	%
Elizalde	443.089.708	2.600.000	0,58
Álvarez	384.393.010	2.500.000	0,65
Piñero	541.012.466	3.000.000	0,55
Durand	595.094.261	3.480.000	0,58
Pirovano	447.505.443	1.000.000	0,22

### Una política de salud mental manicomial

Para el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, la política de salud mental es manicomial y está sesgada por los modelos históricos de segregación propios de las instituciones asilares. Este enfoque restringe el acceso a los derechos de las personas con padecimientos mentales.

La conglomeración de la agenda y del presupuesto en manos de la Dirección de Salud Mental funciona como el correlato perfecto para anidar una impronta contraria a derecho: la defensa orgánica del hospital psiquiátrico y el desmantelamiento de la oferta descentralizada. Con respuestas centradas en el hospital psiquiátrico sin una red comunitaria que despliegue la

atención primaria, las personas quedan a expensas de las lógicas de una institución de poder totalitario que sostiene prácticas abusivas.

Sin soslayar el evidente desapego a las normas locales, nacionales e internacionales, la concepción que pone en el centro a los sujetos de derecho supone un cambio de posición sustancial que no solo interpela a la respuesta estatal en materia sanitaria, sino a la posibilidad de elegir.

Es difícil imaginar un cambio radical del escenario porteño que vire hacia la implementación de la LNSM, cuando la misma defensa corporativa viene operando hace más de catorce años para evitar una implementación de la Ley 448 que permita quebrar con el monopolio manicomial. A pesar de ello, la actuación territorial subsidiaria del Órgano de Revisión Nacional y la fuerte presencia de las estructuras de defensa permitirán seguir abriendo caminos hacia la reivindicación de los derechos fundamentales.

Año 5  
NÚMERO 7  
JULIO  
DE 2015

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA

---

Dra. Alejandra Petrella\*

---

# Salud Mental en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: una deuda pendiente.

## I. Introducción

---

La sanción de la Ley Nacional de Salud Mental<sup>1</sup> (en adelante LSM) propone un cambio de paradigma: el que implica que la persona con padecimientos mentales —tradicionalmente y discriminatoriamente considerada incapaz— es un sujeto de derecho.

El presente trabajo se enmarca en una mirada del paciente mental como un ser sufriente y marginado por la sociedad debido al estigma<sup>2</sup> que impone la referencia a la locura como enfermedad incurable, sostenida por parte de la comunidad médico jurídica. Mi postura se centra en coadyuvar a modificar la visión que hoy existe respecto del padecimiento mental —incluso por parte del propio Estado— a fin de lograr progresivamente la inclusión de quienes lo sufren. Este argumento que constituye una premisa básica, considerar a seres humanos con padecimientos mentales como sujetos de derecho, pese a encontrarse vigente

---

1- Ley Nacional de Salud Mental N° 25.657 (regl. por Dec. Regl. N° 636).

2- Atribución profundamente desacreditadora, según el concepto de Erving Goffman en su obra *Estigma* cit. en la bibliografía.

\* Dra. Alejandra Petrella  
Jueza de Primera Instancia en lo CAyT, titular del  
Juzgado N° 12 (CABA).

desde hace más de diez años la Ley de Salud Mental N° 448, resulta aún una deuda pendiente en la Ciudad de Buenos Aires.

A fin de comprender a la locura como fenómeno psicobiosocial de etiología multifactorial, cabe memorar ciertas cuestiones históricas.

Resulta interesante destacar que el criterio de “locura” como proceso histórico sociológico adquiere esta concepción —o sea, la del loco como ser humano merecedor de un tratamiento médico— a partir de los conceptos de Foucault.<sup>3</sup>

La sanción en el año 2010 de la citada Ley Nacional, ha venido a reformar la posición jurídica sostenida durante estos dos últimos siglos, y plasmada en el Código Civil, e instalada en la práctica judicial.

Para el Código Civil Argentino,<sup>4</sup> se es capaz o incapaz, en éste último caso, si el demente es así declarado, pierde su capacidad de obrar y por ende, debe designársele un representante, a más de la representación promiscua que ejerce el asesor de incapaces. Así pasan entonces a denominarse interdictos.

Locura, imbecilidad e idiocia eran y son causa de incapacidad civil generalizadas por el Código bajo los diferentes estados de demencia cuya declaración legal debe ser avalada por el Juez, a solicitud de parte y luego de un examen médico realizado por distintos facultativos sobre la condición psíquica de un sujeto (arts. 140 a 143 C.C.).

Dada una enfermedad, el Estado consideraba que su seguridad o continuidad corrían peligro y, en consecuencia, estaba autorizado a restringir el derecho individual al libre tránsito (confinán-

dolo en una celda, luego en un manicomio), a decidir respecto a su trabajo, su vida civil —por ejemplo, contraer matrimonio—, reconocer hijos, o disponer de sus bienes entre otros derechos.

En el siglo XXI, el tratamiento de los trastornos mentales sigue siendo un problema mundial con demasiados flecos por resolver. Durante los últimos cincuenta años, las condiciones de vida y de salud de gran parte de los ciudadanos del mundo han mejorado espectacularmente, pero este notable progreso del bienestar físico ha ido acompañado de un progresivo deterioro de la salud mental. El proceso se inició en los años cincuenta en el mundo desarrollado y ahora cobra fuerza en los países en vías de desarrollo. Por caso, solo en la Ciudad de Buenos Aires, los dos neuropsiquiátricos estatales albergan más de mil camas cada uno, y el noventa por ciento de los enfermos han permanecido internados por más de un año.

Para revertir la tradicional perspectiva de análisis —máxime a partir tanto de la sanción de la citada Ley Nacional de Salud Mental cuanto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que modifican los tradicionales principios de capacidad/incapacidad aplicables a las personas con padecimientos mentales (en adelante PPM)— considero que el enfoque de la cuestión debe centrarse en tres ejes:

1. Entender la salud mental como un derecho fundamental e inserto en el sistema de derechos económicos, sociales y culturales entre los cuales debe darse una articulación de complementación y acumulación.
2. Entender que la afectación al derecho a la salud mental importa una violación al derecho a la dignidad humana.
3. Entender que la salud mental como derecho social debe acompañarse de una

3- Foucault, Michel, *Historia de la locura en la Época Clásica*, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, T° I, México, 6ª reimpresión, 2006, p. 198.

4- Su reforma en el marco de la unificación del Código Civil y el Comercial, ha sido promulgado con fecha 7/10/14 y entrará en vigencia el 1/08/15.



estrategia de salud pública, para evitar tal vulneración.

Ello así, sin soslayar la importancia que revisten los determinantes sociales de la salud mental, y los cambios vinculados a la nueva concepción de la salud mental, a partir de su abordaje desde el eje de los Derechos Humanos.

El concepto de salud abarca el de salud mental y es integral, en cuanto hace al completo bienestar del ser humano. Se puede establecer que una persona está “sana” cuando tiene equilibrio psicofísico. La salud mental comprende un estado de armonía entre las facultades y funciones del ser humano. Según la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) dentro del concepto de salud en general, se incluye el de salud mental; más allá de las particularidades que reviste el tema.

A partir del abordaje antes referido, se enmarcan —entre otros— en los siguientes derechos:

- Derecho del enfermo mental a ser tratado con la dignidad propia de su condición de persona, recibiendo atención sanitaria y social integral y humanizada.
- Derecho a no ser calificado como enfermo mental, ni ser objeto de diagnósticos o tratamientos en esa condición, por razones políticas, sociales, raciales, religiosas u otros motivos distintos o ajenos al Estado.
- Derecho a recibir la mejor atención y tratamiento apropiados y menos restrictivos, según las más elevadas normas técnicas y éticas; y a no ser objeto de pruebas clínicas ni de tratamientos experimentales sin su consentimiento informado.
- Derecho a ser informado sobre su diagnóstico y el tratamiento más adecuado y menos riesgoso, y de prestar y revocar su consentimiento para ejecutarlo.
- Derecho a recibir educación y capacitación adecuada a su estado.
- Derecho a trabajar y recibir la remuneración correspondiente.
- Derecho a la personalidad civil y a que su incapacidad para ejercer ciertos y/o determinados derechos sea establecida por un tribunal, a través de un procedimiento pautado por una ley al efecto y con abordaje y dictamen multidisciplinario.
- Derecho a no ser discriminado ilegalmente en el goce y ejercicio de sus derechos, en atención al estado de su salud.

## II.

En la Ciudad de Buenos Aires, al momento de promulgación de la LSM, si bien existía la Ley de Salud Mental N° 448, el Código Civil se encontraba vigente en todo su articulado, por tanto, existía una amplitud de mirada con una restricción de derechos lo que implicó que dicha normativa fuera inaplicada o aplicada de manera dificultosa y/o compleja.

A partir de esta interrelación normativa, la hipótesis que se pretende articular es que las normas locales propician claramente la desinstitucionalización progresiva, que esta solo puede instrumentarse desde la salud pública y que el Estado local no tiene una política de gobierno tendiente a cumplir con dicha manda. Antes bien, el aumento presupuestario imputable a los hospitales monovalentes, así como la derivación de gastos al sector privado refuerzan la hipótesis vinculada a que no existe voluntad política de llevar a cabo las reformas necesarias al sistema de

salud mental vigente. En efecto, tanto el artículo 21 de la CCABA, cuanto las Leyes N° 153 Básica de Salud y N° 448 de Salud Mental reconocen la condición de sujetos de derecho de los usuarios, garantizan la atención en una red de servicios y propenden a la desinstitucionalización progresiva, resultando la internación un recurso de última instancia en el marco de un sistema de fortalecimiento a la reinserción social, a través de dispositivos alternativos. La citada LSM prohíbe la creación de nuevos manicomios y establece que los existentes deben adaptarse a los objetivos de la ley hasta su sustitución definitiva por dispositivos alternativos.<sup>5</sup> Pese a ello, la asistencia sanitaria mental en la Ciudad continúa basándose en el modelo manicomial en abierta contradicción con la normativa vigente.

Para corroborarla —y toda vez que entiendo que el único modo de efectivizar el mandato legal es mediante una clara estrategia sanitaria—, debe abordarse la salud mental desde la perspectiva de la salud pública porque ello hace un concepto de la locura como una construcción histórica sociocultural.<sup>6</sup> El rol del Estado en el mejoramiento y la preservación de la salud mental de los individuos es el de garante<sup>7</sup> principal o subsidiario —según el caso— y se encuentra intrínsecamente relacionado con las políticas públicas que se formulen sobre el particular, así como con las cuestiones presupuestarias de cada Estado.

Entender y delimitar qué tratamiento se le da a la salud pública en un momento histórico determinado coadyuvará a una mejor comprensión del porqué no se avanza en punto a la modificación de la hegemonía manicomial existente. El principal argumento deviene de la fal-

ta de decisión política ya que tal cambio importa modificar pautas sociales y culturales instaladas, así como quebrar fuertes intereses económicos instaurados, tales como los vinculados a la mercantilización de la medicina, el giro comercial de los laboratorios, el flujo de ingresos de las obras sociales y empresas de medicina prepaga, y hasta ciertas prácticas habituales que se dan en el marco de la salud pública.

Ahora bien, en tanto el objetivo no es hacer una denuncia de las citadas prácticas —a criterio de la suscripta, ilegales, por cuanto chocan contra la normativa vigente<sup>8</sup>—, debe formularse una conceptualización temática y su parangón con la realidad actual, propiciando los cambios que se entienden deberían operar en el sistema, para otorgar viabilidad a las herramientas legales ya existentes. Para ello, resulta importante realizar un abordaje vinculado al costo que la salud mental implica para el Estado. En este análisis se debe evaluar el presupuesto local en materia de salud en general, su imputación a la salud mental, si resulta atinada la invocación de restricciones en la materia como justificación del incumplimiento por parte del Estado, y/o si el problema radica en una mala distribución de los recursos existentes.

Máxime, a la luz de lo establecido por la LSM en cuanto a que las partidas enviadas por el Ejecutivo al Congreso deben incrementarse en forma progresiva y en un plazo no mayor a tres años, desde la sanción de la ley hasta que la salud mental constituya el 10 % del presupuesto total en salud.<sup>9</sup>

5- Artículo 27 de la Ley de Salud Mental Nacional N° 26.657.

6- Así es entendida por la Ley N° 448 en el artículo 2º, inc. b).

7- Con fundamento en los artículos 1º y 2º de la Ley N° 448.

8- Al respecto no solo violan las normas vinculadas a la salud mental en particular, sino también las leyes de los “Derechos de los Pacientes en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud” (Ley N° 26.529, BO 20-11-2009) y el “Marco regulatorio de la medicina prepaga” (Ley N° 26.682, BO 17-5-2011), que también impactan en cuestiones vinculadas a la salud pública pero cuyo análisis excedería el marco propuesto por esta tesis.

9- Artículo N° 32 LSM.

“Necesitamos invertir sustancialmente más en salud mental, y debemos hacerlo ahora”, ha sostenido la OMS en el año 2004. El organismo propone que “se asigne una mayor proporción de los presupuestos nacionales para desarrollar una adecuada infraestructura y servicios, lo que importa inversión financiera y en recursos humanos”.<sup>10</sup>

Toda vez que el ámbito de análisis territorial aquí descripto se acota a la Ciudad de Buenos Aires, es dable reseñar que —a criterio de la suscripta— la Ley N° 26.657 resulta de presupuestos mínimos, pese a que Buenos Aires aun hubiera adherido. Ello implica que sus prescripciones actúan a modo de piso por debajo del cual el Estado local no podría regular ni limitar derechos. En consecuencia, ambas normativas deben ser interpretadas armónicamente y de manera integrada.

Si bien es cierto que el cambio de paradigma normativo resulta sustancial, no lo es menos que deviene insuficiente y por ende, se considera necesaria una profunda reforma del sistema de salud mental, ya que solo de ese modo podrán hacerse plenamente operativos los cambios propuestos por la normativa vigente. Esta mutación excede lo meramente técnico (por caso, no se debe limitar a la modernización de prácticas terapéuticas, sino que implica constituir un proceso de reorganización de los servicios de salud mental). Ello importa un proceso social complejo, en tanto son necesarios cambios en varias dimensiones (epistemológicas, técnico asistenciales, jurídico-políticas y socioculturales).

Así, es dable advertir que el derecho está un paso adelantado con respecto a la realidad toda vez que las normas existen. Ahora bien, el dilema es cómo se complementan desde el derecho

administrativo para tornarlas operativas, y ello solo puede lograrse a partir de una estrategia de salud pública.

Adoptar una posición respecto a la incorporación del derecho a la salud mental como inserto en el plexo de los derechos sociales, así como entender su vinculación con el principio de dignidad humana resulta imprescindible, por cuanto implica sostener la decisión política de cada Estado de intervenir activa y sustantivamente, para asegurar a toda la población no solo la promoción y protección de la salud, sino también el derecho a la atención de la enfermedad, en forma igualitaria en cantidad y calidad. Este es el enfoque de derechos que otorga al tema la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires al enunciar como principio que la salud es una inversión social prioritaria, y hacerlo dentro del capítulo denominado “Políticas Especiales”, en el que se enuncian los derechos fundamentales que la Constitución consagra y que el Estado debe garantizar, resultando éstos claramente operativos en tanto no puede invocarse la falta de reglamentación para no efectivizarlos.

La ley es una de las herramientas del cambio necesario en materia de salud mental. Sin embargo, dada la lectura compleja que implica el proceso de la enfermedad mental, su ligazón con los Derechos Humanos de los enfermos, particularmente los internados en los hospitales públicos monovalentes de la Ciudad, resulta necesario complementarla con las políticas públicas necesarias para llevar adelante las reformas al sistema que impliquen el cambio de paradigma propuesto por los acuerdos internacionales aceptados por las leyes.

En coincidencia con lo que sostiene el Prof. Ferrajoli, el problema actual no está dado por la declaración de los derechos sociales, sino por su efectividad, y quizás —tal como argumenta

10- Cfr. OMS, “Introducción” en: *Invertir en salud mental*, traducción del Dr. Itzhak Levav, Ginebra, 2004, p. 3. Disponible en <http://www.who.int/mental.health>

el citado jurista— deberían dictarse normas de aplicación, toda vez que —por caso en la Ciudad de Buenos Aires— aun existiendo una cláusula cerrojo (art. 10 de la CCABA), una ley básica de Salud (Nº 153) y una ley de Salud Mental (Nº 448), el derecho a la salud mental dista de ser operativo.

“La institucionalización a gran escala y los abusos que la acompañan se deben, en gran medida, a décadas de una política que invierte en grandes instituciones que segregan a las personas, en lugar de elaborar políticas y destinar los recursos necesarios para el desarrollo de servicios adecuados de atención en salud mental y apoyo en las comunidades”.<sup>11</sup>

Debe partirse de una premisa básica: la salud mental no integró la agenda pública del gobierno nacional ni del local durante los últimos 20 años. Sin embargo, cabe aclarar que a partir del año 2010 —en el que se sancionó la Ley Nº 26.657— comenzó a instalarse el tema a nivel federal. En la Ciudad, en cambio, pese a la existencia de una ley de salud mental desde hace años, el tema resulta aún una deuda pendiente.

Hablar de la salud mental desde la salud pública, importa tomar como instrumentos señeros, la “Declaración de Caracas”<sup>12</sup> mediante la que a partir del año 1990 —y con el lema “sí a la inclusión, no a la reclusión”—, la OPS comienza a promocionar una reestructuración de la atención psiquiátrica basada en una relación estrecha entre Derechos Humanos y salud mental y la Ley de Salud Mental ya citada (incluidos los instrumentos internacionales que la norma incorpora como propios). Entre los lineamien-

tos que sientan para modificar el paradigma manicomial, se propone revisar críticamente el rol hegemónico y centralizador del hospital psiquiátrico y capacitar los recursos humanos necesarios con un modelo que tenga como eje la atención primaria, y su formación en servicios de salud mental comunitaria.

Tengo para mí, que tanto la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, cuanto la Ley de Salud Mental Nº 448 contienen este claro objetivo, pero el Estado local no ha avanzado en él, y ello importa un incumplimiento de los deberes que le son propios. Los documentos internacionales ponen énfasis en la importancia de los sistemas locales de salud establecidos por los países de la región para facilitar las metas propuestas, en tanto ofrecen mejores condiciones para desarrollar programas basados en necesidades de la población de características descentralizadas, participativas y preventivas.<sup>13</sup> En el análisis que aquí se formula, la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, así como sus particularidades socio-económicas la convierten en un ámbito en el que las prácticas antimanicomiales pueden ser llevadas a cabo, ya que no solo existe el andamiaje normativo que así lo prevé, sino que además —como se analizará a lo largo de este capítulo— están dadas las condiciones políticas y presupuestarias que permitirían lograr tal fin. A ello debe sumársele la promulgación y reglamentación de la LSM.

### III. Existe un derecho a “estar” o a “ser” loco

De lo dicho hasta acá se puede colegir que las PPM como seres vulnerables presentan una diferencia en relación a los demás, se encuen-

11- Cfr. CELS y MDRI: *Vidas arrasadas: la segregación de las personas en asilos psiquiátricos argentinos*, Siglo XXI ed., Bs. As., 2008, p. 11.

12- “Conferencia Regional para la reestructuración de la atención psiquiátrica dentro de los sistemas locales de salud”, v. en el Cap. II la referencia.

13- Cfr. Considerando Nº 2 de la Declaración de Caracas.

tran en una frontera problemática de extrema complejidad. Tal es el sentido que tanto las sentencias de la Corte Suprema cuanto la dictada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, en la causa vinculada al Neuropsiquiátrico Hospital Moyano,<sup>14</sup> le han dado a la temática: un enfoque desde los Derechos Humanos debido a la fragilidad que implica el padecimiento mental tomando como eje la dignidad humana.

Si bien cabe advertir que el límite entre la locura y la cordura es vago, inespecífico y variable según las épocas, la locura como construcción individual tiene una mirada distinta de aquella que se puede efectuar desde una perspectiva social. Ubicado el derecho a la salud —que incluye a la enfermedad mental— como uno de los de segunda generación, plenamente protegido por el plexo normativo constitucional cuyo rango jerárquico es superior a la normativa civil, no cabe duda en punto al enfoque psicosocial de la locura. Los derechos económicos, sociales y culturales deben ser enfocados desde una óptica sistémica que incluya la interrelación entre ellos. Es por eso que al interrogante referido a si existe un derecho a “estar” o a “ser” loco, se colige que ello no es una opción. En un marco de libertad, sería deseable que cada individuo eligiera qué vida llevar de acuerdo a la realidad que le toca. Pero sí existe la opción —particularmente hoy a la luz de la normativa vigente— a decidir si quiere que lo encierren o qué tratamiento médico le sea dispensado. Esta particularidad es la que establecen tanto las leyes de salud mental cuanto la de los derechos del paciente, y cuyo fundamento es el respeto por la autonomía de la voluntad. Y frente a la elección, el correlato es el deber del Estado de proteger al enfermo con padecimientos mentales.

14- Acuña MS c/ GCABA s/ amparo, Sala I CAyT, sentencia del 28/12/08, expte. 15558/0.

No basta con la pseudoprotección que formula el derecho civil desde una perspectiva absolutamente individual y que pretende proteger al insano de sí mismo y de la sociedad. La visión actual no pasa por un autoproteccionismo o del medio en el que vive, sino por la aceptación del propio sufrimiento mental y la inclusión social de esta problemática. Pero ello importa un cambio de mentalidad, tanto de los operadores de salud cuanto del propio Estado. Debe hacerse realidad el cambio de paradigma que propone la LSM consistente en que las PPM son sujetos de derecho en situación de vulnerabilidad y, por ello, susceptibles de una tutela jurídica particular con un enfoque en el respeto por sus Derechos Humanos y su autonomía de voluntad, que históricamente les fueron negados.

La zona de conflicto entre el discurso psiquiátrico y el jurídico debe ser una realidad por superar ya que la psiquiatría asistencial ha evolucionado conceptualmente, mientras que cierto derecho normativo aún permanece imbuido del discurso psiquiátrico forense anclado en viejas terminologías —tales como “demente”, “enajenado”, “peligroso”, “inimputable”— descalificantes. Por eso, la “visibilidad” de las PPM —sin disminución ni *capitis diminutio a priori*, como sería este lenguaje de exclusión— es el primer escollo para superar, y constituye el primer derecho que suena tan obvio: se trata de personas, entes morales autónomos y, por ende, con derechos a hacer valer. Es dable reseñar cómo fueron mutando las denominaciones que las Naciones Unidas daban en sus Principios a las PPM: retrasado, impedido, enfermo mental. Hay un umbral de designación que tiene como contracara la exclusión.

Existe el derecho a que el padecimiento mental que sufre un individuo sea protegido, que sea reconocido como tal y amparado por el propio Estado, sin que ello importe transferir a

aquel que pasa por tal sufrimiento de un mundo real a un mundo que no existe como tal. “Invisibilizarlos” es lo que hace la sociedad cuando estigmatiza al enfermo mental, y por eso resulta trascendente este primer cambio propuesto por la propia CSJN en sus emblemáticos fallos: erradicar el lenguaje institucional que integra el primer paso de un proceso de descalificación.<sup>15</sup> Justamente los casos *Rodio y Tufano* trataban de seres que habían sido “invisibilizados”: por la sociedad, por los jueces, por los médicos, por el sistema. Entonces, el Máximo Tribunal enfoca distintos aspectos vinculados con esa problemática de la exclusión: el primero es la erradicación de la descalificación. A partir de ello comienza a enunciar una serie de derechos con fundamento en que la libertad es la regla y la restricción su excepción. Así, se reconoce el derecho a la información del paciente, para elegir si hace uso de su derecho a un tratamiento, dado que también tiene derecho a negarse a ello. Adquiere relevancia entonces el debido proceso —que aparecía como tan poco respetado en las causas de insania— que conlleva el derecho a ser oído y a que su situación sea revisada permanentemente, pero también implica el dictado de una sentencia que no sea una mera declaración.<sup>16</sup> Todas estas pautas —fundantes e incluidas a posteriori en la LSM— importan el respeto por el derecho a “estar loco” sin que ello implique restricción o avasallamiento, y no resultando la locura una opción; sí existe frente a ella la posibilidad de elegir —como sujeto de derecho— un plan de vida para tal padeci-

miento. Debe probarse la tan mentada amenaza de daño para sí o para terceros, y no basta con un diagnóstico médico o una sentencia judicial: corresponde que actúe un equipo evaluador y tener presente que la patología mental —en la mayoría de los casos— no conlleva un estado permanente, por eso hay que ser sumamente cuidadoso con los diagnósticos que cronifican a las PPM para evitar que ese estado se convierta en el padecimiento. La neurosis institucional es una realidad. La cronificación del paciente en instituciones psiquiátricas<sup>17</sup> genera un círculo vicioso ya que la apatía, abulia, bajos niveles de motivación y aislamiento que provoca —situaciones de las que resulta más complicado aún recuperarse— pueden ser producto de alguna etapa de la propia patología como consecuencia de un deterioro psicomotriz o estar generados por la reclusión prolongada. La desafrentación afectiva, psicológica y social sostenida en el tiempo puede generar síntomas de deterioro cognitivo y motriz, que cursan con la propia patología y llevan a las personas a una exclusión, que constituye una afrenta a la dignidad humana. Ese ser marginado tiene derecho a transitar su enfermedad en otras condiciones y es el Estado —a través del derecho— quien tiene que garantizar que la violación al Derecho Humano no se configure evitando el confinamiento que excluye y descompone al sujeto frente a sus habilidades de interacción convirtiéndolo en objeto. Ello se evita mediante el cambio de paradigma que proponen los Tratados Internacionales, la Ley de Salud Mental Nacional y la de la Ciudad (aunque no se haya cumplido).

**El derecho a estar loco —que no es otra cosa que el derecho a que el sufrimiento mental sea protegido por el sistema no solo jurídico, sino también social, con intervención estatal— se**

15- Lorenzetti, Ricardo, “Salud mental, legislación y derechos humanos en Argentina”, en: *Salud mental y DDHH. Vigencia de los estándares internacionales*, op. cit., 2009, p. 18.

16- Cabe aplicar en la especie la “Teoría de la implementación”, sostenida por el Ministro de la Corte, Dr. Lorenzetti, en sus votos. Conforme doctrina, Lorenzetti Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, pp. 31 y 321.

17- Se ampliará el tema en el Título III al hablar de desmanicomialización.

**simplifica en el derecho de todo ser humano a estar enfermo, a su libertad, a elegir si quiere o no tratarse y cómo; y a que se respete su autonomía de la voluntad; y en caso de no poder tomar esta opción, a contar con un sistema de apoyos suficiente. La restricción a esto debe ser absolutamente excepcional y basada en los presupuestos taxativamente previstos por la ley.**

Se reitera, entonces, que para dar vigencia al desarrollo del cambio de paradigma propuesto, debe existir un compromiso no solo de todos los operadores de la salud y el derecho, sino también de la sociedad.

Por ende, el cambio de políticas debe incluir pautas de educación para que esta realidad se torne viable. Los principios que establece la Ley N° 448 para la Ciudad solo podrán instrumentarse si se produce un cambio integral del sistema de salud en general, que incluya a la enfermedad mental y para ello, el rol del Estado —a través de la salud pública— es prioritario. Buenos Aires es un ámbito propicio para instar, por caso, a un cambio de lenguaje exclusivo y a un reconocimiento social del “loco” desde otro enfoque de derechos.

Ello, en tanto las restricciones impuestas a la autonomía de la voluntad de las PPM han quedado claramente superadas por la LSM en todo su texto, por los tratados ya citados y particularmente por la recepción del tema que hace el nuevo Código Civil y Comercial. En su Capítulo 2, establece como principio general la capacidad de derecho de todas las personas, la que solo puede ser limitada respecto de hechos, simples actos o actos jurídicos determinados, para luego establecer que pueden ser declaradas incapaces de ejercicio ciertas personas mediante sentencia judicial en la extensión dispuesta en tal decisorio.<sup>18</sup>

18- Artículos N° 22 y 24, inc. c), del nuevo Código Civil y Comercial.

Al hablar de interés público —presente en toda función estatal— resta analizar la relación entre éste y la autonomía de la voluntad. Este concepto tiene —como potestad estatal— dos consecuencias concretas en el sistema: uno, como fundamento y límite de la potestad administrativa; otro, a su vez, se vincula, en lo que aquí importa, a dos cuestiones. La que implica que cuando el interés público aparece en una norma restringe la autonomía de la voluntad, y la que importa que, a su vez, ésta cede ante el interés público porque es superior al interés individual. Por ello, la segunda consecuencia es la restricción de derechos. Ahora bien, si se analiza el derecho a la salud mental a la luz de estas cuestiones, sin dejar de incorporar aquellas que se denominan “restricciones de las restricciones”, dado que la persona con padecimiento mental no solo se somete a las consideraciones generales vinculadas con el interés público, sino que también, con fundamento en éste, con más el alegado interés individual —que sería la protección del propio demente—, se ve completamente limitado en su autonomía de la voluntad, cabe un replanteo del tema. Ello así, toda vez que la normativa vigente, por un lado, incorpora múltiples derechos —en el marco de los DESC— pero, por otro, se mantiene viva la que limita todo derecho. Existe entonces una colisión que debería ser solucionada. Como principio orientador, en mi opinión, el artículo 30 del Pacto de San José de Costa Rica constituye una guía en punto a cómo se deben ejecutar las restricciones de derechos. Dice: [“Las restricciones permitidas de acuerdo con esta Convención al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas, sino conforme a las leyes que se dictaron por razones de interés general, y por el propósito por el cual han sido establecidas”]. Complementando esto, es dable recalcar que cuando se

habla de leyes, la Opinión Consultiva N° 6 de la Corte Interamericana ha dicho que se trata de leyes en sentido formal, por ende, no se pueden restringir derechos por vía de reglamentos. Estas opiniones devienen obligatorias para todos los miembros de la OEA, impactan necesariamente sobre los regímenes jurídicos de los países y sobre las decisiones de los tribunales.

Hablar de locura y autonomía de la voluntad implica hablar de libre albedrío o intrusión. Así, en definitiva, si se toman como sinónimos autonomía de la voluntad y libre albedrío, existe una clara intrusión por parte del Estado —tanto en la figura del juez decisor, cuanto, en su caso, en el manejo del paciente en cuanto éste se encuentre en un neuropsiquiátrico público— en esta libertad individual. El insano declarado tal en juicio, o aun el que no lo fue pero permanece internado, es privado de todos sus derechos y garantías individuales y se produce un clara pérdida de su autonomía de la voluntad.

Resulta sorprendente que pese al gran avance de los Derechos Humanos en estas últimas décadas —y particularmente en la Argentina— aún no se haya tomado el tema de la locura como preocupación social. Se entiende que esta cuestión impone no solo estudiar el padecimiento del presunto insano, sino de la sociedad toda, que lo margina. Sería, tal vez, objeto de estudio de una tesis sociológica analizar el porqué de la indiferencia ante el paciente mental.

En definitiva, el derecho judicial derivó en el dictado de la ley. Sería deseable que no pase lo mismo en cuanto a la aplicación de la ley. O sea, antes de su judicialización, viabilizar el escenario posible para que comience la aplicación efectiva de la ley. La Ciudad tiene una deuda con ello. Propiciar el cumplimiento de la ley mediante herramientas tendientes al reconocimiento de derechos es, pues, la asignatura pendiente.



## BIBLIOGRAFÍA

### I. Fuentes Documentales.

Constitución de la Nación Argentina.  
Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Texto Sancionado por la Convención Constituyente, Ed. Abeledo Perrot).  
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana) (Bogotá, Colombia, 1948).  
Declaración Universal de Derechos Humanos (Adoptada y Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948).  
Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica 22/XI/1969) Ley N° 23.054 sancionada 1/III/1984; promulgada 19/III/1984).  
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ley N° 23.313 (sancionada 17/IV/1986; promulgada 6/V/1986; B.O. 13/V/1986).-  
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo Ley N° 23.313 (sancionada 17/IV/1986; promulgada 6/V/1986; B.O. 13/V/1986).-  
Convención sobre los Derechos del Niño Ley N° 23.849 (sancionada 27/IX/1990, promulgada 16/X/1990; B.O. 0.22/X/1990).  
Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad (Ley N° 27.044, B.O. 22/12/14).  
Ley Nacional N° 24.901.  
Ley Básica de Salud de la CABA N° 153.  
Ley de Salud Mental de la CABA N° 448.  
Ley Marco de las Políticas para la plena participación e integración de las personas con necesidades especiales de la CABA N° 447.  
Ley Nacional de Salud Mental N° 25.657 (y Dec. Regl. N° 636).  
Ley de los Derechos del Pacientes en su relación con las instituciones y los profesionales de la Salud N° 26.529 (modif. Por la Ley N° 26.742).  
Ley de Producción Pública de Medicamentos N° 26.688.  
Ley de Medicina Prepaga N° 26.682.

### II. Fuentes Bibliográficas.

Basaglia, Franco: *La condena de ser loco y ser pobre: Alternativas al manicomio*, Topía Ed., Buenos Aires, 2008.  
Basaglia, Franco; *Razón, Locura y Sociedad*, Ed. S. XXI, México, 1999.  
Basaglia, Franco: *La institución negada. Informe de un Hospital Psiquiátrico*, Barral Editores Barcelona, Turín, 1972.  
Cohen, Hugo; Natella, Graciela (coordinación): *Trabajar en Salud Mental. La Desmanicomialización en Río Negro*, Lugar Editorial, Buenos Aires, 2007.

Galende, Emiliano; Kraut, Alfredo: *El sufrimiento mental. El poder, la ley y los derechos*, Lugar Editorial, Buenos Aires, 2006.

Goffman, Erving: *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Buenos Aires, 1961, 2º ed. 2007.

Goffman, Erving: *Estigma: la identidad deteriorada*, Amorrortu, España, 2º ed, 2008.

Kraut, Alfredo: *Salud Mental. Tutela Jurídica*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2º ed. 2007.

Mental Disability Rights International (MDRI) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS): *Vidas arrasadas: la segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos*, Siglo XXI Editora, Buenos Aires, 2º ed., 2008.

Petrella, Alejandra B.:

“Las personas con capacidades diferentes y su derecho a una salud integral en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. Revista Actualidad en el Derecho Público Nº21/23. 9º año, Ed. Cuatrimestral, enero/diciembre 2003.

“Las personas con capacidades diferentes.” Ponencia presentada en las IV Jornadas Nacionales Universidad y Discapacidad reconocer la diferencia para proteger la igualdad (5 al 7 de julio de 2006). Síntesis publicada en el Libro de resúmenes editado por la Facultad de Derecho de la UBA y la Red Interuniversitaria Nacional (Año 2006, p. 47). Texto completo en CD editado por Carrera Docente de la Facultad de Derecho de la UBA.

“Un nuevo enfoque de la Salud Pública”, Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Nro. 4, Diciembre 2011.

“Salud pública, servicio público y derecho a la salud” en “Cuestiones de Intervención Estatal, Servicios Públicos, Poder de Policía y Fomento”, 1ª ed. Buenos Aires, RAP, 2011.

“Es Posible la Clínica desde una Mirada de Derechos”. Articulación Interdisciplinaria como único modo. Revista CLEPIOS, Buenos Aires, primer semestre de 2012, pág. 113/114

“Deconstrucción Manicomial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, publicado el 13/06/13, libro “Implementación de Sentencias Judiciales Colectivas Derechos Económicos, sociales y culturales”. Publicación de la Asesoría Tutelar de la CABA.

“La dignidad humana y los padecimientos mentales: una relación en construcción”, realizado conjuntamente con la Dra. Ana Heller y la Dra. Adriana Vilar-novo. Publicado por la Revista Salud Mental y Comunidad dirigida por Emiliano Galende. ISSN: 2250:5768 (www.unla.edu.ar) de la Universidad de Lanús.

“Articulación Multidisciplinaria como modo de abordaje de la relación entre

Derecho y Salud: Una construcción desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales”, presentado en “Premio Integración en Derecho y Salud 2014”, organizado por el Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Mención especial.

“La Salud Mental enfocada desde la perspectiva de la salud pública”, Revista Argentina Brasileña de Derecho Público, en ed., ponencia correspondiente a las segundas Jornadas Argentino Brasileñas de Derecho Público realizadas el 29 y 30 de agosto en la Ciudad de Villa La Angostura, Neuquén, 2014.

“Los Locos de Buenos Aires”, publicado por el libro “15 años del Centro de Formación Judicial, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaire, Abril de 2015

Año 5  
NÚMERO 7  
JULIO  
DE 2015

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA

---

Dra. Ernestina Rosendo\*

---

# Ley de Salud Mental N° 448 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

## Reflexión y análisis en torno a los obstáculos y facilitadores de la viabilidad de la ley en el contexto actual.

### Resumen

---

La sanción de la Ley de Salud Mental N° 448 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires revitaliza la discusión y las controversias en el campo de la salud mental, referentes a la transformación de sus formas de intervención. Estas transformaciones forman parte de un cambio de paradigma en la atención, que se reorienta: desde un modelo hospitalocéntrico a otro comunitario. El hospital, con la institución psiquiátrica como sostén del primer modelo, debiera ser progresivamente desplazado del eje de la atención asumiendo la comunidad un lugar central en el cuidado de las personas con trastornos mentales, junto a la disposición de dispositivos diversos y alternativos de atención.

El diseño de la Ley N° 448 toma como uno de sus antecedentes ideológicos, políticos y técnicos más importantes la Declaración de Caracas (1990), donde se insta a la reestructuración de la atención psiquiátrica en base a los parámetros de la Atención Primaria de la Salud, de programas basados en las necesidades de las poblaciones, en la prevención y participación comunitaria. El modelo de atención propuesto se afirma en la centralidad de los servicios de salud comunitaria y en la internación en hospita-

#### \* Dra. Ernestina Rosendo

Licenciada en Psicología (UBA). Magíster en Salud Pública (UNR). Doctora de la Facultad de Medicina en el área salud mental (UBA). Directora de investigación de la Facultad de Psicología y Psicopedagogía de la Universidad del Salvador. Docente de grado y posgrado (USAL, UNR y IUSAM).

les generales; en esta orientación, la formación de los recursos humanos constituye un requisito basal para la implementación de este modelo de atención. Ese movimiento transformador se acompaña de la crítica sobre el rol de la institución psiquiátrica como prestador hegemónico de servicios, que aísla a las personas con problemas mentales y genera condiciones desfavorables en cuanto al cumplimiento de los Derechos Humanos y civiles de los pacientes.

Sin embargo, a más de diez años de la reglamentación de la ley, los lineamientos de trabajo propuestos por la misma no se condicen con las prácticas reales que se despliegan en los servicios de salud, ni tampoco con el perfil profesional predominante, orientado a la formación y ejercicio asistencial, curativo y disciplinar. La sanción de la Ley Nacional de Salud Mental —Nº 26.657— vuelve a ubicar en el centro de la discusión la ley de la Ciudad de Buenos Aires y actualiza la necesidad de abordar y discutir la construcción de la viabilidad de su implementación.

El presente trabajo analiza cuáles son los aspectos que se constituyen como facilitadores y obstaculizadores en la viabilidad de la Ley Nº 448, desde la perspectiva de los trabajadores de la salud mental. Los resultados presentados corresponden al análisis de entrevistas en profundidad a los sujetos implicados en nuestro tema de estudio —psicólogos, médico-psiquiatras, psicopedagogos, trabajadores sociales y sociólogos—, observaciones no participantes y fuentes secundarias indirectas, pertenecientes a dos Centros de Salud y Acción Comunitaria (CeSAC) del Primer Nivel de Atención del sistema de salud de la Ciudad de Buenos Aires y a un Centro de Salud Mental. Se realizaron entrevistas a legisladores y asesores de la legislatura porteña que participaron en el diseño y aprobación de la nueva ley; también a profesionales y representantes de asociaciones

profesionales y especialistas en el campo de la salud mental de Argentina.

## Introducción

---

A partir de la última recuperación democrática en Argentina, se retoma la discusión sobre las reformas de los servicios de atención en salud mental y la producción de leyes que las avalaran. Desde la década del 90 hasta la actualidad, fueron surgiendo una serie de legislaciones provinciales y nacionales que buscaron orientar la organización de los servicios de salud en base a la priorización del Primer Nivel de Atención y desde una orientación de tipo comunitario, buscando reformar o, en algunos casos, eliminar el hospital neuropsiquiátrico. La propuesta consistía en el reemplazo progresivamente por dispositivos ambulatorios e internación en hospitales generales.

Esas transformaciones forman parte de un cambio de paradigma en la atención de la salud mental, que se orienta desde un modelo hospitalocéntrico a otro comunitario, que se remonta a fines de la Segunda Guerra Mundial y tiene su apogeo en las décadas del 60 y 70 (Amarante, 2006; Galende, 1994, 2008). El hospital, con la institución neuropsiquiátrica como sostén del primer modelo, debería ser progresivamente desplazado del eje de la atención, y la comunidad asumir su lugar en el cuidado de las personas con trastornos mentales. En Argentina, la creación del Servicio de Psicopatología y Neurología de Lanús por Mauricio Goldenberg en la década del 50, constituye una de las reformas más paradigmáticas en la atención de las problemáticas de la salud mental. Esta experiencia, conjuntamente con otras simultáneas, forma parte de un movimiento de crítica al sistema asilar y la pretensión de su reemplazo por servicios psiquiátricos

en hospitales generales. La creación del servicio de Lanús remitía a una transición: desde una *psiquiatría manicomial —tradicional—* a otra *moderna*, que implicaba la creación de servicios de atención periféricos, su integración con hospitales generales y de éstos con la propia comunidad (Visacovsky, 2002). A lo largo de la década del 60 se profundizan las críticas al sistema de atención manicomial y se intentan modificaciones al respecto. Para ese entonces se visualizaban al menos dos posturas diferenciadas: quienes sostenían la defensa de la psiquiatría ligada al sistema instituido y, por otra parte, un grupo más cercano al psicoanálisis, que enfatizaba la incidencia de lo social sobre la etiología de las problemáticas (Ben Plotkin, 2003). Pese a las adversidades impuestas por la situación política, se generaron experiencias novedosas de internación y otras delimitadas al interior de las instituciones psiquiátricas existentes. Entre las más destacadas se encuentra la creación de la Comunidad Terapéutica —Colonia Federal, Provincia de Entre Ríos— a cargo del Dr. Raúl Camino, y del Centro Piloto en el hospital Esteves —Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires—, coordinado por el Dr. W. Grimson. Hacia finales de la década, los profesionales —independientemente de la disciplina de base— se distinguían en dos grupos: quienes consideraban necesario asumir un compromiso profesional para operar un cambio positivo en las condiciones sociales y económicas causantes de enfermedades; y quienes se restringían a las prácticas *tradicionales* de la psiquiatría y del psicoanálisis ortodoxo (Ben Plotkin, 2003).

Como se expresara al inicio, el impulso de la reforma de la salud mental argentina se retoma con la recuperación democrática en la década del 80. En ese entonces se diseña un programa participativo en el cual intervienen distintos grupos profesionales que buscan reinstalar la cuestión de la desinstitucionalización. Entre los

cambios propuestos se incluían: la democratización de las relaciones de poder entre los distintos actores involucrados en el campo de la salud mental, las actividades por fuera de las instituciones —en la comunidad, con las familias y con otras instituciones— y dispositivos alternativos, tales como: asamblea, talleres, trabajos grupales (Alonso Sainz, Otero, Orlandelli, Salinas, 2011).

En nuestro país, las provincias de Santa Fe, Río Negro y Entre Ríos fueron las precursoras de legislaciones específicas en salud mental (10772/91; Ley 2.440/91 modificada por Ley 3.575/02; Ley 8.806/94, respectivamente). El contexto de surgimiento de estas legislaciones estuvo signado por la aplicación de políticas neoliberales pero también por instrumentos internacionales —tales como, la Declaración de Caracas, 1990; los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, 1991— que propulsaban una reforma del sistema de atención en salud mental y la defensa de los Derechos Humanos de los pacientes.

Desde entonces, la evolución de las reformas hacia un sistema de salud que priorice el Primer Nivel de Atención y las prácticas que en éste prevalecen, no ha resultado progresiva ni libre de obstáculos y dificultades. Pese a los impulsos internacionales y locales de la reformulación del sistema de atención en el Primer Nivel, persisten y predominan prácticas de intervención que no se condicen con su reorganización comunitaria y que presentan algunas características propias del Modelo Médico Hegemónico (Menéndez, 2005). El empuje de estos movimientos internacionales tendientes a la priorización del Primer Nivel y de la atención comunitaria, no se plasma en transformaciones espontáneas al interior de los centros de salud y de las prácticas de los profesionales de la salud en general y de la salud mental en particular.

A quince años de la sanción de la Ley N° 448 —y de más de diez años de su reglamentación—, los lineamientos de trabajo propuestos por la misma no se condicen con las prácticas reales que se despliegan en los servicios de salud ni tampoco con el perfil profesional predominante, orientado a la formación y ejercicio asistencial, curativo y disciplinar. En Argentina, el hospital psiquiátrico continúa siendo el eje del sistema de atención, evidenciando las dificultades en establecer innovaciones en los servicios. Parecería que la existencia de legislación en jurisdicciones provinciales, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a nivel nacional (Ley N° 26.657), no resulta suficiente para la implementación de las reformas. Entre otras razones, los argumentos se centran en el inadecuado perfil profesional de los trabajadores, y la falta de decisión política al respecto. Secundariamente, se alude a la confrontación de intereses de diferentes sectores y corporaciones.

La sanción de la Ley Nacional de Salud Mental (N° 26.657) vuelve a ubicar en la agenda pública la ley de la Ciudad de Buenos Aires, actualizando la necesidad de abordar y discutir la construcción de la viabilidad de su implementación.

El presente trabajo tiene el objetivo de analizar los aspectos que se constituyen como facilitadores y obstaculizadores en la viabilidad de la Ley N° 448, desde la perspectiva de los trabajadores de la salud mental. Con tal finalidad, se analiza la participación en el diseño y/o implementación de la ley de diversos actores: las instituciones de formación, las asociaciones de profesionales —con particular énfasis en las psicoanalíticas y médicas—, los trabajadores del CeSAC y de un centro de salud mental.

## Materiales y métodos

---

Los resultados concernientes al análisis de la Ley N° 448 que aquí se presentan forman parte principalmente de una investigación doctoral —Facultad de Medicina, Universidad de Buenos Aires— de la autora, realizada entre los años 2005-2009; y secundariamente, provienen de diversas investigaciones posteriores financiadas por el Ministerio de Salud de la Nación —Beca “Ramón Carrillo-Arturo Oñativia”, categoría individual, Comisión Nacional Salud Investiga— y la Universidad del Salvador —Instituto de Investigación de la Facultad de Psicología y Psicopedagogía—.

El estudio principal se inscribe dentro de un *diseño cualitativo*, con la interpretación como base de la producción de conocimientos (Sautu, 2003); es de tipo descriptivo-analítico y de corte transversal. En tanto estudio cualitativo, la muestra es de tipo no probabilística, de carácter intencional (Rodríguez Gómez, Gil Flores, García Jiménez, 1996). Se basa en la selección de contextos de trabajo e informantes, que permitan maximizar la recolección de la información necesaria para el cumplimiento de los objetivos propuestos.

El estudio se basó en tres fuentes centrales de información: entrevistas en profundidad, observación no participante y fuentes secundarias. En cuanto a las primeras, se realizaron entrevistas a trabajadores de la salud mental, funcionarios, asesores legislativos, miembros de asociaciones y colegios profesionales y especialistas en salud mental de la Argentina. Las observaciones no participantes consistieron en la asistencia a reuniones concernientes a la discusión, al monitoreo de implementación y a la defensa de la Ley N° 448; actividades en centros de salud; jornadas de trabajadores sobre la ley y clases a residentes de salud mental sobre el mismo tema. En cuanto a



las fuentes secundarias (Samaja, 1993) estuvieron constituidas por documentos, notas periodísticas, declaraciones y otros materiales relevantes para la investigación.

### **El surgimiento de la ley desde una perspectiva de intereses enfrentados**

La experiencia sobre el diseño, sanción e intento de implementación de la Ley N° 448 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, evidenció un fuerte conflicto entre actores profesionales e institucionales en base a intereses que podríamos denominar como “corporativos”. Como veremos a lo largo del artículo, parte de esta conflictividad estuvo conformada por la tensión entre quienes defendían el hospital psiquiátrico de quienes reclamaban su eliminación; y, por otra parte, las confrontaciones entre las distintas asociaciones de profesionales, con un particular protagonismo de las asociaciones médicas.

El texto de la Ley N° 448, y tal como se plantea desde la Organización Mundial de la Salud (OMS), otros organismos y Tratados Internacionales, destaca la transformación de la atención de la salud mental desde un paradigma *hospitalocéntrico* a otro *comunitario*. En este marco legal, se enfatiza priorizar las estrategias concernientes a la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad, el trabajo comunitario, intersectorial e interdisciplinario. La ley fundamenta también la transformación del sistema de atención en base a un proceso de *desinstitucionalización*. Desde los inicios de la discusión de la ley, el tema de mayor prioridad correspondía a las personas más relegadas del sistema y que se encontrarían en las peores condiciones de atención: los 2500 pacientes internados en los neuropsiquiátricos, los más cronificados y los más vulnerados a la luz de los Derechos Humanos.

La ley parte de una definición de la salud mental donde los problemas y padecimientos de este campo se vinculan con problemas sociales tales como: la falta de trabajo, la carencia de medios de subsistencia, la falta de vivienda, entre otros determinantes sociales. Su objeto se constituye entonces en “garantizar el derecho a la salud mental de todas las personas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, tomando una definición de “salud mental” inescindible de la de salud integral y de la comprensión de las personas como seres bio-psico-socio-culturales.

En términos generales no existe un cuestionamiento sustancial a estos contenidos generales de la ley. Es decir, la visión integral sobre las personas con problemas mentales, la fuerte incidencia social y económica en las problemáticas y en la capacidad de recuperación de los afectados; tampoco la necesidad de repensar la creación de nuevos dispositivos. Los puntos conflictivos de la ley pueden reseñarse en dos: la distribución de poder entre las disciplinas al interior de los servicios de salud y el destino de las instituciones neuropsiquiátricas. En cuanto al primero, hacemos referencia a las controversias y medidas judiciales que desencadenó el inciso 1 del artículo 12: “Podrán acceder a los concursos para los cargos de conducción, todos los profesionales con título de grado, en las disciplinas de salud mental”.

De las entrevistas a profesionales de la salud mental y participantes de la discusión, el diseño y de la defensa de la Ley N° 448, se identifican dos grupos de actores enfrentados, que se posicionan como “opositores” versus “defensores” de las reformas que propone la ley. Algunos de los actores involucrados grafican esta situación planteando la existencia de dos supuestos polos. Por una parte, quienes constituirían la representación del sector más

tradicional de la psiquiatría, defensores de las instituciones neuropsiquiátricas; y por otro, quienes promulgarían las reformas tendientes al proceso de desinstitucionalización y a la reivindicación de los Derechos Humanos de las personas con trastornos mentales.

Parte de las personas entrevistadas comentan que la ley fue producto de una discusión en diversos plenarios sostenidos durante el transcurso de los dos años previos a su sanción. Según varios de los entrevistados, las asociaciones profesionales y gremios que representaban a los intereses de los profesionales médicos y a la continuidad de las instituciones de internación psiquiátrica, se enfrentaban a quienes promulgaban el proceso de desmanicomialización y defendían la horizontalidad e igualdad entre las diferentes disciplinas que conforman el campo de la salud mental.

Desde la perspectiva de algunos entrevistados pertenecientes a una asociación psicoanalítica, la tensión se suscitaba, centralmente, entre psicoanalistas y psiquiatras. Los primeros destacaban la importancia de diseñar una ley de salud mental y no una ley psiquiátrica; cuestionando de esta manera la histórica legitimación de la psiquiatría en el campo de la salud mental. La figura de “equipo interdisciplinario” superaría la hegemonía disciplinaria y ubicaría a todas las disciplinas del campo en paridad. Por el otro lado, las críticas hacia los psicoanalistas se centraban esencialmente en la dificultad de poder tener una mirada social o comunitaria, cuestionando además los verdaderos intereses de estos profesionales en la defensa de la ley.

Durante los primeros años de vigencia de la ley, la oposición de algunos sectores llegó incluso a declararla “inconstitucional”. La demanda contra la ley fue presentada por la Asociación Gremial de Psiquiatras de la Capital Federal, la Asociación Argentina de Psiquiatras (AAP), la

Confederación Médica de la República Argentina (Comra) y la Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires (AMM). La solicitud de inconstitucionalidad alcanzaba a diversos artículos de la Ley N° 448 (arts. 12 inciso l, 19, 22, 23, 33, 41, 45) como también al decreto de su reglamentación (arts. 10 inciso h, 12 inciso l y 19). En cuanto a los artículos de la ley observados, los que parecerían haber sido motivos de demanda judicial son los que habilitaban a los profesionales no médicos a conducir servicios de salud mental (art. 12 inciso l). Asimismo, se objetaba una serie de artículos (19, 22, 23, 41) que referían a la internación, explicitándose que ésta, conjuntamente con el diagnóstico presuntivo y el plan de tratamiento, debía ser definida por el “equipo de salud mental” —o interdisciplinario—, siendo el alta definitiva decidida por el responsable del equipo interdisciplinario —pudiendo ser éste un profesional no médico—. El último artículo de la ley que había sido cuestionado concierne a informar de forma inmediata al juez cuando una persona con pedido de internación judicial no presenta patología —ni otra razón— que amerite la internación. En cuanto a los artículos cuestionados de la reglamentación de la ley, éstos aluden a la composición del equipo interdisciplinario básico —médico-psiquiatra, psicólogo, trabajador social y, eventualmente, enfermero con formación en salud mental—; la integración de un jurado interdisciplinario para los concursos de conducción; el acuerdo de todos los miembros del equipo interdisciplinario en la internación; la notificación en 24 horas sobre la modificación en la ocupación de camas.

Según los demandantes, todos estos artículos afectarían algunos derechos, además de atribuir a profesionales no médicos incumbencias que discreparían a las establecidas en las leyes nacionales que regulan a esas profesiones —psicología, tra-

bajo social y enfermería con formación en salud mental—: “(...) compromete[n] gravemente el derecho a la vida, a la integridad psicofísica, a la salud, a la libertad, afecta el orden jerárquico de las normas y contraría el principio republicano de la división de los poderes”.<sup>1</sup> Los defensores de la Ley N° 448 estiman que el punto real de conflicto gira en torno al artículo 12 inciso I, que determina el acceso a la conducción de servicios por profesionales no médicos; es decir, desde la perspectiva de los denunciantes, profesionales considerados no idóneos cumpliendo misiones y funciones de los médicos y médico-psiquiatras.

Un segundo punto nodal de conflicto lo constituyó el destino de la institución neuropsiquiátrica. Básicamente se establecían dos posiciones al respecto: quienes consideraban necesario su cierre y reemplazo absoluto por dispositivos alternativos de atención —incluida la internación en hospitales generales— y quienes sostenían la necesidad de su reforma, su modernización, mas no su eliminación. En el marco de este segundo posicionamiento, la Multisectorial que nuclea trabajadores de las instituciones psiquiátricas, ha llevado adelante actos en defensa de los Hospitales Psiquiátricos Públicos como expresión de disgusto e indignación por ser denominados despectivamente como “manicomios”. Planteaban, al igual que la Asociación de Médicos Municipales, que los procesos de desinstitucionalización llevados adelante en otros países del mundo y en algunas provincias de la Argentina habían resultado un fracaso, demostrando, además, los objetivos económicos que se perseguirían a expensas de la salud de los sectores más pobres. Las sospechas sobre intereses encubiertos recaían en la disminución del presupuesto económico, en la privatización del sis-

tema de salud y en la especulación inmobiliaria de la que podrían ser objeto las tierras donde se emplazan las instituciones psiquiátricas. El proceso de desinstitucionalización o “achicamiento del hospital psiquiátrico”, también suscitaba la oposición de distintos sectores gremiales —Asociación Trabajadores del Estado (ATE), Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN)—, quienes interpretaban ese proceso como posibilidad de pérdida de lugares de trabajo y no como una redistribución de sus recursos humanos en función de la nueva organización de trabajo, como ser la atención en la comunidad o domiciliaria.

Sin embargo, lo paradójico de quienes se opondrían a varios de los artículos de la Ley N° 448 —además de establecer impedimentos para la ejecución de algunos de sus artículos, especialmente los referidos a los concursos de profesionales no médicos y al proceso de *desmanicomialización*— es que también se involucraron en denunciar el incumplimiento de su implementación. La Asociación de Médicos Municipales deja asentadas las consecuencias que se derivan del incumplimiento de la ley, a saber: la imposibilidad de externar pacientes, y por ende la prolongación de la internación en los neuropsiquiátricos, por la falta de creación de los dispositivos intermedios —casas de medio camino, hospitales de día, entre otros— y, complementariamente, la insuficiente dotación de recursos materiales y humanos. Asimismo, que la falta de estos últimos impide además la conformación de los equipos interdisciplinarios que define la ley —psicólogo, médico psiquiatra, trabajador social y enfermero especializado en salud mental—. Así, una de las filiales de la Asociación de Médicos Municipales expresaba: “Nosotros lo que pedimos es que se aplique la ley de salud mental, que no se cierren efectores que funcionan y que se habiliten otros efectores para que el hospital (Borda) pueda derivar, y que no queden internados pacientes que

1- En octubre de 2004, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires consideró inadmisibile el pedido de inconstitucionalidad demandado por las asociaciones.

no tienen donde ir, no hay una red social que los contenga (...) Que quede claro: los profesionales no estamos institucionalizados, no somos responsables ni violamos los derechos humanos de los pacientes”.<sup>2</sup>

Desde este posicionamiento basaban su lucha por la consecución de un hospital moderno, eficiente y dotado de los recursos necesarios — humanos, edificios y tecnológicos—, para constituirse en instituciones de alta complejidad en salud mental; se destacaba además, el derecho de los pacientes a recibir una atención de complejidad ante patologías que lo requirieran.

Ahora bien, en el proceso de disputa entre diversos actores, también surgieron conflictos entre varios de éstos —efectores de salud y asociaciones de trabajadores y profesionales— y las políticas y planes impulsados desde el Gobierno de la Ciudad en gestión. Las principales peleas ya no se encarnaban entre asociaciones o instituciones, sino entre varias de éstas contra la gestión de gobierno. A diferencia de periodos previos, en ese momento se definieron puntos de preocupación que aunaron a viejos contrincantes —defensores y opositores a la institución neuropsiquiátrica de internación—; por ejemplo, intención de cierre de las instituciones neuropsiquiátricas sin creación de dispositivos alternativos y/o creación de nuevas instituciones de internación psiquiátrica con modernos sistemas tecnológicos de control.

### **Lineamientos internacionales y resistencias al cambio**

En el marco de los lineamientos internacionales que han regido las propuestas legislativas

2- Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires, “En defensa de los neuropsiquiátricos. La situación del Borda”, *Mundo Hospitalario*, Año XV N° 124, Buenos Aires, 2006, p. 7.

y las políticas en salud mental de al menos las dos últimas décadas y media, el subsistema público de salud trasciende la función de otorgar servicios asistenciales, debiendo desempeñar progresivamente un rol central en acciones tales como promoción de la salud y prevención de la enfermedad. Este rol implica la incorporación de abordajes comunitarios y la vinculación con otros sectores estatales y civiles como: educación, trabajo, ONGs, organizaciones comunitarias, entre otros. Sin embargo, esta reorientación del subsistema público —de la asistencia a la promoción y la prevención— no constituye un movimiento espontáneo suscitado por los acuerdos entre países o por los lineamientos de los organismos internacionales —OPS, OMS—.

La evolución de las reformas hacia sistemas de salud que priorizan el Primer Nivel de Atención y las prácticas que en éste prevalecen, no es lineal ni progresiva ni se encuentra libre de obstáculos y dificultades. Pese a los impulsos internacionales y locales de la reformulación del sistema de atención en el primer nivel, persisten y predominan prácticas de intervención que no se condicen con su reorganización comunitaria y que presentan algunas características propias del Modelo Médico Hegemónico (Menéndez, 1990).

En Argentina, las reformas en salud en general no incluyeron propuestas de desarrollo de recursos humanos acordes a los objetivos pretendidos, además de no haberse realizado avances de envergadura en la modificación de los planes de estudio (Abramzón, 2005). Como resultado, entre otras consecuencias, se evidencia cierta desarticulación entre la formación de los recursos humanos y las necesidades sociales vigentes. Las resistencias y dificultades para la implementación de cambios en la organización del sub-sector estatal y en las prácticas de los profesionales, constituye un obstáculo no solo en Argentina sino en muchos de los países que

se han propuesto establecer tales reformas; ejemplo de ello, México, Costa Rica y Ecuador.

La definición psicosocial de los sufrimientos en el campo de la salud mental, conjuntamente con los nuevos principios rectores de las prácticas —interdisciplinariedad, intersectorialidad, intervenciones colectivas, énfasis en la promoción de la salud y prevención de la enfermedad—, demandan a los profesionales una organización del trabajo y de prácticas de intervención que no se corresponden con las convencionales; que se encuentran en el ámbito de las instituciones públicas: prácticas asistenciales, disciplinarias y curativas.

Gran parte de los actores se han organizado en torno a una disyuntiva polarizada que definió la confrontación entre: defensores de los *manicomios*<sup>3</sup> versus los defensores de la desinstitucionalización; psiquiatras versus psicólogos. Sin embargo, otros conflictos también definieron el escenario de la discusión de la ley: 1. Entre quienes defendían el *asistencialismo* —énfasis en la prevención secundaria y terciaria— y quienes la promoción de la salud y la prevención primaria de la enfermedad; 2. Entre los defensores del sistema público de salud y los del sub-sector privado; 3. Entre una intervención integral e interdisciplinaria sobre la salud mental versus quienes impulsaban la atención tradicional “paciente-terapeuta”; y 4. Entre quienes abogaban por los procedimientos de internación instituidos en manos de los psiquiatras, con asistencia clínica de la patología y quienes pensaban ese acto como una decisión de un equipo interdisciplinario y un proceso de atención que contemplara las diversas disciplinas y las relaciones interinstitucionales.

3- Se utiliza adrede la expresión “manicomios” dado que es la forma textual en la que los defensores del cierre de la institución neuropsiquiátrica utilizan al momento de referirse al posicionamiento y a los actores que defienden su continuidad.

### **Intereses en juego: la puja entre la universidad y las asociaciones profesionales por los cargos de conducción.**

Según los legisladores y asesores consultados, las universidades —públicas y privadas— tampoco tuvieron un rol protagónico en el diseño y defensa de la ley. Pese a haber sido invitadas, las facultades de Medicina y Psicología, especialmente de la Universidad de Buenos Aires, no habrían sostenido una presencia regular en el proceso.

Posteriormente a la reglamentación de la ley, la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires comienza un acercamiento en tanto la ley contiene medidas que equiparan derechos de profesionales médicos de quienes no lo son. El principal ejemplo de ello lo constituye el ya citado artículo 12 inciso 1, que plantea: “Podrán acceder a los concursos para los cargos de conducción, todos los profesionales con título de grado, en las disciplinas de salud mental”. Este artículo posibilitó que profesionales no médicos, principalmente psicólogos, se presentaran a concurso para jefaturas de servicio; en base a un criterio de evaluación sobre “competencias” y no de “incumbencias”; algunos de éstos ganaron los concursos.

Esa disposición (artículo 12, inciso 1) se refuerza con el cambio de denominación de los servicios que plantea la ley, debiendo llamarse “de salud mental”. Esta nueva denominación quita centralidad a la psiquiatría y resulta inclusiva del resto de las disciplinas del campo. No obstante, dos situaciones conflictivas entrelazadas se despliegan en el campo de la salud: una de ellas, la dura pelea entre sectores que defienden los intereses médicos y el resto de las disciplinas de la salud, que ahora aspiran a los cargos de jefaturas. En segundo lugar, la contradicción que se establecería —según el análisis

de algunos entrevistados— entre el artículo 12 (inciso l) y la Ley Nacional N° 17.132 del “Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades, promulgada en el año 1967 durante el gobierno de facto de J.C. Onganía.

Desde la Asociación de Médicos Municipales estos concursos han sido apelados legalmente con la interposición de la Ley N° 17.132 y la Ley Nacional N° 23.277 sobre el Ejercicio de la Profesión del Psicólogo, promulgada en el año 1985. Los artículos claves que se anteponen a la apelación de los concursos, corresponden al 9 de la Ley 17.132 y los artículos 8 y 9 de la Ley 23.277. El primero de esos artículos refiere a que “La anestesia general, el psicoanálisis y los procedimientos psicoterápicos en el ámbito de la psicopatología quedan reservados a los profesionales habilitados para el ejercicio de la medicina”, constituyendo además el ejercicio de la psicología, en psicopatología, como colaboración al médico especializado en psiquiatría, y bajo la supervisión de éste, restringiendo el desempeño del psicólogo a la realización de tests psicológicos y a tareas de investigación (artículo 91°).<sup>4</sup> Por su parte, de los artículos 8° y 9° de la Ley 23.277 se deduce que los profesionales de la psicología no se encuentran habilitados para la conducción de servicios. Así, en una de las resoluciones de denegación del cargo a un profesional psicólogo, el Ministro de Salud de la ciudad de ese entonces se expide argumentando que: “(...) de las prohibiciones y responsabilidades de los profesionales que ejercen la psicología, enumeradas en los arts. 8 y 9 de la Ley 23.277, surge la imposibilidad para estos profesionales de desempeñarse en la conducción de Servicios de Psicopatología y Salud Mental, atento que un licenciado/a en psicología no puede prescribir recetas médicas,

no pudiendo llevar adelante ninguna acción terapéutica salvo la psicológica.”

“Que, en consecuencia, a la luz de la normativa aplicable, es requisito indispensable poseer título de médico especialista en Psiquiatría, para participar en el concurso para cubrir el cargo de Jefatura de psicopatología y Salud Mental”. (Ministro de Salud, Dr. Alberto De Micheli, Resolución N° 1605/06).

La imposibilidad referente a que las profesiones no médicas no pueden prescribir recetas ha constituido uno de los bastiones centrales al momento de realizar las anulaciones de concursos y de expedirse en detrimento de aquéllas. En el caso de los psicólogos, se reconoce su derecho de presentación a concurso cuando se trate solo de funciones exclusivas de atención psicológica, tal como lo ilustran otras resoluciones que deniegan cargos de conducción a psicólogos: “surge la imposibilidad para estos profesionales de desempeñarse en la conducción de Servicios de Psicopatología y Salud Mental atento no poder llevar adelante ninguna acción terapéutica salvo la psicológica, pudiendo solamente aconsejar la internación en establecimientos públicos o privados”. De modo complementario, se argumenta que el psicólogo se encuentra inhabilitado profesionalmente para asumir todas las responsabilidades emergentes de la función de conducción: conocer los recursos terapéuticos disponibles, las prácticas asistenciales, la capacitación del personal a cargo y la instrumentación de los recursos necesarios para adecuar la formación profesional a las necesidades de los asistidos.

Algunas de las respuestas de rechazo que se suscitaron a partir de estas denegaciones, provinieron del Centro de Salud Mental N° 3 —A. Ameghino— y de la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires. Desde una agrupación de graduados de la citada facultad, se manifiesta que la resolución N°

4- Sin embargo, los artículos 9° y 91 de la Ley 17.132 fueron derogados por la Ley N° 23.277, así como cualquier artículo de aquélla que se oponga a esta última.

1605 —citada en los párrafos precedentes— del Ministerio de Salud del GCBA desestima el contenido y la reglamentación de la Ley 448, en la medida en que ambos enfatizan la labor interdisciplinaria y la complejidad del abordaje en el campo de la salud mental, desde el cual ninguna disciplina puede arrogarse centralidad o mayores facultades. Asimismo, que esta resolución se orienta a colocar el énfasis en el suministro de psicofármacos, cuando éste es sólo uno de los recursos con el que cuenta el abordaje terapéutico. En este marco, la agrupación de graduados expresaba: “(...) es una muestra clara de intentos sistemáticos de reducir el rol del psicólogo al de mero asistente del personal médico, tal como lo establecía la Ley 17.132/67 promulgada por el gobierno de facto de Onganía y mencionada lamentablemente en varios dictámenes de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires como fundamento para sostener la discriminación de los psicólogos (...) en la Argentina fueron modificados los artículos limitativos de aquella norma por la Ley de Ejercicio profesional de la Psicología, que establece la autonomía e independencia de la actividad profesional del psicólogo y nos exime de desarrollar nuestra labor bajo la consigna de auxiliar del médico”.

Ahora bien, desde la perspectiva de varios de los actores consultados en nuestra investigación, las facultades que nuclean las carreras implicadas en la reforma de salud mental —Medicina, Psicología, Enfermería, Trabajo Social, etc.— no se han involucrado en una seria discusión sobre la necesidad de repensar, y reformar los planes de estudio acorde a las nuevas necesidades profesionales y organizacionales que implica la implementación de la Ley N° 448. Su puesta en escena en la discusión sobre ésta parece orientarse a los intereses particulares que

se juegan —o jugarían— con la sanción de la ley y algunas de las reformas que se proponen.

### **Confrontación y posicionamientos ambiguos entre las asociaciones que representan y nuclean psicólogos y psicoanalistas.**

La ley ha entrañado una confrontación tanto entre profesionales de la salud en el contexto cotidiano de su ejercicio, como así también disputas entre diferentes asociaciones de trabajadores y, como hemos visto en el apartado anterior, al interior del sistema de formación profesional público. En ese sentido, estos distintos actores —trabajadores de la salud mental, asociaciones de profesionales, unidades académicas— y sus perspectivas relativas en torno a la oposición o defensa a la ley, conforman una misma unidad de sentido: defender los intereses que cada uno porta.

En párrafos anteriores, se han analizado los argumentos que han sostenido algunas asociaciones de profesionales. Se constata cómo tanto la defensa como la oposición a la ley se asientan sobre intereses institucionales y particulares, y no sobre la regulación de las prácticas de trabajo, la organización del sistema y los servicios de salud. Desde esta perspectiva, la transformación del sistema de salud, en este caso de la organización de la atención de la salud mental, confronta no solo con orientaciones teóricas, epistemológicas y prácticas diversas, sino también con un cúmulo de intereses que, en no pocas ocasiones, se encubren detrás de argumentos teóricos. Las asociaciones que nuclean psicólogos y psicoanalistas no han sido ajenas a este posicionamiento.

Diversas asociaciones conformaron en su momento los grupos de discusión sobre la ley de salud mental de la ciudad, integrando luego varias de ellas un Foro de Salud Mental. Entre las

organizaciones participantes vinculadas al campo psicológico y psicoanalítico se encontraban: la APA, APdeBA, APBA, Escuela de Psicoterapia para Graduados, la Escuela de Psicoterapia de Grupos, la Escuela Freudiana de Buenos Aires y Discurso Freudiano. Con una participación más irregular y reticente se ubicaba la EOL —Escuela de Orientación Lacaniana—. Las universidades y algunas de esas asociaciones psicoanalíticas lacanianas han sido señaladas como las más reticentes a participar de manera regular y discutir sobre la creación de la ley. Por una parte, la escasísima participación de la Facultad de Ciencias Sociales, implicó la ausencia de la rama social en la discusión sobre la aplicación de las reformas en el área de la salud mental. Por otra parte, en cuanto a las asociaciones lacanianas, algunas de ellas consideraba que en la medida en que el psicoanálisis “encuentra su lugar en los márgenes” (Sic) y bordea los marcos normativos, resultaba una contradicción participar en la redacción de una ley.

Sin embargo, la conformación del Foro de Salud Mental con una pluralidad de asociaciones participantes no necesariamente representaba, en rigor, la activa participación de las asociaciones, ni los sólidos consensos entre ellas. Dos argumentos resultaban centrales. Por una parte, los entrevistados afirmaban que la participación en “nombre o como representante de una asociación” no necesariamente implicaba el interés y la postura de la asociación de pertenencia. Es decir, sus representantes participaban por motivación personal pero las asociaciones poco se interesaban por la temática de convocatoria: “... la verdad que fue una experiencia muy linda, de participación, discusión, de lucha. Pero las instituciones estaban ajenas a todo esto, sobre todo las asociaciones psicoanalíticas (...) no es que las instituciones están comprometidas, sino que participan a través de

algunos miembros que manifiestan su interés y que alimentan su interés participando con otras personas que también están interesadas, en sí mismas las instituciones”.

Por otra parte, algunos entrevistados indicaban que el Foro no llegaba a reales consensos a causa de las luchas por los intereses particulares de cada una de las asociaciones. Sumado a ello, la confrontación por la disputa de representación de los trabajadores psicólogos que se encontraba atomizada en la Ciudad. Esta lucha por la representación también se alimentaba de los intereses particulares de cada asociación y, en tercer lugar, por la sobreestimación de los intereses profesionales por sobre los de los usuarios; en este sentido, el eje central lo asumía la pelea por alcanzar una mayor jerarquía profesional de los psicólogos y psicoanalistas no médicos frente a los profesionales de la psiquiatría.

### **Los trabajadores de la salud mental en los centros de salud: defensa de los procesos de trabajo instituidos.**

El empuje de los movimientos internacionales tendientes a la priorización del Primer Nivel de Atención y de los abordajes comunitarios, no se plasma en transformaciones espontáneas al interior de los centros de salud y de las prácticas de los profesionales de la salud en general y de la salud mental en particular.

Las entrevistas a los diversos profesionales de los CeSAC y de un Centro de Salud mental, recogen evidencias de límites difíciles de superar al momento de pensar las transformaciones en los procesos de trabajo en estos centros. Los profesionales entrevistados consideran que es imposible modificar las prácticas de trabajo instituidas durante años y remover las dificultades de relación entre los profesionales, en vistas al



trabajo en equipo interdisciplinario. Tampoco consideran razonable pretender la transformación del perfil profesional de quienes tienen una extensa trayectoria de formación, experiencia y desempeño en determinada línea de trabajo. Los profesionales presentan más expectativas de continuidad de lo establecido que ideas transformadoras e instituyentes. Consideran que esto último debe ser reservado para los jóvenes que ingresan —o ingresarán— al sistema de salud. Parece entonces factible afirmar las importantes dificultades que entraña una ley que se propone transformar un modelo profesional instituido y legitimado como válido por la comunidad profesional que lo porta.

Paradójicamente, o tal vez no tanto, hemos constatado que la férrea defensa de la implementación de la ley también puede conducir a un reforzamiento de lo establecido. En el centro de salud mental estudiado en nuestra investigación, la enérgica defensa de la ley no necesariamente se acompaña de la transformación del sistema que ésta plantea. Se descubre que la Ley N° 448 permite a los profesionales, en base a la interpretación que efectúan, acomodarse bajo su amparo para no generar cambios y sostener los procesos de trabajo instituidos. En la medida en que la ley es considerada *amplia y pluralista* en cuanto a sus definiciones conceptuales, su orientación teórica y en relación a los dispositivos legitimados para la atención, todos los profesionales —independientemente de la disciplina y el marco teórico que portan, así como las prácticas de trabajo que llevan adelante— tienen margen para validar lo que hacen, sin necesidad de repensar ni introducir modificaciones respecto al propio perfil profesional. No se trata entonces de cómo transformo mi trabajo para adecuarme a los lineamientos de la ley, sino cómo en el marco de los planteamientos de la ley, ubico, legítimo y definiendo la forma en que trabajo.

La amplitud y la pluralidad derivan en el reforzamiento de las prácticas, las modalidades de trabajo y los marcos teóricos instituidos. Desde esta perspectiva se vacía de contenido la idea de “reconversión” profesional que implica la aplicación de las reformas: la ley lo abarca todo. Lo que puede haber sido una transacción de consenso en el diseño de la ley, termina entrapando la propia transformación del sistema de atención de la salud mental: “Desde el perfil de la institución no veo problemas. La ley tiene de interesante el incluir distintas visiones respecto a la salud mental, no apunta a una sola teoría o a una determinada forma de pensar. Esta institución está en su mayor parte armada con profesionales que practican el psicoanálisis; pero tampoco la ley apunta a un determinado perfil de práctica, es muy amplia. Cada efector tiene un perfil” (médico-psiquiatra).

Por tanto, la irrefutable adecuación del perfil de la institución a los requerimientos de la ley, por su propia amplitud teórica y de abordaje, también deriva en rechazar la idea referente a la reconversión profesional. Los profesionales que ya se encuentran formados y desempeñándose en determinada línea de trabajo, no deberían por qué abocarse a otras formas de abordaje; las estrategias alternativas —trabajo en comunidad, prevención, promoción de la salud, etc.— tendrían que ser implementadas por profesionales que se formen adrede y desde el inicio de la carrera profesional: “No, no me parece que se deba pensar en una reconversión. Debe haber profesionales interesados en otros campos; pero no que los de un determinado campo, con determinadas prácticas se tengan que formar para otro tipo de práctica. Yo no lo aceptaría. Sí que haya formación permanente en el área en el que cada uno trabaja. Además, el profesional que se ha esforzado en formarse en esa práctica, ¿se va a reconvertir? Distinto los

profesionales que se formen desde el inicio de la carrera” (psicóloga).

En este marco de situación, prácticamente ningún profesional reflexiona sobre la necesidad de repensar el propio marco teórico, las formas de abordaje ni tampoco el perfil de la institución. Tampoco aparece ni una sola referencia respecto a reforzar las estrategias preventivas y comunitarias por parte de los profesionales que trabajan en un centro de salud mental. Desde esta perspectiva, la lectura que se hace de la ley se orienta más a reforzar lo instituido que a pensar procesos instituyentes.

En síntesis, de manera cuasi velada se defienda la implementación de la ley para afianzar lo instituido, los intereses profesionales e institucionales particulares. Las transformaciones a operar quedan siempre en terreno externo: en los futuros y nuevos profesionales y en la creación de nuevos dispositivos. Este juego de poder, consideramos, es mucho más sutil, engañoso y difícil de sortear, que las expuestas peleas corporativas entre disciplinas —médicos versus no médicos—, entre asociaciones —Médicos Municipales versus otros gremios de profesionales—, entre corporaciones defensores de los intereses privados —laboratorios, clínicas, etcétera— versus defensores del subsistema público, y/o sectores políticos.

### Comentarios de cierre

La Ley de Salud Mental no puede ser abarcada de forma excluyente como problemática específica del campo de la salud: la elaboración y el surgimiento de la ley evidencian un proceso inescindible del campo de la política y de un entrecruzamiento de intereses sectoriales diversos y contrapuestos; la ley no solo instaura una discusión y una reforma técnica, sino también política e ideológica.

En este marco de disputas e intereses contrapuestos, dos ejes centrales de conflicto lo constituyen: el acceso de profesionales no médicos a cargos de jefatura de servicios y, por otra parte, el destino de los neuropsiquiátricos —posiciones antagónicas entre el cierre por considerarlos *manicomios* y, por otro lado, su mejoramiento y ubicación como efector de alta complejidad en salud mental—. En este contexto, desde nuestra perspectiva, la centralidad del Primer Nivel de Atención y de la APS contenidas en la ley se diluyen: el foco de la pelea, de los intereses y hasta de la reforma, se constituye en torno al hospital psiquiátrico.

El recorrido nos deja la impresión que en la escena de la discusión sobre la ley, ningún actor se proclama expresamente en oposición a la totalidad de la misma. Los enfrentamientos, las luchas y las tensiones aún vigentes, se montan sobre las diversas perspectivas acerca de algunos aspectos contenidos en la ley; especialmente en torno a la resistencia que se establece ante el proceso de des-manicomialización. Son las distintas lecturas interpretativas que se realizan sobre ese proceso y sobre el destino de la institución neuropsiquiátrica, las que definen los diversos posicionamientos de los actores entre sí y respecto a la ley.

De hecho, uno de los supuestos enemigos más acérrimos —la Asociación de Médicos Municipales—, identificado por muchos de los actores que se encontraban defendiendo la implementación de la ley, también se refería a la importancia de la ley y en el marco de ésta, de la implementación de la red de atención comunitaria, compartiendo incluso la opinión respecto a la necesidad de crear dispositivos intermedios para la externación de los pacientes que se encuentran en condiciones y no pueden hacerlo por dificultades de orden social. Sin embargo, han opuesto toda su fuerza

a dos cuestiones centrales: al cierre de neuropsiquiátricos y al acceso de los profesionales no médicos a las jefaturas de servicio. Estos dos aspectos dividen nítidamente a los actores según sus expectativas e intereses, satisfaciendo a unos u otros según el camino que se determine con las instituciones hospitalarias y con el tratamiento de las jerarquías —o simetrías— disciplinarias. Una variedad de cuestiones se juegan al interior: distribución de poder, seguridad y condiciones laborales —se interrogan sobre el destino de los trabajadores de neuropsiquiátricos—, intereses económicos varios, entre los más destacables.

La Ley N° 448 entraña tanto una confrontación entre corporaciones como también disputas encarnadas por los profesionales de la salud en el contexto cotidiano de su ejercicio profesional. De este modo, la oposición y la defensa a la ley conforman una misma unidad de sentido: defender los intereses de los trabajadores, pero en base a la pertenencia a cierta corporación profesional —asociaciones profesionales y otros gremios—. Desde esta perspectiva, la transformación del sistema de salud, en este caso de la organización de la atención de la salud mental, confronta no sólo con orientaciones teóricas, epistemológicas y prácticas diversas —según profesiones y múltiples orientaciones al interior de cada una de ellas—, sino también con un cúmulo de intereses económicos-corporativos.

Respecto al Primer Nivel de Atención, la discusión se centraliza en las competencias de los profesionales que allí se desempeñan para el cumplimiento de actividades comunitarias. La inadecuación del perfil actual de los profesionales de la salud mental se define en el propio Plan de Salud Mental y también desde alguna gestión política que acusa a psicólogos y psiquiatras del Primer Nivel de Atención de realizar prácticas con *diván*. Hemos constatado que

la amplitud y la pluralidad de la Ley N° 448 —producto de una transacción de consenso entre distintos sectores— derivan en el reforzamiento de las prácticas, las modalidades de trabajo y los marcos teóricos instituidos.

Finalmente, nos interesa destacar que al momento del relevamiento de campo, el análisis sobre el estado de situación del área de la salud mental argentina evidenciaba la discordancia entre diversos discursos modernos, acerca de las necesarias transformaciones a realizar, con algunas legislaciones y prácticas de corte más tradicional. En otras palabras, por un lado se asistía a discursos sobre las reformas a encarar y algunas legislaciones al respecto, basadas en los criterios estipulados por los organismos internacionales (OPS, OMS), donde se enfatiza la importancia de la APS, la prevención primaria, la interdisciplinariedad e intersectorialidad, los abordajes comunitarios y la participación activa de la comunidad. Por otro lado, legislaciones y regulaciones sobre el ejercicio profesional que contenían principios más tradicionales, tanto en el ejercicio de la práctica como en la definición de relaciones jerárquicas entre disciplinas, aun cuando algunos de sus artículos hubieran sido derogados por leyes más recientes. Algunas de estas legislaciones eran producto de diversos periodos dictatoriales en Argentina; no correspondiéndose, por ende, con los discursos sobre DDHH que sostienen todas las reformas desmanicomializadoras en el campo de la salud mental. Es decir, por una parte, no existía una orientación legislativa coherente, sino un plafón heterogéneo que estipulaba regulaciones en diversos sentidos, e incluso, que se contradecían entre sí. La sanción posterior de la Ley Nacional de Salud Mental de algún modo constituye un marco regulatorio que asentaría los lineamientos generales de las reformas a encarar.

Por otra parte, y en base a lo descrito en el presente escrito, las formulaciones de la reforma en el sistema de atención de la salud mental aún continúan disociadas del sistema universitario de formación de profesionales de la salud; instancia decisiva para cualquier reforma de salud que se pretenda.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abramzón, M., *Argentina: Recursos Humanos en Salud en 2004*, OPS, Buenos Aires, 2005.
- Alonso Sainz, G., Otero, D., Orlandelli, M., et al., *Ley Nacional de Salud Mental Nº 26.657: Comentarios interdisciplinarios*, Ediciones Centro Norte, Buenos Aires, 2011.
- Amarante, P., *Superar el manicomio*, Topia Editorial, Buenos Aires, 2009.
- Amarante, P., *Locos por la vida. La trayectoria de la reforma psiquiátrica en Brasil*, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2006.
- Ben Plotkin, M., *Freud en las pampas*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2003.
- Galende, E., *Psicofármacos y salud mental. La ilusión de no ser*, Lugar Editorial, Buenos Aires, 2008.
- Galende, E., *Psicoanálisis y salud mental. Para una crítica de la razón psiquiátrica*, Paidós, Buenos Aires, 1994.
- Menéndez, E., “El Modelo Médico Hegemónico. Estructura, función y crisis”, en E. Menéndez, *Morir de alcohol. Saber y hegemonía médica*, Alianza Editorial, México D.F., 1990, p. 83-117.
- Menéndez, E., “El Modelo Médico y la Salud de los Trabajadores”, en *Salud Colectiva*, Volumen 1 Nº 1, Buenos Aires, 2005, p. 9-32.
- OMS, *Informe sobre la salud en el mundo 2001. Salud mental: Nuevos conocimientos, nuevas esperanzas*, OMS, Ginebra, 2001.
- Plan de Salud Mental 2002-2006*, Dirección de Salud Mental, Secretaría de Salud, Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Director: Ricardo H. Soriano.
- Rodríguez Gómez, G., Gil Flores, J., García Jiménez, E., *Metodología de la investigación cualitativa*, Ediciones Aljibe, Málaga, 1996.
- Rosendo, E., *Motivos de consulta y prácticas en salud mental en centros de atención primaria de la ciudad de Rosario: Descripción y análisis cualitativo de la perspectiva de los consultantes y de los profesionales psicólogos*, Tesis de Maestría en Salud Pública, Instituto de la Salud Juan Lazarte, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2002.
- Rosendo, E., “Ley de Salud Mental y reconversión de los profesionales de la salud mental: una aproximación analítica a los programas de formación de profesionales”. En: A. Trímboli, J.C. Fantín, S. Raggi, P. Fridman, E. Grande (comps.), *El malestar en lo cotidiano*. AASM, Serie Conexiones. Buenos Aires, 2007.
- Rosendo, E., “Olvidos de la salud mental en los procesos de desinstitucionalización: Antecedentes históricos, formación universitaria y abordaje social. La Ley de Salud Mental (Nº 448), un ejemplo paradigmático”, Serie de Documentos en Políticas Sociales 2008 del CIOBA, Buenos Aires, 2008.
- Rosendo, E., “Legislación argentina en salud mental: convergencias y divergencias en torno a las reformas en salud mental”, *Revista Virtual de la Facultad de Psicología y Psicopedagogía de la Universidad del Salvador*, Vol. 12, Nº 32, 2013.
- Samaja, J., *Epistemología y metodología*, Eudeba, Buenos Aires, 1993.

Sautu, R., *Todo es teoría. Objetivos y métodos de investigación*, Lumiere, Argentina, 2003.

Visacovsky, S., *El Lanús. Memoria y política en la construcción de una tradición psiquiátrica y psicoanalítica argentina*, Alianza Editorial, Buenos Aires, 2002.

Zaldúa, G., Bottinelli, M., Sopransi, M., *et al.* "Cuestiones y desafíos en la viabilidad de la Ley de Salud Mental", IX Jornadas Nacionales de Debate Interdisciplinario en Salud y Población "Derecho a la salud y protección social", Facultad de Ciencias Sociales, (UBA), Buenos Aires, 2011.

---

Dr. Agustín M. Iglesias Díez\*

---

## Un órgano de revisión para la Ciudad de Buenos Aires

La Ley Nacional N° 26.657 de Derecho a la Protección de la Salud Mental y su Decreto Reglamentario N° 603/2013, además de designar al Ministerio de Salud de la Nación como autoridad de aplicación, previeron la creación de un novedoso organismo independiente, intersectorial e interdisciplinario, en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa, denominado “Órgano de Revisión”.

Este organismo tiene por función promover y contribuir a proteger los Derechos Humanos de los usuarios de los servicios de salud mental conf. art. 38° de la ley mencionada, procurando garantizar el efectivo respeto de la dignidad y la capacidad jurídica de las personas con padecimiento mental.

Podemos clasificar las funciones de la norma en tres grandes categorías conceptuales:<sup>1</sup>

---

1- La Ley 26.657 dispone en su art. 40 que el Órgano de Revisión tendrá las siguientes funciones:

- “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;
- c) Evaluar que las internaciones involuntarias se encuentren debidamente justificadas y no se prolonguen más del tiempo mínimo necesario, pudiendo realizar las denuncias pertinentes en caso de irregularidades y eventualmente, apelar las decisiones del juez;

\* Dr. Agustín M. Iglesias Díez

Director de la Dirección de Intervención Interdisciplinaria - Secretaría General de Asistencia a la Defensa - MPD - CABA.

- a. Funciones operativas, tales como la evaluación de las internaciones involuntarias, de las internaciones voluntarias prolongadas y de las derivaciones.
- b. Funciones de supervisión y monitoreo de las condiciones de internación.
- c. Funciones político-institucionales, consistentes en realizar recomendaciones y propuestas, y formular denuncias cuando corresponda.

Así que nos encontramos tanto ante un órgano técnico jurídico, involucrado en la protección de los Derechos Humanos, como también frente a un ente político y sanitario. En efecto, el ejercicio de las profesiones de la salud comprende una gama de acciones que va desde la prevención, el diagnóstico, la prescripción o indicación terapéutica, el tratamiento, la rehabilitación y la inclusión social —si es pertinente—. El órgano de revisión no es un efector de salud mental y no realiza la atención ni dispensa cui-

---

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;

h) Realizar recomendaciones a la Autoridad de Aplicación;

i) Realizar propuestas de modificación a la legislación en salud 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;

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.”

dados a las personas con padecimiento mental, pero sí —en instancia de revisión— diagnóstica e indica tratamiento, a través de su equipo interdisciplinario, lo que implica el ejercicio de actos propios de las profesiones sanitarias y formula recomendaciones y protocolos sobre estrategias terapéuticas, lo que entraña la formulación de políticas sanitarias y acciones de salud pública.

Todo esto resulta consistente con el enfoque adoptado por la Ley Nacional 26.657 respecto del abordaje comunitario de la salud mental. Este enfoque parte de la noción de que la segregación de la persona con padecimiento mental en una “institución total” —en la terminología de Goffman— determina un empeoramiento de su salud y produce una incapacidad que se adiciona a la que pudiera producir el cuadro clínico que demandó su internación. En consecuencia, se postula un modelo de atención cuyos pilares son la desinstitucionalización, la prevención, la atención primaria, la asistencia coordinada por parte del sistema de atención de la salud, la accesibilidad a las prestaciones, la atención por equipos interdisciplinarios y la participación de la comunidad.

El modelo comunitario se nutre de nociones generales, ampliamente conocidas en el ámbito de la salud pública, en particular las relativas a los niveles de prevención, las que clásicamente se describen como:

- a. La prevención primaria, que consiste en reducir la exposición a los determinantes que causan o contribuyen al desarrollo de los problemas de salud.
- b. La prevención secundaria, que busca hacer un diagnóstico precoz e intervenir en forma temprana con el tratamiento adecuado para maximizar las probabilidades de alcanzar una eventual curación y de no ser posible, minimizar el riesgo de complicaciones.



- c. La prevención terciaria, que pretende evitar o disminuir la minusvalía secular, mediante la rehabilitación.

Pero en la última década, ha cobrado auge en el ámbito académico de la salud pública el concepto de un cuarto nivel de prevención — introducido en Bélgica por Marc Jamouille— y que alude a las acciones tendientes a identificar a los pacientes en riesgo de ser expuestos a una sobreactuación del sistema de atención de la salud, y a protegerlo de los excesos terapéuticos. La prevención cuaternaria sería, pues, un conjunto de actividades tendientes a mitigar o evitar las consecuencias de las intervenciones terapéuticas innecesarias o excesivas. Un concepto que frecuentemente es la contracara de la noción “malicia sanitaria”, término acuñado por la bioética para aludir a toda clase de actividades preventivas, diagnósticas, terapéuticas o rehabilitadoras de dudosa utilidad para el individuo o la sociedad, pero que benefician económicamente a quienes las promueven o promocionan.

**En este sentido y en tanto que órgano de salud pública, el Órgano de Revisión de Salud Mental, es responsable de la prevención cuaternaria por excelencia.**

Este particular conglomerado de funciones determina que el Órgano de Revisión tenga garantizada su independencia funcional, y la representación equitativa y balanceada de todos los sectores con intereses y responsabilidades en relación con la salud mental. Asimismo, siendo un órgano de supervisión y revisión de decisiones diagnósticas y terapéuticas, deberá contar con un equipo interdisciplinario integrado por profesionales de sólida formación y vasta trayectoria académica y profesional, seleccionados mediante mecanismos rigurosos y transparentes, con estabilidad en el cargo para asegurar su indepen-

dencia En el ámbito nacional, el 18 de octubre de 2013, la Secretaría Ejecutiva del Órgano de Revisión Nacional, aprobó la primera integración de este novedoso instituto, en el ámbito de la Defensoría General de la Nación, el cual actúa hoy también en el ámbito local, supliendo la falta de un órgano de revisión propio de la Ciudad.

En efecto, en el marco del proceso de transferencia de competencias judiciales de la Nación a la Ciudad, el Poder Ejecutivo Nacional estableció en la Disposición Transitoria *in fine* del Decreto Nacional N° 603/2013 —reglamentario de la mencionada Ley Nacional N° 26.657— que “En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Órgano de Revisión local ejercerá las funciones señaladas en el artículo 40 de la Ley, *aun si la justicia interviniente fuese nacional*. Sin perjuicio de ello, en este último supuesto, el Órgano de Revisión nacional podrá ejercer subsidiariamente dichas funciones”.

En la inteligencia de que resultaba imperativo y urgente crear en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa y Tutelar de esta Ciudad, el Órgano de Revisión jurisdiccional, con el fin de asumir las funciones que le son propias en resguardo de los Derechos Humanos de los habitantes de nuestra Ciudad, el Defensor General, Dr. Horacio Corti, presentó ante la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a modo de colaboración y con miras a su eventual elevación a consideración del plenario, un proyecto de ley por el que se dispone la creación del Órgano de Revisión de Salud Mental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el ámbito de este Ministerio Público. Este proyecto que publicamos a continuación, ingresó a la Legislatura el 25 de noviembre de 2014, con el número de expediente 3205-O-2014.

En lo que atañe al ámbito en el que debe conformarse el Órgano de Revisión local es pertinente realizar algunas consideraciones.

En primer lugar, cabe recordar que la Ley N° 1903, Orgánica del Ministerio Público, prevé la actuación del Ministerio Público Tutelar en relación con los menores, y las personas declaradas incapaces e inhabilitadas, caso específico previsto en el art. 26° de la Ley Nacional N° 26.657. Sin embargo, el universo de las personas con padecimientos de salud mental, destinatarios de la protección prevista en este nuevo régimen legal, resulta ser mucho más amplio. En efecto, el art. 3° de la citada ley estipula inequívocamente que “Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas”, criterio que es reforzado en su art. 5°, que estipula que la existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir incapacidad o a presumir riesgo de daño, lo que solo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado.

En segundo lugar, surge la necesidad de respetar el debido paralelismo de las formas y las competencias de los órganos de revisión locales respecto al órgano rector nacional. Cabe recordar en este sentido que el Decreto Nacional N° 603/13 de la Ley 26.657 reglamentó los mencionados artículos y definió la estructura funcional del citado órgano, disponiendo en su artículo 38, párrafo 5° que “a los fines de dotar al Órgano de Revisión de la operatividad necesaria para cumplir de un modo más eficaz sus funciones, encomiéndose a la Defensoría General de la Nación la presidencia, representación legal, y coordinación ejecutiva del Órgano Revisor, a través de la organización de una Secretaría Ejecutiva y de un equipo de apoyo técnico y otro administrativo”.

Finalmente, mediante la Resolución N° 3/2013 de la Secretaría Ejecutiva del Órgano de Revisión de la Nación, se aprobaron las “Pautas Mínimas para la Conformación de los Órganos

de Revisión Locales”, estableciendo que “El Ministerio Público de la Defensa, en aquellos distritos en los cuales sea autónomo del Poder Judicial, resulta un ámbito privilegiado en cuanto reúne las tres condiciones señaladas [autonomía, independencia y permanencia en el tiempo]. Asimismo, dentro del propio ámbito de funcionamiento, deberá garantizarse la mayor autonomía funcional posible...” (Anexo II, punto 2).

Respetando las pautas mencionadas, en nuestro proyecto se propicia la creación del Órgano de Revisión de la Ciudad de Buenos Aires en el ámbito del Ministerio Público, bajo la superintendencia conjunta de la Defensoría General y de la Asesoría General Tutelar.

Se prevé en el referido proyecto que el Órgano de Revisión de Salud Mental ejerza sus funciones en el ámbito territorial de la Ciudad, incluso si el juzgado interviniente fuese nacional, tal como lo prevé expresamente la disposición transitoria del Decreto Nacional 603/2013.

También intervendrá, —en coordinación con sus homólogos, nacional y provinciales—, en relación con toda internación por motivos de salud mental que sea efectuada fuera de la jurisdicción, siempre que ella sea a cargo del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o que se trate de un habitante de la Ciudad.

Asimismo, y concordantemente con lo dispuesto por la Ley Nacional 26.657 en su art. 4°, en cuanto “Las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Las personas con uso problemático de drogas, legales e ilegales, tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en su relación con los servicios de salud”, nuestro proyecto extiende su ámbito de aplicación a todos los servicios y establecimientos de atención de la salud, inclusive los establecimientos de atención de las adicciones, cualquiera fuere su forma, organización o categorización jurídica.

Se propone la adopción de cuatro principios rectores para la actuación del Órgano de Revisión de la Ciudad, que exteriorizan el espíritu y filosofía que impregna la ley nacional:

- a) El Órgano de Revisión promoverá el resguardo de los Derechos Humanos de los usuarios de los servicios de salud mental. A tal fin, aplicará preferentemente las disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y demás instrumentos internacionales vinculados a los Derechos Humanos.
- b) Dicho Órgano empleará en su accionar, como criterio interpretativo, las decisiones o normas emitidas en el marco de los Sistemas Interamericano de Derechos Humanos y Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos.
- c) En caso de duda o diferencia de criterios, siempre se aplicará la opción que menos restrinja la libertad de la persona internada.
- d) 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.

Respetando el paralelismo de formas con su homólogo nacional, se propone que nuestro Órgano de Revisión de Salud Mental tenga una integración interdisciplinaria e intersectorial, que en el ámbito local estará conformada por un representante del Ministerio Público de la Defensa y otro del Ministerio Público Tutelar, un representante del Ministerio de Salud y otro del de Desarrollo Social del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A ello

se suma un representante de la Defensoría del Pueblo, un representante de asociaciones de usuarios y/o familiares del sistema de salud, un representante de las asociaciones de profesionales y otro de los trabajadores de la salud, y finalmente, un representante de las organizaciones de la sociedad civil, con acreditada trayectoria en la defensa de los Derechos Humanos.

El Órgano de Revisión de Salud Mental será presidido en forma conjunta por dos Secretarios Generales, un Secretario General de la Defensa y un Secretario General Tutelar, que serán designados por el Defensor General y el Asesor General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respectivamente.

Cada Secretario General ejercerá la representación legal y la coordinación ejecutiva del Órgano de Revisión de Salud Mental, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, conforme la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 1903.

Contarán al efecto con un equipo de apoyo técnico interdisciplinario y otro administrativo. Deberán convocar y coordinar conjuntamente las reuniones de los integrantes del organismo, implementar las estrategias políticas, jurídicas e institucionales, participar con voz y sin voto de las reuniones, seguir los lineamientos acordados por los integrantes del Órgano, canalizar la colaboración necesaria entre los distintos miembros, y adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento permanente del organismo, rindiendo cuentas de las acciones emprendidas.

La actividad de carácter operativo, técnico y administrativo será sustentada por los equipos de apoyo enunciados precedentemente, cuyo personal será provisto por la Defensoría General y la Asesoría General Tutelar y coordinado por las Secretarías Generales.

El Órgano de Revisión de la Ciudad deberá ejercer, como mínimo, las funciones previstas por el art. 40° de la ley para su homólogo nacional. Además de lo cual proponemos como funciones adicionales para el órgano local, con el fin de ampliar la protección de los derechos de los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires, las siguientes:

- a. Intervenir en las internaciones dictadas en función del art. 34 del Código Penal;
- b. Desarrollar todas las acciones que se consideren necesarias para difundir la cultura de los Derechos Humanos de las personas con padecimientos mentales;
- c. Controlar el cumplimiento del ejercicio de los derechos políticos de las personas internadas;
- d. En los casos que se detecte que la internación de una persona se prolongue por problemáticas de orden social, se deberán promover actuaciones administrativas tendientes a que los organismos responsables provean efectivamente el recurso adecuado para concretar la externación. Cumplido el plazo perentorio que se establezca sin obtener respuesta favorable, se le comunicará inmediatamente a los titulares de la Asesoría General Tutelar o del Ministerio Público de la Defensa, según corresponda, a efectos de que impartan las instrucciones correspondientes.
- e. Organizar los equipos interdisciplinarios a fin de efectuar las evaluaciones que prevé el art. 24 de la Ley Nacional N° 26.657;
- f. Realizar de forma periódica un relevamiento en los términos del art. 35 de la Ley Nacional N° 26.657, de las personas que se encuentran internadas afectadas en su salud mental;
- g. En los casos en que la persona no estuviese acompañada por familiares y/o referentes afectivos o se desconociese su identidad al momento del ingreso, velar por que la institución que realiza la internación y los organismos públicos que correspondan lleven a cabo las averiguaciones tendientes a conseguir datos de los familiares o lazos afectivos que la persona tuviese o indicase, o esclarecer su identidad, a fin de propiciar su retorno al ámbito familiar y comunitario lo antes posible;
- h. Recibir y dar trámite a toda información relativa a posibles o efectivas irregularidades que impliquen un trato indigno, cruel, inhumano y/o degradante a personas bajo tratamiento, o una limitación indebida de su autonomía. Dicho procedimiento se podrá realizar bajo reserva de identidad y contará con las garantías debidas del resguardo a su fuente laboral y no será considerado como violación al secreto profesional;
- i. En los casos de internación de personas menores de edad, velar por el cumplimiento de la normativa local, nacional e internacional de protección integral de derechos de los niños, niñas y adolescentes, particularmente su derecho a ser informado, a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, a contar con un abogado, al consentimiento informado y a la convivencia familiar. En estos supuestos se deberá garantizar la intervención del Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes;
- j. Presentar ante la Legislatura informes de carácter público que den cuenta de la gestión del órgano, las estadísticas relevadas y sus recomendaciones. Cada vez que una situación lo amerite, podrán confeccionarse

cionarse comunicados de prensa, informes o publicaciones;

- k. El Órgano de Revisión podrá realizar convenios con entidades públicas o privadas, con competencia en la materia, para que brinden asesoramiento técnico a efectos de coadyuvar a su buen funcionamiento. También podrá convocar, a los mismos fines, a personalidades destacadas en la materia.

Para el ejercicio de dichas funciones, se prevé que el Órgano de Revisión de Salud Mental posea legitimación procesal para intervenir en todas las actuaciones judiciales que involucren internaciones por razones de salud mental ante cualquier fuero y jurisdicción, ya sea dentro del territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como fuera de él, siempre que involucren a un habitante de la Ciudad u otra persona cuya atención esté a cargo del GCBA, en todos los casos con el patrocinio letrado de los magistrados del Ministerio Público local.

Finalmente, se impone el deber de colaboración a todo organismo o entidad que preste servicios relacionados con la salud mental en el ámbito territorial de esta Ciudad, así como aquellos en extraña jurisdicción que presten servicios por cuenta y orden del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como la obligación de inscribirse en un registro de instituciones y el deber de informar a los usuarios acerca de sus derechos y de las vías de contacto con el Órgano de Revisión.

Finalmente, se establece que para el cumplimiento de sus funciones, los empleados y/o funcionarios autorizados del Órgano de Revisión de Salud Mental tendrán el libre acceso a todas las dependencias de las instituciones de internación o tratamiento de adicciones, tanto estatales como privadas, incluso en días y horas inhábi-

les. Las actividades de fiscalización y control podrán realizarse sin previo aviso ni autorización. Tendrán libre acceso a la documentación clínica de los pacientes y los profesionales designados a tal fin por cada Secretaría General, tendrán la facultad de entrevistar a las personas internadas, sin la presencia de terceros.

Sin duda, la creación de este organismo redundará en el afianzamiento de los derechos de los usuarios de los servicios de salud mental, en nuestra Ciudad. Pero también estimamos necesario poner de resalto, que la autonomía de nuestro Estado local se vio seriamente limitada desde su origen, como lo refleja la disposición transitoria segunda de nuestro texto constitucional, en razón de las limitaciones de hecho impuestas por la Ley 24.588. Hoy actúa y ejerce plenamente su competencia en el ámbito territorial de esta Ciudad de Buenos Aires, el Órgano de Revisión Nacional, en cuya composición intersectorial participan representantes del Poder Ejecutivo Nacional y del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, sin participación alguna de las instituciones locales. El Decreto Nacional 603/2013 previó en su disposición transitoria la transferencia de dicha competencia y el cese de la intervención en el ámbito territorial local del Órgano de Revisión Nacional de no mediar supuestos de gravedad institucional, a partir del momento en que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ponga en funcionamiento su propio órgano de revisión local. Es una oportunidad que no debemos desaprovechar.

## Anteproyecto del Ministerio Público de la Defensa de la CABA

---

### LEY DE CREACIÓN DEL ÓRGANO DE REVISIÓN DE LA CABA

**Artículo 1°.- Creación del Órgano de Revisión.** Créase en el ámbito del Ministerio Público, bajo la superintendencia conjunta de la Defensoría General y de la Asesoría General Tutelar, el Órgano de Revisión de Salud Mental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Tendrá por objeto la protección y promoción de los Derechos Humanos de los usuarios de los servicios de salud mental.

**Artículo 2°.- Ámbito de aplicación.** El Órgano de Revisión de Salud Mental ejercerá sus funciones en el ámbito territorial de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, incluso si el juzgado interviniente fuese nacional. También intervendrá, en coordinación con sus homólogos, nacional y provinciales, en relación con toda internación por motivos de salud mental que sea efectuada fuera de la jurisdicción, siempre que ella sea a cargo del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o que se trate de un habitante de la Ciudad. Quedan comprendidos todos los servicios y establecimientos de atención de la salud, inclusive los establecimientos de atención de las adicciones, cualquiera fuere su forma, organización o categorización jurídica.

**Artículo 3°.- Principios rectores.** Son principios rectores del Órgano de Revisión:

- a) El Órgano de Revisión promoverá el resguardo de los Derechos Humanos de los usuarios de los servicios de salud men-

tal. A tal fin, aplicará preferentemente las disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y demás instrumentos internacionales vinculados a los Derechos Humanos.

- b) Dicho órgano empleará en su accionar, como criterio interpretativo, las decisiones o normas emitidas en el marco de los Sistemas Interamericanos de Derechos Humanos y Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos.
- c) En caso de duda o diferencia de criterios, siempre se aplicará la opción que menos restrinja la libertad de la persona internada.
- d) 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.

**Artículo 4°.- Integración.** El Órgano de Revisión de Salud Mental tendrá una integración interdisciplinaria e intersectorial, conformada del siguiente modo:

- a. UN (1) representante del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- b. UN (1) representante del Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- c. DOS (2) representantes del Poder Ejecutivo del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, uno del área de salud y otro de desarrollo social.
- d. UN (1) representante de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

- e. UN (1) representante de asociaciones de usuarios y/o familiares del sistema de salud.
- f. DOS (2) representantes de asociaciones de profesionales y trabajadores de la salud.
- g. UN (1) representante de Organizaciones de la Sociedad Civil con acreditada trayectoria en la defensa de los Derechos Humanos.

Los mencionados representantes cumplirán funciones en forma honoraria, sin perjuicio de las retribuciones salariales que cada uno pueda percibir de parte de las organizaciones a las que pertenecen.

Los representantes de organismos de Derechos Humanos y/o de organizaciones no gubernamentales integrantes del Órgano de Revisión de Salud Mental percibirán los viáticos y compensaciones necesarias para el desarrollo de sus tareas, de acuerdo con las normas internas del Ministerio Público de la Ciudad de Buenos Aires.

Las entidades que sean designadas a tal efecto integrarán el Órgano de Revisión por el término de DOS (2) años, al cabo de los cuales deberán elegirse nuevas organizaciones. Cada institución deberá designar UN (1) representante titular y UN (1) representante suplente, para el caso de ausencia o imposibilidad de concurrir del primero. En caso de renuncia o impedimento de los dos representantes de las entidades designadas para participar del Órgano de Revisión, deberá reeditarse el procedimiento de selección para incorporar a una reemplazante, hasta la culminación del período.

**Artículo 5º.- Secretarías Generales.** El Órgano de Revisión de Salud Mental será presidido en forma conjunta por dos Secretarios Generales, un Secretario General de la Defensa y un Secretario General Tutelar, que serán designados y removidos por el Defensor General y el

Asesor General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires respectivamente. Cada Secretario General ejerce la representación legal y la coordinación ejecutiva del Órgano de Revisión de Salud Mental, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, conforme la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 1903, lo previsto en el art. 26 de la Ley Nacional N° 26.657 y lo que determine la reglamentación. Contarán al efecto con un equipo de apoyo técnico interdisciplinario y otro administrativo. Deberán convocar y coordinar conjuntamente las reuniones de los integrantes del organismo, implementar las estrategias políticas, jurídicas e institucionales, participar con voz y sin voto de las reuniones, seguir los lineamientos acordados por los integrantes del Órgano, canalizar la colaboración necesaria entre los distintos miembros, y adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento permanente del organismo, rindiendo cuentas de las acciones emprendidas.

La actividad de carácter operativo, técnico y administrativo será sustentada por los equipos de apoyo enunciados precedentemente, cuyo personal será provisto por la Defensoría General y la Asesoría General Tutelar y coordinado por las Secretarías Generales.

En la conformación del equipo de apoyo técnico, cada Secretaría General deberá velar por el respeto del criterio interdisciplinario previsto en la Ley Nacional N° 26.657, la Ley de la Ciudad de Buenos Aires N° 448 y asegurarse de que el personal no posea conflictos de intereses respecto de las tareas encomendadas. Asimismo, se deberán observar las previsiones existentes en la normativa local sobre empleo público en materia de género y discapacidad. Los profesionales de la salud que se desempeñen en el órgano tendrán autorizado el ejercicio asistencial de la profesión, público o privado, siempre que no exista superposición horaria ni incom-

patibilidades, previa autorización expresa de su titular, en las condiciones que se reglamenten.

**Artículo 6°.- Funcionamiento.** El Órgano de Revisión de Salud Mental sesionará con el quórum mínimo de CINCO (5) miembros. La toma de decisiones será por mayoría simple de los miembros presentes. 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 así lo requiera.

**Artículo 7°.- Funciones.** Son funciones del Órgano de Revisión de Salud Mental:

- a. Requerir información a las instituciones públicas y privadas que permita evaluar las adecuaciones institucionales de acuerdo a la Ley 26.657;
- b. Supervisar de oficio, por denuncia de particulares o en virtud de la información que deben suministrar los integrantes del equipo de salud, las condiciones de internación y tratamiento por razones de salud mental, en el ámbito público y privado que vayan en desmedro de los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud mental, debiendo requerir información que deberá ser contestada en un plazo máximo de 5 (cinco) días hábiles;
- c. Evaluar que las internaciones involuntarias y las voluntarias prolongadas se encuentren debidamente justificadas y no se prolonguen más del tiempo mínimo necesario, pudiendo realizar las denuncias pertinentes en caso de irregularidades y eventualmente, apelar las decisiones del juez;
- d. Controlar que las derivaciones que se realizan fuera del ámbito comunitario cumplan con los requisitos y condiciones establecidos en el artículo 30 de la Ley Nacional N° 26.657;
- e. Informar al Ministerio de Salud y de Desarrollo Social periódicamente sobre las evaluaciones realizadas y proponer las modificaciones pertinentes;
- f. Requerir la intervención judicial o administrativa así como de otros organismos de protección de derechos, ante situaciones irregulares;
- g. Efectuar presentaciones ante el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires o el organismo que en cada jurisdicción corresponda en las situaciones en que hubiera irregularidades relacionadas con la actuación de los magistrados;
- h. Realizar recomendaciones al Ministerio de Salud y de Desarrollo Social;
- i. Realizar propuestas de modificación a la legislación en salud mental tendientes a garantizar los Derechos Humanos;
- j. Colaborar en todo cuanto fuere pertinente con el Órgano de Revisión de la Defensoría General de la Nación y los órganos de revisión de las provincias, sosteniendo espacios de intercambio, capacitación y coordinación, a efectos del cumplimiento eficiente de sus funciones;
- k. Controlar el cumplimiento de la Ley Nacional N° 26.657 y de la Ley de la Ciudad N° 448;
- l. Velar por el cumplimiento de los derechos de las personas en procesos por cuestiones de salud mental o donde se cuestione el ejercicio de la capacidad jurídica. Asimismo podrá intervenir en las internaciones dictadas en función del art. 34 del Código Penal;
- m. Desarrollar todas las acciones que se



- consideren necesarias para difundir la cultura de los Derechos Humanos de las personas con padecimientos mentales;
- n. Controlar el cumplimiento del ejercicio de los derechos políticos de las personas internadas;
- ñ. En los casos que se detecte que la internación de una persona se prolongue por problemáticas de orden social, se deberán promover actuaciones administrativas tendientes a que los organismos responsables provean efectivamente el recurso adecuado para concretar la externación. Cumplido el plazo perentorio que se establezca sin obtener respuesta favorable, se le comunicará inmediatamente a los titulares de la Asesoría General Tutelar o del Ministerio Público de la Defensa, según corresponda, a efectos de que impartan las instrucciones correspondientes.
- o. Organizar los equipos interdisciplinarios a fin de efectuar las evaluaciones que prevé el art. 24 de la Ley Nacional Nº 26.657;
- p. Realizar de forma periódica un relevamiento en los términos del art. 35 de la Ley Nacional Nº 26.657 de las personas que se encuentran internadas, afectadas en su salud mental;
- q. En los casos en que la persona no estuviese acompañada por familiares y/o referentes afectivos o se desconociese su identidad al momento del ingreso, velar por que la institución que realiza la internación y los organismos públicos que correspondan lleven a cabo las averiguaciones tendientes a conseguir datos de los familiares o lazos afectivos que la persona tuviese o indicase, o esclarecer su identidad, a fin de propiciar su retorno al ámbito familiar y comunitario lo antes posible;
- r. Recibir y dar trámite a toda información relativa a posibles o efectivas irregularidades que implicaran un trato indigno, cruel, inhumano y/o degradante a personas bajo tratamiento, o una limitación indebida de su autonomía. Dicho procedimiento se podrá realizar bajo reserva de identidad y contará con las garantías debidas del resguardo a su fuente laboral y no será considerado como violación al secreto profesional;
- s. En los casos de internación de personas menores de edad, velar por el cumplimiento de la normativa local, nacional e internacional de protección integral de derechos de los niños, niñas y adolescentes, particularmente su derecho a ser informado, a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, a contar con un abogado, al consentimiento informado y a la convivencia familiar. En estos supuestos se deberá garantizar la intervención del Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes;
- t. Presentar ante la Legislatura informes de carácter público que den cuenta de la gestión del órgano, las estadísticas relevadas y sus recomendaciones. Cada vez que una situación lo amerite, podrán confeccionarse comunicados de prensa, informes o publicaciones;
- u. El Órgano de Revisión podrá realizar convenios con entidades públicas o privadas, con competencia en la materia, para que brinden asesoramiento técnico a efectos de coadyuvar a su buen funcionamiento. También podrá convocar, a los mismos fines, a personalidades destacadas en la materia.

**Artículo 8º.- Legitimación procesal.** El Órgano de Revisión de Salud Mental posee legitimación procesal para intervenir en todas las actuaciones judiciales que involucren internaciones por razones de salud mental ante cualquier fuero y jurisdicción, ya sea dentro del territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como fuera de él, siempre que involucren a un habitante de la Ciudad. Podrá formular denuncias, incoar e impulsar procedimientos administrativos, solicitar la intervención de las autoridades judiciales, o iniciar e impulsar cualquier otra acción que fuere conducente para la defensa de los Derechos Humanos de las personas internadas y para asegurar el cambio institucional que prevé la Ley Nacional Nº 26.657. A tal efecto, actuará en todos los casos con el patrocinio letrado de los magistrados del Ministerio Público local.

**Artículo 9º.- Deber de colaboración.** Todo organismo o entidad, cualquiera sea su forma, categorización u organización jurídica, que preste servicios relacionados con la salud mental en el ámbito territorial de esta Ciudad, así como aquellos en extraña jurisdicción que presten servicios por cuenta y orden del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de la figura jurídica que fuere, deberán prestar colaboración con el Órgano de Revisión de Salud Mental en sus investigaciones o inspecciones. En caso de incumplimiento de dicha obligación, la Secretaría General interviniente deberá reportar dicha situación al ente superior en jerarquía y/o al que realice el contralor del organismo renuente, sin perjuicio de formular las denuncias y promover las acciones correspondientes.

Para el cumplimiento de sus funciones, los empleados y/o funcionarios autorizados del Órgano de Revisión de Salud Mental tendrán el libre acceso a todas las dependencias de las

instituciones de internación o tratamiento de adicciones, tanto estatales como privadas, incluso en días y horas inhábiles. Las actividades de fiscalización y control podrán realizarse sin previo aviso ni autorización. Tendrán libre acceso a la documentación clínica de los pacientes y los profesionales designados a tal fin por cada Secretaría General, tendrán la facultad de entrevistar a las personas internadas, sin la presencia de terceros.

**Artículo 10.- Vías de comunicación y accesibilidad.** A los fines de cumplir con sus funciones, el Órgano de Revisión habilitará diferentes vías de contacto, las cuales motivarán —indistintamente— su intervención. Como mínimo, se aplicarán las siguientes:

- a. Presencial: consignar domicilio y horario de atención a fin de recibir personalmente y de manera oral cualquier denuncia y/o comunicación.
- b. Telefónico: consignará un número gratuito de atención telefónica, el cual deberá funcionar todos los días, incluyendo los inhábiles, durante las 24 (veinticuatro) horas.
- c. Correo Postal: establecerá un domicilio a fin de recibir correspondencia.
- d. Mesa de Entradas: consignará el domicilio y horario de atención a fin de recibir oficios, cédulas y demás notificaciones con acuse de recibo.
- e. Correo Electrónico: conformará una dirección de correo electrónico oficial, en la cual recibirá las notificaciones.
- f. Internet: conformará un dominio de internet oficial a los fines de recibir comunicaciones a través del mismo.

Todo documento o actuación del Órgano de Revisión debe respetar estándares mínimos de accesibilidad comunicacional. Se deberá adoptar un lenguaje sencillo y flexibilizar todo rigorismo formal, a fin de favorecer la participación social de todas las personas.

El Órgano de Revisión debe expedirse por escrito en un plazo máximo de 10 (diez) días hábiles ante cada presentación realizada por particulares u organismos, cualquiera sea la vía por la cual fuera canalizada.

**Artículo 11º.- Deber de información.** Todas las instituciones que brinden servicios de salud mental, con o sin internación, deben exhibir en lugares visibles para las personas internadas y sus familiares un letrero que será provisto por el Órgano de Revisión de Salud Mental. El mismo tendrá un tamaño mínimo de 0.80 cm x 0.50 cm y en letras bien visibles consignará la siguiente leyenda: “Las leyes de salud mental garantizan los derechos de los/as usuarios/as de salud mental. Usted puede informarse al respecto a través de las siguientes vías: (consignar todas las vías de contacto del Órgano de Revisión de Salud Mental enumeradas y las correspondientes a la Autoridad local en materia de salud mental)”.

**Artículo 12º.- Registro de instituciones.** El Órgano de Revisión debe organizar un registro actualizado de instituciones que brindan servicios de salud mental, en colaboración con el Órgano de Revisión Nacional. A tales efectos, está autorizado a requerir a las autoridades nacionales y locales competentes, así como a las mismas instituciones, la información que fuera necesaria para conformarlo.

Es obligación de toda institución que brinde servicios de salud mental inscribirse en este registro.

**Artículo 13º.- Recursos presupuestarios.** El Ministerio Público, a través de los respectivos servicios administrativo-financieros de la Defensoría General y de la Asesoría General Tutelar, se encargará de brindar el soporte necesario para la ejecución del presupuesto para el funcionamiento del Órgano de Revisión de Salud Mental, asignado dentro de la Jurisdicción 5, Programa 40. La Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires deberá contemplar en el presupuesto que se establezca, la partida necesaria para el funcionamiento del Órgano de Revisión de Salud Mental que, cumpliendo el principio de progresividad y no regresividad, en ningún caso podrá ser inferior, en términos reales, a la del año previo.

**Artículo 14º.- Reglamentación.** La presente Ley será reglamentada por Resolución Conjunta del Ministerio Público de la Defensa y del Ministerio Público Tutelar, en un plazo máximo de sesenta (60) días a partir de su promulgación, debiendo regularse sobre la elección de los representantes, así como sobre el funcionamiento y la estructura del Órgano de Revisión.

**Artículo 15º.- Cláusula transitoria.** En los casos en que se encuentre interviniendo el Órgano de Revisión Nacional, se trabajará en forma conjunta hasta la completa asunción de funciones al Órgano de Revisión Local en los casos de su competencia.

**Artículo 16º.- De forma.** Comuníquese, etc.

Horacio Corti  
Defensor General  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

## Anteproyecto

---

### LEY DE CREACIÓN DEL ÓRGANO DE REVISIÓN DE LA CABA

#### FUNDAMENTOS

Señor Vicepresidente 1°:

La Ciudad de Buenos Aires ha sido pionera en la promoción y protección de los Derechos Humanos de sus habitantes, y en particular del derecho a la salud y a la salud mental, a través de las expresas previsiones de su Constitución, de su Ley Básica de Salud N° 154, y de su Ley de Salud Mental N° 448.

Con el propósito de avanzar en el reconocimiento de derechos en el ámbito de la salud mental, el 12 de septiembre de 2005 se conformó a nivel nacional la Mesa Federal de Salud Mental, Justicia y Derechos Humanos.

Este espacio intersectorial propuso modernizar la legislación nacional, incorporando los principios de las Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, así como las pautas establecidas en la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud.

Asimismo, se observaron las previsiones de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que establece entre otras cosas que la discapacidad no está en la persona sino en la relación entre esa persona en su interacción con el medio social, que facilita o dificulta su integración, y el derecho básico a la autonomía personal, entendiéndose que las personas con discapacidad psicosocial deben tener la

posibilidad de desarrollar su propio plan de vida y contar con los apoyos necesarios para ello.

La Ley Nacional N° 26.657 fue promulgada como resultado del nivel de debate, participación y consenso alcanzado en el marco de las diversas actividades emprendidas conjuntamente entre los tres poderes del Estado y la sociedad civil. Esta norma diseñó un esquema de integración intersectorial con el objetivo de garantizar el efectivo respeto de la dignidad y la capacidad jurídica de las personas con padecimiento mental y, principalmente, de los Derechos Humanos de quienes resultaran usuarios de los servicios de salud mental. Es de destacar que la Ley es de orden público (conforme Artículo 45 de la Ley 26.657) y por lo tanto de aplicación a nivel nacional, sin necesidad de adhesión por las jurisdicciones particulares.

A tal efecto, el artículo 38 de la citada Ley Nacional dispuso la creación, en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa, del Órgano de Revisión, cuyo diseño y atribuciones se encuentran contemplados en los artículos 39 y 40.

En lo que atañe al ámbito en el que debe conformarse el Órgano de Revisión local es pertinente realizar algunas consideraciones.

En primer lugar, cabe recordar que la Ley N° 1903, Orgánica del Ministerio Público, prevé la actuación del Ministerio Público Tutelar en relación con los menores, y las personas declaradas incapaces e inhabilitadas, caso específico previsto en el art. 26° de la Ley Nacional N° 26.657. Sin embargo, el universo de las personas con padecimientos de salud mental, destinatarios de la protección prevista en este nuevo régimen legal, resulta ser mucho más amplio. En efecto, el art. 3° de la citada Ley Nacional, estipula inequívocamente que “Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas”, criterio que es reforzado en su art. 5°, que estipula que la existencia de diagnóstico en el campo de la salud

mental no autoriza en ningún caso a presumir incapacidad o a presumir riesgo de daño, lo que solo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado.

En segundo lugar, surge la necesidad de respetar el debido paralelismo de las formas y las competencias de los órganos de revisión locales respecto al órgano rector nacional. Cabe recordar en este sentido que el Decreto Nacional Nº 603/13 de la Ley 26.657 reglamentó los mencionados artículos y definió la estructura funcional del citado órgano, disponiendo en su artículo 38, párrafo 5º que “a los fines de dotar al Órgano de Revisión de la operatividad necesaria para cumplir de un modo más eficaz sus funciones, encomiéndose a la DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACION la Presidencia, representación legal, y coordinación ejecutiva del Órgano Revisor, a través de la organización de una Secretaría Ejecutiva y de un equipo de apoyo técnico y otro administrativo”.

Es así que, en miras a 1) respetar los principios de igualdad, no discriminación y presunción de capacidad en condiciones de paridad con todos los ciudadanos de esta jurisdicción que acuden al Ministerio Público en búsqueda de la protección de sus derechos, 2) el debido respeto a la división y equilibrio entre los poderes públicos, y 3) la debida correlación con el ámbito de inserción del Órgano de Revisión Nacional, corresponde la conformación del Órgano de Revisión en el ámbito del Ministerio Público local, bajo la superintendencia conjunta de la Asesoría General Tutelar y de la Defensoría General.

Así las cosas y considerando que el Decreto Nacional Nº 603/2013 prevé expresamente en el párrafo final de su Disposición Transitoria que “En el ámbito de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, el Órgano de Revisión

local ejercerá las funciones señaladas en el artículo 40 de la Ley, aun si la justicia interviniente fuese nacional. Sin perjuicio de ello, en éste último supuesto, el Órgano de Revisión nacional podrá ejercer subsidiariamente dichas funciones”, deviene necesario con suma urgencia crear en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa y Tutelar de esta Ciudad, el Órgano de Revisión jurisdiccional, con el fin de asumir las funciones que le son propias en resguardo de los Derechos Humanos de los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por ello, se solicita la aprobación del presente Proyecto de Ley.

Horacio Corti  
Defensor General  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Año 5  
NÚMERO 7  
JULIO  
DE 2015

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA

---

Dr. Domingo Norberto Fernández \*

---

## El Órgano de Revisión de la Provincia de Santa Cruz

El presente es un breve comentario acerca de la génesis de la legislación provincial de Santa Cruz en materia de salud mental y, particularmente, en lo atinente al Órgano de Revisión local que ha diseñado el legislador.

Cabe destacar que previo a la sanción de la norma, hoy Ley N° 3343, existieron numerosas reuniones de carácter interdisciplinarias e interinstitucionales —dada la responsabilidad transversal en materia de salud mental— convocadas por el Ministerio de Salud Provincial, a través de la Dirección Provincial de Salud Colectiva y de Salud Mental a las que acudieron representantes del Ministerio de Desarrollo Social provincial, del Consejo de Educación, de la Secretaría de Derechos Humanos, de los Juzgados de Familia así como de la Defensoría de Menores y de la Defensoría General ante el Tribunal Superior de Santa Cruz, órgano a mi cargo. Fue así que de estos positivos intercambios respecto de las prácticas en materia de salud mental y, especialmente teniendo en consideración que ya estaba vigente la Ley Nacional de Salud Mental (LSM), se comenzó a diseñar un proyecto normativo provincial para que el cuerpo legal nacional tenga un correlato local, que haga operativa su aplicación.

\* Dr. Domingo Norberto Fernández  
Defensor General de la Provincia de Santa Cruz.

Fue por ello que, primero se determinó la autoridad de aplicación en el Ministerio de Salud de la Provincia y más tarde, se creó el Órgano de Revisión en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa, tal como lo concibe la normativa nacional, generando además un equipo de apoyo técnico y administrativo para coadyuvar en la protección de los Derechos Humanos de los usuarios del servicio de salud mental.

Este diseño, resultante del trabajo en equipo, fue elevado luego a legisladores comprometidos con la materia de salud mental. Por su iniciativa, el proyecto tomó estado parlamentario, y tras obtener dictámenes favorables en las comisiones a las que fue girado, fue sancionado y posteriormente promulgado por el Poder Ejecutivo Provincial.

A más de un año de vigencia de la ley, el Órgano de Revisión de Santa Cruz ha comenzado a funcionar tratando de desterrar viejas prácticas, sensibilizando en la generación de los dispositivos necesarios para la atención social y comunitaria de las personas.

El 30 de abril de 2015 se aprobó el Reglamento Interno que ordena su funcionamiento, en el que se destaca haber establecido un mandato de un año para las designaciones de las organizaciones no gubernamentales —atento a las particularidades y extensión de la provincia de Santa Cruz—, a los fines de posibilitar la renovación e incorporación de las mismas a través de mecanismos de transparencia que garanticen su representatividad y que fueron legislados en las posteriores sesiones plenarias. Asimismo, establece las funciones del Plenario y encomienda a la Secretaría Ejecutiva la presidencia y representación legal, entre otras atribuciones.

Con la designación de la letrada adjunta, se da cumplimiento al art. 13 de la Ley 3343 conformando el equipo administrativo técnico que

dota de operatividad al Órgano de Revisión. El mismo está integrado por una psicóloga y un técnico en adicciones. Mediante la Resolución T° VI, R° 129, F° 129 Defensoría General, del 21/5/2015 se instaura la Secretaría Ejecutiva a cargo de la letrada adjunta del equipo técnico administrativo del Órgano de Revisión

Habiendo superado la etapa constitutiva, el Órgano de Revisión empezó a funcionar en pleno, reuniéndose en este ciclo inicial cada 15 días en Río Gallegos, capital provincial, donde ejerce mayormente sus funciones y se radica el único Centro de Salud Mental y Hospital de Día de la provincia.

Desde su constitución, el Órgano de Revisión en sesión plenaria, aprobó su Plan de Acción para el año 2015-2016. Las líneas de trabajo que se desprenden del objetivo general son “monitorear y promocionar el cumplimiento de la Ley 26.657 en toda la Provincia con el fin de proteger y garantizar los Derechos Humanos de los usuarios de los servicios de salud mental”.

Para ello, se realizaron presentaciones del Órgano de Revisión local con la presencia de la Dra. María Graciela Iglesias, Secretaria Ejecutiva del Órgano de Revisión Nacional, tanto en la zona sur como en la zona norte, a los fines de difundir sus funciones y sensibilizar a los operadores del Poder Judicial y de los Servicios de Salud Mental de las distintas localidades, sobre el cambio de paradigma y el enfoque de derecho constitucional que estatuye la Ley 26.657.

Paralelamente, la Secretaria Ejecutiva junto con el equipo técnico, en coordinación con esta Defensoría General recorrieron las localidades, manteniendo entrevistas con las autoridades de los juzgados y las defensorías locales, directivos de hospitales e institutos privados de internación. Esta actividad posibilitó la realización de un relevamiento tanto de las prácticas en materia de salud mental, como del nivel de cumpli-



miento de la Ley 26.657. Para luego, efectuar recomendaciones y señalamientos pertinentes en lo que respecta a las internaciones coactivas de adultos.

El desafío que se nos presenta es la implementación y monitoreo de la LSM en un territorio extenso, con realidades distintas y recursos escasos, cuyo principal problema, a diferencia de otras jurisdicciones, no deviene de la práctica de la manicomialización, sino de la falta de dispositivos en red con base en la comunidad y por ello, en el uso del recurso de la derivación de los usuarios a otras ciudades, con el consecuente desarraigo y pérdida del centro de vida. De allí que la puesta en marcha del Órgano de Revisión posea vital importancia en beneficio de la protección de los Derechos Humanos de los usuarios de los servicios de salud mental de Santa Cruz.

**Poder Legislativo  
de la Provincia  
de Santa Cruz**

Publicada en el Boletín Oficial  
de la Provincia de Santa Cruz el  
29 de abril de 2014

## **Ley N° 3343**

---

EL PODER LEGISLATIVO DE LA PROVINCIA DE SANTA  
CRUZ SANCIONA CON FUERZA DE LEY:

**ARTÍCULO 1.-** La presente ley tiene por objeto asegurar la aplicación de los principios y fines establecidos por la Ley Nacional 26.657 de “Salud Mental”, en el territorio de la provincia de Santa Cruz.

**ARTÍCULO 2.-** El Ministerio de Salud de la provincia de Santa Cruz, es la Autoridad de Aplicación de la presente ley en todo el territorio provincial, en la que debe establecer los lineamientos y actualizaciones del Programa Provincial de Salud Mental y Patologías del Consumo, ampliando el mismo a un Plan de Salud Mental y Patologías del Consumo de orden Provincial, acorde a los principios establecidos en la Ley Nacional 26.657.

**ARTÍCULO 3.-** En forma progresiva y en un plazo no mayor a tres (3) años a partir de la sanción de la presente ley, el Poder Ejecutivo debe incluir en los proyectos de presupuesto provinciales un incremento en las partidas destinadas a salud mental, hasta alcanzar un mínimo del diez por ciento (10%) del presupuesto total que se destine para la salud.

**ARTÍCULO 4.-** La Autoridad de Aplicación debe promover espacios de capacitación y actualización para profesionales, en particular para los que se desempeñen en servicios públicos de salud mental, a fin que la instrucción y especialización de las disciplinas involucradas sean acorde a los principios, políticas y dispositivos que establezcan en el cumplimiento de la Ley Nacional 26.657, haciendo especial hincapié en el conocimiento de normas y tratados internacionales en derechos humanos, salud mental y protocolos uniformes.

**ARTÍCULO 5.-** La Autoridad de Aplicación debe promover, en consulta con la Secretaría de Estado de Derechos Humanos de la provincia de Santa Cruz y con la colaboración de los municipios, el desarrollo de estándares de habilitación y supervisión periódica de los servicios de salud mental públicos y privados.

**ARTÍCULO 6.-** Dentro de los ciento ochenta (180) días corridos de la sanción de la presente ley, la Autoridad de Aplicación debe realizar un censo Provincial en todos los centros de internación en salud mental del ámbito público y privado de la Provincia y de los que se encuentren derivados en otras jurisdicciones, 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. Los resultados que arroje dicho censo deberán ser incorporados a una base de datos Provincial y la misma deberá actualizarse con los datos de los usuarios del Servicio de Salud Mental que se vayan incorporando a la asistencia que brinda el Plan Provincial de Salud Mental. Dicha base de datos deberá ser confidencial, respetándose el derecho a la intimidad de los usuarios del Servicio de Salud Mental. A ella sólo tendrán acceso profesionales de la Salud, órganos judiciales y las autoridades vinculadas al Plan Provincial y Nacional de Salud Mental, en lo casos que así lo requiera.

**ARTÍCULO 7.-** La Autoridad de Aplicación, en coordinación con el Consejo Provincial de Educación, Ministerio de Desarrollo Social y la Secretaría de Estado de Trabajo y Seguridad Social y las autoridades municipales con competencia en la materia, debe desarrollar planes de prevención en salud mental y planes específicos de inserción socio-laboral para personas con padecimiento mental. Dicho 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.

**ARTÍCULO 8.-** La Autoridad de Aplicación, en coordinación con las obras sociales provinciales, debe promover la adecuación de la cobertura en salud mental a los principios establecidos en la presente ley, en un plazo no mayor a los noventa (90) días corridos a partir de la sanción de la presente.

**ARTÍCULO 9.-** CRÉASE en el ámbito de la Defensoría General ante el Tribunal Superior de Justicia, el Órgano de Revisión que tendrá por objeto proteger los derechos humanos de los usuarios de los servicios de salud mental.

**ARTÍCULO 10.-** El Órgano de Revisión debe ser multidisciplinario

y estará integrado por representantes del: a) Ministerio de Salud de la Provincia de Santa Cruz; b) Secretaría de Estado de Derechos Humanos de la Provincia de Santa Cruz; c) Defensoría General ante el Tribunal Superior de Justicia; d) Asociaciones de Profesionales y otros trabajadores de la salud; e) Asociaciones de usuarios y familiares del sistema de salud; f) Organizaciones no gubernamentales abocadas a la defensa de los Derechos Humanos.

**ARTÍCULO 11.-** CRÉASE en el ámbito del Ministerio de Salud de la Provincia de Santa Cruz, el Registro de Asociaciones de Usuarios y Familiares del Sistema de Salud y Organizaciones no Gubernamentales abocadas a la Defensa de los Derechos Humanos en el cual deberán estar inscriptas las asociaciones y organismos que pretendan integrar el Órgano de Revisión.

**ARTÍCULO 12.-** El Órgano de Revisión guiará su actuación según las decisiones adoptadas por sus miembros integrantes conforme el Artículo 10, que se denominará Asamblea de Representantes. La Asamblea dictará su reglamento interno de funcionamiento y establecerá los lineamientos de intervención del Órgano de Revisión en el marco de los objetivos y funciones asignadas. Deberá reunirse en forma periódica en los plazos que determine su reglamento interno y al menos una vez por mes. Podrá constituirse en Asamblea Extraordinaria a pedido de alguno de sus miembros cuando una cuestión urgente lo requiera.

**ARTÍCULO 13.-** CRÉASE en el ámbito de la Defensoría General ante el Tribunal Superior de Justicia un equipo de apoyo técnico y administrativo, conformado por un letrado adjunto, un licenciado en trabajo social, un psicólogo y un empleado administrativo; todo ello a fin de dotar al Órgano de Revisión de la operatividad necesaria para cumplir sus funciones e implementar las estrategias políticas, jurídicas e institucional con especial énfasis en el cumplimiento de las funciones previstas en el Artículo 14. El equipo que por el presente se crea deberá participar, sin voto, de las reuniones y seguir los lineamientos acordados por la Asamblea de Representantes, representar legalmente al organismo, canalizar la colaboración necesaria entre los distintos integrantes de la Asamblea y adoptar las medidas para asegurar el funcionamiento permanente del Órgano.

**ARTÍCULO 14.-** Son funciones del Órgano de Revisión: a) requerir información a las instituciones públicas y privadas que permita eva-

luar 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; c) evaluar que las internaciones involuntarias se encuentren debidamente justificadas y no se prolonguen más del tiempo mínimo necesario, pudiendo realizar las denuncias pertinentes en caso de irregularidades y eventualmente, apelar las decisiones del juez de la causa; d) controlar que las derivaciones que se realizan fuera del ámbito comunitario cumplan con los requisitos, condiciones y parámetros establecidos en la Ley Nacional 26.657; e) informar a la Autoridad de Aplicación periódicamente sobre las evaluaciones realizadas y proponer las modificaciones pertinentes al régimen de internación o tratamiento ambulatorio del usuario del Servicio de Salud Mental; f) requerir la intervención judicial ante situaciones irregulares; g) hacer presentaciones ante la Secretaría de Superintendencia del Tribunal Superior de Justicia a los fines de que evalúe y sancione la conducta de los Funcionarios Judiciales y Magistrados en que hubiera irregularidades; h) realizar recomendaciones a la Autoridad de Aplicación; i) realizar propuestas de modificación a la legislación en salud mental tendientes a garantizar los derechos humanos; j) controlar el cumplimiento de la presente ley, en particular al resguardo de los derechos humanos de los usuarios del sistema de salud mental; k) velar por el cumplimiento de los derechos de las personas en los procesos de declaración de inhabilidad e inimputabilidad, durante la vigencia de sentencias.

**ARTÍCULO 15.-** AUTORIZASE al Poder Ejecutivo Provincial a reasignar las partidas presupuestarias correspondientes a los fines del cumplimiento de la presente ley, así como a asignar los recursos pertinentes al Presupuesto del Poder Judicial a los fines del cumplimiento del Artículo 13.

**ARTÍCULO 16.-** COMUNÍQUESE al Poder Ejecutivo Provincial, dése al Boletín Oficial y cumplido, ARCHÍVESE.

**Firmantes**

**Esc. FERNANDO FABIO COTILLO**  
**PABLO ENRIQUE NOGUERA**



*Frente de Artistas  
del Borda*



*Frente de Artistas  
del Borda*

*Andrés Mondino  
Nocturno  
Acrílico sobre tela  
100 x 70 cm*



---

**Anexo**

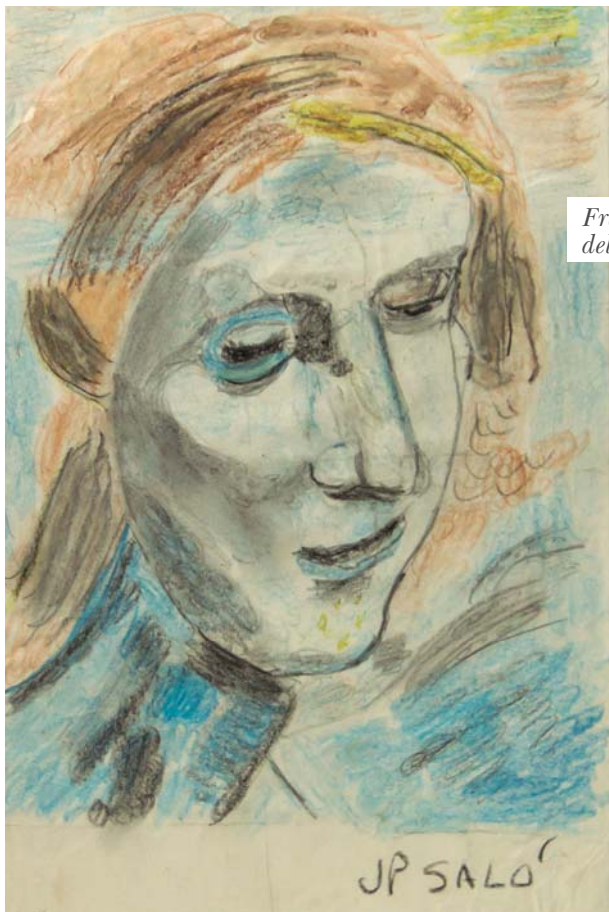
*Frente de Artistas  
del Borda*



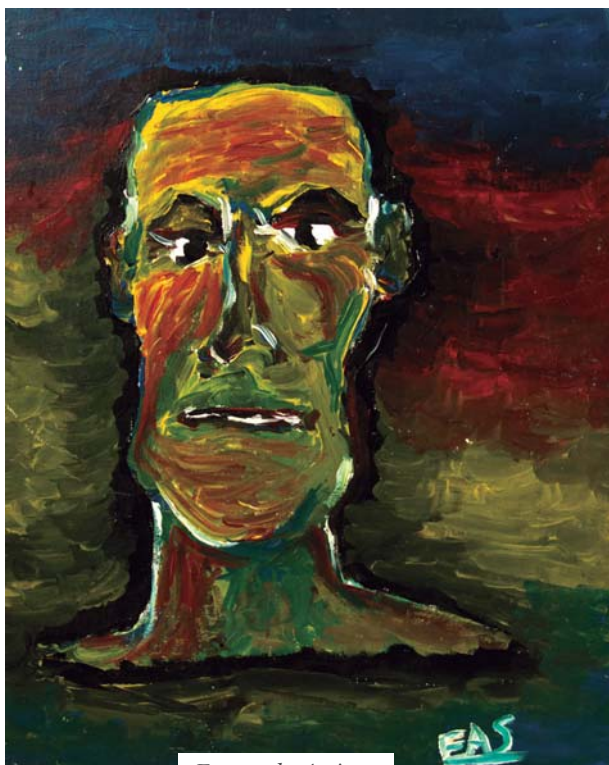
*Pablo Aníbal Pérez Feijóo, APEF  
Sin título, Tinta china  
50 x 35 cm, 1999*







*Frente de Artistas  
del Borda*



*Frente de Artistas  
del Borda*

#### **Documentos Internacionales**

Declaración de Caracas

Consenso de Panamá

#### **Normas Nacionales**

Ley Nacional N° 26.657 de Salud Mental

Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental

Decreto Nacional N° 603/13 reglamentario de la Ley Nacional de Salud Mental

Resolución N° 506/13 del Ministerio de Seguridad de la Nación

Resolución N° 961/13 del Ministerio de Salud de la Nación

---

# Legislación

Año 5  
NÚMERO 7  
JULIO  
DE 2015

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA

# Documentos Internacionales

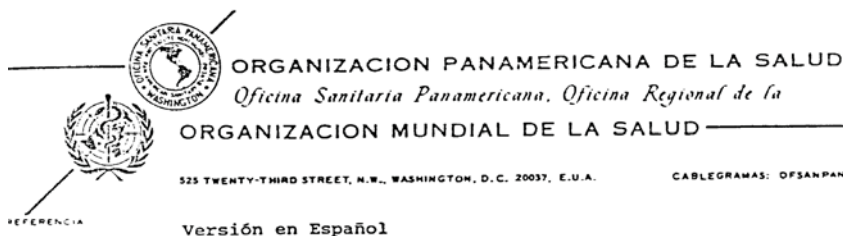
Organización  
Panamericana  
de la Salud

Oficina Regional

Organización  
Mundial de la Salud

Adoptada por aclamación por  
la Conferencia Reestructura-  
ción de la Atención Psiquiátrica  
en América Latina

Caracas, Venezuela  
14 de noviembre de 1990



## Declaración de Caracas

Las organizaciones, asociaciones, autoridades de salud, profesionales de salud mental, legisladores y juristas reunidos en la conferencia Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud.

### Notando.

1. Que la atención psiquiátrica convencional no permite alcanzar los objetivos compatibles con una atención comunitaria, descentralizada, participativa, integral, continua y preventiva;
2. Que el hospital psiquiátrico, como única modalidad asistencial, obstaculiza el logro de los objetivos antes mencionados al:
  - a) aislar al enfermo de su medio, generando de esa manera mayor discapacidad social,
  - b) crear condiciones desfavorables que ponen en peligro los derechos humanos y civiles del enfermo,
  - c) requerir la mayor parte de los recursos financieros y humanos asignados por los países a los servicios de salud mental,
  - d) impartir una enseñanza insuficientemente vinculada con las necesidades de salud mental de las poblaciones, de los servicios de salud y otros sectores.

### Considerando,

1. Que la Atención Primaria de Salud es la estrategia adoptada por la Organización Mundial de la Salud y la organización Panamericana de la Salud y refrendada por los Países Miembros para lograr la meta Salud para Todos en el Año 2000;
2. Que los Sistemas Locales de Salud (SILOS) han sido establecidos

por los países de la Región para facilitar el logro de esa meta, por cuanto ofrecen mejores condiciones para desarrollar programas basados en las necesidades de la población de características descentralizadas, participativas y preventivas;

3. Que los programas de Salud Mental y Psiquiatría deben adaptarse a los principios y orientaciones que fundamentan esas estrategias y modelos de organización de la atención de salud.

### **DECLARAN**

1. Que la reestructuración de la atención psiquiátrica ligada a la Atención Primaria de Salud y en los marcos de los Sistemas Locales de Salud permite la promoción de modelos alternativos centrados en la comunidad y dentro de sus redes sociales;

2. Que la reestructuración de la atención psiquiátrica en la Región implica la revisión crítica del papel hegemónico y centralizador del hospital psiquiátrico en la prestación de servicios;

3. Que los recursos, cuidados y tratamiento provistos deben:

- a) salvaguardar, invariablemente, la dignidad personal y los derechos humanos y civiles,
- b) estar basado en criterios racionales y técnicamente adecuados.
- c) propender a la permanencia del enfermo en su medio comunitario

4. Que las legislaciones de los países deben ajustarse de manera que:

- a) aseguren el respeto de los derechos humanos y civiles de los enfermos mentales,
- b) promuevan la organización de servicios comunitarios de salud mental que garanticen su cumplimiento;

5. Que la capacitación del recurso humano en Salud Mental y Psiquiatría debe hacerse apuntando a un modelo cuyo eje pasa por el servicio de salud comunitaria y propicia la internación psiquiátrica en los hospitales generales, de acuerdo con los principios rectores que fundamentan esta reestructuración;

6. Que las Organizaciones, asociaciones y demás participantes de esta Conferencia se comprometen mancomunada y solidariamente a abogar y desarrollar en los países programas que promuevan la reestructuración, y al monitoreo y defensa de los derechos humanos de los enfermos mentales de acuerdo a las legislaciones nacionales y los compromisos internacionales respectivos.

**Para lo cual,  
INSTAN**

A los Ministerios de Salud y de Justicia, a los Parlamentos, los Sistemas de Seguridad Social y otros prestadores de servicios, las organizaciones profesionales, las asociaciones de usuarios, universidades y otros centros de capacitación y a los medios de comunicación a que apoyen la reestructuración de la atención psiquiátrica asegurando así su exitoso desarrollo para el beneficio de las poblaciones de la Región.

Este es el texto de la Declaración adoptada el 14 de noviembre 1990 por la Conferencia sobre la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina dentro de los Sistema Locales de Salud (SILOS) convocada por la Organización Mundial de la Salud/Organización Panamericana de la Salud, (OMS/OPS) con el apoyo técnico y financiero del Instituto de Investigaciones Mario Negri de Milán, Centro Colaborador en Salud Mental de la OMS y el auspicio de las siguientes entidades:

Asociación Mundial de Psiquiatría

Asociación Psiquiátrica de América Latina

Centro Colaborador en Salud Mental de la OMS, Universidad de Umea, Suecia

Centro de Estudios e Investigación en Salud Mental de la Región de Friuli, Trieste, Italia

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados

Americanos (OEA)

Consejería de Sanidad de Asturias, España

Diputación Provincial de Valencia, Servicio de Salud Mental, Valencia, España

Dirección General de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Andalucía, España

Instituto Andaluz de Salud Mental  
Federación Mundial de Salud

Servicio de Psiquiatría de la Unidad Sanitaria Local de Livorno,  
Italia Servicio Psiquiátrico del Servicio Sanitario de Reggio Emilia,  
Italia Sociedad Interamericana de Psicología

Sociedad Venezolana de Psiquiatría

Participaron en la reunión representantes de las entidades patrocinantes; juristas; miembros de los Parlamentos de Brasil, Chile, Ecuador, España, Mendoza (Argentina), México, Panamá, República Dominicana, Uruguay y Venezuela; y delegaciones técnicas de Brasil, Colombia, Costa Rica, Curazao, Chile, Ecuador, Estados Unidos de América, México. Nicaragua, Panamá, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

**Organización  
Panamericana  
de la Salud**

**Oficina Regional**

**Organización  
Mundial de la Salud**

Conferencia Regional de Salud  
Mental

“20 años después de la Declara-  
ción de Caracas”

La década del salto hacia la co-  
munidad: Por un continente sin  
manicomios en el 2020

Panamá,  
6 al 8 de octubre de 2010

---

**Consenso de Panamá**

---

La Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS), con el co-auspicio del Gobierno de Panamá, convocó la Conferencia Regional de Salud Mental en la Ciudad de Panamá los días 7 y 8 de octubre del 2010. En ella participaron trabajadores de salud mental de la Región de las Américas procedentes del sector público, autoridades nacionales de salud, representantes de organizaciones defensoras de los Derechos Humanos, organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas y centros colaboradores de OMS/OPS, así como usuarios de los servicios de salud mental y familiares.

**Habiendo notado los participantes:**

Que han transcurrido 20 años desde que se celebrara la *Conferencia Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica*, en Caracas, Venezuela, que marcó un hito histórico en el desarrollo de la atención de salud mental en todos sus aspectos a nivel continental y global.

Que el Consejo Directivo de la OPS/OMS aprobó en 1997 y 2001 sendas Resoluciones donde solicitaba a los países priorizar la salud mental y se sometían propuestas para la acción.

Que los participantes de la *Conferencia Regional de Reforma de los Servicios de Salud Mental*, celebrada en noviembre del 2005 en Brasil, adoptaron los “Principios de Brasilia” que advierten sobre los nuevos desafíos técnicos y culturales que se enfrentan en salud mental.

Que la Organización Mundial de la Salud lanzó formalmente en el 2008 el *Plan de Acción Global en Salud Mental (mgGAP)* para reducir las brechas existentes en la atención a los trastornos mentales, neurológicos y relacionados con el abuso de sustancias.

**Observado con preocupación:**

Que los trastornos mentales y por uso de sustancias psicoactivas (particularmente debido al consumo nocivo de bebidas alcohólicas) representan, por un lado, una gran carga en términos de morbilidad, mortalidad y discapacidad, y por el otro, que existe una brecha de atención importante, lo que significa que un alto número de personas afectadas no acceden a un diagnóstico y tratamiento adecuados.

Que si bien en las dos últimas décadas muchos han sido los avances logrados por los países, aún persisten serias limitaciones, en cuanto a la implementación efectiva de políticas y planes nacionales de salud mental, así como de legislaciones que sean consistentes con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Que a pesar del apoyo generalizado, a nivel continental, a la Declaración de Caracas y los múltiples esfuerzos realizados en las últimas dos décadas por diversas instancias en los países, las acciones de superación de la hegemonía del hospital psiquiátrico, en el modelo de atención, son aun insuficientes.

#### **Considerando con beneplácito:**

Que en septiembre del 2009 el Consejo Directivo de la OPS/OMS aprobó por primera vez la **Estrategia y Plan de Acción Regional en Salud Mental (CD49/11)** Mediante la **Resolución CD40.R17** (se anexa), que ofrece claras y viables guías y pautas para enfrentar la problemática de salud mental.

Que en mayo del 2010, la OMS aprobó, por primera vez, la **Estrategia Global para la Reducción del Consumo Nocivo de Alcohol (WHA 63.13)** y el Consejo Directivo de la OPS adoptó en septiembre del 2010, también por primera vez, una **Estrategia Regional sobre el Uso de Sustancias y la salud Pública (CD 50.18)**.

Que las **Estrategias Regionales de Salud Mental y sobre el Uso de sustancias** armoniza con el **Plan Global (mhGAP)** y la **Estrategia Global para la Reducción del Consumo Nocivo de Alcohol**, en particular en lo que refiere a la aplicación de los paquetes básicos de intervención en los servicios de salud basados en la Atención Primaria.

Que en octubre del 2010 el Consejo Directivo de OPS aprobó, por primera vez, una Resolución específica sobre **la salud y los Derechos Humanos (CD50/R.8)** que establece recomendaciones para proteger los derechos humanos en el contexto de los sistemas de salud.

Que existen muchas experiencias nacionales y locales innovadoras y exitosas, así como que tanto los gobiernos como la sociedad, en general, han adquirido progresivamente conciencia de la importancia sanitaria y el impacto social y económico que significan los problemas relacionados con la salud mental.



**Llaman a los gobiernos y demás actores nacionales a:**

Impulsar la implementación de la *Estrategia y Plan de Acción Regional en Salud Mental* mediante un proceso que debe adaptarse a las condiciones particulares de cada país para responder apropiadamente a las necesidades actuales y futuras en materia de salud mental.

Fortalecer el modelo de salud mental comunitaria en todos los países de la Región, de manera de asegurar la erradicación del sistema manicomial en la próxima década.

Reconocer como un objetivo esencial la protección de los derechos humanos de los usuarios de los servicios de salud mental, en particular su derecho a vivir de forma independiente y a ser incluidos en la comunidad.

Identificar en los escenarios nacionales los desafíos actuales y emergentes que demandan una respuesta apropiada por los servicios de salud mental, en especial la problemática psicosocial de la niñez, adolescencia, las mujeres, así como de grupos poblacionales en situaciones especiales y de vulnerabilidad.

Incrementar la asignación de recursos a los programas y servicios de salud mental y lograr una equitativa y apropiada distribución de los mismos, de manera que exista correspondencia con la carga creciente que representan los trastornos mentales y por el uso de sustancias, entendiendo que la inversión en salud mental significa una contribución a la salud y el bienestar en general, así como al desarrollo social y económico de los países.

# Normas Nacionales

Honorable Congreso  
de la Nación

Publicada en el Boletín Oficial  
el 03 de diciembre de 2010

## Ley 26.657 - Salud Pública\*

**Derecho a la Protección de la Salud Mental. Disposiciones Complementarias. Derógase la Ley Nº 22.914**

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de

**Ley:**

### LEY NACIONAL DE SALUD MENTAL

#### Capítulo I Derechos y garantías

**ARTÍCULO 1º** — La presente ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

**ARTÍCULO 2º** — Se consideran parte integrante de la presente ley los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991. Asimismo, la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, del 14 de noviembre de 1990, y los Principios de Brasilia Rectores; para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas, del 9 de noviembre de 1990, se consideran instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas.

\*Se consideran parte integrante de la ley los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991.” (Art. 2º, Ley Nacional Nº 26.657)

## Capítulo II Definición

**ARTÍCULO 3°** — En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona.

Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas.

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.

**ARTÍCULO 4°** — Las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Las personas con uso problemático de drogas, legales e ilegales, tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en su relación con los servicios de salud.

**ARTÍCULO 5°** — La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado.

### **Capítulo III Ámbito de aplicación**

**ARTÍCULO 6°** — Los servicios y efectores de salud públicos y privados, cualquiera sea la forma jurídica que tengan, deben adecuarse a los principios establecidos en la presente ley.

### **Capítulo IV Derechos de las personas con padecimiento mental**

**ARTÍCULO 7°** — El Estado reconoce a las personas con padecimiento mental los siguientes derechos:

- a) Derecho a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios, con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de su salud;
- b) Derecho a conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia;
- c) Derecho a recibir una atención basada en fundamentos científicos ajustados a principios éticos;
- d) Derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria;
- e) Derecho a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe;
- f) Derecho a recibir o rechazar asistencia o auxilio espiritual o religioso;
- g) Derecho del asistido, su abogado, un familiar, o allegado que éste designe, a acceder a sus antecedentes familiares, fichas e historias clínicas;
- h) Derecho a que en el caso de internación involuntaria o voluntaria prolongada, las condiciones de la misma sean supervisadas periódicamente por el órgano de revisión;

i) Derecho a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado;

j) Derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten, y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado, incluyendo las alternativas para su atención, que en el caso de no ser comprendidas por el paciente se comunicarán a los familiares, tutores o representantes legales;

k) Derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades;

l) Derecho a recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación;

m) Derecho a no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin un consentimiento fehaciente;

n) Derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable;

o) Derecho a no ser sometido a trabajos forzados;

p) Derecho a recibir una justa compensación por su tarea en caso de participar de actividades encuadradas como laborterapia o trabajos comunitarios, que impliquen producción de objetos, obras o servicios que luego sean comercializados.

## **Capítulo V**

### **Modalidad de abordaje**

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

**ARTÍCULO 9°** — 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.

**ARTÍCULO 10.** — Por principio rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley.

Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir la información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión.

**ARTÍCULO 11.** — 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.

**ARTÍCULO 12.** — 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.

## **Capítulo VI** **Del equipo interdisciplinario**

**ARTÍCULO 13.** — Los profesionales con título de grado están en igualdad de condiciones para ocupar los cargos de conducción y ges-

ción 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.

## **Capítulo VII Internaciones**

**ARTÍCULO 14.** — La internación es considerada como un recurso terapéutico de carácter restrictivo, y sólo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social. 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.

**ARTÍCULO 15.** — La internación debe ser lo más breve posible, en función de criterios terapéuticos interdisciplinarios. Tanto la evolución del paciente como cada una de las intervenciones del equipo interdisciplinario deben registrarse a diario en la historia clínica. 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.

**ARTÍCULO 16.** — Toda disposición de internación, dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas, debe cumplir con los siguientes requisitos:

a) Evaluación, diagnóstico interdisciplinario e integral y motivos que justifican la internación, con la firma de al menos dos profesionales del servicio asistencial donde se realice la internación, uno de los cuales debe ser necesariamente psicólogo o médico psiquiatra;

b) Búsqueda de datos disponibles acerca de la identidad y el entorno familiar;

c) Consentimiento informado de la persona o del representante legal cuando corresponda.

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

**ARTÍCULO 17.** — En los casos en que la persona no estuviese acompañada por familiares o se desconociese su identidad, la institución que realiza la internación, en colaboración con los organismos públicos que correspondan, debe realizar las averiguaciones tendientes a conseguir datos de los familiares o lazos afectivos que la persona tuviese o indicase, o esclarecer su identidad, a fin de propiciar su retorno al marco familiar y comunitario lo antes posible. La institución debe brindar colaboración a los requerimientos de información que solicite el órgano de revisión que se crea en el artículo 38 de la presente ley.

**ARTÍCULO 18.** — La persona internada bajo su consentimiento podrá en cualquier momento decidir por sí misma el abandono de la internación. En todos los casos en que las internaciones voluntarias se prolonguen por más de SESENTA (60) días corridos, el equipo de salud a cargo debe comunicarlo al órgano de revisión creado en el artículo 38 y al juez. El juez debe evaluar, en un plazo no mayor de CINCO (5) días de ser notificado, si la internación continúa teniendo carácter voluntario o si la misma debe pasar a considerarse involuntaria, con los requisitos y garantías establecidos para esta última situación. En caso de que la prolongación de la internación fuese por problemáticas de orden social, el juez deberá ordenar al órgano administrativo correspondiente la inclusión en programas sociales y dispositivos específicos y la externación a la mayor brevedad posible, comunicando dicha situación al órgano de revisión creado por esta ley.

**ARTÍCULO 19.** — El consentimiento obtenido o mantenido con dolo, debidamente comprobado por autoridad judicial, o el incumplimiento de la obligación de informar establecida en los capítulos VII y VIII de la presente ley, harán pasible al profesional responsable y al director de la institución de las acciones civiles y penales que correspondan.



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

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

**ARTÍCULO 21.** — La internación involuntaria debidamente fundada debe notificarse obligatoriamente en un plazo de DIEZ (10) horas al juez competente y al órgano de revisión, debiendo agregarse a las CUARENTA Y OCHO (48) horas como máximo todas las constancias previstas en el artículo 20. El juez en un plazo máximo de TRES (3) días corridos de notificado debe:

- a) Autorizar, si evalúa que están dadas las causales previstas por esta ley;
- b) Requerir informes ampliatorios de los profesionales tratantes o indicar peritajes externos, siempre que no perjudiquen la evolución del tratamiento, tendientes a evaluar si existen los supuestos necesarios que justifiquen la medida extrema de la internación involuntaria y/o;
- c) Denegar, en caso de evaluar que no existen los supuestos necesarios para la medida de internación involuntaria, en cuyo caso debe asegurar la externación de forma inmediata.

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

**ARTÍCULO 22.** — 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. El defensor podrá oponerse a la internación y solicitar la externación en cualquier momento. El juzgado deberá permitir al defensor el control de las actuaciones en todo momento.

**ARTÍCULO 23.** — El alta, externación o permisos de salida son facultad del equipo de salud que no requiere autorización del juez. El mismo deberá ser informado si se tratase de una internación involuntaria, o voluntaria ya informada en los términos de los artículos 18 ó 26 de la presente ley. El equipo de salud está obligado a externar a la persona o transformar la internación en voluntaria, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 16 apenas cesa la situación de riesgo cierto e inminente. Queda exceptuado de lo dispuesto en el presente artículo, las internaciones realizadas en el marco de lo previsto en el artículo 34 del Código Penal.

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

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

**ARTÍCULO 25.** — Transcurridos los primeros SIETE (7) días en el caso de internaciones involuntarias, el juez, dará parte al órgano de revisión que se crea en el artículo 38 de la presente ley.

**ARTÍCULO 26.** — En caso de internación de personas menores de edad o declaradas incapaces, se debe proceder de acuerdo a lo establecido por los artículos 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de la presente ley. En el caso de niños, niñas y adolescentes, además se procederá de acuerdo a la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos.

**ARTÍCULO 27.** — Queda prohibida por la presente ley la creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados. En el caso de los ya existentes se deben adaptar a los objetivos y principios expuestos, hasta su sustitución definitiva por los dispositivos alternativos. Esta adaptación y sustitución en ningún caso puede significar reducción de personal ni merma en los derechos adquiridos de los mismos.

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

**ARTÍCULO 29.** — A los efectos de garantizar los derechos humanos de las personas en su relación con los servicios de salud mental, los integrantes, profesionales y no profesionales del equipo de salud son responsables de informar al órgano de revisión creado por la presente ley 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. La sola comunicación a un superior jerárquico dentro de la institución no relevará al equipo de salud de tal responsabilidad si la situación irregular persistiera. Dicho procedimiento se podrá realizar bajo reserva de identidad y contará con las garantías debidas del resguardo a su fuente laboral y no será considerado como violación al secreto profesional.

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 (90) días de la sanción de la presente ley, y al momento del ingreso de cada uno de los trabajadores al sistema.

### **Capítulo VIII** **Derivaciones**

**ARTÍCULO 30.** — 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 Capítulo 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.

### **Capítulo IX Autoridad de Aplicación**

**ARTÍCULO 31.** — El Ministerio de Salud de la Nación es la Autoridad de Aplicación de la presente ley, a partir del área específica que designe o cree a tal efecto, la que debe establecer las bases para un Plan Nacional de Salud Mental acorde a los principios establecidos.

**ARTÍCULO 32.** — En forma progresiva y en un plazo no mayor a TRES (3) años a partir de la sanción de la presente ley, el Poder Ejecutivo debe incluir en los proyectos de presupuesto un incremento en las partidas destinadas a salud mental hasta alcanzar un mínimo del DIEZ POR CIENTO (10 %) del presupuesto total de salud. Se promoverá que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adopten el mismo criterio.

**ARTÍCULO 33.** — La Autoridad de Aplicación debe desarrollar recomendaciones dirigidas a las universidades públicas y privadas, para que la formación de los profesionales en las disciplinas involucradas sea acorde con los principios, políticas y dispositivos que se establezcan en cumplimiento de la presente ley, haciendo especial hincapié en el conocimiento de las normas y tratados internacionales en derechos humanos y salud mental. Asimismo, debe promover espacios de capacitación y actualización para profesionales, en particular para los que se desempeñen en servicios públicos de salud mental en todo el país.

**ARTÍCULO 34.** — La Autoridad de Aplicación debe 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.

**ARTÍCULO 35.** — Dentro de los CIENTO OCHENTA (180) días

corridos de la sanción de la presente ley, la Autoridad de Aplicación debe realizar un censo nacional en todos los centros de internación en salud mental del ámbito público y privado para relevar la situación de las personas internadas, discriminando datos personales, sexo, tiempo de internación, existencia o no de consentimiento, situación judicial, situación social y familiar, y otros datos que considere relevantes. Dicho censo debe reiterarse con una periodicidad máxima de DOS (2) años y se debe promover la participación y colaboración de las jurisdicciones para su realización.

**ARTÍCULO 36.** — La Autoridad de Aplicación, en coordinación con los ministerios de Educación, Desarrollo Social y Trabajo, Empleo y Seguridad Social, debe desarrollar planes de prevención en salud mental y planes específicos de inserción socio-laboral para personas con padecimiento mental. 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. Se promoverá que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adopten el mismo criterio.

**ARTÍCULO 37.** — La Autoridad de Aplicación, en coordinación con la Superintendencia de Servicios de Salud, debe promover la adecuación de la cobertura en salud mental de las obras sociales a los principios establecidos en la presente ley, en un plazo no mayor a los NOVENTA (90) días corridos a partir de la sanción de la presente.

## **Capítulo X** **Órgano de Revisión**

**ARTÍCULO 38.** — Créase en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa el Órgano de Revisión con el objeto de proteger los derechos humanos de los usuarios de los servicios de salud mental.

**ARTÍCULO 39.** — El Órgano de Revisión 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.

**ARTÍCULO 40.** — Son funciones del Órgano de Revisión:

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;

c) Evaluar que las internaciones involuntarias se encuentren debidamente justificadas y no se prolonguen más del tiempo mínimo necesario, pudiendo realizar las denuncias pertinentes en caso de irregularidades y eventualmente, apelar las decisiones del juez;

d) Controlar que las derivaciones que se realizan fuera del ámbito comunitario cumplan con los requisitos y condiciones establecidos en el artículo 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;

h) Realizar recomendaciones a la Autoridad de Aplicación;

i) Realizar propuestas de modificación a la legislación en salud 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;

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.

### **Capítulo XI**

#### **Convenios de cooperación con las provincias**

**ARTÍCULO 41.** — 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 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.

### **Capítulo XII**

#### **Disposiciones complementarias**

**ARTÍCULO 42.** — Incorpórase como artículo 152 ter del Código Civil:

Artículo 152 ter: Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

**ARTÍCULO 43.** — Sustitúyese el artículo 482 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente manera:

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

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

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

**ARTÍCULO 44.** — Derógase la Ley 22.914.

**ARTÍCULO 45.** — La presente ley es de orden público.

**ARTÍCULO 46.** — Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO  
ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS VEINTICINCO DÍAS  
DEL MES DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIEZ.

— REGISTRADA BAJO EL Nº 26.657 —

Julio C. C. Cobos. — Eduardo A. Fellner. —  
Enrique Hidalgo. — Juan H. Estrada.



## **Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, A.G. Res. 46/119, 46 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 189, ONU Doc. A/46/49 (1991).**

---

### **Aplicación**

Los presentes Principios se aplicarán sin discriminación alguna por motivos de discapacidad, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, estado civil o condición social, edad, patrimonio o nacimiento.

### **Definiciones**

#### **En los presentes Principios:**

- a) Por “defensor” se entenderá un representante legal u otro representante calificado;
- b) Por “autoridad independiente” se entenderá una autoridad competente e independiente prescrita por la legislación nacional;
- c) Por “atención de la salud mental” se entenderá el análisis y diagnóstico del estado de salud mental de una persona, y el tratamiento, el cuidado y las medidas de rehabilitación aplicadas a una enfermedad mental real o presunta;
- d) Por “institución psiquiátrica” se entenderá todo establecimiento o dependencia de un establecimiento que tenga como función primaria la atención de la salud mental;
- e) Por “profesional de salud mental” se entenderá un médico, un psicólogo clínico, un profesional de enfermería, un trabajador social u otra persona debidamente capacitada y calificada en una especialidad relacionada con la atención de la salud mental;
- f) Por “paciente” se entenderá la persona que recibe atención psiquiátrica; se refiere a toda persona que ingresa en una institución psiquiátrica;
- g) Por “representante personal” se entenderá la persona a quien la ley confiere el deber de representar los intereses de un paciente en cualquier esfera determinada o de ejercer derechos específicos en nombre del paciente y comprende al padre o tutor legal de un menor a menos que la legislación nacional prescriba otra cosa;
- h) Por “órgano de revisión” se entenderá el órgano establecido de

conformidad con el principio 17 para que reconsidere la admisión o retención involuntaria de un paciente en una institución psiquiátrica.

#### **Cláusula general de limitación**

El ejercicio de los derechos enunciados en los presentes Principios sólo podrá estar sujeto a las limitaciones previstas por la ley que sean necesarias para proteger la salud o la seguridad de la persona de que se trate o de otras personas, o para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de terceros.

#### **Principio 1**

##### **Libertades fundamentales y derechos básicos**

1. Todas las personas tienen derecho a la mejor atención disponible en materia de salud mental, que será parte del sistema de asistencia sanitaria y social.

2. Todas las personas que padezcan una enfermedad mental, o que estén siendo atendidas por esa causa, serán tratadas con humanidad y con respeto a la dignidad inherente de la persona humana.

3. Todas las personas que padezcan una enfermedad mental, o que estén siendo atendidas por esa causa, tienen derecho a la protección contra la explotación económica, sexual o de otra índole, el maltrato físico o de otra índole y el trato degradante.

4. No habrá discriminación por motivo de enfermedad mental. Por “discriminación» se entenderá cualquier distinción, exclusión o preferencia cuyo resultado sea impedir o menoscabar el disfrute de los derechos en pie de igualdad. 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.

5. Todas las personas que padezcan una enfermedad mental tendrán

derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos pertinentes, tales como la Declaración de los Derechos de los Impedidos y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

6. Toda decisión de que, debido a su enfermedad mental, una persona carece de capacidad jurídica y toda decisión de que, a consecuencia de dicha incapacidad, se designe a un representante personal se tomará sólo después de una audiencia equitativa ante un tribunal independiente e imparcial establecido por la legislación nacional. La persona de cuya capacidad se trate tendrá derecho a estar representada por un defensor. Si la persona de cuya capacidad se trate no obtiene por sí misma dicha representación, se le pondrá ésta a su disposición sin cargo alguno en la medida de que no disponga de medios suficientes para pagar dichos servicios. El defensor no podrá representar en las mismas actuaciones a una institución psiquiátrica ni a su personal, ni tampoco podrá representar a un familiar de la persona de cuya capacidad se trate, a menos que el tribunal compruebe que no existe ningún conflicto de intereses. Las decisiones sobre la capacidad y la necesidad de un representante personal se revisarán en los intervalos razonables previstos en la legislación nacional. La persona de cuya capacidad se trate, su representante personal, si lo hubiere, y cualquier otro interesado tendrán derecho a apelar esa decisión ante un tribunal superior.

7. Cuando una corte u otro tribunal competente determine que una persona que padece una enfermedad mental no puede ocuparse de sus propios asuntos, se adoptarán medidas, hasta donde sea necesario y apropiado a la condición de esa persona, para asegurar la protección de sus intereses.

## **Principio 2**

### **Protección de menores**

Se tendrá especial cuidado, conforme a los propósitos de los presentes Principios y en el marco de la ley nacional de protección de menores, en proteger los derechos de los menores, disponiéndose, de ser necesario, el nombramiento de un representante legal que no sea un miembro de la familia.

### **Principio 3**

#### **La vida en la comunidad**

Toda persona que padezca una enfermedad mental tendrá derecho a vivir y a trabajar, en la medida de lo posible, en la comunidad.

### **Principio 4**

#### **Determinación de una enfermedad mental**

1. La determinación de que una persona padece una enfermedad mental se formulará con arreglo a normas médicas aceptadas internacionalmente.

2. La determinación de una enfermedad mental no se efectuará nunca fundándose en la condición política, económica o social, en la afiliación a un grupo cultural, racial o religioso, o en cualquier otra razón que no se refiera directamente al estado de la salud mental.

3. Los conflictos familiares o profesionales o la falta de conformidad con los valores morales, sociales, culturales o políticos o con las creencias religiosas dominantes en la comunidad de una persona en ningún caso constituirán un factor determinante del diagnóstico de enfermedad mental.

4. El hecho de que un paciente tenga un historial de tratamientos o de hospitalización no bastará por sí solo para justificar en el presente o en el porvenir la determinación de una enfermedad mental.

5. Ninguna persona o autoridad clasificará a una persona como enferma mental o indicará de otro modo que padece una enfermedad mental salvo para fines directamente relacionados con la enfermedad mental o con las consecuencias de ésta.

### **Principio 5**

#### **Examen médico**

Ninguna persona será forzada a someterse a examen médico con objeto de determinar si padece o no una enfermedad mental, a no ser que el examen se practique con arreglo a un procedimiento autorizado por el derecho nacional.

**Principio 6**  
**Confidencialidad**

Se respetará el derecho que tienen todas las personas a las cuales son aplicables los presentes Principios a que se trate confidencialmente la información que les concierne.

**Principio 7**  
**Importancia de la comunidad y de la cultura**

1. Todo paciente tendrá derecho a ser tratado y atendido, en la medida de lo posible, en la comunidad en la que vive.

2. Cuando el tratamiento se administre en una institución psiquiátrica, el paciente tendrá derecho a ser tratado, siempre que sea posible, cerca de su hogar o del hogar de sus familiares o amigos y tendrá derecho a regresar a la comunidad lo antes posible.

3. Todo paciente tendrá derecho a un tratamiento adecuado a sus antecedentes culturales.

**Principio 8**  
**Normas de la atención**

1. Todo paciente tendrá derecho a recibir la atención sanitaria y social que corresponda a sus necesidades de salud y será atendido y tratado con arreglo a las mismas normas aplicables a los demás enfermos.

2. Se protegerá a todo paciente de cualesquiera daños, incluidos la administración injustificada de medicamentos, los malos tratos por parte de otros pacientes, del personal o de otras personas u otros actos que causen ansiedad mental o molestias físicas.

**Principio 9**  
**Tratamiento**

1. Todo paciente tendrá derecho a ser tratado en un ambiente lo menos restrictivo posible y a recibir el tratamiento menos restrictivo y alterador posible que corresponda a sus necesidades de salud y a la necesidad de proteger la seguridad física de terceros.

2. El tratamiento y los cuidados de cada paciente se basarán en un plan prescrito individualmente, examinado con el paciente, revisado periódicamente, modificado llegado el caso y aplicado por personal profesional calificado.

3. La atención psiquiátrica se dispensará siempre con arreglo a las normas de ética pertinentes de los profesionales de salud mental, en particular normas aceptadas internacionalmente como los Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En ningún caso se hará uso indebido de los conocimientos y las técnicas psiquiátricos.

4. El tratamiento de cada paciente estará destinado a preservar y estimular su independencia personal.

#### **Principio 10**

##### **Medicación**

1. La medicación responderá a las necesidades fundamentales de salud del paciente y sólo se le administrará con fines terapéuticos o de diagnóstico y nunca como castigo o para conveniencia de terceros. Con sujeción a las disposiciones del párrafo 15 del principio 11 *infra*, los profesionales de salud mental sólo administrarán medicamentos de eficacia conocida o demostrada.

2. Toda la medicación deberá ser prescrita por un profesional de salud mental autorizado por la ley y se registrará en el historial del paciente.

#### **Principio 11**

##### **Consentimiento para el tratamiento**

1. No se administrará ningún tratamiento a un paciente sin su consentimiento informado, salvo en los casos previstos en los párrafos 6, 7, 8, 13 y 15 del presente principio.

2. Por consentimiento informado se entiende el consentimiento 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.

3. El paciente podrá solicitar que durante el procedimiento seguido para que dé su consentimiento estén presentes una o más personas de su elección.

4. El paciente tiene derecho a negarse a recibir tratamiento o a interrumpirlo, salvo en los casos previstos en los párrafos 6, 7, 8, 13 y 15 del presente principio. Se deberán explicar al paciente las consecuencias de su decisión de no recibir o interrumpir un tratamiento.

5. No 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.

6. Con excepción de lo dispuesto en los párrafos 7, 8, 12, 13, 14 y 15 del presente principio, podrá aplicarse un plan de tratamiento propuesto sin el consentimiento informado del paciente cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que el paciente, en la época de que se trate, sea un paciente involuntario;
- b) Que una autoridad independiente que disponga de toda la información pertinente, incluida la información especificada en el párrafo 2 del presente principio, compruebe que, en la época de que se trate, el paciente está incapacitado para dar o negar su consentimiento informado al plan de tratamiento propuesto o, si así lo prevé la legislación nacional, teniendo presentes la seguridad del paciente y la de terceros, que el paciente se niega irracionalmente a dar su consentimiento;
- c) Que la autoridad independiente compruebe que el plan de tratamiento propuesto es el más indicado para atender a las necesidades de salud del paciente.

7. La disposición del párrafo 6 *supra* no se aplicará cuando el paciente tenga un representante personal facultado por ley para dar su consentimiento respecto del tratamiento del paciente; no obstante, salvo en los casos previstos en los párrafos 12, 13, 14 y 15 del presente principio, se podrá aplicar un tratamiento a este paciente sin su consentimiento informado cuando, después que se le haya proporcionado la información mencionada en el párrafo 2 del presente principio, el representante personal dé su consentimiento en nombre del paciente.

8. Salvo lo dispuesto en los párrafos 12, 13, 14 y 15 del presente principio, también se podrá aplicar un tratamiento a cualquier paciente sin su consentimiento informado si un profesional de salud mental calificado y autorizado por ley determina que ese tratamiento es urgente y necesario para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a otras personas. Ese tratamiento no se aplicará más allá del período estrictamente necesario para alcanzar ese propósito.

9. Cuando se haya autorizado cualquier tratamiento sin el consentimiento informado del paciente, se hará no obstante 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 tratamiento.

10. Todo tratamiento deberá registrarse de inmediato en el historial clínico del paciente y se señalará si es voluntario o involuntario.

11. No se someterá a ningún paciente a restricciones físicas o a reclusión involuntaria salvo con arreglo a los procedimientos oficialmente aprobados de la institución psiquiátrica y sólo cuando sea el único medio disponible para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a terceros. Esas prácticas no se prolongarán más allá del período estrictamente necesario para alcanzar ese propósito. Todos los casos de restricción física o de reclusión involuntaria, sus motivos y su carácter y duración se registrarán en el historial clínico del paciente. Un paciente sometido a restricción o reclusión será mantenido en condiciones dignas y bajo el cuidado y la supervisión inmediata y regular de personal calificado. Se dará pronto aviso de toda restricción física o reclusión involuntaria de pacientes a los representantes personales, de haberlos y de proceder.

12. Nunca podrá aplicarse la esterilización como tratamiento de la enfermedad mental.



13. La persona que padece una enfermedad mental podrá ser sometida a un procedimiento médico u operación quirúrgica importantes únicamente cuando lo autorice la legislación nacional, cuando se considere que ello es lo que más conviene a las necesidades de salud del paciente y cuando el paciente dé su consentimiento informado, salvo que, cuando no esté en condiciones de dar ese consentimiento, sólo se autorizará el procedimiento o la operación después de practicarse un examen independiente.

14. No se someterá nunca a tratamientos psicoquirúrgicos u otros tratamientos irreversibles o que modifican la integridad de la persona a pacientes involuntarios de una institución psiquiátrica y esos tratamientos sólo podrán, en la medida en que la legislación nacional lo permita, aplicarse a cualquier otro paciente cuando éste haya dado su consentimiento informado y cuando un órgano externo independiente compruebe que existe realmente un consentimiento informado y que el tratamiento es el más conveniente para las necesidades de salud del paciente.

15. No se someterá a ensayos clínicos ni a tratamientos experimentales a ningún paciente sin su consentimiento informado, excepto cuando el paciente esté incapacitado para dar su consentimiento informado, en cuyo caso sólo podrá 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.

16. En los casos especificados en los párrafos 6, 7, 8, 13, 14 y 15 del presente principio, el paciente o su representante personal, o cualquier persona interesada, tendrán derecho a apelar ante un órgano judicial u otro órgano independiente en relación con cualquier tratamiento que haya recibido.

### **Principio 12** **Información sobre los derechos**

1. Todo paciente recluido en una institución psiquiátrica será informado, lo más pronto posible después de la admisión y en una forma y en un lenguaje que comprenda, de todos los derechos que le corresponden de conformidad con los presentes Principios y en virtud de la legislación nacional, información que comprenderá una explicación de esos derechos y de la manera de ejercerlos.

2. Mientras el paciente no esté en condiciones de comprender dicha información, los derechos del paciente se comunicarán a su representante personal, si lo tiene y si procede, y a la persona o las personas que sean más capaces de representar los intereses del paciente y que deseen hacerlo.

3. El paciente que tenga la capacidad necesaria tiene el derecho de designar a una persona a la que se debe informar en su nombre y a una persona que represente sus intereses ante las autoridades de la institución.

### **Principio 13**

#### **Derechos y condiciones en las instituciones psiquiátricas**

1. Todo paciente de una institución psiquiátrica tendrá, en particular, el derecho a ser plenamente respetado por cuanto se refiere a su:

- a) Reconocimiento en todas partes como persona ante la ley;
- b) Vida privada;
- c) Libertad de comunicación, que incluye la libertad de comunicarse con otras personas que estén dentro de la institución; libertad de enviar y de recibir comunicaciones privadas sin censura; libertad de recibir, en privado, visitas de un asesor o representante personal y, en todo momento apropiado, de otros visitantes; y libertad de acceso a los servicios postales y telefónicos y a la prensa, la radio y la televisión;
- d) Libertad de religión o creencia.

2. El medio ambiente y las condiciones de vida en las instituciones psiquiátricas deberán aproximarse en la mayor medida posible a las condiciones de la vida normal de las personas de edad similar e incluirán en particular:

- a) Instalaciones para actividades de recreo y esparcimiento;
- b) Instalaciones educativas;
- c) Instalaciones para adquirir o recibir artículos esenciales para la vida diaria, el esparcimiento y la comunicación;
- d) Instalaciones, y el estímulo correspondiente para utilizarlas, que permitan a los pacientes emprender ocupaciones activas adaptadas a sus antecedentes sociales y culturales y que permitan aplicar medidas apropiadas de rehabilitación para promover su

reintegración en la comunidad. Tales medidas comprenderán servicios de orientación vocacional, capacitación vocacional y colocación laboral que permitan a los pacientes obtener o mantener un empleo en la comunidad.

3. En ninguna circunstancia podrá el paciente ser sometido a trabajos forzados. Dentro de los límites compatibles con las necesidades del paciente y las de la administración de la institución, el paciente deberá poder elegir la clase de trabajo que desee realizar.

4. El trabajo de un paciente en una institución psiquiátrica no será objeto de explotación. Todo paciente tendrá derecho a recibir por un trabajo la misma remuneración que por un trabajo igual, de conformidad con las leyes o las costumbres nacionales, se pagaría a una persona que no sea un paciente. Todo paciente tendrá derecho, en cualquier caso, a recibir una proporción equitativa de la remuneración que la institución psiquiátrica perciba por su trabajo.

#### **Principio 14**

##### **Recursos de que deben disponer las instituciones psiquiátricas**

1. Las instituciones psiquiátricas dispondrán de los mismos recursos que cualquier otro establecimiento sanitario y, en particular, de:

- a) Personal médico y otros profesionales calificados en número suficiente y locales suficientes, para proporcionar al paciente la intimidad necesaria y un programa de terapia apropiada y activa;
- b) Equipo de diagnóstico y terapéutico para los pacientes;
- c) Atención profesional adecuada;
- d) Tratamiento adecuado, regular y completo, incluido el suministro de medicamentos.

2. Todas las instituciones psiquiátricas serán inspeccionadas por las autoridades competentes con frecuencia suficiente para garantizar que las condiciones, el tratamiento y la atención de los pacientes se conformen a los presentes Principios.

#### **Principio 15**

##### **Principios de admisión**

1. Cuando una persona necesite tratamiento en una institución psi-

quiátrica, se hará todo lo posible por evitar una admisión involuntaria.

2. El acceso a una institución psiquiátrica se administrará de la misma forma que el acceso a cualquier institución por cualquier otra enfermedad.

3. Todo paciente que no haya sido admitido involuntariamente tendrá derecho a abandonar la institución psiquiátrica en cualquier momento a menos que se cumplan los recaudos para su mantenimiento como paciente involuntario, en la forma prevista en el principio 16 *infra*; el paciente será informado de ese derecho.

### **Principio 16**

#### **Admisión involuntaria**

1. Una persona sólo podrá ser admitida como paciente involuntario en una institución psiquiátrica o ser retenida como paciente involuntario en una institución psiquiátrica a la que ya hubiera sido admitida como paciente voluntario cuando un médico calificado y autorizado por ley a esos efectos determine, de conformidad con el principio 4 *supra*, que esa persona padece una enfermedad mental y considere:

- a) Que debido a esa enfermedad mental existe un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros; o
- b) Que, en el caso de una persona cuya enfermedad mental sea grave y cuya capacidad de juicio esté afectada, 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. En el caso a que se refiere el apartado *b* del presente párrafo, se debe consultar en lo posible a un segundo profesional de salud mental, independiente del primero. De realizarse esa consulta, la admisión o la retención involuntaria no tendrá lugar a menos que el segundo profesional convenga en ello.

2. Inicialmente la admisión o la retención involuntaria se hará por un período breve determinado por la legislación nacional, con fines de observación y tratamiento preliminar del paciente, mientras el órgano de revisión considera la admisión o retención. Los motivos para

la admisión o retención se comunicarán sin demora al paciente y la admisión o retención misma, así como sus motivos, se comunicarán también sin tardanza y en detalle al órgano de revisión, al representante personal del paciente, cuando sea el caso, y, salvo que el paciente se oponga a ello, a sus familiares.

3. Una institución psiquiátrica sólo podrá admitir pacientes involuntarios cuando haya sido facultada a ese efecto por la autoridad competente prescrita por la legislación nacional.

### **Principio 17**

#### **El órgano de revisión**

1. El órgano de revisión será un órgano judicial u otro órgano independiente e imparcial establecido por la legislación nacional que actuará de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación nacional. Al formular sus decisiones contará con la asistencia de uno o más profesionales de salud mental calificados e independientes y tendrá presente su asesoramiento.

2. El examen inicial por parte del órgano de revisión, conforme a lo estipulado en el párrafo 2 del principio 16 *supra*, de la decisión de admitir o retener a una persona como paciente involuntario se llevará a cabo lo antes posible después de adoptarse dicha decisión y se efectuará de conformidad con los procedimientos sencillos y expeditos establecidos por la legislación nacional.

3. El órgano de revisión examinará periódicamente los casos de pacientes involuntarios a intervalos razonables especificados por la legislación nacional.

4. Todo paciente involuntario tendrá derecho a solicitar al órgano de revisión que se le dé de alta o que se le considere como paciente voluntario, a intervalos razonables prescritos por la legislación nacional.

5. En cada examen, el órgano de revisión determinará si se siguen cumpliendo los requisitos para la admisión involuntaria enunciados en el párrafo 1 del principio 16 *supra* y, en caso contrario, el paciente será dado de alta como paciente involuntario.

6. Si en cualquier momento el profesional de salud mental respon-

sable del caso determina que ya no se cumplen las condiciones para retener a una persona como paciente involuntario, ordenará que se dé de alta a esa persona como paciente involuntario.

7. El paciente o su representante personal o cualquier persona interesada tendrá derecho a apelar ante un tribunal superior de la decisión de admitir al paciente o de retenerlo en una institución psiquiátrica.

### **Principio 18** **Garantías procesales**

1. El paciente tendrá derecho a designar a un defensor para que lo represente en su calidad de paciente, incluso para que lo represente en todo procedimiento de queja o apelación. Si el paciente no obtiene 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.

2. Si es necesario, el paciente tendrá derecho a la asistencia de un intérprete. Cuando tales servicios sean necesarios y el paciente no los obtenga, se le facilitarán sin cargo alguno en la medida en que el paciente carezca de medios suficientes para pagar.

3. El paciente y su defensor podrán solicitar y presentar en cualquier audiencia un dictamen independiente sobre su salud mental y cualesquiera otros informes y pruebas orales, escritas y de otra índole que sean pertinentes y admisibles.

4. Se proporcionarán al paciente y a su defensor copias del expediente del paciente y de todo informe o documento que deba presentarse, salvo en casos especiales en que se considere que la revelación de determinadas informaciones perjudicaría gravemente la salud del paciente o pondría en peligro la seguridad de terceros. Conforme lo prescriba la legislación nacional, todo documento que no se proporcione al paciente deberá proporcionarse al representante personal y al defensor del paciente, siempre que pueda hacerse con carácter confidencial. Cuando no se comunique al paciente cualquier parte de un documento, se informará de ello al paciente o a su defensor, así como de las razones de esa decisión, que estará sujeta a revisión judicial.

5. El paciente y su representante personal y defensor tendrán de-

recho a asistir personalmente a la audiencia y a participar y ser oídos en ella.

6. Si el paciente o su representante personal o defensor solicitan la presencia de una determinada persona en la audiencia, se admitirá a esa persona a menos que se considere que su presencia perjudicará gravemente la salud del paciente o pondrá en peligro la seguridad de terceros.

7. En toda decisión relativa a si la audiencia o cualquier parte de ella será pública o privada y si podrá informarse públicamente de ella, se tendrán en plena consideración los deseos del paciente, la necesidad de respetar su vida privada y la de otras personas y la necesidad de impedir que se cause un perjuicio grave a la salud del paciente o de no poner en peligro la seguridad de terceros.

8. La decisión adoptada en una audiencia y las razones de ella se expresarán por escrito. Se proporcionarán copias al paciente y a su representante personal y defensor. Al determinar si la decisión se publicará en todo o en parte, se tendrán en plena consideración los deseos del paciente, la necesidad de respetar su vida privada y la de otras personas, el interés público en la administración abierta de la justicia y la necesidad de impedir que se cause un perjuicio grave a la salud del paciente y de no poner en peligro la seguridad de terceros.

### **Principio 19**

#### **Acceso a la información**

1. El paciente (término que en el presente principio comprende al ex paciente) tendrá derecho de acceso a la información relativa a él en el historial médico y expediente personal que mantenga la institución psiquiátrica. Este derecho podrá estar sujeto a restricciones para impedir que se cause un perjuicio grave a la salud del paciente o se ponga en peligro la seguridad de terceros. Conforme lo disponga la legislación nacional, toda información de esta clase que no se proporcione al paciente se proporcionará al representante personal y al defensor del paciente, siempre que pueda hacerse con carácter confidencial. Cuando no se proporcione al paciente cualquier parte de la información, el paciente o su defensor, si lo hubiere, será informado de la decisión y de las razones en que se funda, y la decisión estará sujeta a revisión judicial.

2. Toda observación por escrito del paciente o de su representante personal o defensor deberá, a petición de cualquiera de ellos, incorporarse al expediente del paciente.

### **Principio 20**

#### **Delincuentes**

1. El presente principio se aplicará a las personas que cumplen penas de prisión por delitos penales o que han sido detenidas en el transcurso de procedimientos o investigaciones penales efectuados en su contra y que, según se ha determinado o se sospecha, padecen una enfermedad mental.

2. Todas estas personas deben recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental, según lo estipulado en el principio 1 *supra*. Los presentes Principios se aplicarán en su caso en la medida más plena posible, con las contadas modificaciones y excepciones que vengán impuestas por las circunstancias. Ninguna modificación o excepción podrá menoscabar los derechos de las personas reconocidos en los instrumentos señalados en el párrafo 5 del principio 1 *supra*.

3. La legislación nacional podrá autorizar a un tribunal o a otra autoridad competente para que, basándose en un dictamen médico competente e independiente, disponga que esas personas sean internadas en una institución psiquiátrica.

4. El tratamiento de las personas de las que se determine que padecen una enfermedad mental será en toda circunstancia compatible con el principio 11 *supra*.

### **Principio 21**

#### **Quejas**

Todo paciente o ex paciente tendrá derecho a presentar una queja conforme a los procedimientos que especifique la legislación nacional.

### **Principio 22**

#### **Vigilancia y recursos**

Los Estados velarán para que existan mecanismos adecuados para



promover el cumplimiento de los presentes Principios, inspeccionar las instituciones psiquiátricas, presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes.

### **Principio 23**

#### **Aplicación**

1. Los Estados deberán aplicar los presentes Principios adoptando las medidas pertinentes de carácter legislativo, judicial, administrativo, educativo y de otra índole, que revisarán periódicamente.

2. Los Estados deberán dar amplia difusión a los presentes Principios por medios apropiados y dinámicos.

### **Principio 24**

#### **Alcance de los principios relativos a las instituciones psiquiátricas**

Los presentes Principios se aplican a todas las personas que ingresan en una institución psiquiátrica.

### **Principio 25**

#### **Mantenimiento de los derechos reconocidos**

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.

**Poder Ejecutivo  
Nacional**

Publicado en el Boletín Oficial  
el 29 de mayo de 2013

## **Decreto 603/2013 - Salud Pública**

---

**Ley 26.657.- Reglamentación. Apruébase la Reglamentación de la Ley N° 26.657**

Bs. As., 28/5/2013

**VISTO** el Expediente N° 1-2002-20706-11-4 del Registro del MINISTERIO DE SALUD y la Ley N° 26.657, y

### **CONSIDERANDO:**

Que la Ley N° 26.657 regula la protección de los derechos de las personas con padecimiento mental en la República Argentina.

Que en dicha ley prevalecen especialmente, entre otros derechos concordantes y preexistentes reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de rango Constitucional (conforme artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna), los derechos de toda persona a la mejor atención disponible en salud mental y adicciones, al trato digno, respetuoso y equitativo, propugnándose la responsabilidad indelegable del Estado en garantizar el derecho a recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con modalidades de atención basadas en la comunidad, entendiendo a la internación como una medida restrictiva que sólo debe ser aplicada como último recurso terapéutico.

Que se destaca asimismo, que los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, instrumento internacional de máximo consenso en la materia, ha sido incluido como parte del texto de la Ley N° 26.657.

Que la ley aludida, presta asimismo una especial consideración a la necesidad de adecuar las modalidades de abordaje al paradigma de los derechos humanos inserto en la normativa constitucional, y destacado en la Declaración de Caracas del año 1990 acordada por los países miembros de la ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS)-ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS).

Que los términos de dicha ley, deberán entenderse siempre en el sentido de que debe velarse por la salud mental de toda la población, entendida la misma 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” en el marco de la vida en comunidad (artículo 3° de la Ley N°26.657).

Que dicha definición se articula con la consagrada conceptualización de la salud desde la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados —Official Records of the World Health Organization, N° 2, p. 100—).

Que mediante el Decreto N° 457 de fecha 5 de abril de 2010, se creó la DIRECCIÓN NACIONAL DE SALUD MENTAL Y ADICCIONES en la esfera de la SECRETARIA DE DETERMINANTES DE LA SALUD Y RELACIONES SANITARIAS del MINISTERIO DE SALUD, con el objeto de desarrollar políticas, planes y programas coherentes con el espíritu y texto de la Ley N° 26.657.

Que en tal sentido corresponde en esta instancia dictar las normas reglamentarias necesarias que permitan la inmediata puesta en funcionamiento de las previsiones contenidas en la Ley N° 26.657.

Que la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SALUD ha tomado la intervención que le compete.

Que el presente se dicta en uso de las atribuciones emergentes del artículo 99, incisos 1) y 2) de la CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Por ello,

**LA PRESIDENTA DE LA NACIÓN ARGENTINA  
DECRETA:**

**Artículo 1°** — Apruébase la reglamentación de la Ley N° 26.657 que como ANEXO I forma parte integrante del presente Decreto.

**Art. 2°** — Créase la COMISIÓN NACIONAL INTERMINISTERIAL EN POLÍTICAS DE SALUD MENTAL Y ADICCIONES en el ámbito de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, presidida por la Autoridad de Aplicación de la Ley citada e integrada por representantes de cada uno de los Ministerios mencionados en el artículo 36 de la Ley N° 26.657.

Cada Ministerio afectará partidas presupuestarias propias para hacer frente a las acciones que le correspondan, según su competencia, y que se adopten en la presente Comisión.

La Comisión se reunirá como mínimo una vez al mes y realizará memorias o actas en las cuales se registren las decisiones adoptadas y los compromisos asumidos por cada Ministerio.

La Autoridad de Aplicación deberá promover la creación de ámbitos interministeriales de cada jurisdicción.

La Autoridad de Aplicación deberá convocar a organizaciones de la comunidad que tengan incumbencia en la temática, en particular de usuarios y familiares, y de trabajadores, para participar de un Consejo Consultivo de carácter honorario al que deberá convocar al menos trimestralmente, a fin de exponer las políticas que se llevan adelante y escuchar las propuestas que se formulen.

**Art. 3°** — El presente decreto entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial.

**Art. 4°** — Comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. — FERNÁNDEZ DE KIRCHNER. — Juan M. Abal Medina. — Juan L. Manzur.

**ANEXO I**  
**REGLAMENTACIÓN DE LA LEY N° 26.657**

**CAPÍTULO I**  
**DERECHOS Y GARANTÍAS**

**ARTÍCULO 1°.-** Entiéndese por padecimiento mental a todo tipo

de sufrimiento psíquico de las personas y/o grupos humanos, vinculables a distintos tipos de crisis previsibles o imprevistas, así como a situaciones más prolongadas de padecimientos, incluyendo trastornos y/o enfermedades, como proceso complejo determinado por múltiples, componentes, de conformidad con lo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 26.657.

**ARTÍCULO 2°.-** Sin reglamentar.

## **CAPÍTULO II DEFINICIÓN**

**ARTÍCULO 3°.-** Sin reglamentar.

**ARTÍCULO 4°.-** Las políticas públicas en la materia tendrán como objetivo favorecer el acceso a la atención de las personas desde una perspectiva de salud integral, garantizando todos los derechos establecidos en la Ley N° 26.657. El eje deberá estar puesto en la persona en su singularidad, más allá del tipo de adicción que padezca.

Entiéndese por “servicios de salud” en un sentido no restrictivo, a toda propuesta o alternativa de abordaje tendiente a la promoción de la salud mental, prevención del padecimiento, intervención temprana, tratamiento, rehabilitación, y/o inclusión social, reducción de daños evitables o cualquier otro objetivo de apoyo o acompañamiento que se desarrolle en los ámbitos públicos o privados.

**ARTÍCULO 5°.-** Sin reglamentar.

## **CAPÍTULO III ÁMBITO DE APLICACIÓN**

**ARTÍCULO 6°.-** La Autoridad de Aplicación deberá asegurar, junto con las provincias y la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, que las obras sociales regidas por las Leyes Nros. 23.660 y 23.661, el INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS (PAMI), la Obra Social del PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN (OSPJN), la DIRECCIÓN DE AYUDA SOCIAL PARA EL PERSONAL DEL CONGRESO DE LA NACIÓN, las

obras sociales del personal civil y militar de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas de Seguridad, de la Policía Federal Argentina, de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, del Servicio Penitenciario Federal y los retirados, jubilados y pensionados del mismo ámbito, las entidades de medicina prepaga, las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden por sí o por terceros servicios de salud independientemente de su naturaleza jurídica o de su dependencia institucional, adecuen su cobertura a las previsiones de la Ley N° 26.657.

**CAPÍTULO IV**  
**DERECHOS DE LAS PERSONAS CON PADECIMIENTO**  
**MENTAL**

**ARTÍCULO 7°.-** Los derechos establecidos en el artículo 7° de la Ley N° 26.657, son meramente enunciativos.

- a) Sin reglamentar.
- b) Sin reglamentar.
- c) La Autoridad de Aplicación deberá determinar cuáles son las prácticas que se encuentran basadas en fundamentos científicos ajustados a principios éticos. Todas aquellas que no se encuentren previstas estarán prohibidas.
- d) Sin reglamentar.
- e) Sin reglamentar.
- f) Sin reglamentar.
- g) Sin reglamentar.
- h) Sin reglamentar.
- i) El INSTITUTO NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, LA XENOFOBIA Y EL RACISMO (INADI) y la AUTORIDAD FEDERAL DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL (AFSCA), en el ámbito de sus competencias, en conjunto con la Autoridad de Aplicación y con la colaboración de todas las áreas que sean

requeridas, desarrollarán políticas y acciones tendientes a promover la inclusión social de las personas con padecimientos mentales y a la prevención de la discriminación por cualquier medio y contexto.

j) Todas las instituciones públicas o privadas que brinden servicios de salud con o sin internación deberán disponer en lugares visibles para todos los usuarios, y en particular para las personas internadas y sus familiares, un letrero de un tamaño mínimo de OCHENTA CENTÍMETROS (0.80 cm) por CINCUENTA CENTÍMETROS (0.50 cm) con el consiguiente texto: “La Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 garantiza los derechos de los usuarios. Usted puede informarse del texto legal y denunciar su incumplimiento llamando al...” (números de teléfono gratuitos que a tal efecto establezca el Órgano de Revisión de cada Jurisdicción y la autoridad local de aplicación).

Las instituciones referidas precedentemente tienen la obligación de entregar a las personas usuarias y familiares, al momento de iniciarse una internación, copia del artículo 7° de la Ley N° 26.657, debiendo dejar constancia fehaciente de la recepción de la misma.

k) Todo paciente, con plena capacidad o, sus representantes legales, en su caso, podrán disponer directivas anticipadas sobre su salud mental, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos y decisiones relativas a su salud, las cuales deberán ser aceptadas por el equipo interdisciplinario interviniente a excepción que aquellas constituyeran riesgo para sí o para terceros.

Dichas decisiones deberán asentarse en la historia clínica. Asimismo, las decisiones del paciente o sus representantes legales, según sea el caso, podrán ser revocadas. El equipo interdisciplinario interviniente deberá acatar dicha decisión y adoptar todas las formalidades que resulten necesarias a fin de acreditar tal manifestación de voluntad, de la que deberá dejarse expresa constancia en la historia clínica.

l) La información sanitaria del paciente sólo podrá ser brindada a terceras personas con su consentimiento fehaciente. Si aquél fuera incapaz, el consentimiento será otorgado por su representante legal.

Asimismo, la exposición con fines académicos requiere, de forma previa a su realización, el consentimiento expreso del paciente o en su defecto, de sus representantes legales y del equipo interdisciplinario

interviniente, integrado conforme lo previsto en el artículo 8° de la Ley. En todos los casos de exposición con fines académicos, deberá reservarse la identidad del paciente.

El consentimiento brindado por el paciente, en todos los casos, debe ser agregado a la historia clínica.

m) Entiéndese por “consentimiento fehaciente” a la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del equipo interdisciplinario interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: su estado de salud; el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; los beneficios esperados del procedimiento; los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

Dicho consentimiento deberá brindarse ante el organismo público que la autoridad de aplicación determine, fuera de un contexto de internación involuntaria u otra forma de restricción de la libertad.

Todos los proyectos de investigaciones clínicas y/o tratamientos experimentales, salvo los que se realicen exclusivamente sobre la base de datos de personas no identificadas, deberán ser previamente aprobados por la Autoridad de Aplicación.

Tanto para la elaboración del protocolo de consentimiento fehaciente como para la aprobación de los proyectos referidos, la Autoridad de Aplicación trabajará en consulta con el CONSEJO NACIONAL DE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Una vez aprobados los mismos, deberán ser remitidos al Órgano de Revisión para que realice las observaciones que crea convenientes.

n) Sin reglamentar.

o) Sin reglamentar.

p) Entiéndese por “justa compensación” a la contraprestación que



recibirá el paciente por su fuerza de trabajo en el desarrollo de la actividad de que se trata y que implique producción de objetos, obras o servicios que luego sean comercializados.

El pago de dicha compensación se verificará siguiendo las reglas, usos y costumbres de la actividad de que se trate. La Autoridad de Aplicación, en coordinación con el MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, deberá fiscalizar que no existan abusos o algún tipo de explotación laboral.

## **CAPÍTULO V MODALIDAD DE ABORDAJE**

**ARTÍCULO 8°.-** Los integrantes de los equipos interdisciplinarios asumen las responsabilidades que derivan de sus propias incumbencias profesionales en el marco del trabajo conjunto.

Las disciplinas enumeradas en el artículo 8° de la Ley N° 26.657 no son taxativas.

Cada jurisdicción definirá las características óptimas de conformación de sus equipos, de acuerdo a las necesidades y particularidades propias de la población.

En aquellas jurisdicciones en donde aún no se han desarrollado equipos interdisciplinarios, la Autoridad de Aplicación en conjunto con las autoridades locales, diseñarán programas tendientes a la conformación de los mismos, estableciendo plazos para el cumplimiento de dicho objetivo. Hasta tanto se conformen los mencionados equipos, se procurará sostener una atención adecuada con los recursos existentes, reorganizados interdisciplinariamente, a fin de evitar derivaciones innecesarias fuera del ámbito comunitario.

La Autoridad de Aplicación deberá relevar aquellas profesiones y disciplinas vinculadas al campo de la salud mental y desarrollará acciones tendientes a:

a) Fomentar la formación de recursos humanos en aquellas que sea necesario, y b) Regularizar la acreditación de las mismas en todo el país.

**ARTÍCULO 9º.-** La Autoridad de Aplicación promoverá que las políticas públicas en materia asistencial respeten los siguientes principios:

a) Cercanía de la atención al lugar donde vive la persona.

b) Garantía de continuidad de la atención en aquellos servicios adecuados y que sean de preferencia de la persona.

c) Articulación permanente en el caso de intervención de distintos servicios sobre una misma persona o grupo familiar, disponiendo cuando fuere necesario un área de coordinación, integrando al equipo de atención primaria de la salud que corresponda.

d) Participación de personas usuarias, familiares y otros recursos existentes en la comunidad para la integración social efectiva.

e) Reconocimiento de las distintas identidades étnicas, culturales, religiosas, de género, sexuales y otras identidades colectivas.

Asimismo promoverá políticas para integrar a los equipos interdisciplinarios de atención primaria de la salud que trabajan en el territorio, conformados por médicos generalistas y de familia, agentes sanitarios, enfermeros y otros agentes de salud, como parte fundamental del sistema comunitario de salud mental.

Las políticas de abordaje intersectorial deberán incluir la adaptación necesaria de programas que garanticen a las personas con padecimientos mentales la accesibilidad al trabajo, a la educación, a la cultura, al arte, al deporte, a la vivienda y a todo aquello que fuere necesario para el desarrollo y la inclusión social.

**ARTÍCULO 10.-** El consentimiento informado se encuadra en lo establecido por el Capítulo III de la Ley N° 26.529 y su modificatoria, en consonancia con los principios internacionales.

Si el consentimiento informado ha sido brindado utilizando medios y tecnologías especiales, deberá dejarse constancia fehaciente de ello en la historia clínica del paciente, aclarando cuáles han sido los utilizados para darse a entender.

**ARTÍCULO 11.-** Facúltase a la Autoridad de Aplicación a disponer la promoción de otros dispositivos adecuados a la Ley N°

26.657, en articulación con las áreas que correspondan, promoviendo su funcionamiento bajo la forma de una red de servicios con base en la comunidad. 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 con internación, sistemas de atención de la urgencia, centros de rehabilitación psicosocial diurno y nocturno, dispositivos habitacionales y laborales con distintos niveles de apoyo, atención ambulatoria, sistemas de apoyo y atención domiciliaria, familiar y comunitaria en articulación con redes intersectoriales y sociales, para satisfacer las necesidades de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación, que favorezca la inclusión social.

La Autoridad de Aplicación establecerá los requisitos que debe cumplir cada dispositivo para su habilitación.

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.

La Autoridad de Aplicación promoverá que la creación de los dispositivos comunitarios, ya sean ambulatorios o de internación, que se creen en cumplimiento de los principios establecidos en la Ley, incluyan entre su población destinataria a las personas alcanzadas por el inciso 1) del artículo 34 del Código Penal, y a la población privada de su libertad en el marco de procesos penales.

Para promover el desarrollo de los dispositivos señalados, se deberá incluir el componente de salud mental en los planes y programas de provisión de insumos y medicamentos.

**ARTÍCULO 12.-** Debe entenderse que no sólo la prescripción de medicamentos sino de cualquier otra medida terapéutica, indicada por cualquiera de los profesionales del equipo interdisciplinario, debe cumplir con los recaudos establecidos en el artículo 12 de la Ley N° 26.657.

La prescripción de psicofármacos debe realizarse siguiendo las normas internacionales aceptadas por los consensos médicos para

su uso racional, en el marco de los abordajes interdisciplinarios que correspondan a cada caso.

La indicación y renovación de prescripción de medicamentos sólo puede realizarse a partir de las evaluaciones profesionales pertinentes realizadas de manera efectiva por médico psiquiatra o de otra especialidad cuando así corresponda.

## **CAPÍTULO VI DEL EQUIPO INTERDISCIPLINARIO**

**ARTÍCULO 13.-** La Autoridad de Aplicación promoverá, en conjunto con las jurisdicciones, protocolos de evaluación a fin de cumplir con el artículo 13 de la Ley Nº 26.657.

## **CAPÍTULO VII INTERNACIONES**

**ARTÍCULO 14.-** Las normas de internación o tratamiento que motiven el aislamiento de las personas con padecimientos mentales, ya sea limitando visitas, llamados, correspondencia o cualquier otro contacto con el exterior, son contrarias al deber de promover el mantenimiento de vínculos. Las restricciones deben ser excepcionales, debidamente fundadas por el equipo interdisciplinario, y deberán ser informadas al juez competente.

Cuando existan restricciones precisas de carácter terapéutico que recaigan sobre algún familiar o referente afectivo, deberá asegurarse el acompañamiento a través de otras personas teniendo en cuenta la voluntad del interesado. Nunca alcanzarán al abogado defensor, y podrán ser revisadas judicialmente. Las restricciones referidas no son en desmedro de la obligación de la institución de brindar información, incorporar a la familia y referentes afectivos a las instancias terapéuticas e informar sobre las prestaciones que brinda, facilitando el acceso al conocimiento de las instalaciones e insumos que se le ofrecen a la persona.

Se deberá promover que aquellas personas que carezcan de familiares o referentes, afectivos en condiciones de acompañar el proceso de tratamiento, puedan contar con referentes comunitarios. Para ello, la Autoridad de Aplicación identificará, apoyará y promoverá la organización de asociaciones de familiares y voluntarios que ofrezcan acompañamiento.

No será admitida la utilización de salas de aislamiento.

Las instituciones deberán disponer de telefonía gratuita para uso de las personas internadas.

**ARTÍCULO 15.-** Cuando una persona estuviese en condiciones de alta desde el punto de vista de la salud mental y existiesen problemáticas sociales o de vivienda que imposibilitaran la externación inmediata, el equipo interdisciplinario deberá:

a) Dejar constancia en la historia clínica.

b) Gestionar ante las áreas que correspondan con carácter urgente la provisión de los recursos correspondientes a efectos de dar solución de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley N° 26.657.

c) Informar a la Autoridad de Aplicación local.

**ARTÍCULO 16.-** Todos los plazos a que se refiere la Ley N° 26.657 deberán computarse en días corridos, salvo disposición en contrario.

a) El diagnóstico interdisciplinario e integral consiste en la descripción de las características relevantes de la situación particular de la persona y las probables causas de su padecimiento o sintomatología, a partir de una evaluación que articule las perspectivas de las diferentes disciplinas que intervienen. En aquellos casos en que corresponda incluir la referencia a criterios clasificatorios de trastornos o enfermedades, la Autoridad de Aplicación establecerá las recomendaciones necesarias para el empleo de estándares avalados por organismos especializados del Estado Nacional, o bien por organismos regionales o internacionales que la República Argentina integre como miembro.

La evaluación deberá incorporarse a la historia clínica.

Los profesionales firmantes deberán ser de distintas disciplinas académicas e integrar el equipo asistencial que interviene directamente en el caso, sin perjuicio de la responsabilidad de las autoridades de la Institución.

El informe deberá contener conclusiones conjuntas producto del trabajo interdisciplinario.

b) Deberán consignarse en la historia clínica, los datos referidos al grupo familiar y/o de pertenencia, o en su defecto, las acciones realizadas para su identificación.

c) Para ser considerada una internación voluntaria el consentimiento deberá ser indefectiblemente personal.

**ARTÍCULO 17.-** La Autoridad de Aplicación conjuntamente con el MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE y las dependencias institucionales que a estos fines resulten competentes, promoverán la implementación de políticas que tengan como objetivo: 1) facilitar el rápido acceso al Documento Nacional de Identidad (DNI) a las personas que carezcan de él; y 2) la búsqueda de los datos de identidad y filiación de las personas con padecimiento mental cuando fuese necesario, con procedimientos expeditos que deberán iniciarse como máximo a las CUARENTA Y OCHO (48) horas de haber tomado conocimiento de la situación; manteniendo un Registro Nacional actualizado que permita un seguimiento permanente de estos casos hasta su resolución definitiva. Este Registro Nacional actuará en coordinación con la Autoridad de Aplicación y contendrá todos aquellos datos que tiendan a identificar a las personas o su grupo de identificación familiar.

Para ello los servicios de salud mental deberán notificar obligatoriamente y de manera inmediata a la Autoridad de Aplicación correspondiente el ingreso de personas cuya identidad se desconozca.

La Autoridad de Aplicación regulará el funcionamiento del Registro Nacional debiendo respetar el derecho a la intimidad, la protección de datos y lo indicado en el artículo 7° inciso I), de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657.

**ARTÍCULO 18.-** Solamente podrá limitarse el egreso de la persona por su propia voluntad si existiese una situación de riesgo cierto e inminente, en cuyo caso deberá procederse de conformidad con el artículo 20 y subsiguientes de la Ley N° 26.657.

Deberá reiterarse la comunicación al cabo de los CIENTO VEINTE (120) días como máximo y deberá contener los recaudos establecidos en el artículo 16 de la Ley N° 26.657. A los efectos de evaluar si la internación continúa siendo voluntaria, el juez solicitará una evalua-

ción de la persona internada al equipo interdisciplinario dependiente del Órgano de Revisión.

**ARTÍCULO 19.-** Sin reglamentar.

**ARTÍCULO 20.-** Entiéndese por riesgo cierto e inminente a aquella contingencia o proximidad de un daño que ya es conocido como verdadero, seguro e indubitable que amenace o cause perjuicio a la vida o integridad física de la persona o de terceros.

Ello deberá ser verificado por medio de una evaluación actual, realizada por el equipo interdisciplinario, cuyo fundamento no deberá reducirse exclusivamente a una clasificación diagnóstica.

No se incluyen los riesgos derivados de actitudes o conductas que no estén condicionadas por un padecimiento mental.

Las Fuerzas de Seguridad que tomasen contacto con una situación de riesgo cierto e inminente para la persona o para terceros por presunto padecimiento mental, deberán intervenir procurando evitar daños, dando parte inmediatamente y colaborando con el sistema de emergencias sanitarias que corresponda. La Autoridad de Aplicación en conjunto con el MINISTERIO DE SEGURIDAD elaborará protocolos de intervención y capacitación en base al criterio de evitar todo tipo de daños para sí o para terceros.

Aún en el marco de una internación involuntaria, deberá procurarse que la persona participe de la decisión que se tome en relación a su tratamiento.

**ARTÍCULO 21.-** Las DIEZ (10) horas deben computarse desde el momento en que se efectivizó la medida, incluso cuando su vencimiento opere en día u horario inhábil judicial.

La comunicación podrá realizarse telefónicamente o por otra vía tecnológica expedita y verificable que habrán de determinar en acuerdo la Autoridad de Aplicación local, el Poder Judicial y el Órgano de Revisión.

El Juez deberá garantizar el derecho de la persona internada, en la medida que sea posible, a ser oída en relación a la internación dispuesta.

a) Sin reglamentar.

b) La petición de informe ampliatorio sólo procede si, a criterio del Juez, el informe original es insuficiente. En caso de solicitar el mismo o peritajes externos, el plazo máximo para autorizar o denegar la internación no podrá superar los SIETE (7) días fijados en el artículo 25 de la ley N° 26.657.

Entiéndese por “servicio de salud responsable de la cobertura” al máximo responsable de la cobertura de salud, sea pública o privada.

**ARTÍCULO 22.-** La responsabilidad de garantizar el acceso a un abogado es de cada jurisdicción. La actuación del defensor público será gratuita.

En el ejercicio de la asistencia técnica el abogado defensor —público o privado— debe respetar la voluntad y las preferencias de la persona internada, en lo relativo a su atención y tratamiento.

A fin de garantizar el derecho de defensa desde que se hace efectiva la internación, el servicio asistencial deberá informar al usuario que tiene derecho a designar un abogado.

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 dicho servicio.

En aquellos estados en los 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 y las directivas anticipadas que pudiera haber manifestado expresamente.

El juez debe garantizar que no existan conflictos de intereses entre la persona internada y su abogado, debiendo requerir la designación de un nuevo defensor si fuese necesario.

**ARTÍCULO 23.-** El equipo tratante que tiene la facultad de otorgar el alta, externación o permisos de salida se compone de manera interdisciplinaria y bajo el criterio establecido en el artículo 16 y concordantes de la Ley N° 26.657.



Cuando una internación involuntaria se transforma en voluntaria, se le comunicará al juez esta novedad remitiéndole un informe con copia del consentimiento debidamente firmado. En este caso se procederá de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley, debiendo realizar la comunicación allí prevista si transcurriesen SESENTA (60) días a partir de la firma del consentimiento.

**ARTÍCULO 24.-** Los informes periódicos deberán ser interdisciplinarios e incluir información acerca de la estrategia de atención, las distintas medidas implementadas por el equipo y las respuestas obtenidas, fundamentando adecuadamente la necesidad del mantenimiento de la medida de internación.

Se entenderá que la intervención del Órgano de Revisión, en el marco del presente artículo, procede a intervalos de NOVENTA (90) días.

Hasta tanto se creen los órganos de revisión en cada una de las jurisdicciones, el juez podrá requerir a un equipo interdisciplinario, de un organismo independiente del servicio asistencial interviniente, que efectúe la evaluación indicada por el presente artículo.

**ARTÍCULO 25.-** Sin reglamentar.

**ARTÍCULO 26.-** En las internaciones de personas declaradas incapaces o menores de edad se deberá:

- a) Ofrecer alternativas terapéuticas de manera comprensible,
- b) Recabar su opinión,
- c) Dejar constancia de ello en la historia clínica,
- d) Poner a su disposición la suscripción del consentimiento informado.

En caso de existir impedimentos para el cumplimiento de estos requisitos deberá dejarse constancia de ello con informe fundado.

Asimismo deberá dejarse constancia de la opinión de los padres o representantes legales según el caso.

Para las internaciones de personas menores de edad el abogado

defensor previsto en el artículo 22 de la Ley N° 26.657 deberá estar preferentemente especializado en los términos del artículo 27 inciso c) de la Ley N° 26.061.

**ARTÍCULO 27.-** La Autoridad de Aplicación en conjunto con los responsables de las jurisdicciones, en particular de aquellas que tengan en su territorio dispositivos monovalentes, deberán desarrollar para cada uno de ellos proyectos de adecuación y sustitución por dispositivos comunitarios con plazos y metas establecidas. La sustitución definitiva deberá cumplir el plazo del año 2020, de acuerdo al CONSENSO DE PANAMÁ adoptado por la CONFERENCIA REGIONAL DE SALUD MENTAL convocada por la ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS) -ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) “20 años después de la Declaración de Caracas” en la CIUDAD DE PANAMÁ el 8 de octubre de 2010. La presentación de tales proyectos y el cumplimiento efectivo de las metas en los plazos establecidos, será requisito indispensable para acceder a la asistencia técnica y financiera que la Autoridad de Aplicación nacional disponga. El personal deberá ser capacitado y destinado a los dispositivos sustitutivos en funciones acordes a su capacidad e idoneidad.

La Autoridad de Aplicación en conjunto con las jurisdicciones, establecerá cuales son las pautas de adaptación de los manicomios, hospitales neuropsiquiátricos o cualquier otro tipo de instituciones de internación monovalentes que se encuentren en funcionamiento, congruentes con el objetivo de su sustitución definitiva en el plazo establecido.

También establecerá las pautas de habilitación de nuevos servicios de salud mental, públicos y privados, a los efectos de cumplir con el presente artículo.

La adaptación prevista deberá contemplar la desconcentración gradual de 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 internadas, las cuales deberán recibir una atención acorde a los máximos estándares éticos, técnicos y humanitarios en salud mental vigentes.

**ARTÍCULO 28.-** Deberá entenderse que la expresión “hospitales generales” incluye tanto a los establecimientos públicos como privados.

Las adaptaciones necesarias para brindar una atención adecuada e integrada sean estructurales y/o funcionales de los hospitales generales a efectos de incluir la posibilidad de internación en salud mental es responsabilidad de cada jurisdicción. Aquellas deberán respetar las recomendaciones que la Autoridad de Aplicación realizará a tales fines.

A los efectos de contar con los recursos necesarios para poder efectuar internaciones de salud mental en hospitales generales del sector público, el MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS y el MINISTERIO DE SALUD deberán contemplar en la construcción de nuevos hospitales, áreas destinadas específicamente a la atención de la salud mental, promoviendo que igual criterio adopten todas las jurisdicciones.

Asimismo, establecerán planes de apoyo para el reacondicionamiento o ampliación de los Hospitales Generales, con el mismo objetivo.

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.

**ARTÍCULO 29.-** Las autoridades de los establecimientos que presten atención en salud mental deberán entregar a todo el personal vinculado al área, copia del texto de la Ley y su Reglamentación.

Asimismo, los usuarios, familiares y allegados tendrán a su disposición un libro de quejas, al que tendrán acceso irrestricto tanto la Autoridad de Aplicación, el Órgano de Revisión, el abogado defensor como la Autoridad Judicial.

La Autoridad de Aplicación promoverá espacios de capacitación sobre los contenidos de la Ley y de los instrumentos internacionales de referencia, dirigidos a todos los integrantes del equipo de salud mental.

## **CAPÍTULO VIII DERIVACIONES**

**ARTÍCULO 30.-** La conveniencia de derivación fuera del ámbito comunitario donde vive la persona deberá estar debidamente fundada por evaluación interdisciplinaria en los términos previstos en el artículo 16 y concordantes de la Ley. La comunicación al Juez y al Órgano de Revisión, cuando no exista consentimiento informado, deberá ser de carácter previo a la efectivización de la derivación.

## **CAPÍTULO IX AUTORIDAD DE APLICACIÓN**

**ARTÍCULO 31.-** El área a designar por la Autoridad de Aplicación a través de la cual desarrollará las políticas establecidas en la Ley no podrá ser inferior a Dirección Nacional.

El PLAN NACIONAL DE SALUD MENTAL deberá estar disponible para la consulta del conjunto de la ciudadanía y deberá contemplar mecanismos de monitoreo y evaluación del cumplimiento de metas y objetivos. La Autoridad de Aplicación deberá elaborar un informe anual sobre la ejecución de dicho Plan Nacional el cual será publicado y remitido al Órgano de Revisión.

**ARTÍCULO 32.-** Sin reglamentar.

**ARTÍCULO 33.-** El MINISTERIO DE EDUCACIÓN, a través de sus áreas competentes, prestará colaboración a la Autoridad de Aplicación a fin de efectuar las pertinentes recomendaciones dirigidas a las universidades para adecuar los planes de estudio de formación de los profesionales de las disciplinas involucradas con la salud mental.

Deberá ponerse de resalto la capacitación de los trabajadores en servicio del equipo interdisciplinario de salud mental, de atención primaria de la salud, y de todas las áreas que intervienen en orden a la intersectorialidad;

La Autoridad de Aplicación deberá promover la habilitación de espacios de capacitación de grado y posgrado, residencias, concurrencias y pasantías, dentro de los dispositivos comunitarios, sustituyendo progresivamente los espacios de formación existentes en instituciones monovalentes.

**ARTÍCULO 34.-** La SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS y la Autoridad de Aplicación conformarán una comisión permanente de trabajo en el plazo de TREINTA (30) días, a partir de la entrada en vigencia del presente Decreto.

Dicha Comisión trabajará en conjunto con las jurisdicciones provinciales y elevará al Secretario de Derechos Humanos y a la Autoridad de Aplicación las propuestas elaboradas para su aprobación, las que deberán garantizar el cumplimiento de todos los derechos establecidos en el artículo 7° y demás previsiones de la Ley N° 26.657.

La Comisión conformada dará asistencia técnica y seguimiento permanente para la implementación de los estándares elaborados.

Se deberá entender que los estándares se refieren a habilitación, supervisión, acreditación, certificación, monitoreo, auditoría, fiscalización y evaluación.

**ARTÍCULO 35.-** La Autoridad de Aplicación deberá considerar como requisito para el acceso a programas de asistencia en los términos del artículo 28 de la presente reglamentación, la participación y colaboración de las jurisdicciones en la recolección y envío de datos para la realización del censo.

El Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) prestará la colaboración que le sea requerida.

**ARTÍCULO 36.-** Sin reglamentar.

**ARTÍCULO 37.-** La SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD en conjunto con la Autoridad de Aplicación deberán controlar que se garantice la cobertura en salud mental de los afiliados a Obras Sociales. Para ello deberán adecuar la cobertura del Programa Médico Obligatorio (PMO) o el instrumento que en el futuro lo reemplace, a través de la incorporación de los dispositivos, insumos y prácticas en salud mental que se promueven en la Ley y los que la Autoridad de Aplicación disponga de acuerdo con el artículo 11 de la misma. Para acceder a dicha cobertura no será exigible certificación de discapacidad.

Se establecerán aranceles que promuevan la creación y desarrollo de tales dispositivos. Deberán también excluirse de la cobertura las prestaciones contrarias a la Ley.

La SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD deberá controlar que los agentes del seguro de salud identifiquen a aquellas personas que se encuentren con internaciones prolongadas y/o en instituciones monovalentes, y deberán establecer un proceso de externación y/o inclusión en dispositivos sustitutivos en plazos perentorios.

Las auditorías o fiscalizaciones sobre los prestadores, públicos y privados deberán controlar el cumplimiento de la Ley, incluyendo la utilización de evaluaciones interdisciplinarias.

Se promoverá que igual criterio adopten las obras sociales provinciales.

## **CAPÍTULO X ÓRGANO DE REVISIÓN**

**ARTÍCULO 38.-** El Órgano de Revisión en el ámbito del MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA actuará conforme las decisiones adoptadas por los integrantes individualizados en el artículo 39 de la Ley. Dictará su reglamento interno de funcionamiento, y establecerá los lineamientos políticos y estratégicos de su intervención 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 así lo requiera.

Podrá sesionar con el quórum mínimo de CUATRO (4) miembros. La toma de decisiones será por mayoría simple de los miembros presentes, salvo cuando se estipule en esta reglamentación, o a través del reglamento interno, un quórum diferente.

A los fines de dotar al Órgano de Revisión de la operatividad necesaria para cumplir de un modo más eficaz sus funciones, encomiéndose a la DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN la Presidencia,

representación legal, y coordinación ejecutiva del Órgano Revisor, a través de la organización de una Secretaría Ejecutiva y de un equipo de apoyo técnico y otro administrativo.

La DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a través de su servicio administrativo financiero, se encargará de brindar el soporte necesario para la ejecución del presupuesto que se le asigne para el funcionamiento del Órgano de Revisión.

La Secretaría Ejecutiva, cuyo titular será designado por la DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, deberá coordinar las reuniones de los integrantes del Órgano de Revisión, implementar las estrategias políticas, jurídicas e institucionales, participar sin voto de las reuniones, seguir los lineamientos acordados por los integrantes del Órgano, canalizar la colaboración necesaria entre los distintos miembros, y adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento permanente del organismo, rindiendo cuentas de las acciones emprendidas.

La labor permanente de carácter operativo, técnico y administrativo del Órgano de Revisión, se sustentará mediante los equipos de apoyo enunciados precedentemente, cuyo personal será provisto por la DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN y coordinado por la Secretaría Ejecutiva.

En la conformación del equipo de apoyo técnico deberá respetarse el criterio interdisciplinario previsto en la Ley, y deberá asegurarse que el personal no posea conflictos de intereses respecto de las tareas encomendadas al Órgano de Revisión.

**ARTÍCULO 39.-** Los integrantes del Órgano de Revisión serán designados de la siguiente manera:

- a) UN (1) representante del MINISTERIO DE SALUD;
- b) UN (1) representante de la SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.
- c) UN (1) representante del MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA;

d) UN (1) representante de asociaciones de usuarios y/o familiares del sistema de salud;

e) UN (1) representante de asociaciones de profesionales y otros trabajadores de la salud;

f) UN (1) representante de organizaciones no gubernamentales abocadas a la defensa de los derechos humanos.

La DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN a través de su titular o de quién éste designe deberá ejercer el voto en las reuniones a los efectos de desempatar, cuando resultare necesario.

Las entidades de perfil interdisciplinario y con experiencia de trabajo en la temática de salud mental y de derechos humanos, representativas de las asociaciones y organizaciones mencionadas en los incisos d), e) y f), serán designadas por decisión fundada adoptada entre las jurisdicciones mencionadas en los incisos a), b) y c), a través de un procedimiento de selección que asegure transparencia.

Las entidades que sean designadas a tal efecto, integrarán el Órgano de Revisión por el término de DOS (2) años, al cabo del cual deberán elegirse nuevas organizaciones. Podrán ser reelegidas por UN (1) sólo período consecutivo, o nuevamente en el futuro, siempre con el intervalo de UN (1) período. El mismo criterio de alternancia se aplica a las personas que representen a las organizaciones, las que además no podrán tener vinculación de dependencia con las jurisdicciones mencionadas en los incisos a), b) y c).

En caso de renuncia o impedimento de alguna de las entidades designadas para participar del Órgano de Revisión, deberá reeditarse el procedimiento de selección para incorporar a una reemplazante, hasta la culminación del período.

Cada institución deberá designar UN (1) representante titular y UN (1) representante suplente, para el caso de ausencia del primero. La labor de todos los representantes tendrá carácter ad-honorem, sin perjuicio de las retribuciones salariales que cada uno pueda percibir de parte de las organizaciones a las que pertenecen.

El Órgano de Revisión podrá realizar convenios con entidades públicas o privadas, con competencia en la materia, para que brinden



asesoramiento técnico a efectos de coadyuvar a su buen funcionamiento. También podrá convocar, a los mismos fines, a personalidades destacadas en la materia.

**ARTÍCULO 40.-** El Órgano de Revisión desarrollará las funciones enunciadas en el artículo 40 de la Ley N° 26.657, así como todas aquellas que sean complementarias a efectos de proteger los derechos humanos de las personas usuarias de los servicios de salud mental.

El Órgano de Revisión podrá ejercer sus funciones de modo facultativo en todo el Territorio Nacional, en articulación con el Órgano de Revisión local, cuando considere la existencia de situaciones de urgencia y gravedad institucional.

En los casos particulares que estén bajo proceso judicial con competencia de la justicia federal, provincial o de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES, deberá intervenir el Órgano de Revisión local.

a) El Órgano de Revisión requerirá plazos expeditos para la recepción de los informes requeridos;

b) A los fines de lograr la supervisión de las condiciones de internación y tratamiento, el Órgano de Revisión podrá ingresar a cualquier tipo de establecimiento, público y privado, sin necesidad de autorización previa, y realizar inspecciones integrales con acceso irrestricto a todas las instalaciones, documentación, y personas internadas, con quienes podrá mantener entrevistas en forma privada;

c) El equipo interdisciplinario que evalúe las internaciones deberá estar conformado bajo el mismo criterio establecido en el artículo 16 y concordantes de la Ley.

d) Sin reglamentar;

e) Sin reglamentar;

f) El Órgano de Revisión podrá requerir la intervención judicial, así como de la defensa pública y de otros organismos de protección de derechos, ante situaciones irregulares que vayan en desmedro de los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud mental;

g) Sin reglamentar;

h) Las recomendaciones deberán efectuarse a través de informes anuales sobre el estado de aplicación de la Ley en todo el país, que deberán ser de carácter público;

i) Sin reglamentar;

j) A los fines de promover la creación de órganos de revisión en las jurisdicciones, deberá fomentarse que en su integración se respete el criterio de intersectorialidad e interdisciplinariedad previsto en la ley para el Órgano de Revisión nacional, y podrán depender del ámbito que se considere más adecuado de acuerdo a la organización administrativa de cada jurisdicción, para garantizar autonomía de los servicios y dispositivos que serán objeto de supervisión. Se promoverá que, como mínimo, las funciones de los órganos de revisión locales sean las indicadas para el Órgano de Revisión nacional, en su ámbito.

k) Sin reglamentar;

l) A los fines de velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales, se comprenderá la situación de toda persona sometida a algún proceso administrativo o judicial por cuestiones de salud mental, o donde se cuestione el ejercicio de la capacidad jurídica.

## **CAPÍTULO XI CONVENIOS DE COOPERACIÓN CON LAS PROVINCIAS.**

**ARTÍCULO 41.**- Sin reglamentar.

## **CAPÍTULO XII DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS.**

**ARTÍCULO 42.**- Sin reglamentar.

**ARTÍCULO 43.**- Sin reglamentar.

**ARTÍCULO 44.**- Sin reglamentar.

**ARTÍCULO 45.**- Sin reglamentar.

**ARTÍCULO 46.-** Sin reglamentar.

**DISPOSICIÓN TRANSITORIA.**

A los efectos de poner en funcionamiento el Órgano de Revisión, el MINISTERIO DE SALUD, la SECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, y el MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, deberán coordinar y ejecutar las acciones necesarias para la designación de los representantes que lo conformarán, dentro del término de TREINTA (30) días hábiles desde la vigencia del presente decreto.

A los efectos de integrar el Órgano de Revisión, para su primer período de funcionamiento por DOS (2) años, los representantes designados por los TRES (3) organismos deberán elegir, por decisión fundada, a las entidades que representarán a las asociaciones y organizaciones mencionadas en los incisos d), e) y f) del artículo 39 de este Decreto.

Antes de la culminación del primer período de funcionamiento, los representantes de los TRES (3) organismos definirán, por decisión unánime, el procedimiento que se aplicará en adelante para la selección de las otras asociaciones y organizaciones, con los recaudos del artículo 39 de esta reglamentación.

El órgano de Revisión comenzará su actividad regular y permanente luego de constituido íntegramente, con todos los representantes previstos en la ley.

En el ámbito de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, el Órgano de Revisión local ejercerá las funciones señaladas en el artículo 40 de la Ley, aún si la justicia interviniente fuese nacional. Sin perjuicio de ello, en éste último supuesto, el Órgano de Revisión nacional podrá ejercer subsidiariamente dichas funciones.



Ministerio de Seguridad

"2013 – Año del Bicentenario de la Asamblea General Constituyente de 1813"

5 0 6



BUENOS AIRES, 31 MAY 2013

VISTO y CONSIDERANDO:

Que las normas internacionales en materia de Derechos Humanos y las recientes modificaciones en la legislación argentina han avanzado en el reconocimiento y ampliación de derechos a grupos más vulnerados y en especial al colectivo de personas con algún tipo de discapacidad mental.

Que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley N° 26.378, reconoce titularidad de derechos y ejercicio pleno en condiciones de igualdad para las personas con discapacidad.

Que, a su vez, la Ley de Protección de la Salud Mental N° 26657 vino a saldar una deuda histórica del ESTADO NACIONAL con este colectivo de personas usuarias del sistema de salud mental, resultado de la lucha de numerosas organizaciones vinculadas a la temática, usuarios/as y sus familias.

Que dicha ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional por imperio del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Que a fin de adecuar las intervenciones de los CUERPOS POLICIALES y de las FUERZAS DE SEGURIDAD a la normativa internacional y a la Ley de Protección de la Salud Mental N° 26.657, el MINISTERIO DE SEGURIDAD emprendió la tarea de revisión de los criterios de intervención casos que involucran a personas con presunto padecimiento mental o en situación de consumo problemático de sustancias con riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.

Que así mediante MS N° 16853/11 se solicitó a la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA, a la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA, a la GENDARMERÍA NACIONAL y a la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA la totalidad de las regulaciones vigentes para la intervenciones policiales en situaciones de riesgo

"2013 – Año del Bicentenario de la Asamblea General Constituyente de 1813"



Ministerio de Seguridad

5 0 6



cierto e inminente para sí o para terceros de personas con presunto padecimiento mental, los cuales fueron revisados a la luz de la normativa en materia de protección de los derechos humanos.

Que posteriormente el MINISTERIO DE SEGURIDAD elaboró un documento con nuevos criterios de intervención para casos que involucran a personas con presunto padecimiento mental o en situación de consumo problemático de sustancias con riesgo cierto e inminente para sí o para terceros que en una primera instancia fue consultado a las dependencias competentes del MINISTERIO DE SALUD y de la SECRETARÍA DE PROGRAMACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA DROGADICCIÓN Y LA LUCHA CONTRA EL NARCOTRÁFICO (SEDRONAR) y que, luego, fue discutido en una reunión de trabajo con organismos estatales, de la sociedad civil y representantes de los cuerpos policiales y fuerzas de seguridad.

Que la labor de revisión de los criterios de intervención de los CUERPOS POLICIALES y de las FUERZAS DE SEGURIDAD recibió los comentarios y aportes de la DIRECCIÓN NACIONAL DE SALUD MENTAL del MINISTERIO DE SALUD, de la SECRETARÍA DE PROGRAMACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA DROGADICCIÓN Y LA LUCHA CONTRA EL NARCOTRÁFICO (SEDRONAR); de la DIRECCIÓN NACIONAL DE ATENCIÓN A GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD de la SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN, el INSTITUTO NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, LA XENOFobia Y EL RACISMO (INADI); de la DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN; de LA ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS); de la RED POR LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (REDI); del CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS); y representantes de la academia.

Que la SUBSECRETARÍA DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SEGURIDAD ha tomado la intervención que le compete.



Ministerio de Seguridad

5 0 6



Que la MINISTRA DE SEGURIDAD es competente para el dictado de la presente resolución, conforme lo dispuesto por los artículos 4° y 2° bis de la Ley de Ministerios (T.O.1992) y sus modificaciones.

Por ello,

LA MINISTRA DE SEGURIDAD  
RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Apruébense las "Pautas para la Intervención de los Cuerpos Policiales y Fuerzas de Seguridad con el objeto de preservar la seguridad en situaciones que involucran a personas con presunto padecimiento mental o en situación de consumo problemático de sustancias en riesgo inminente para sí o para terceros", que adjunta como ANEXO I a la presente Resolución.

ARTÍCULO 2°.- Instrúyase al Jefe de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA, al Prefecto Nacional Naval de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA, al Director Nacional de la GENDARMERÍA NACIONAL ARGENTINA y al Director Nacional de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA, para que en el plazo de TREINTA (30) días corridos adecuen sus normas y procedimientos internos al protocolo establecido con las Pautas para la Intervención aprobadas por el Artículo 1° de la presente Resolución, y establezcan las responsabilidades correspondientes.

ARTÍCULO 3°.- Instrúyase a la SECRETARÍA EJECUTIVA del CONSEJO DE SEGURIDAD INTERIOR para que adopte las medidas necesarias a fin de poner a consideración de las representaciones provinciales las Pautas aprobadas en el artículo 1°.

ARTÍCULO 4°.- Conformase una mesa de trabajo para el desarrollo de capacitaciones para la adecuada implementación de las Pautas aprobadas en el artículo 1° de la presente Resolución que estará integrada por representantes de la DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, de la COORDINACIÓN PARA EL DESARROLLO DE ACCIONES DE PREVENCIÓN ORIENTADAS A LA

"2013 – Año del Bicentenario de la Asamblea General Constituyente de 1813"



## Ministerio de Seguridad



ATENCIÓN DE ADICCIONES y de la DIRECCIÓN NACIONAL DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN, PLANEAMIENTO Y FORMACIÓN.

ARTÍCULO 5º.- Facúltese a la mesa de trabajo creada en el Artículo 4º de la presente Resolución a convocar organismos gubernamentales y a organizaciones de la sociedad civil con trayectoria en la temática que puedan brindar colaboración en el desarrollo de las tareas de capacitación.

ARTÍCULO 6º.- La DIRECCIÓN NACIONAL DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN, PLANEAMIENTO Y FORMACIÓN coordinará la implementación de las acciones de capacitación. Para tal fin, instrúyase al Jefe de la POLICÍA FEDERAL ARGENTINA, al Prefecto Nacional Naval de la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA, al Director Nacional de la GENDARMERÍA NACIONAL ARGENTINA y al Director Nacional de la POLICÍA DE SEGURIDAD AEROPORTUARIA, para que designe dos representantes, uno de ellos del área de educación o instrucción, que asistirá en el diseño de las acciones, en la elaboración de cronogramas y en la ejecución de las capacitaciones considerando las características particulares de las diversas dependencias de la fuerza.

ARTÍCULO 7º.- Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional de Registro Oficial y archívese.

RESOLUCIÓN Nº 506

Dra. NILDA GARRÉ  
Ministra de Seguridad



5 0 6



**PAUTAS DE INTERVENCIÓN DE LOS CUERPOS POLICIALES Y FUERZAS DE SEGURIDAD  
CON EL OBJETO DE PRESERVAR LA SEGURIDAD EN SITUACIONES QUE INVOLUCRAN A  
PERSONAS CON PRESUNTO PADECIMIENTO MENTAL O EN SITUACIÓN DE CONSUMO  
PROBLEMÁTICO DE SUSTANCIAS EN RIESGO INMINENTE PARA SÍ O PARA TERCEROS.**

**Introducción**

El presente tiene por objeto establecer los criterios para la intervención del personal perteneciente a los cuerpos policiales y fuerzas de seguridad con el fin de preservar la seguridad en situaciones que involucran a personas con presunto padecimiento mental<sup>1</sup> o en situación de consumo problemático de sustancias en riesgo inminente para sí o a terceros.

Este documento consta de una primera parte en la que se desarrollan los principios generales sobre la materia. A su vez, se detallan, para los posibles comportamientos que las personas pueden presentar, las distintas estrategias de intervención que se deben utilizar para su abordaje. La segunda parte del documento contiene el Protocolo de actuación para los cuerpos policiales y fuerzas de seguridad (FFSS) con el objeto de profesionalizar la intervención de las fuerzas de seguridad reduciendo los riesgos, y por sobre todo, preservar la seguridad de las personas con presunto padecimiento mental, los integrantes de los servicios de salud o sociales, las personas presentes y el personal policial.

**Antecedentes**

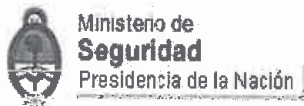
Las normas internacionales en materia de Derechos Humanos y las recientes modificaciones en la legislación argentina han avanzado en el reconocimiento y ampliación de derechos a grupos más vulnerados y en especial al colectivo de personas con algún tipo de discapacidad mental. Este documento tiene como antecedente la sanción de la Ley de Protección de la Salud Mental N° 26657 que vino a saldar una deuda histórica del Estado Nacional con este colectivo de personas usuarias del sistema de salud mental, resultado de la lucha de numerosas organizaciones vinculadas a la temática, usuarios/as y sus familias.

Por ello, estas pautas se enmarcan en la disposiciones de la mencionada Ley de Protección de la Salud Mental que tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los

<sup>1</sup> Debe aclararse que existe una diversidad de formas de denominar las situaciones de presunto padecimiento mental incluyendo discapacidad psicosocial, personas usuarias de los servicios de salud mental, sufrimiento psiquiátrico, entre otros.



"2013 – Año del Bicentenario de la Asamblea General Constituyente de 1813"



5 0 6



instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional por imperio del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. También, se recepta lo establecido en la Ley N° 26.378, que aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que reconoce titularidad de derechos y ejercicio pleno en condiciones de igualdad para las personas con discapacidad.

El presente documento en el que se desarrollan criterios de intervención policial frente a situaciones que involucran a personas con presuntos padecimientos mentales o en situación de consumo problemático de sustancias, acorde con la Ley de Salud Mental N° 26.657 y la normativa internacional en la materia, fue elaborado por el Ministerio de Seguridad en consulta con los organismos especializados en la materia. Así, en una primera instancia se realizaron consultas a las dependencias competentes del Ministerio de Salud (Dirección Nacional de Salud Mental) y de la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico (SEDRONAR),

Luego, el 19 de noviembre de 2012, el Ministerio de Seguridad convocó una reunión de trabajo para discutir estos criterios con organismos estatales, de la sociedad civil y representantes de los cuerpos policiales y fuerzas de seguridad. Esta reunión fue coordinada por la Unidad de Coordinación para el Desarrollo de Acciones de Prevención Orientadas a la Atención de Adicciones y la Dirección Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Seguridad y participaron de la misma la Directora Nacional de Salud Mental; representantes del SEDRONAR; de la Dirección Nacional de Atención a grupos en situación de vulnerabilidad de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI); de la Defensoría General de la Nación; de la Organización Panamericana de la Salud (OPS); de la Red por los Derechos de las Personas con discapacidad (REDI); del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS); y representantes de la academia. Asimismo, participó personal designado de las Policía Federal Argentina, la Prefectura Naval Argentina, la Gendarmería Nacional y la Policía de Seguridad Aeroportuaria.

A partir de los resultados de esta reunión, y de los comentarios y observaciones aportadas por los actores que participaron, se elaboró el presente documento.

### Principios Generales

La obligación del personal perteneciente a los cuerpos policiales y fuerzas de seguridad es tratar a las personas que se encuentran en la situación de riesgo antes descripta con absoluto respeto de sus derechos y garantías constitucionales, sin discriminación por la condición de



5 0 6



migrante o extranjero o por cualquier otro motivo que refiera a la singularidad de la persona o al colectivo al que pertenece.

La finalidad de la actuación de los cuerpos policiales y fuerzas de seguridad es preservar la seguridad de estas personas, como también, facilitar las condiciones para la correcta intervención de los servicios de salud y sociales, asegurando el contacto con algún familiar o persona allegada.

La atención inmediata del equipo de salud es la primera estrategia de mayor utilidad y prioridad en estas situaciones de urgencia, particularmente cuando la evaluación inicial permite sospechar que se está frente a un riesgo inminente para si o para terceros por intoxicación o abstinencia de sustancias, o bien la presencia de otros padecimientos físicos o mentales

En todos los casos, el personal perteneciente a los cuerpos policiales y fuerzas de seguridad respetará la privacidad e integridad sexual de las personas, no pudiendo dar a publicidad sus circunstancias personales. Las personas en situación de consumo problemático de sustancias, y las personas con presunto padecimiento mental tienen derecho a recibir toda la información pertinente sobre derechos y asistencia, y a tomar sus propias decisiones en relación con su tratamiento.

Asimismo, tienen derecho a la asistencia del equipo de salud de forma inmediata, asistencia legal, psicológica y material en caso de corresponder, desde el primer momento en que fueran abordadas.

Los/as integrantes de las fuerzas de seguridad y/o fuerza policial que intervengan en el procedimiento deben priorizar las técnicas disuasivas y preventivas. Para ello, las intervenciones deben abordarse utilizando el tiempo necesario evitando acelerar los pasos que se desarrollan en el presente documento

El personal policial que intervenga en un procedimiento de esta naturaleza tiene la obligación de evaluar de manera inmediata y continua el riesgo en lo que atañe a la seguridad y bienestar de la persona. **En ningún caso, el personal policial debe realizar la evaluación de riesgo en la salud de la persona afectada.**

Las personas en situación de consumo problemático de sustancias psicoactivas y las personas con discapacidad mental o presunto padecimiento mental tienen derecho a recibir ayuda material para la reintegración a sus lugares de origen en caso necesario.

Asimismo, se adoptarán todas las medidas para garantizar, en lo posible, una comunicación efectiva entre la persona afectada y el personal policial, a través de intérpretes válidos, para el caso de no compartir el idioma, o en el caso de personas sordas o hipoacúsicas.



5 0 6



Para ese último caso, si la situación comunicativa se establece a través de la lengua escrita, se deben escribir oraciones cortas, utilizando un lenguaje sencillo evitando tecnicismos, con letra lo más clara posible.

Si se trata de personas sorda-hablantes de la Lengua de Señas Argentina (LSA) se requiere un intérprete de LSA – españoles (ILSA) o una persona que actúe como auxiliar de la comunicación en LSA.

En caso de que no dominen la lengua de señas ni la lengua oral, se recomienda utilizar otras alternativas de comunicación gestual a través de la mediación de un/a adulto/a sordo/a y un/a intérprete de LS.

Con relación a personas hipoacúsicas que se comunican en la modalidad oral y realizan lectura labial requerirán que el personal policial se ubiquen dentro del campo visual de la persona afectada, articule y module las palabras correctamente a un ritmo moderado, con o sin vos, por pedido expreso de la persona.

Hasta el momento de acceder a una personal ILSA o auxiliar de la comunicación LSA, se sugiere convocar a personas familiares, amigas, referentes de la comunidad que puedan facilitar la comunicación entre la persona afectada y el personal policial.

#### **Niños, niñas y adolescentes**

En caso de que se trate de niños, niñas o adolescentes, la intervención también deberá asegurar la asistencia de la autoridad competente en la materia.

**EN CASO DE DUDA SOBRE LA EDAD DE LA PERSONA SE LA CONSIDERARÁ COMO MENOR DE EDAD**

Frente a situaciones en la que se encuentren peligro niños, niñas o adolescentes, el personal policial o de seguridad deberá:

- Requerir telefónicamente la inmediata intervención del servicio de asistencia del equipo de salud.
- Contener, acompañar, asistir y brindar al/a la niño, niña o adolescente los cuidados básicos que se encuentren a su alcance en función de la situación y los medios disponibles. Consultarle sobre si quiere ser contactado por algún referente afectivo.
- Efectuar comunicación telefónica al órgano de protección de derechos competente, a fin de transmitir una descripción situacional del caso, para su debida intervención. En la descripción se deberá incluir, al menos, la siguiente información: lugar en el que se



Ministerio de  
**Seguridad**  
Presidencia de la Nación

5 0 6



encuentra el/la niño/a y/o adolescente, hechos objetivos que denotan peligro para su salud (física y/o psíquica), edad estimada, la intervención del servicio de asistencia del equipo de salud con constancia de hora y, si se conociere, el centro de salud al que el niño/a y/o adolescente será trasladado, si así fuere el caso. Asimismo, deben incluirse datos de familiares o personas de confianza del niño, niña o adolescente.

### **ESTRATEGIAS ESPECÍFICAS DE INTERVENCIÓN<sup>2</sup>:**

#### **¿Cómo se debe intervenir?**

Las situaciones de urgencia son de naturaleza variada y presentan, en consecuencia, desafíos y riesgos diferenciados. Algunos de los cuadros clínicos experimentados por personas en situación de consumo problemático de sustancias y/o de personas con presunto padecimiento mental se asocian a la sobreexcitación de las funciones psíquicas, anímicas y motoras, mientras que otros están acompañados de una considerable depresión o disminución de tales funciones.

En algunos casos –como en el *delirium*– las personas pueden atravesar en poco tiempo por una multiplicidad de estados que pueden oscilar entre la agitación severa y el estupor.

Históricamente, el uso de la fuerza física en tales circunstancias ha sido utilizado como una estrategia defensiva frente al peligro real o frente a la agresión inminente que entrañan los estados de agitación y agresividad en las personas intoxicadas o abstinentes de drogas. **No obstante, en la actualidad existen importantes objeciones al uso de las restricciones físicas que deben ser tenidas en cuenta.**

En casos de agitación, el uso de medidas de fuerza como la restricción física –entendida ésta como cualquier restricción manual o mecánica que inmoviliza el movimiento libre de las extremidades o cabeza de una persona - sólo pueden ser utilizadas cuando se hayan intentado previamente otras estrategias menos agresivas destinadas proteger la integridad de la persona en estado de alteración o la de terceros. Existen evidencias empíricas que justifican la postergación de las medidas represivas y la priorización de procedimientos menos invasivos en tales escenarios.

<sup>2</sup> El presente apartado está basado en los contenidos incluidos en la "Guía para el Manejo de las Situaciones de Riesgo por Intoxicación y Abstinencia de Sustancias Psicoactivas – Documento para las Fuerzas Policiales", desarrollado por la SEDRONAR en el año 2012. Allí podrán ser consultadas las fuentes bibliográficas.

La práctica de los cuerpos policiales y fuerzas de seguridad indica que éstas son las conductas humanas por las que se requiere su intervención; ello no implica en ningún caso que esa intervención constituya un diagnóstico o la determinación de un "cuadro clínico", siendo esto función de los equipos de salud.



5 0 6



**EL USO DE LA FUERZA PROVOCA EFECTOS ADVERSOS A NIVEL FÍSICO Y PSICOLÓGICO TANTO EN LAS PERSONAS INMOVILIZADAS CONTRA SU VOLUNTAD COMO EN EL PERSONAL RESPONSABLE DE REALIZAR ESTA TAREA.**

La restricción implica riesgos de daños físicos e incluso de muerte en las personas afectadas, y pueden resultar traumáticas aún cuando no se produzca ninguna lesión o daño físico, lo que dificulta el objetivo mismo de la intervención.

Las medidas de fuerza deben considerarse como el último recurso, y su utilización se considera pertinente cuando las medidas menos restrictivas no resultan eficaces y cuando se producen comportamientos no anticipados y severamente agresivos o destructivos que generan una situación de riesgo inminente para sí o para terceros. Nunca se deberá dejar a la persona afectada sola o desatendida ya que esto asocia un mayor riesgo de daños y de secuelas negativas.

Las medidas de fuerza sólo pueden resultar apropiadas para evitar la evasión de aquellas personas en situación de urgencia, hasta tanto arribe el personal de los servicios de salud y/o social. En estos casos, previo a la utilización de la restricción física se deberá evaluar si la necesidad de la atención del equipo de salud justifica su implementación.

#### **Evaluación inicial de la situación**

El primer paso en el manejo de la urgencia deberá ser la **evaluación general de la situación**, con el fin de determinar el **nivel de riesgo para la seguridad de las personas** que ésta representa.

El objetivo de la **evaluación inicial** no incluye el análisis de posibles signos y síntomas de intoxicación o abstinencia, sino que consiste en una **breve valoración de las conductas problemáticas y del riesgo que éstas podrían presentar para la persona alterada, posibles terceros o transeúntes y para el propio personal policial.**

Luego de la evaluación inicial y de la estimación del nivel de riesgo, se debe proceder a la **contención inicial de la situación**. En este paso se incluye la **implementación de las primeras estrategias verbales o comunicacionales de contención**. Teniendo en cuenta que las personas afectadas por las sustancias pueden experimentar niveles considerables de ansiedad o incluso síntomas paranoides, resulta esperable que el encuentro con personal policial uniformado

Handwritten signatures in black ink, including a large signature at the top and several smaller ones below it.



Ministerio de  
**Seguridad**  
Presidencia de la Nación

5 0 6



produzca un incremento de la sintomatología y un escalamiento en los niveles de agresividad<sup>3</sup>. Por tal motivo, se recomienda un **estilo de comunicación calmó y seguro** y –por el contrario– se desalienta el uso de un estilo agresivo, amenazante o confrontativo.

Para abordar la situación de riesgo para la seguridad en forma calma y no confrontativa, se debe evitar el uso del arma. El arma debe ser mantenida en un lugar no visible durante la contención.

**RECUERDE: LA EVALUACIÓN INICIAL ES UNA BREVE VALORACIÓN DEL RIESGO A LA SEGURIDAD DE DAÑO INMINENTE PARA LAS PERSONAS AFECTADAS, TERCERAS PERSONAS Y PARA EL PROPIO PERSONAL POLICIAL. PARA ELLO DEBE ESTAR ATENTO AL ENTORNO PARA INTENTAR OBTENER INFORMACIÓN VALIOSA DE LA PERSONA ASISTIDA Y DE TERCERAS PERSONAS.**

El personal policial debe indagar si los terceros presentes en la situación poseen algún grado de familiaridad con la persona afectada y preguntarles acerca de otros **padecimientos mentales, problemas vitales** que la persona podría padecer o **sustancias** que pueda haber ingerido. Los amigos y familiares pueden ser alentados a contener a la persona en un estilo calmó, o asistir al personal policial en la tarea, en tanto y en cuanto el personal policial pueda garantizar la seguridad de estos.

En caso de que la persona manifieste malestar con la presencia de terceros (incluso si fuese la persona "denunciante", o incluso si se tratase de allegados), deberá atenderse a dicha solicitud.

#### **EVALUACIÓN SOBRE LA CLARIDAD DE CONCIENCIA**

Como primera medida se deberá evaluar la claridad de la conciencia de la persona. Para ello, existen 10 preguntas elementales que darán cuenta de la ubicación en tiempo y espacio de la persona:

¿Cuál es su nombre?

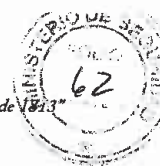
¿Sabe dónde está?

¿Cuántos años tiene?

¿Qué día es hoy?

<sup>3</sup> Debe aclararse que la presencia de personal policial o de las fuerzas de seguridad no necesariamente genera un escalamiento en el estado de agresividad.

"2013 – Año del Bicentenario de la Asamblea General Constituyente de 1813"



5 0 6

¿Cuánto hace que está acá?

¿Por qué está Ud. aquí?

¿Qué piensa que necesita de nosotros?

¿Puede hablar de alguna noticia que haya oído últimamente?

Voy a decirle un número de 5 dígitos. Por favor luego repítalo Ud.

Deletree la palabra hospital. Luego deletréela al revés.

Asimismo, se debe recabar información de la persona y de terceros acerca de:

- antecedentes de hechos similares
- si se ha ingerido una sustancia,
- la cantidad de tiempo aproximada que transcurrió desde que fue ingerida y
- el posible uso de otras sustancias que podrían interactuar con aquella que fue referida en primer término.

Las distintas formas de comportamiento alterado que aquí se presentan deben ser tratadas como emergencias independientemente de sus posibles causas, para lo cual resulta indispensable la **pronta asistencia del equipo de salud de las personas afectadas.**

Por último, debe señalarse que la información recabada por el funcionario policial no sólo sirve a los fines de la contención previa a la asistencia del equipo de salud, sino que ésta puede ser de vital importancia para los cuidados médicos posteriores, particularmente en lo referido a las sustancias ingeridas o los trastornos mentales preexistentes.

**LA INFORMACIÓN OBTENIDA POR EL FUNCIONARIO POLICIAL DEBE SER COMUNICADA PRONTAMENTE AL PERSONAL MÉDICO.**

**POSIBLES CONDUCTAS Y SUS RESPECTIVAS ESTRATEGIAS DE CONTENCIÓN**

**Personas en situación de agitación y/o violencia**



Ministerio de  
**Seguridad**  
Presidencia de la Nación

5 0 6



El estado de agitación psicomotriz es un cuadro que se presenta cuando la persona se mueve nerviosamente, con incapacidad para mantenerse sentada; camina velozmente o en círculos, se frota las manos y la ropa, grita y se queja en voz alta. Normalmente se acompaña de ansiedad, irritabilidad y dificultad para reaccionar ante estímulos del exterior.

Los métodos tradicionales para tratar a las personas en **estado de agitación** han sido progresivamente reemplazados por modos de abordaje no-coercitivos, los cuales generalmente consisten de tres etapas:

- en primer lugar, se capta a la persona en una interacción verbal,
- luego se establece una relación de colaboración y
- finalmente se produce el descenso gradual del estado agitado

Es importante que quienes intervengan en estas situaciones de urgencia puedan monitorear sus propias reacciones emocionales y físicas de modo tal que **mantengan la calma y sean capaces de llevar a cabo la contención verbal**.

Para ello, es importante destinar tiempo de atención suficiente para crear un marco de confianza que permita el abordaje. El tiempo es una variable que todo personal policial debe tener en cuenta para el cumplimiento cabal de los objetivos trazados en el presente documento.

En el caso de trato con personas en **estado de agitación**, existen diez áreas básicas que deben ser tenidas en cuenta a fin de lograr el objetivo de un des-escalamiento verbal progresivo en los niveles de ansiedad e irritabilidad:

- 1) respetar el espacio personal: se debe procurar mantener una distancia mínima de dos brazos con respecto a la persona en estado de agitación;
- 2) no actuar de modo provocativo: no se debe desafiar, amenazar, insultar o asumir posturas corporales sospechosas o provocativas (p. ej., manos ocultas, brazos cruzados, contacto visual excesivo o muy directo, etc.); nuevamente se recuerda evitar el uso o demostración del arma.
- 3) establecer contacto verbal: para ello, una sola persona debe interactuar con la persona en estado de agitación –ya que múltiples interlocutores pueden confundirla e irritarla y debe procurar ser amable e intentar explicar el objetivo de ayudarla;
- 4) ser conciso: utilizar oraciones cortas, vocabulario simple y estar dispuesto a repetir un mismo mensaje varias veces para facilitar la comprensión. Destine tiempo suficiente de





Ministerio de  
**Seguridad**  
Presidencia de la Nación

506

atención a la persona. La no respuesta o actitud apática de la persona puede evidenciar que ésta padezca algún tipo de discapacidad auditiva que impida la comunicación efectiva

5) identificar deseos y necesidades: las personas en estado de perturbación pueden calmarse si perciben que quienes intervienen tienen interés en ayudarlos, lo cual puede lograrse preguntando a la persona afectada acerca de sus necesidades, causas de su irritación, deseos, etc.;

6) escuchar atentamente a lo que la persona dice: procurar demostrar que realmente se está prestando atención a lo que la persona dice, a través de señales verbales (p. ej., asentir, repetir lo que éste dijo, etc.) o corporales;

7) expresar acuerdo: intentar crear un lazo empático por medio de la manifestación de acuerdo con aquellos puntos expresados por la persona sobre los que resulta más fácil concordar;

8) establecer límites claros: debe informarse claramente –y no en tono de amenaza– acerca de los comportamientos que son aceptables e inaceptables, y acerca de las consecuencias que determinados comportamientos dañinos pueden acarrear;

9) ofrecer opciones y optimismo: procurar ofrecer alternativas al uso de la violencia y transmitir la esperanza de que la persona podrá revertir su situación actual;

10) rendir informe: luego de cualquier intervención involuntaria (p. ej., uso de restricciones físicas) debe informarse a la persona por qué se realizó dicha intervención, con el fin de aliviar la naturaleza traumática del procedimiento y de prevenir la ocurrencia de mayor violencia.

Las estrategias antedichas también son aplicables al manejo de las **situaciones de agresividad y violencia** en tanto que permiten **evitar un escalamiento en los niveles de hostilidad** y, en consecuencia, facilitan la disminución gradual de la ira y de los comportamientos agresivos asociados.

Algunas estrategias útiles que pueden agregarse a las anteriormente mencionadas son:

- a) asegurarse de contar con refuerzos y solicitar personal adicional si es necesario;
- b) evitar movimientos bruscos;
- c) enfocarse en el aquí y ahora y no en cuestiones de largo plazo;
- d) evitar las luchas de poder;



Ministerio de  
**Seguridad**  
Presidencia de la Nación

5 0 6



- e) utilizar frases afirmativas (p. ej., frente a un comportamiento inadecuado, solicitarle que realice la acción que corresponde antes que señalar la falta);
- f) utilizar un tono de voz suave y firme;
- g) hablar a velocidad normal y evitar un ritmo muy acelerado o muy pausado;
- h) evitar dar consejos;
- i) No intente ser gracioso o generar empatía por medio del sarcasmo y humor;
- j) no mostrarse hiperactivo, sino calmo y en control;
- k) aislar la situación y remover a los curiosos de la escena;
- l) procurar pararse en un ángulo de 45 grados respecto la persona en estado de alteración y evitar darle la espalda.

**RECUERDE QUE SOLICITAR LA ATENCIÓN INMEDIATA DEL EQUIPO DE SALUD ES LA PRIMERA ESTRATEGIA DE MAYOR UTILIDAD Y PRIORIDAD EN ESTAS SITUACIONES DE URGENCIA, PARTICULARMENTE CUANDO LA EVALUACIÓN INICIAL PERMITE SOSPECHAR O INCLUSO CONFIRMAR LA INTOXICACIÓN O ABSTINENCIA DE SUSTANCIAS, O BIEN LA PRESENCIA DE OTROS PADECIMIENTOS FÍSICOS O MENTALES.**

#### Personas en estado de confusión o delirio

El estado de delirio o confusión, implica un cambio rápido entre estados mentales (por ejemplo, de letargo a agitación y luego otra vez a letargo). Los síntomas pueden oscilar entre:

- Cambios en la lucidez mental (más alerta en la mañana, menos alerta en la noche)
- Cambios en la sensibilidad (sensación) y la percepción
- Cambios en el nivel de conciencia o conocimiento
- Cambios en el movimiento (por ejemplo, puede ser de movimiento o hiperactivo)
- Cambios en los patrones de sueño
- Confusión (desorientación) en cuanto a tiempo o lugar

"2013 – Año del Bicentenario de la Asamblea General Constituyente de 1813"



5 0 6



Disminución en la memoria y recuerdos a corto plazo, como incapacidad de recordar hechos después de iniciado el delirio (amnesia anterógrada) o incapacidad de recordar hechos pasados (amnesia retrógrada)

Atención interrumpida o dispersa

Pensamiento desorganizado, es decir, un discurso que no tiene sentido (incoherente) o incapacidad para suspender patrones de lenguaje o comportamiento

Cambios emocionales o de personalidad como enojo, agitación, ansiedad, apatía, depresión, euforia o irritabilidad.

El caso de las **personas en estado de confusión**, es aquel cuando la persona no logra responder de forma coherente a estas preguntas y/o demuestra no estar ubicado en tiempo y espacio. En estos casos se implementan también las estrategias de intervención señaladas en el título "Evaluación sobre la claridad de conciencia" del presente documento

Las siguientes acciones pueden resultar de utilidad para un manejo más seguro y eficaz de las personas afectadas:

- 1) solicitar la asistencia inmediata del equipo de salud;
- 2) La contención –particularmente cuando es llevado a cabo por algún familiar– constituye un elemento importante del manejo apropiado de las personas en estado de confusión, en tanto que puede contribuir significativamente a disminuir las ansiedades provocadas por dicha alteración. Las personas afectadas necesitan saber que se encuentran temporalmente afectadas, pero a salvo;
- 3) presentarse a la persona confundida y explicar en un lenguaje simple las acciones que se realicen;
- 4) intentar proveer un ambiente seguro, con la menor cantidad de estimulación posible (p. ej., sugerirle trasladarse a un lugar cercano con menores niveles de ruido, iluminación, etc. y asegurarse de remover a los curiosos y otros transeúntes);
- 5) proveer reaseguro y orientación de manera constante;
- 6) asegurarse de que la persona en estado de confusión acceda a la asistencia que necesita;
- 7) en caso de estar presente algún pariente u otra persona que le resulte familiar al sujeto confundido, alentarlos a que permanezcan con él;



5 0 6



### Comportamientos autodestructivos que representan un riesgo inminente para sí o para terceros

Para el caso de comportamientos autodestructivos que representan un riesgo inminente para sí o para terceros, de modo análogo a las situaciones de emergencia anteriores, la **actitud empática y libre de valoraciones o juicios morales** resulta fundamental para la intervención. Una actitud crítica, por el contrario, podría provocar un peligroso escalamiento en la sintomatología de la persona afectada.

En tanto que los **comportamientos autolesivos** suponen graves riesgos para la salud y la vida de las personas, se deben tomar precauciones especiales a fin de resguardar temporalmente la integridad de la persona. En estos contextos de emergencia, el personal policial que intervenga debe:

- 1) Solicitar asistencia inmediata del equipo de salud.
- 2) mantener en todo momento una observación rigurosa de la persona, a fin de detectar posibles comportamientos de riesgo;
- 3) asegurarse de que la persona no escape, ya que podría intentar dañarse o quitarse la vida en ausencia de controles;
- 4) si la persona se encuentra en posesión de armas, drogas o medicamentos con los que podría intentar hacerse daño, estos deben serle retirados;
- 5) en caso de estar presente algún pariente u otra persona que le resulta familiar o de confianza a la persona con tendencias auto lesivas, alentarlos a que permanezcan con ella, siempre que la presencia contribuya a calmar a la persona.

### Casos de estupor y coma o disminución grave de la conciencia

Los estados de estupor y coma implican una disminución grave del nivel de conciencia y de la capacidad de respuesta a estímulos y suponen, además, riesgos considerables para la vida de las personas afectadas. Por todo ello, es imprescindible la atención urgente del equipo de salud.

Las intervenciones iniciales se orientan a:

- la evaluación de los signos vitales de la persona (p. ej., respiración, pulso, ritmo cardíaco, etc.);
- la indagación sobre la sustancia ingerida;



5 0 6



-los posibles indicadores de intoxicación, los cuales varían según la clase de sustancia utilizada (*depresores*: pérdida o disminución grave de la conciencia, incapacidad para hablar, rostro pálido, vómitos, languidez, labios y/o uñas azules, latidos y pulso débiles, estertores o ruidos al respirar, respiración lenta, etc.; *estimulantes*: colapso o pérdida de la conciencia repentina, temblores, convulsiones, paro cardíaco y accidentes cerebro-vasculares).

En el caso de que la persona no esté respirando o su piel **esté** tornándose de color azulado, la mayor prioridad consiste en proveer respiración artificial (p. ej., técnica de respiración boca a boca) al sujeto afectado, ya que la muerte puede producirse al cabo de pocos minutos. Tanto si la persona respira o no, se debe asegurar que no existan obstrucciones de las vías respiratorias, para lo cual se debe abrir la boca de la persona y constatar que no haya comida o cualquier otro objeto con el que pudiera atragantarse.

Si la persona logra respirar, ésta debe ser colocada en la "**posición de recuperación**" (se recuesta a la persona de costado, con la cabeza hacia abajo y se flexiona la pierna más próxima hacia arriba, para brindar apoyo) la cual permite evitar posibles obstrucciones futuras de las vías respiratorias (p. ej., en caso de producirse el vómito).

Si bien resulta aconsejable supervisar a la persona afectada en todo momento, existen ocasiones en las que se hace necesario dejarla sola (p. ej., para pedir ayuda), por lo que debe asegurarse primero que la misma se encuentre en la posición de recuperación.

Si el control de los signos vitales revelara que el corazón de la persona intoxicada dejó de latir, se debe proceder a las maniobras de reanimación cardiopulmonar (RCP). Entre éstas, las compresiones del pecho utilizando solamente las manos pueden duplicar las chances de supervivencia. Además, esta técnica ha demostrado ser tan eficaz como las maniobras convencionales de RCP con respiración artificial. De todos modos, debe tenerse en cuenta que puede ser riesgoso administrar compresiones de pecho a personas cuyo corazón sigue latiendo y que, además, es posible provocar fracturas en las costillas como resultado de la maniobra. Por lo tanto, esta clase de intervención sólo resulta apropiada cuando el corazón ha dejado de latir por cualquier motivo (ej. infarto)

En todos los casos –ya sea que se trate de un cuadro estuporoso con respiración lenta o de una situación de coma con paro cardio-respiratorio– las medidas de emergencia deben ser implementadas con el fin de preservar las funciones vitales hasta el momento en que la persona pueda recibir los cuidados médicos necesarios. La asistencia del equipo de salud debe ser solicitada lo antes posible, en tanto y en cuanto hacerlo no implique desatender a personas que requieren de los procedimientos mencionados de manera urgente. La "cadena de supervivencia" –concepto dentro del cual se incluyen a los pasos necesarios para una resucitación exitosa– comienza por el reconocimiento precoz de la situación de riesgo y la solicitud de ayuda (p. ej.,

"2013 – Año del Bicentenario de la Asamblea General Constituyente de 1853"



5 0 6



llamada telefónica al servicio de emergencia), la cual tiene por objetivo a la activación del sistema local de respuesta a emergencias.

A handwritten signature in black ink, appearing to be "MAG".

A small handwritten mark or signature in black ink, possibly a stylized letter "P".

A handwritten signature in black ink, appearing to be "RAA".



5 0 6

## SEGUNDA PARTE

**PROTOCOLO DE ACTUACIÓN de los cuerpos policiales y fuerzas de seguridad con el fin de preservar la seguridad psíquica y física de las personas con presunto padecimiento mental o en situación de consumo problemático de sustancias en riesgo inminente para sí o para terceros.**

**Aplicación:** Este protocolo tendrá aplicación para la intervención y actuaciones de las fuerzas de seguridad con el fin de preservar la seguridad psíquica y física de las personas con presunto padecimiento mental o en situación de consumo problemático de sustancias en riesgo inminente para sí o para terceros sin discriminación alguna.

Este protocolo fue elaborado para establecer pautas de intervención y actuación policial respetuosas de los principios básicos de los derechos humanos y de equidad de género.

**Finalidad:** Preservar la seguridad de las personas que se encuentran en situación de consumo problemático de sustancias, y/o con presunto padecimiento mental, asegurando ponerse en contacto con algún familiar o persona allegada para que luego el personal del servicio de salud pueda realizar las derivaciones correspondientes.

### Principios Generales de intervención

1. Se debe dar prioridad a la implementación de estrategias basadas en la contención verbal de las personas con presunción de uso problemático de sustancias por el uso o abstinencia de sustancias.
2. Se debe mantener la calma y adoptar un estilo empático y respetuoso frente al comportamiento alterado en general.
3. En todos los casos de urgencia, el funcionario de seguridad/policial debe solicitar la asistencia inmediata del equipo de salud.
4. Cuando se trate de niños, niñas o adolescentes se deberá dar inmediata intervención a la autoridad competente en la materia encargado de la protección de derechos, quien será el responsable de continuar con las intervenciones pertinentes.
5. El uso de medidas de fuerza como la restricción física debe ser evitado y sólo empleado como último recurso.
6. Debe tenerse presente que no se trata de un problema esencialmente policial. Incluso cuando se esté frente a la comisión de un delito.



5 0 6

7. Se deben agotar todas las medidas al alcance para que la persona brinde su consentimiento al momento de la atención

**Primer respondiente**

En muchas ocasiones, el personal policial y de las fuerzas de seguridad opera como “*primer respondiente*”, es decir la primera persona que toma contacto ante la situación de emergencia frente a personas con presunto padecimiento mental y a personas en situación de adicción.

El primer responderte debe:

1. Evacuar el pedido de auxilio correspondiente. Los eventos que involucran personas en situación de adicción y personas con presunto padecimiento mental necesitan de asistencia médico psicológica y en muchas ocasiones la intervención de servicios de emergencia por lo que **se deben liberar las comunicaciones ANTES de empezar a operar.**
2. Evaluar qué estado presenta.
3. Conservar la calma y prepararse para ayudar a quien lo necesita.
4. Observar si el sitio donde ocurre el evento es seguro.
5. Informar rápidamente que la presencia del agente no responde a que haya cometido un delito, que se está allí para ayudar.
6. Consultar a la persona asistida sobre las personas de su confianza (u organismos comunitarios) a las que prefiera darle intervención en ese momento para ayudarla. Se la contactará en el acto, a fin de que sean los interlocutores con la persona. Indagar si hay directivas anticipadas<sup>4</sup> que la persona haya establecido para sucesos de crisis, en caso de haberlas, deberán ser respetadas. En caso de que la persona manifieste malestar con la presencia de terceros (incluso si fuese la persona “denunciante”, o incluso si se tratase de allegados), deberá atenderse a dicha solicitud.
7. Agotar todas las vías de dialogo posible a fin de que cada paso que se tome sea estrictamente **voluntario.**

<sup>4</sup> La Convención sobre los Derechos de la Personas con discapacidad, aprobada por Ley N° 26378, establece en su artículo 12 de al Convención la creación de un sistema de apoyo en la toma de decisiones de las personas con discapacidad, como así también un sistema de salvaguardias de los derechos de las mencionadas personas. Además surge del mencionado artículo, que las personas con discapacidad deben ser oídas o escuchadas en todo lo atinente a sus personas y derechos. Por su parte, el art. 11 de la ley 26529 sobre Derechos del paciente establece: “*Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados 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.*”



"2013 – Año del Bicentenario de la Asamblea General Constituyente de 1813"



5 0 6

8. Si se detectase que la problemática descrita se presenta en un contexto de falta de acceso a derechos tales como vivienda, alimentación, convivencia familiar, etc. se deberá dar urgente intervención al servicio de atención a personas en situación de calle o, en su defecto, al efector de política social del lugar.
1. Si se detectase que en la situación descrita se encuentran involucrados/as migrantes, se deberá dar intervención al consulado del país que se trate y/o Servicios de asistencia al migrante siempre que la persona así lo solicite o lo consienta. La persona migrante o extranjera que transita por el país tiene el derecho a la asistencia en salud que requiera; la convocatoria al Consulado es parte de la red de asistencia integral de la persona,. En caso de ser una persona refugiada, deberá convocarse a la Comisión Nacional para los/as Refugiados/as (CONARE).

En el caso de llamadas al teléfono de emergencia (911), ya sea que se trate de la persona afectada o de sus familiares o allegados, se les debe informar respecto de la modalidad de abordaje de la Ley N° 26.657, poniendo en su conocimiento que la finalidad de la intervención de las FFSS es preservar la seguridad de las personas que se encuentran en situación consumo problemático de sustancias y/o con presunto padecimiento mental, asegurando ponerse en contacto con algún familiar o persona allegada para que luego el personal del servicio de salud pueda realizar las derivaciones correspondientes. Asimismo, en los casos que corresponda, se debe informar a quien se comunica sobre la necesidad de requerir el auxilio de los servicios de emergencias, o requerirlos en forma directa por el personal policial.

#### SUPUESTOS DE INTERVENCIÓN

- I) **Persona con presunto padecimiento mental o adicción cuyo comportamiento NO implica un riesgo cierto e inminente para sí mismo o para terceros**

El art. 7 inc k) de Ley N° 26657 establece que las personas tienen derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades.

Esto implica que toda aquella persona que se encuentre en condiciones de decidir, debe hacerlo, pudiendo inclusive rehusarse siempre y cuando esa decisión no implique riesgo inminente para sí mismo o para terceros o mediar una orden judicial.

**EN ESTOS CASOS, LA FUNCIÓN DE LAS FUERZAS POLICIALES Y DE SEGURIDAD SE RESTRINGE A LA SOLICITUD DE PRESENCIA DE PERSONAL SANITARIO, EL CUAL INTERVENDRÁ SÓLO CUANDO LA PERSONA LO DESEA.**

*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*



5 0 6

**II) Intervenciones programadas. Unidad Especial de Traslado de personas en situación de consumo problemático de sustancias y personas con presunto padecimiento mental.**

Se consideran **intervenciones planificadas** aquellos casos que involucren personas en situación de consumo problemático de sustancias y personas con presunto padecimiento mental que presentan graves problemas de salud y que por orden judicial deben ser evaluados, diagnosticados y asistidos por el sistema de salud y/o de seguridad social, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 26.657.

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

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

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

Para llevar adelante este tipo de procedimientos se deberá contar con un equipo interdisciplinario especialmente capacitado. En ocasión de **intervenciones y/o actuaciones planificadas** en la Ciudad de Buenos Aires se dará intervención a la Unidad de Traslado del Ministerio de Seguridad de la Nación (4809 - 1680), que cuenta con personal especializado en la materia. En estos casos, deberá intervenir personal de igual género que la persona afectada o en caso de no contar con éste, el más adecuado para su tratamiento y deberán tenerse en cuenta las pautas de intervención desarrolladas en el acápite siguiente.

Se debe consultar a la persona afectada sobre las personas que elija la/o acompañen en tal instancia ya sea familiar, otra persona allegada o intérprete/ traductora/ auxiliar de la comunicación.

**III) Persona con presunto padecimiento mental o adicción que Sí implican una situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.**



5 0 6

Este acápite, se refiere a las situaciones de riesgo para la seguridad que puedan desarrollarse en la vía pública, domicilios particulares o en otro lugar, cuya intervención policial puede estar precedida de solicitudes de intervención efectuadas al teléfono de emergencias policial.

Es muy probable que en estos supuestos se presente la situación de urgencia sin contar simultáneamente con personal médico personalizado para llevar a cabo o dirigir la tarea. En la medida de lo posible, se procederá de modo escalonado, utilizando la contención verbal, hasta tanto arribe la unidad médica al lugar del hecho para realizar la evaluación del traslado a un efector de salud. El consentimiento informado de la persona en cuestión, es un principio fundamental en el presente.

**Tenga en cuenta que de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 26657 de Salud Mental, en ningún caso el personal policial realizará la evaluación sobre el mérito del traslado, siendo tarea de los efectores de salud. Según la Ley, solo en caso de estar comprometida la vida de la persona con presunto padecimiento mental se podrá trasladar de emergencia al hospital más cercano.**

**RECUERDE TODOS LOS SUPUESTOS Y PAUTAS ANTES SEÑALADAS EN LA PRIMERA PARTE DEL DOCUMENTO PARA REALIZAR UN ABORDAJE EFECTIVO Y RESPETUOSO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS INTERVINIENTES**

#### -Contención Verbal.

Es el medio que debe utilizarse siempre que sea posible. Implica el uso de estrategias que pueden permitir al integrante de la fuerza pasar de ser percibido por la persona como un elemento amenazante para pasar a utilizar la estrategia correspondiente al estado de la persona.

Es necesario construir una alianza para poder negociar una salida a la situación en curso que implique evitar o disminuir la agresividad y la hostilidad. De esta manera, se facilita la posterior intervención del personal sanitario.

#### - Procedimiento y Técnica.

El personal de la fuerza se colocará fuera del espacio personal de la persona (algo más lejos que el alcance de sus brazos) y de su lado no dominante (será el izquierdo en caso en que la persona sea diestra).

Debe tenerse presente y asegurarse una vía de salida accesible ante una emergencia. Se deberá dar a la persona un espacio de conversación íntima pero sin acercarse imprudentemente.

Si está en un cuarto, evite que la persona con presunto padecimiento mental se interponga entre el personal y la puerta.

*[Handwritten signatures and initials]*



Ministerio de  
**Seguridad**  
Presidencia de la Nación

5 0 6



No se debe actuar individualmente. Se debe requerir el auxilio de modo previo a comenzar a actuar.

**- Aspectos gestuales no verbales**

Evitar actitudes amenazantes, defensivas o bruscas.

La actitud ha de ser serena, abierta.

Evitar mirar en forma directa y continuada a la persona. Mirar fijamente puede aumentar la hostilidad. Tampoco debe evitarse totalmente la mirada frontal, se puede interpretar como signo de debilidad y miedo.

Mantener dentro del campo visual a la persona con presunto padecimiento mental.

Situarse en la medida de lo posible a la misma altura de la persona.

Evite el uso del arma en forma demostrativa y/o amenazante.

**- Pautas ambientales**

Evaluar si corresponde invitar a otras personas que estén presentes a abandonar el espacio de actuación, en caso de irritar a la persona objeto del padecimiento.

Reducir los posibles factores de irritación: luz, ruido, corrientes de aire.

Evitar las interrupciones: los pedidos de apoyo se hacen antes y las novedades se pasan una vez conjurada la situación.

**- Modalidades de comunicación**

Escuchar con calma a la persona. Permitirle expresar los motivos de sus temores o enfados, sin adelantarse ni interrumpiendo su discurso.

Ser flexible en el diálogo.

Evitar juicios propios sobre lo que "debería" / "no debería" hacer la persona.

Evitar confrontar ideas. No se trata de un debate.

Ofrezca una salida digna, que no hiera el orgullo de la persona.

Frente al riesgo de violencia inminente deberá:

Advertir a la persona con firmeza que la violencia no es aceptable.

Proponer la resolución de cualquier problema por la vía del diálogo.



Ministerio de  
**Seguridad**  
Presidencia de la Nación

5 0 6



Informar que se recurrirá a la sujeción mecánica si la ocasión lo requiere.

**-Sujeción Mecánica Preventiva. Procedimiento:** El objetivo de la contención mecánica es evitar que la persona en crisis se ponga en peligro a sí misma o a terceras personas de su entorno. **Ese peligro debe ser cierto y no supuesto.**

Para conseguir este objetivo se limita mecánicamente los movimientos de parte o todo el cuerpo de la persona en crisis hasta la llegada de profesionales de la salud especializados. Ya que se trata de una medida de carácter sanitario, el integrante de la fuerza sólo la utilizará como recurso extremo y en ausencia de profesionales de la salud.

Este procedimiento no se llevará a cabo hasta que se presente en el lugar personal suficiente de acuerdo a las características de los hechos, el que nunca será inferior a 4 (cuatro) y haya condiciones de razonable seguridad para llevar adelante el procedimiento. Se deberá:

- Agotar de los mecanismos de Contención Verbal.
- Realizar pedidos de apoyo y colaboración previamente al inicio de la tarea (ambulancia, bomberos, etc.).
- Evitar cualquier muestra de agresividad verbal o física con la persona en crisis (siempre debe recordar que es una medida urgente que se realiza en ausencia de personal específico).
- Apoyar la cabeza y las extremidades lejos de los objetos lesivos con los que pueda dañarse.
- Actuar con tranquilidad, serenidad pero con postura firme, segura y respetuosa.
- La posición de contención ideal en el decúbito supino, con la cabeza sobre elevada para permitir a la persona mantener contacto visual con su entorno.
- Una vez presente el personal profesional especializado en el lugar se le presentará la debida colaboración.
- Se deberá tener en cuenta para llevar adelante el procedimiento las pautas graficadas a continuación:

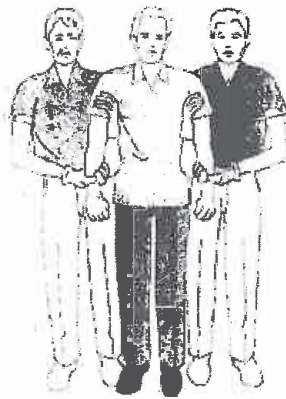
*J*

*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*



5 0 6



**Figura 1:** Para acompañara a la habitación a un paciente, cuyo estado lo permite y desea ir a pie, pueden ser suficientes dos personas que sujeten al presunto enfermo por las axilas con una mano empujándolo hacia arriba, y por las muñecas con la otra, tirando hacia abajo. Con firmeza pero sin lesionar a la persona.

"2013 – Año del Bicentenario de la Asamblea General Constituyente de 1813"



5 0 6



**Figura 2:** Estirarlo de espaldas sobre el suelo al paciente que hay que reducir. Controlar la cabeza para evitar que se la golpee o golpee a algún miembro del grupo. Una persona sujetará cada miembro del presunto enfermo. Los enfermos superiores se sujetarán por los hombros y los antebrazos. Los miembros inferiores, presionando inmediatamente por encima de las rodillas y los tobillos.



506



**Figura 3:** El traslado de un paciente agitado y/o violento a la habitación se realizará sujetándolo por las piernas a la altura de las rodillas, y por los brazos alrededor de los codos con apoyo bajo los hombros. Una persona por cada miembro. Un quinto participante del grupo debe estar preparado para sostenerle la cabeza si el paciente la agita mucho, para evitar que se la golpee o golpee a alguien.

*[Handwritten signatures]*



Ministerio de Salud  
de la Nación

## Resolución 961/2013

---

Publicada en el Boletín Oficial  
el 5 de agosto de 2013

**VISTO** el Expediente N° 2002-19965-12-2, del Registro del MINISTERIO DE SALUD, la Ley N° 26.657 de Salud Mental y Adicciones y la Resolución del MINISTERIO DE SALUD N° 883 del 2 de agosto de 2007 que aprobó la creación del SISTEMA NACIONAL ÚNICO DE INFORMACIÓN SANITARIA (S.U.I.S.), y

**CONSIDERANDO:**

Que el artículo 35 de la Ley N° 26.657 establece que dentro de los CIENTO OCHENTA (180) días corridos de su sanción, la Autoridad de Aplicación debe realizar un censo nacional en todos los centros de internación en salud mental del ámbito público y privado para relevar la situación de las personas internadas, discriminando datos personales, sexo, tiempo de internación, existencia o no de consentimiento, situación judicial, situación social y familiar, y otros datos que considere relevantes.

Que dicho censo debe efectivizarse con una periodicidad de DOS (2) años y se debe promover la participación y colaboración de las jurisdicciones para su realización.

Que el artículo 14 de la Ley N° 26.657 determina que la internación es considerada como un recurso terapéutico de carácter restrictivo, y sólo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social y que 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.

Que el artículo 15 de la Ley N° 26.657, en el mismo sentido, afirma que la internación debe ser lo más breve posible, en función de criterios terapéuticos interdisciplinarios. Tanto la evolución del paciente como cada una de las intervenciones del equipo interdisciplinario deben registrarse a diario en la historia clínica. 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.

Que el artículo 18 de la Ley N° 26.657 insta que la persona internada bajo su consentimiento podrá en cualquier momento decidir por sí misma el abandono de la internación. En todos los casos en

que las internaciones voluntarias se prolonguen por más de SESENTA (60) días corridos, el equipo de salud a cargo debe comunicarlo al órgano de revisión creado en el artículo 38 y al juez. El juez debe evaluar, en un plazo no mayor de CINCO (5) días de ser notificado, si la internación continúa teniendo carácter voluntario o si la misma debe pasar a considerarse involuntaria, con los requisitos y garantías establecidos para esta última situación.

Que el artículo 27 de la Ley N° 26.657 prohíbe la creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados y estipula que en el caso de los ya existentes se deben adaptar a los objetivos y principios expuestos, hasta su sustitución definitiva por los dispositivos alternativos.

Que el artículo 28 de la Ley N° 26.657 determina que las internaciones de salud mental deben realizarse en hospitales generales. A tal efecto los hospitales de la red pública deben contar con los recursos necesarios. El rechazo de la atención de pacientes, ya sea ambulatoria o en internación, por el solo hecho de tratarse de problemática de salud mental, será considerado acto discriminatorio en los términos de la Ley N° 23.592.

Que el artículo 30 de la Ley N° 26.657 expresa 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 Capítulo VII de dicha ley.

Que se hace necesario contar con información actualizada y permanente por lo cual se consideró necesario y eficaz contar con un REGISTRO NACIONAL DE PERSONAS INTERNADAS POR MOTIVOS DE SALUD MENTAL.

Que la DIRECCIÓN NACIONAL DE SALUD MENTAL Y ADICCIÓNES es la autoridad de aplicación de la Ley N° 26.657.

Que atento a la existencia del SISTEMA NACIONAL ÚNICO DE INFORMACIÓN SANITARIA (S.U.I.S.) del MINISTERIO DE SALUD, corresponde que dicho Registro Nacional se enmarque como una de sus actividades, el cual aportará datos de salud mental a la información que ya provee el S.U.I.S. de todo el país.

Que asimismo cabe señalar que el SISTEMA NACIONAL ÚNICO DE INFORMACIÓN SANITARIA (S.U.I.S.) está registrado en la Dirección de Protección de Datos Personales, garantizando la seguridad de los mismos.

Que la implementación del Registro Nacional permitirá conocer la cantidad de personas internadas por motivos de salud mental, su caracterización sociodemográfica, sus condiciones de internación, su situación judicial, social y familiar permitiendo planificar acciones para orientar las políticas públicas en la materia.

Que la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS ha tomado la intervención de su competencia.

Que se actúa en ejercicio de las facultades conferidas por la “Ley de Ministerios t.o. 1992” modificada por Ley N° 26.338.

Por ello,

**EL MINISTRO DE SALUD RESUELVE:**

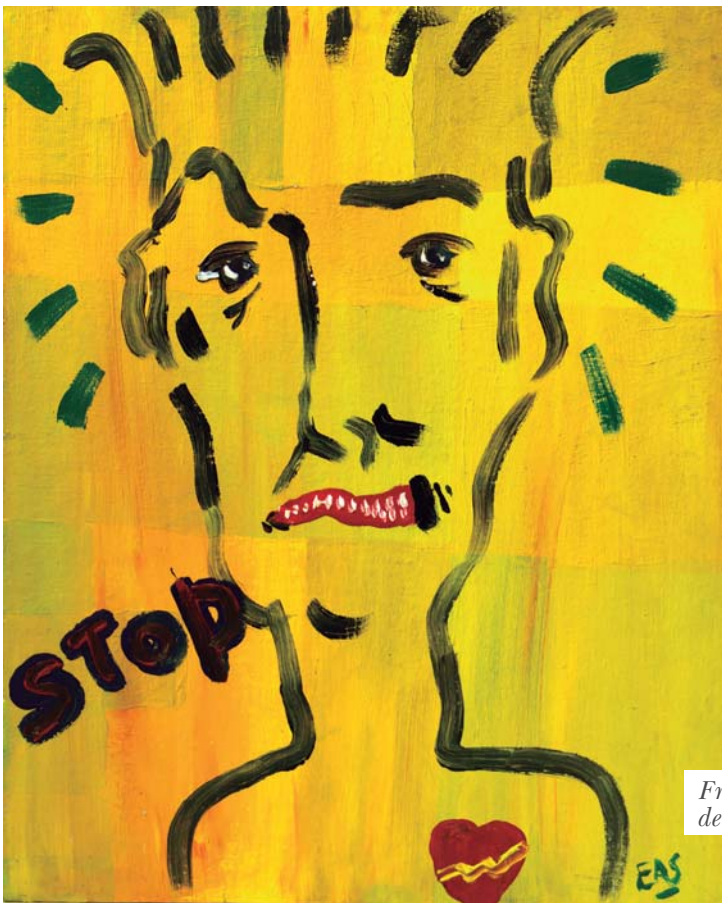
**Artículo 1°** — Créase el REGISTRO NACIONAL DE PERSONAS INTERNADAS POR MOTIVOS DE SALUD MENTAL (RESAM) incorporándolo al SISTEMA NACIONAL ÚNICO DE INFORMACIÓN SANITARIA (S.U.I.S.).

**Art. 2°** — La DIRECCIÓN NACIONAL DE SALUD MENTAL Y ADICCIONES dependiente de la SECRETARÍA DE DETERMINANTES DE LA SALUD Y RELACIONES SANITARIAS será la autoridad nacional responsable de la gestión del REGISTRO NACIONAL DE PERSONAS INTERNADAS POR MOTIVOS DE SALUD MENTAL (RESAM).

**Art. 3°** — Incorpórase al REGISTRO NACIONAL DE PERSONAS INTERNADAS POR MOTIVOS DE SALUD MENTAL (RESAM) todos los datos de las personas que se encuentren internadas en los centros de salud mental y adicciones correspondientes al sector público, privado y de la seguridad social, para relevar su situación, discriminando datos personales, sexo, tiempo de internación, existencia o no de consentimiento, situación judicial, situación social y familiar, y otros datos que considere relevantes.

**Art. 4°** — Regístrese, comuníquese a quienes corresponda, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. —

Juan L. Manzur.



*Frente de Artistas del Borda*



*Frente de Artistas del Borda*

### **Jurisprudencia en materia Penal**

Comentario del Dr. Federico E. Stolte

SFL 8/7/2013  
ZAM 7/5/2014  
GFD 6/8/2014  
MGJ 10/9/2014  
MR 13/11/2014  
CMF 2/2/2015

### **Jurisprudencia en materia Civil**

MAP 23/5/2011  
JME 22/5/2012  
RPMR 12/7/2012  
MELE 4/10/2012  
VAM 8/3/2013  
ZM 26/3/2013  
BDE 5/4/2013  
AGA 5/8/2013  
BRIONES 26/9/2013  
NVE 5/2/2014  
MMÁ 20/2/2014  
CQETDJ 7/3/2014  
CAM 25/3/2014  
MML 8/4/2014  
DÍAZ 27/12/2013  
EER 8/7/2014  
SRA. 7/8/2014



# **Jurisprudencia**

Año 5  
NÚMERO 7  
JULIO  
DE 2015

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA

# Jurisprudencia en materia Penal

Dr. Federico Enrique Stolte.  
Abogado. Psicólogo Social (Esc.  
Pichón Rivière). Licenciado en  
Psicología (UBA). Defensor  
Oficial a cargo de la Defensoría  
Nº 12 ante los juzgados de  
primera instancia en lo PCyF  
de la CABA.

## Comentario a la jurisprudencia en temas penales vinculados a la Ley de Salud Mental Nº 26.657

---

**Dr. Federico Enrique Stolte**

He leído algunos fallos vinculados a la aplicación de la Ley 26.657 de Salud Mental en el ámbito del derecho penal donde la discusión no es original, los planteos son más o menos convencionales y se mantiene el eje del problema en el debate sobre las potestades de las jurisdicciones en cuanto a la disposición de tratamiento, su modalidad, tiempo y control.

Debo señalar que si bien es cierto que la ley de Salud Mental no distingue dentro de las internaciones involuntarias las ordenadas por los jueces penales o civiles, en su artículo 23 sí mantiene para los jueces penales las potestades inherentes a la aplicación de la inimputabilidad en las variables del art. 34, inc. 1º., del Código Penal.

En este sentido, no veo un avance que, como ya señalé, coloque a los temas relacionados con la salud mental en el ámbito clínico médico interdisciplinario y sino que mantiene la facultad de los jueces penales en decisorios de vieja raigambre y costumbre sobre la restricción de la libertad, con la pátina de medidas excepcionales de seguridad.

Creo que, en el abuso de prácticas de encierro hay una dialéctica perversa en cuanto a los distintos estamentos de responsabilidad sobre las internaciones. Estoy convencido de que avanzaremos hacia un sistema más justo cuando la decisión sobre el modo, el tiempo y tratamiento esté de manera rotunda y absoluta en manos de los equipos vinculados a la salud. En este punto sí me parece un acierto y un avance el tratamiento que la ley da a las internaciones en la justicia civil y todo esfuerzo, opinión y políticas que desde la Defensa puedan hacerse hacia esa dirección serán de valioso aporte para colocar a la salud mental bajo la tutela y protección exclusiva de los especialistas.

Ya la fórmula del primer inciso del art. 34 del Código Penal como paraguas protector de la justificación de las medidas coercitivas debería revisarse porque subyace con ella una hipocresía de abuso por el solo hecho de la justificación, por tratarse de un tema excepcional

de salud mental. Me refiero a la peligrosidad para sí o para terceros. Parecería razonable entender que la jurisdicción reaccione frente al peligro de terceras personas, porque estaría dentro de la convención del pacto social en el resguardo de lo público. Pero, cuando se habla de la protección para sí, la embestida en muchos casos no es más que responder a la demanda frente al temor o incertidumbre de conductas que producen miedo por su falta de comprensión.

¿De qué se los protege? La respuesta es obvia, del posible daño a su salud o su propia vida. Valores que la sociedad deja bajo la custodia de cada individuo siempre y cuando, eso sí, se maneje dentro de parámetros convencionales que no escandalicen.

Supongamos que un famoso científico lleva a cabo una investigación que, de resultar exitosa, salvaría la vida de muchas personas. Se detecta en un análisis de rutina que su vida corre un inminente peligro si continúa comiendo dulces. A nadie se le ocurriría afirmar que el Estado pudiese imponer medidas restrictivas sobre la libertad ambulatoria del científico.

Recuerdo cuando mi amigo Torres volvió del médico y le preguntamos qué le había dicho: que me voy a morir, dijo Torres. No puede ser, cómo te va a decir eso un médico. Sí, dijo él, me dijo que si seguía fumando me iba a morir. Y me voy a morir, si voy a seguir fumando... Murió a los dos meses. A nadie, su mujer, hijos o amigos se le ocurrió que, por preservar su vida o su salud, hubiese sido conveniente internarlo. Privilegio de neurótico.

Fumadores, alcohólicos, jugadores, adictos a las drogas o a cualquier hábito o conducta destructiva de la salud que se comporten en el marco de la convención del momento gozarán del privilegio de su elección, para los que entendemos que siempre se elige. Volver a jugar, a tomar o lo que fuere.

Por eso entiendo que debemos acorralar cada vez más a la pretensión punitiva del encierro bajo la dialéctica de la persona peligrosa para sí, por lo menos en el ámbito de la justicia penal. Debo ser coherente con la intervención que he tenido en expedientes donde he pedido la internación de asistidos.

Para mí la regla insoslayable es que, ante la evidencia de una inevitable prisión preventiva en la cárcel, el alojamiento en un sistema cerrado es mejor para personas que no están preparadas para resistir la violencia brutal de hoy entre los internos por la gran cantidad de jóvenes muy deteriorados por el consumo de drogas desde la niñez y pubertad. Como ellos dicen, toda la energía se gasta en sobrevivir, no hay tiempo para pensar.



Por último he de referirme a fallos vinculados con la aplicación de la Ley de Salud Mental en materia penal. Citaré como marco conceptual estructural un fallo de la Corte Suprema de Justicia de Nación que por la contundencia de sus afirmaciones podríamos tomarlo como una verdadera síntesis y paradigma de diagnóstico en materia del tratamiento de trastornos mentales.

En el fallo “R. M. J. s/insanía” (Fallos 331:211), la Corte dijo, “que la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales —de por sí vulnerable a los abusos—, crea ‘verdaderos grupos de riesgo’ en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales, situación que genera la necesidad de establecer una protección normativa eficaz, tendiente a la rehabilitación y reinserción del paciente en el medio familiar y social en tanto hoy nadie niega que las internaciones psiquiátricas que se prologan innecesariamente son dañosas y conllevan, en muchos casos, marginación, exclusión y maltrato y no es infrecuente que conduzcan a un ‘hospitalismo’ evitable”.

Poco queda para decir de los conceptos que en un párrafo sintetizan las ideas que en nuestro país fueran denunciadas ya desde las décadas del 50 y del 60 del siglo pasado por toda la corriente de la psiquiatría que advirtió el mal mayor instalado detrás de los muros, donde ellos, los locos, nos daban la tranquilidad de no ser de ese grupo de pertenencia.

Sin embargo, la Corte, desde el marco legal de los Derechos Humanos y, en particular, de la salud mental, resalta que los principios que deben plasmar los jueces al disponer o mantener un encierro no voluntario son los de razonabilidad y proporcionalidad, cuya afectación encabeza, casi sin excepción, los planteos que desde la Defensa se formulan a las decisiones jurisdiccionales que privan de sus derechos a este particular grupo de personas.

Lejos de remitirse a la fórmula de la peligrosidad para justificar la internación, la Suprema Corte indica de manera contundente que cualquier supuesto de encierro forzoso dispuesto por un juez, “...debe sustentarse exclusivamente en el padecimiento de una afección mental susceptible de internación en tanto, en un contexto terapéutico, represente la posibilidad de evitar que se concreten actos dañosos graves, inmediatos o inminentes para esa persona o para terceros (Principios de Salud Mental 16.1) o bien que la terapéutica requiera ineludiblemente el aislamiento del paciente durante algún tiempo”.

Por otra parte, con relación a la proporcionalidad la simpleza del razonamiento judicial cae por su propio peso ya que el único baremo a tener en cuenta es el tiempo transcurrido entre la pena y el trata-

miento, sin distinguir razones sobre la modalidad, eficacia, evolución y sentido de continuidad.<sup>1</sup>

El problema en el derecho penal es que no existe flexibilidad alguna en materia de pena y encierro. Todavía se mantiene vigente una emoción medieval que conspira con la evolución de la psiquiatría en los últimos cincuenta años. Hoy el matrimonio indisoluble del tratamiento psicoterapéutico con el avance de los medicamentos permite a muchas personas la posibilidad de trabajar, formar sus familias y tener proyectos. Fue ayer, hace cincuenta años, cuando se pensaba que no era posible abordar estos cuadros como se lo hace hoy. Hasta el propio Freud creyó que su descubrimiento no podría aplicarse en las psicosis y sin embargo la realidad de la clínica hoy nos enseña que no es así.

Asistí a una presentación de enfermos en el Hospital Borda, modalidad de trabajo establecida por Lacan, donde el paciente contaba con catorce internaciones en el Borda, con varias historias clínicas diferentes. El caso mostraba cómo esa persona lograba la compensación parcial en el hospital y en la casa con su madre. Ninguna de las dos instituciones, familia y hospital, lo contenían por un tiempo prolongado.

Esta es la flexibilidad que por ahora resulta ajena al derecho penal vinculada a los tratamientos dispuestos como medidas de seguridad en situaciones de encierro. Una persona puede acceder a un tratamiento de ese tipo, lograr vínculos de cierta estabilidad con períodos de externación y por momentos necesitar nuevamente la contención de una institución cerrada. Por ahora en materia de proporcionalidad sigue prevaleciendo el tiempo como única medida.

Por eso, como cierre, quiero destacar el criterio de la Corte Suprema en cuanto a la prolongación de las internaciones forzosas, que no solo advierte que deben responder de manera exclusiva a razones terapéuticas, sino que impone que tales razones deben ser sometidas a un “minucioso control periódico jurisdiccional obligatorio”, a fin de establecer si persisten las condiciones que determinaron el encierro, en el marco de los principios y garantías constitucionales. De otro modo,

---

1- La jurisprudencia solo entiende afectado el principio de proporcionalidad en supuestos donde el encierro de una persona declarada inimputable supera el máximo de la pena estipulada para el delito por el que fue sometido a proceso. Es difícil encontrar sentencias que lleguen a resolución de tribunales constitucionales antes de que transcurra el máximo de la pena. Por supuesto, cuando se exceden esos límites la jurisdicción no tiene otra opción que reconocer la inconstitucionalidad de esos encierros. Son ejemplos de este criterio los casos “R.R.R. s/ejecución de medida de seguridad” resuelto por el Tribunal Superior de Córdoba el 16/06/14, publicado en LLC2014 (diciembre), 1253 y “C.M.F. s/recurso de casación”, del Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala I, de fecha 2 de febrero del corriente año.

indican los ministros, "...la internación se convierte en los hechos en una pena privativa de la libertad sin límite de duración".<sup>2</sup>

Sin duda un avance hacia el control de las medidas de seguridad e internaciones ha sido la creación del ente interdisciplinario en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, llamado "Órgano de Revisión", cuyo objetivo primordial tiende a la protección de los Derechos Humanos de las Personas vinculadas a las prestaciones de Salud Mental.

En la Ciudad de Buenos Aires, la actual gestión del Ministerio Público de la Defensa presentó el Anteproyecto de Ley para la creación del Órgano de Revisión de la CABA, un paso necesario e indispensable hacia la autonomía de la Ciudad, desarrollado ampliamente en el artículo de esta revista escrito por el Dr. Agustín M. Iglesias Díez.

Queda mucho por hacer, el trabajo debe ser constante y en alerta permanente para no caer en los bolsones burocráticos que impiden la vocación de cambio en ideas como la creación de estos órganos. De nuestro esfuerzo dependerá evitar lo denunciado por Giuseppe Tomasi di Lampedusa en su magistral obra literaria.

---

2- Fallo 331:211, considerando 10.

## Juzgado de Menores N° 2 de Segunda Nominación de Catamarca

---

S.F.L. (16) s/ implementación de medidas tutelares - 08/07/2013

### 1ª Instancia.— San Fernando del Valle de Catamarca, julio 8 de 2013.

Considerando: Que al presente, corresponde que analice minuciosamente no ya la situación procesal del joven S.F.L. que de por sí con tan solo 16 años tiene un historial de transgresiones a la ley penal de importante cantidad, algunas causas archivadas por no punibilidad y, otras en trámite precisamente por ser un joven punible; sino que lo importante es la salud del adolescente y su vida más allá de las consecuencias penales que ostenta el Estado a través de su poder punitivo, que debe ser no solo última ratio en el régimen penal juvenil, sino además totalmente secundario cuando corresponda priorizar sus derechos humanos básicos; me refiero —como antes dije— a su salud y, por ende, vida.

En efecto, el joven S.F.L. cuenta actualmente con 16 años; padeciendo una fuerte adicción a los estupefacientes que quizás sean el condicionante de su conducta delictiva actual, ergo los distintos informes que se incorporan al legajo así lo establecen y que requiere una intervención urgente por parte de esta judicatura para resguardar sus derechos.

Ahora bien, entiendo de importancia describir las distintas causas penales en las que el joven se encuentra imputado, sin perjuicio que —tal como lo señalé precedentemente— ya cuenta con infracciones a la ley penal aun no siendo punible, no obstante, ello es irrelevante pues el Estado ha renunciado al castigo punitivo al no alcanzar la edad punible.

Dicho ello, desde que el joven S.F.L. alcanzó la edad de 16 años y se tornó para el aparato punitivo un cliente apto desde su selectividad, continuó delinquiendo y acumulando delitos por los que fue indagado y otros por los que seguramente se lo indagará, pero, hablando en criollo, no creo que pase por el castigo penal el dilema de la cuestión, sino de cuanta política pública eficaz del Estado careció este joven y de la que carecen muchos jóvenes de la Argentina con sus necesidades básicas insatisfechas que luego transgreden normas penales que prevén sanciones violentas y, cuya consecuencia, es la institucionalización degradante de los jóvenes, sin posibilidad de reeducación sino más bien de una evidente desocialización bajo el eufemismo de reintegrar a la sociedad a título de “incluido” a quien nunca lo estuvo.

Advierto, que con fecha 19 de febrero de este año, S.F.L. fue indagado por el delito de robo calificado de vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa en calidad de coautor cometido con fecha 4 de diciembre de 2012 (ver fs. 01/02) por lo que fue abordado multidisciplinariamente por el Equipo Técnico Interdisciplinario de este Poder Judicial en libertad.

Posteriormente, ya en fecha 28 de junio de 2013 el adolescente referenciado fue nuevamente indagado por el delito de robo simple en calidad de autor cometido con fecha 27 de febrero de 2013 (ver fs. 39/40 del Expte. Letra “R” N° 031 de la Unidad de Investigaciones de la Policía Judicial N° 6).

También el joven se encuentra denunciado e investigado por delitos tales como lesiones (ver Expte. Letra “A” N° 1020/13 de la Unidad de Investigaciones de la Policía Judicial N° 2) y, recientemente, para ser preciso con fecha 30 de junio de este año, por los delitos de amenazas contra un vecino (Expte. Letra “D” N° 1627/13 de la Unidad de Investigaciones de la Policía Judicial N° 2); violación de domicilio en concurso real con amenazas también contra su vecina (Expte. Letra “D” N° 1629/13 de la Unidad de Investigaciones de la Policía Judicial N° 2) y, amenazas (Expte. Letra “D” N° 1630/13 de la Unidad de Investigaciones de la Policía Judicial N° 2).

Que ante esta última situación, en donde el joven se encontraba bajo los efectos de los estupeficientes, (ver informe médico de fs. 03 del Expte. Letra “D” N° 1634/13 de la Unidad de Investigaciones de la Policía Judicial N° 2) este Tribunal dispuso su traslado al Centro de Rehabilitación Humaraya para que el joven S.F.L. sea evaluado de conformidad a las pautas establecidas en la Ley Nacional de Salud Mental 26.657 y su Decreto Reglamentario de fecha 28/05/13 N° 603/13.

Que el mencionado nosocomio a través de sus profesionales manifestó “Paciente F.S. de 16 años traído por personal de comisaría 2° para valoración. Frente a la entrevista se valora que el paciente no reúne los criterios para una internación recomendándose tratamiento ambulatorio”(ver informe profesional de fs. 05 del Expte. Letra “D” N° 1634/13 de la Unidad de Investigaciones de la Policía Judicial N° 2).

Ante este panorama y atento a que tanto el joven como su grupo familiar se encontraba en peligro en razón del ofuscamiento de todos sus vecinos (denuncias de por medio) en razón de las infracciones antes mencionadas, se dispuso su alojamiento provisorio por el término de 24 horas en el Centro Juvenil Santa Rosa en donde atentó contra su vida; debiendo nuevamente ser trasladado al Centro de Rehabilitación Humaraya donde actualmente está siendo evaluado.

Pero ello no es todo. Veamos.

Con fecha 5 de febrero de 2013, este tribunal envió oficio con carácter de urgente a la Subsecretaría de Salud Mental y Adicciones dependiente del Ministerio de Salud de la provincia, a los fines de que se efectúe una evaluación del joven en razón a que en reiteradas oportunidades había cometido delitos, incluso, en muchas ocasiones —atento a sus graves intoxicaciones— se ordenó por parte de profesionales su internación en el Hospital Interzonal de Niños “Eva Perón”. Igualmente en aquella oportunidad, se informó que la mamá de F.L. había tramitado una internación del adolescente a través de la Dirección Provincial de Medicina Social Integral (DIPROMESI) que se venía dilatando en el tiempo y que la emergencia del caso ameritaba celeridad para evitar consecuencias perniciosas que pudieran suscitarse de acuerdo al estado de salud del joven (ver fs. 05 de autos).

El comunicado de referencia se debió a que con fecha 4 de febrero de 2013 la mamá del joven F.L., Sra. Mónica de los Angeles Romero junto a un tío, el Sr. Martha Gabriel Horacio, se hicieron presentes ante el juzgado a mi cargo manifestando la Sra. Romero lo siguiente: “...que en relación a su hijo S.F.L. se encuentra cada vez más afectado por la droga, ya está muy violento, que se autolesiona e intenta lesionar al que se encuentra cerca de él. Que hace unos días peleó con su hermano y casi se matan a golpes, que acude a este Juzgado solicitando ayuda para su hijo antes de que suceda una desgracia, ya sea con él o con otra persona...”. Por su parte, el Sr. Martha Gabriel expresó que “...él también observó lo violento que está el joven, temiendo que en cualquier momento cometa una locura por su adicción a la droga...” (fs. 06).

A fs. 17/18 vta., luce agregado un amplio informe interdisciplinario del joven F.L., mediante el cual y en su parte pertinente se comunica: “...apreciación profesional. De lo ut supra expuesto se concluye que F.L.S.: Desde lo económico pertenece a una familia de muy escasos recursos que cubre medianamente las necesidades vitales de subsistencia con los aportes del Estado. Desde el aspecto de salud cuenta con una progenitora con capacidad de autogestión para afrontar y resolver su problema de adicción, con el objetivo de mejorar su calidad de vida. Desde lo habitacional y laboral la familia presenta inestabilidad: no poseen vivienda propia y no se encuentran incluidos en el sistema laboral vigente. Desde lo emocional, afectivo y laboral se trata de una familia disfuncional marcada por su historia, las pérdidas sufridas, el desmembramiento, la lucha por sobrevivir y hoy violentada por las adicciones que torna imposible la vida en común. Situación que se traslada a nivel

social, la conducta que despliega F., dada por la incesante comisión de ilícitos de características violentas hacia terceros, hace de él una persona de alta peligrosidad, cuyo accionar atenta contra la seguridad del barrio y de la comunidad en general. El grado de adicción es elevado y permanente, con incidencia grave para su salud y cuya solución debe ser inminente. Su traslado a un centro de mayor complejidad en la provincia de La Rioja contaría con el obstáculo Estatal de tipo económico es allí donde el Juzgado, salvo mejor criterio del Sr. Juez debe intervenir para que las autoridades competentes den urgente respuesta al caso y se materialice con carácter de muy urgente el traslado, internación y tratamiento de F....”.

Posterior a ello, el joven junto a su madre fueron trasladados a la vecina provincia de La Rioja a los fines de que F.L. realice un tratamiento a sus adicciones alejado de los muros de los institutos, no obstante, al llegar al lugar para su abordaje terapéutico, el Centro de rehabilitación “Tango” informó lo siguiente: “...En el día de la fecha se entrevista al joven llegando a las siguientes conclusiones: 1) No hay conciencia de enfermedad. 2) Familia disfuncional. 3) Fuga patológica. 4) Esta institución no reúne las condiciones para tratamiento por el perfil del mismo, siendo necesario tratamiento con custodia permanente por la severidad del cuadro. Diagnóstico presuntivo. Trastorno antisocial de la personalidad. Adicción a polisustancia. Conductas delincuenciales...” (fs. 22).

Al regresar a su hogar, el joven F.L. continuó lamentablemente en el consumo y transgrediendo normas penales. Los resultados se encuentran a la vista.

Pero no solo eso, F.L. tuvo episodios agresivos en contra de su propia familia como se describe a continuación.

En efecto, a fs. 31 su madre expuso que: “...el día 22 de abril del año 2013 su hijo se levantó agresivo, y quería llevarse el celular de su hija, al no dejarlo, tomó el celular de ella y lo arrojó contra el piso, y es por eso que ella reaccionó y le pegó con una manguera, reaccionando su hijo, tomándola del cuello y de los brazos dejándole marcas. Luego F., tomo una botella de coca de vidrio que había roto y por miedo a que la lastimara, se encerró junto a su hija de doce años en el dormitorio. Su hijo comenzó a patear la puerta y la hizo pedazos. Mientras estaban encerradas, su hija se comunica con la policía 2°. Que a los minutos llegó la policía y su hijo se marchó (...). Que pide que le ayuden y le den una solución, ya que es imposible la convivencia por lo agresivo que está su hijo y sabe que en algún momento le pasará a su hijo, ya sea en la calle o bien en su domicilio porque la situación es inaguantable...”.

Ulteriormente, F.L. cometió un nuevo delito y fue puesto a disposición de este Juzgado por ser quien lleva adelante las “medidas tutelares” (Véase fs. 34/35).

Finalmente, la mamá de F.L. volvió a solicitar ayuda respecto de su hijo (ver fs. 36).

Ahora bien, detallado lo anterior, corresponde ingresar al análisis de la presente cuestión a los fines de determinar cuál debiera o debieran ser las estrategias necesarias interdisciplinarias para el abordaje de la problemática de F.L. dentro de un paradigma respetuoso de los derechos humanos de los niños previo a cualquier sanción punitiva que, sin lugar a dudas, solo contribuiría a retroalimentar el sistema penal con un joven que por su edad y grado de madurez, más que castigo sin respuestas, requiere de un trabajo conjunto con los distintos estamentos del Estado con miras a recuperar, o al menos intentar recuperar lo perdido en el camino debido a sus problemas de adicción.

El tratamiento de los jóvenes en conflicto con la ley no ha dependido tanto de la instancia tutelar que implementaba el tratamiento, ni en realidad tampoco tanto de la ley. Las instancias han cambiado, la ley se modificó, pero las mentalidades parecen quedar con un tratamiento basado en una visión del joven en conflicto con la ley como peligroso.

El ILANUD realizó un estudio comparativo en 18 países de América Latina “y confeccionó un perfil del adolescente infractor tipo que pasa por los tribunales de menores, determinando que en el 75% de los casos estos tribunales se ocupan de un joven de sexo masculino, con algo más de cuatro años de retraso escolar, residente primordialmente en zonas marginales u otras zonas de viviendas de clases bajas; que trabaja en actividades que no requieren calificación laboral, o bien procura la obtención de dinero por medio de actividades ilícitas, y con el producto de su actividad contribuye al sostenimiento de su núcleo familiar o de su núcleo de pertenencia, cuyo padre trabaja en la categoría laboral de menor ingreso y se encuentra generalmente subempleado o desempleado; cuya madre es empleada doméstica o ejerce otro trabajo de baja calificación laboral tal como la venta de menudeo (a veces la prostitución), y al igual que su padre la mayoría de las veces está subempleada, o con menor frecuencia, desempleada; que vive con su familia, que es incompleta o desintegrada, con ausencia del padre. El estudio asimismo determinó que, tomando una escala de estratificación socioeconómica de cinco categorías, el 89% de los casos sancionados por la justicia juvenil se distribuye entre las dos categorías de menor ingreso, perteneciendo muchos de ellos al 40-60% de la población regional que se encuentra en los niveles de pobreza extrema”.



Nota de los editores: Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento de Delincuentes, con sede en Costa Rica.

Este estudio demuestra claramente el sesgo existente en los jóvenes en conflicto con la ley y ratifica lo estudiado en los expedientes judiciales analizados. Existe un círculo vicioso, en el que el Estado no le brinda al joven lo que necesita y a lo que tiene derecho; y luego, cuando el joven reacciona por esa carencia, el mismo Estado le acusa de estar mal educado y lo transfiere al sistema penal juvenil, que se transforma entonces en el último eslabón de los fracasos de las políticas sociales.

Tal es la actual situación del joven S.F.L., pues de ello da cuenta el informe de fs. 17/18 vta. que precedentemente he mencionado.

Con la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, la mentalidad cambia un poco, se empieza a defender la responsabilidad de los jóvenes y surgen voces que solicitan un derecho penal juvenil; los motivos son varios. Uno es sin duda el auge de la “delincuencia” juvenil, sobre todo en las grandes urbes, delincuencia que es cometida por “menores de edad”, que no son sometidos a juicio penal y a quienes la “reeducción” no parece hacer efecto. En muchos países sube el tono de la opinión pública que exigen se rebaje la edad mínima de responsabilidad penal. Otro elemento derivado de la filosofía de la Convención es que si el joven es considerado sujeto de derechos, también es preciso reconocer que es sujeto de deberes y consecuentemente debe ser tenido responsable (por lo menos en cierta medida) de sus actos. Un tercer motivo entra al debate desde el lado de los juristas. Cada sujeto de derecho tiene derecho a una protección legal. Sin embargo, al sustraer a los niños y jóvenes de la dureza de la ley penal de los adultos, se les quitó también todas las garantías procesales a las que tiene (formalmente) derecho el adulto. Al depender de los juzgados de menores, los niños y jóvenes se vieron recortados en sus derechos más mínimos de defensa. Pasan a depender de ahora para delante de la buena voluntad y criterio de conciencia de los jueces, sin ninguna posibilidad de amparo. Al condenar, además, a un joven, no sólo por el acto cometido, sino al internarlo preventivamente, se le estaba aplicando un derecho de autor y no de hecho o acto. El supuesto modelo protector ya no es sostenible en este contexto.

No es menos importante enfatizar, que la actual situación de las drogas es un escenario tentador que se presenta a diario en la vida de los jóvenes, incluso, generando dependencias que luego son olvidadas o evadidas por quienes deben evaluar la responsabilidad transgresora del joven al sistema punitivo, por el contrario, pareciera ser que existe

una férrea creencia de que el sistema penal puede abordar una problemática tan compleja como una adicción que requiere más de un tratamiento interdisciplinario que de un castigo penal. Tal es el caso de F.L.

En algunas ocasiones los esfuerzos para controlar las drogas han sido asociados a violaciones de los derechos humanos y de libertades individuales. En el caso de los consumidores, problemas como el hacinamiento carcelario y el tratamiento obligatorio pueden ejercer presiones indebidas sobre los derechos humanos. Se trata de una situación que no solo afecta a los delincuentes sino también a muchos inocentes puestos bajo sospecha por las autoridades policiales y judiciales.

En la medida que el consumo de drogas está penalizado o estigmatizado, las poblaciones más vulnerables al consumo problemático se ven inhibidas de recurrir a la información oportuna, a los servicios de salud pública y, en general, a los programas de prevención y tratamiento. La prohibición oscurece la realidad de la drogodependencia de cara a la comunidad y a los servicios correspondientes, en lugar de hacerla más transparente y, con ello, susceptible de abordaje oportuno para evitar mayor deterioro personal, familiar y comunitario. Por ende, el consumo de drogas podría considerarse tanto una consecuencia como una causa de la exclusión social. Este consumo puede provocar, por un lado, un deterioro considerable de las condiciones de vida. Por otra parte, los procesos de marginación social pueden constituir un elemento determinante para el consumo problemático de drogas.

Como parte del mismo proceso de exclusión, las representaciones sociales tienden a considerar al usuario problemático de drogas como una suerte de “minusválido” o de “desviado” social, generalmente asociado a delincuencia, violencia, peligrosidad y amenaza para la sociedad. Por ello el usuario problemático de drogas es excluido de los espacios cotidianos, de los espacios socio-afectivos, de los espacios de integración social y, en múltiples ocasiones, incluso de los mismos programas de tratamiento para su propia dependencia.

Esta exclusión dificulta las perspectivas de resiliencia y reintegración social. El estigma del drogadicto o de quien tiene antecedentes penales por consumo o tráfico de drogas opera negativamente sobre las opciones de acceso al empleo legal y de permanencia en el mismo y a diferentes servicios sociales y beneficios públicos. La sociedad reacciona de manera refractaria ante estas personas y tiende a discriminarlas y cerrarles las puertas de inclusión, a pesar de su voluntad de rehabilitarse. El resultado final es un porcentaje importante de recaídas y reingresos, lo que limita en gran medida las posibilidades de superación de los problemas de adicciones y reduce sustancialmente la eficacia de

la inversión, aún pequeña, que se realiza en el ámbito de tratamiento.

Un aspecto importante de la relación entre delito, violencia y drogas es aquel que se refiere al comportamiento que el consumo de sustancias induce en los consumidores. Está demostrado que el consumo de drogas tiende a ser alto entre las personas que han cometido delitos. A partir de la evidencia disponible en torno a delitos cometidos, así como del examen de personas privadas de libertad por esa circunstancia, se puede advertir que entre la población carcelaria los niveles de consumo son mucho más altos que los mostrados en las tasas de prevalencia nacional. Estudios basados en tests biológicos en detenidos han encontrado tasas muy elevadas de consumo y demuestran que la probabilidad de cometer un delito o de reincidir en la comisión de un delito es mayor en quienes consumen drogas. Sin embargo, el hecho que estas personas sean consumidoras regulares de drogas no prueba que los delitos ocurrieran bajo la influencia de una droga o hayan sido motivados por la necesidad de consumir una droga.

No es posible saber de manera objetiva cuantas personas que consumen drogas cometen delitos, a menos que ellas estén siendo juzgadas o estén cumpliendo alguna condena por los delitos cometidos.

En otras palabras, si bien puede afirmarse que el consumo de drogas tiende a ser alto entre las personas que han cometido delitos, no puede afirmarse igualmente que la comisión de delitos sea alta entre quienes consumen drogas. Más bien la vulnerabilidad y exclusión social podrían ser más determinantes de la actitud delictiva de las personas que su relación con el consumo de drogas.

Incluso, algunos estudios muestran que la ocurrencia del delito está más relacionada con momentos de adicción intensa, mientras que disminuye en los periodos de menos dependencia, lo que sugiere que una respuesta temprana a la adicción puede contribuir a disminuir los delitos relacionados con el uso de drogas.

Esto último, los niños, las drogas, la violencia, los delitos, son cuestiones tan trascendentes que deben ser parte de un debate profundo, serio y responsable por parte de todos los actores que en el día a día se desempeñan en la niñez. Pretender que un niño sea castigado con todo el rigor del sistema punitivo cuando ha transgredido normas que el propio sistema impone sin abordar el origen de tales cuestiones, la historia de vida, etc., es una actitud facilista que el propio Estado ha asumido, fruto de su incapacidad para evitar los orígenes de aquellas conductas transgresoras.

En tales cuestiones debe priorizarse siempre al niño y la posibilidad de agotar todas las alternativas posibles antes de consecuencias puniti-

vas, ergo la jurisdicción penal especial de niños estará o no justificada, dependiendo de cuál es la verdadera preocupación de sus agentes, esto es, de si lo que realmente nos preocupa es la protección del niño y como derivada la protección de la sociedad o únicamente la protección del sistema imperante de cosas y como derivada, la represión del niño. En definitiva, de si existe un miedo por el niño o un miedo al niño. La realidad es que el actual estado de cosas, desgraciadamente apunta más hacia un temor respecto al niño y consecuentemente a protegernos de los jóvenes. De ahí, lamentablemente al presente, se ha evolucionado en una frase ya acuñada: “De los niños en peligro a los niños peligrosos”.

Al respecto de este tema, y como cuestión previa, convendrá tener presente, entre otros, el siguiente enunciado: “Nosotros no somos la fuente de los problemas, somos los recursos para resolverlos” (Mensaje del Foro de la Infancia. Sesión Especial a Favor de la Infancia, de las Naciones Unidas, 2002).

Pasar de considerar a los niños como parte del problema a verlos como parte de la solución, comporta observarlos como ciudadanos de pleno derecho, y ello no resulta fácil; pero a la luz de lo establecido por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ese es el camino a recorrer. Se les debe escuchar, dándoseles cabida en las discusiones —de forma que participen activamente— para poder influir, ellos, en el proceso real de toma de decisiones que afectarán a sus vidas.

En tales circunstancias, el joven F.L. ha manifestado su intención de rehabilitarse respecto de sus adicciones a las drogas conforme consta en la última demora que se efectuó por parte del personal policial el día 30/06/13 (ver fs. 02 del Expte. Letra “D” N° 1034/13) y es esta decisión la que priorizaré previo a cualquier consecuencia punitiva que pudiera surgir de su accionar y, para ello, deberán utilizarse todos los recursos disponibles del Estado para abordar esta problemática de F.L., a través de las pautas que establece la Ley de Salud Mental 26.657 y las particularidades específicas de la ley 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

Los niños, niñas y adolescentes (NNyA) son titulares de los derechos fundamentales consagrados por los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros y en cada uno de ellos se encuentran enumerados un vasto número de derechos esenciales para la protección de la niñez.

El Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño dice

que “Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño”.

De todas maneras, cuando se trata de los derechos de la niñez y la adolescencia, el cuerpo legal universal más relevante es la Convención de los Derechos del Niño (CDN), que constituye el marco mínimo de reconocimiento y respeto de los derechos de los NNyA y que combina en un solo tratado los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales, considerándolos como interdependientes y complementarios para asegurar la protección integral de NNyA. El impacto que ha tenido la CDN ha sido muy importante, siendo el instrumento internacional específico de protección de derechos humanos que ha gozado de mayor aceptación y reconocimiento internacional.

La Convención, de la misma forma que otros instrumentos de derechos humanos, orienta y limita a los Estados partes y le impone deberes que suponen la creación de las condiciones jurídicas, institucionales, sociales y económicas para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en ella.

Cuando los Estados ratifican la Convención asumen el deber de asegurar la efectividad de los derechos allí reconocidos con todos los medios a su alcance. Por ello, no solo deben abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber inexcusable de realizar prestaciones positivas, de manera que el ejercicio de aquellos no se torne ilusorio. La adopción de medidas positivas implica que se garanticen en forma activa el acceso a los derechos, en particular la educación, la salud y la protección social para todos los NNyA.

La Convención sobre Derechos del Niño, a lo largo de su articulado, le da substancia al llamado enfoque de protección integral de la infancia. De ahí se deriva una serie de obligaciones específicas para los Estados parte, con el objetivo de asegurar todos y cada uno de los derechos allí reconocidos a los NNyA que se encuentran bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Si bien todos los países de la región

han ratificado la CDN y muchos de ellos han ajustado su legislación nacional a sus principios y mandatos, los niveles de implementación y funcionamiento de las instituciones nacionales que componen los sistemas de protección se encuentran en proceso y por lo tanto generando estados de situación diversos y heterogéneos en cuanto al cumplimiento de la CDN.

El derecho no puede ser visto como un instrumento autosuficiente sumiendo a los textos jurídicos relevantes en un plano meramente de declaraciones. La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos y adopción de legislación resulta un paso importante pero insuficiente para la satisfacción y realización efectiva de los derechos, toda vez que resulta necesario completar dicha normativa con instituciones legales facultadas para su realización efectiva y verificación de su cumplimiento. En fin, una vez establecidos los estándares jurídicos que le corresponden a los NNyA como sujetos de derechos, debe entonces primar el deber del Estado de concretar esos estándares, principios y exigencias jurídicas que obran en interés de aquella tutela efectiva y preventiva de los derechos humanos de la niñez.

La progresiva incorporación del concepto de integralidad propuesta por la CDN y la instalación de un cambio de paradigma en la visión de la infancia, marca la necesidad de modificaciones drásticas en las políticas de infancia y la adolescencia, que pongan en el centro de la escena a los NNyA como sujetos de derechos, y transformando en prioridad política y programática la protección de su interés superior. Para ello, además de la incorporación de la CDN al derecho interno se debe construir un modelo conceptual y operativo de protección de la niñez y adolescencia que, tomando como ineludible referencia los derechos y garantías reconocidos, exige abandonar algunos criterios que tradicionalmente han regido las prácticas de abordaje y tratamiento, y, de este modo, concebir un sistema de protección integral de los derechos de NNyA que los sitúe como verdaderos sujetos de derechos.

La consideración de los NNyA como sujetos de plenos derechos, y la previsión de los mecanismos idóneos para exigirlos, en oposición a su consideración como objeto de tutela por parte del Estado, es el cambio fundamental que caracteriza el tránsito hacia el paradigma de la protección integral sobre el que se debe asentar todo sistema de protección.

Ese marco conceptual y operativo para garantizar la protección integral, debería proyectarse sobre los organismos gubernamentales y no gubernamentales que integran el sistema, promoviendo la reflexión crítica de sus prácticas para generar nuevas vinculaciones y propuestas

de acción para los NNyA pensados en clave de derechos humanos y construcción de ciudadanía.

Un abordaje integral a los derechos de la niñez exige no sólo una mirada transversal a los organismos públicos, y a las diversas políticas, programas y prácticas. También demanda una transformación sustancial en el diseño e implementación de esas políticas, incluyendo la definición de competencias a organismos especializados en la protección de la infancia.

En este sentido se ha pronunciado el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 5 sobre la Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño cuando afirma que "...Las medidas generales de aplicación (...) tienen por finalidad promover el pleno disfrute de todos los derechos reconocidos en la Convención por todos los niños, mediante la promulgación de disposiciones legislativas, el establecimiento de órganos de coordinación y supervisión, tanto gubernamentales como independientes, la reunión de datos de gran alcance, la concienciación, la formación y la formulación y aplicación de las políticas, los servicios y los programas apropiados..."(Comité de Derechos del Niño, Observación General Nro. 5, Art. 9).

Evidentemente, la situación actual del joven S.F.L. es la situación de muchos niños de la provincia, por lo que es necesario que los distintos actores del sistema nos involucremos y se comiencen a diseñar estrategias, en lo particular, para el joven de autos y, en lo general, para el resto de los niños que en nuestra provincia padecen igual problemática.

Es pues un desafío seguir trabajando en pos de la construcción de una nueva institucionalidad en materia de infancia, en sobre cómo debe implementarse la reforma legal, con qué contenidos y de qué forma debe darse la reforma institucional, propiciando espacios de articulación tanto al interior del Estado como con los distintos sectores sociales.

El primer reto es hacia todos y cada uno de nosotros, cuanto nos llevará aceptar y aplicar las nuevas reglas de juego, podremos hacerlo desde la convicción, el acuerdo, o la voluntad política o se necesitará de la coerción jurisdiccional para llevarlo a cabo. De poder construir esta política de infancia, este sistema de protección integral, no sólo como una política de Estado sino como una nueva institucionalidad, dependerá el futuro de los derechos de la infancia y la adolescencia, y el ejercicio de la ciudadanía. Debemos asumir el compromiso histórico de propender el cambio y su implementación.

Además, los organismos deberán trabajar para la obtención de los recursos públicos y transferencia de los fondos a las provincias que fi-

nancien las políticas públicas del nuevo sistema de protección integral, quienes a su vez deberán garantizar la distribución justa y equitativa de las partidas presupuestarias correspondientes y de todos los recursos nacionales e internacionales. A partir de este nivel se prevé la ejecución de la política pública a través de las redes institucionales provinciales.

Estas políticas deberán descentralizarse hacia los municipios, último eslabón de la nueva institucionalidad, además de la articulación con los organismos no gubernamentales en consejos locales de amplia participación en la evaluación y monitoreo de las políticas públicas. Así intentará superar dos problemas inherentes a las políticas públicas de nuestro sistema federal: la intersectorialidad (la relación entre los poderes del Estado y la articulación de las distintas áreas de gobierno) y la interjurisdiccionalidad (la relación entre los diferentes niveles de gobierno).

Falta transitar un arduo camino para producir una reconversión institucional efectiva dirigida a transformar sustancialmente las históricas políticas tutelares asistencialistas y filantrópicas en políticas públicas universales y específicas, planteadas desde un enfoque de promoción de la ciudadanía plena de la infancia, como así también que las instituciones se reconstituyan en “colectivo” y ser dadoras de sentido, para que esas transformaciones no sean solo un cambio de denominación.

Es un camino posible, con marcos referenciales teórico-metodológicos existentes y a construir, para lo cual se requieren instrumentos de gestión que generen prácticas concordantes con un discurso, considerando la participación intersectorial de los diversos actores sociales como fundante; un sistema de protección integral de derechos, que sea un proceso de construcción junto a otros, haciendo efectiva éstas políticas. Incumbe una profunda transformación del Estado, que amplíe el debate, los canales de participación y la construcción de ciudadanía.

En razón de todo ello, y sin perjuicio de la decisión en concreto que tomaré respecto del joven F.L. para comenzar el abordaje exhaustivo de su actual problemática, estimo de suma importancia invitar a los distintos organismos estatales a una instancia de diálogo profundo sobre la actual situación de la niñez en nuestra provincia, con miras a proponer, diseñar y fortalecer políticas públicas eficaces que tiendan a proteger y garantizar eficientemente los derechos humanos de los NNyA y hasta tanto se cuente efectivamente con una legislación específica de protección integral de tales derechos.

Por lo expuesto; resuelvo: I) Comunicar a la Subsecretaría de Salud Mental y Adicciones dependiente del Ministerio de Salud de la provincia, que deberá evaluar interdisciplinariamente la situación actual



del joven S.F.L. de conformidad a lo establecido en la Ley Nacional 26.657 observando los estándares de derechos humanos establecidos (CDN y Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes) e informar a este Tribunal las estrategias que se adoptarán en cuanto al abordaje terapéutico del joven de autos a los fines de registrarse en el legajo respectivo. II) Oficiar al Equipo Técnico Interdisciplinario de este Poder Judicial, para que efectúe una nueva evaluación multidisciplinaria del joven S.F.L. atento al tiempo transcurrido desde su última intervención y evalúe y proponga las posibles estrategias de seguimiento que deberían llevarse a cabo en caso que el tratamiento por las adicciones del joven deba efectuarse de manera ambulatoria. III) Oficiar a la Dirección de Niñez, Infancia y Adolescencia dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la provincia, a los fines de que evalúe la actual situación del joven S.F.L. e informe proponiendo a este Tribunal —de acuerdo a sus distintos programas— las estrategias alternativas que podrían utilizarse para el acompañamiento del joven durante el tratamiento de sus adicciones y el proceso penal que se desarrolla. IV) En razón de los fundamentos vertidos en el presente fallo, invítese al Sr. juez de Menores de Primera Nominación, a los Sres. Ministros de Educación, Salud y Desarrollo Social, como así también, a la Comisión de Niñez, Infancia y Familia de la Cámara de Diputados de la provincia, a una mesa de diálogo que se efectuará en sede de este Tribunal el día 5 de agosto del corriente año a horas 18.00 a los fines de que conjuntamente con los tribunales de niños se intercambien opiniones sobre las distintas problemáticas que se suscitan con respecto a los jóvenes en conflicto con la ley penal y se puedan proponer, diseñar y fortalecer políticas públicas eficaces que tiendan a proteger y garantizar eficientemente los derechos humanos de los NNyA y hasta tanto se cuente efectivamente con una legislación específica de protección integral de tales derechos en materia penal juvenil conforme lo ha establecido recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia del 14 de mayo de 2013 en el Caso Mendoza y Otros vs. Argentina. V) Notifíquese mediante copias certificadas de la presente a los organismos estatales enunciados en el apartado IV) del presente resolutivo. VI) Comuníquese a la Sra. Mónica Romero y al joven S.F.L. VII) Protocolícese y cumplidas las notificaciones pertinentes, sigan las actuaciones según su estado.— Mario R. Morabito.

## Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

---

Z., A. M. s/ insania - 07/05/2014

**La Plata, mayo 7 de 2014.**

### ANTECEDENTES

La Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial —Sala III— del Departamento Judicial de San Isidro confirmó lo resuelto por la magistrada de origen que, a su turno, rechazó el pedido de una nueva evaluación interdisciplinaria a la causante, conforme los parámetros dados por la normativa vigente en la materia (Ley 26.657), realizado por la Asesora de Incapaces (fs. 800/802).

Se interpuso, por la mencionada funcionaria, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 1084/1095).

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente cuestión

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

A la cuestión planteada, el doctor Genoud dijo:

I. Los antecedentes de la causa:

a. El Juzgado de Primera Instancia N° 4 en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro dictó sentencia el día 28 de febrero del año 1997 haciendo lugar a la acción promovida por la señora M. L. G. —madre de la causante—, declarando a A. M. Z. incapaz por demencia en sentido jurídico. Según había quedado acreditado con el examen médico legal —v. fs. 67—, la señora Z. padecía de alienación mental bajo la forma de esquizofrenia (cuadro que implicaba demencia en el sentido jurídico), careciendo de conciencia de la enfermedad, pudiendo orientarse auto y alopsíquicamente. Además, se estableció la existencia de un cuadro de ideación lenta y estereotipada, pensamiento de ritmo enlentecido y contenido rigidizado. Se aludió a la presencia de “juicio desviado”, con pronóstico sujeto a evolución y necesidad de atención y cuidados permanentes, atención médica y actividades resocializantes.

b. A partir de la sanción de la Ley 26.657 de salud mental, la titular de la Asesoría de Incapaces N° 3 departamental, solicitó, atento al tiempo transcurrido desde la fecha en que se había dictado sentencia y la situación en la que se encontraba la causante —v. informe de fs.

785—, que se procediera a realizar un nuevo examen interdisciplinario como lo prevé la normativa referida (art. 152 ter, Cód. Civil —texto según Ley 26.657—; fs. 790).

La jueza de primera instancia desestimó el pedido con fundamento en que la citada legislación no resultaba aún de aplicación en la Provincia de Buenos Aires, ya que no se había dado cumplimiento a lo establecido en los arts. 32, 36 y 41 y que las actuaciones se encontraban reguladas por lo establecido en los acuerdos emanados de esta Corte en materia de insania e internaciones y en la normativa procesal vigente que “no ha sido modificada” (fs. 791/vta.).

c. Interpuesto el recurso de apelación por la representante del ministerio público pupilar, la Cámara confirmó lo decidido por la magistrada de origen, aunque con distinto fundamento.

Para decidir como lo hizo sostuvo:

a- “... la condición de la causante se ha corporizado en una sentencia declarativa de incapacidad, es decir su condición jurídica en los términos declarados no configura un hecho *in fieri* o en curso de desarrollo al tiempo de la sanción de la Ley 26.657, por lo que está excluida de la acción reguladora de la flamante norma...” (fs. 801).

b- Que “por tanto dicha sentencia, que consolidó la actual relación jurídica, no se fundó en un examen multidisciplinario, no especificó actos puntuales que se limitaran a A.Z., como tampoco fijó un plazo de validez de lo decidido, ni se sujetó a la reevaluación que establece el art. 152 ter del Cód. Civil” (fs. cit.).

c- “No hay duda que el antecedente del pedido en estudio (la sentencia declarativa de incapacidad, dictada en base a los supuestos y con el alcance previsto por la normativa vigente al momento de su dictado) difiere del antecedente previsto para la reevaluación fijada por el art. 152 ter invocado por la apelante” (fs. cit.).

d- Que “el mero hecho del transcurso del tiempo desde el dictado de la sentencia de esta causa, no impone per se el deber de reevaluación de la declarada incapaz” (fs. cit.).

e- “... atendiendo a que no surgen de las constancias de autos que existan cambios que pudiesen determinar una modificación beneficiosa en la situación de la denunciada, y sí existen constancias del efectivo control y acompañamiento de la curada; no existen elementos que permitan vislumbrar ni remotamente que la situación actual de la asistida afecte su dignidad, libertad, debido proceso o no asegure sus plenos derechos como persona afectada por padecimiento mental...” (fs. 801 vta.).

f- “Se pretende así, la aplicación ‘en abstracto’ de una manda legal que no alcanza la situación de la interesada, ya que fue establecida con

posterioridad y a partir de un antecedente distinto (ya que la norma expresamente prevé un sistema a partir de un decisorio de características diferentes al que rige la situación actual de Z.); y cuya proyección alcanza declaraciones judiciales posteriores a la Ley 26.657 (art. 3 CC)” (fs. 802).

II. Frente a lo así decidido se alza la señora Asesora de Incapaces mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 1084/1095), en cuyo marco denuncia la infracción de los arts. 3 del Cód. Civil; 28 de la Constitución Nacional y 152 ter de la Ley 26.657. Así como también de “un plexo de derechos consagrados convencionalmente y de jerarquía constitucional reconocidos para las personas con discapacidad intelectual como es el caso de A.Z., a la par que incurre [la alzada] en una errónea ponderación de los hechos y constancias probatorias obrantes en autos tiñendo de absurdidad la solución jurídica adoptada” (fs. 1086 vta.).

III. Adelanto que el recurso merece favorable acogida.

a. i. La Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad (C.D.P.D.) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, incorporadas a nuestro derecho interno por las Leyes 26.378 y 25.280, han venido a marcar un cambio de paradigma respecto de la concepción de las personas con discapacidad, basado en la autonomía y la dignidad.

Así, la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad tiene como propósito “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (art. 1).

En su art. 3, establece como “Principio de la Convención”: “el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas” (inc. a).

Regula expresamente que: “Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas las legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que cons-

tituyan discriminación contra las personas con discapacidad” (art. 4).

Reafirma el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida. Declara que 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 la preferencia 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 la 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” (art. 12).

El objetivo se encamina a lograr el pleno respeto a la dignidad de toda persona, con especial énfasis en los casos donde exista vulnerabilidad como, en lo que nos ocupa, las derivadas de la carencia de plena salud mental.

Ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que “el Tribunal no puede dejar de pronunciarse sobre la especial atención que los Estados deben a las personas que sufren discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad (...) La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (...), como la discapacidad”. (C.T.D.H., 4-VII-2006, “Ximenes Lopes c. Brasil”, [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar), AR/JUR/11786/2006).

En consecuencia, huelga decirlo, no es posible negarle el derecho que reconoce el art. 152 ter del Cód. Civil (T.O., Ley 26.657).

Como se dice en la exposición de motivos de las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, a las cuales adhirió la C.S., Acordada 5/2009, 24/02/2009), “El sistema judicial se debe

configurar para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder en forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho”.

En el capítulo primero del citado documento, en la sección 10, destinada a describir su finalidad, se expresa: “Las presentes reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial”.

Entre los beneficiarios de las reglas se enumeran a “aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (Sección 2a, 1 [3])”. A su vez, “se entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comprensión, privacidad y comunicación” (sección 2, 3 [7] [8]).

En los nuevos paradigmas que se vienen trazando en relación a los grupos vulnerables, González Granda expresa que: “No cabe negar los esfuerzos realizados en los últimos años por el legislador nacional en orden a reforzar el régimen jurídico de protección de las situaciones de incapacidad, en una política que sigue de cerca diversas indicaciones y orientaciones procedentes de instancias supranacionales (...) Pero aún queda mucho esfuerzo por realizar, concretamente en el ámbito de la discapacidad psíquica por enfermedad mental, la atención de las discapacidades tal como ha sido calificada, por afectar a uno de los colectivos más vulnerables socialmente y en consecuencia más necesitado de ayuda y protección, en buena medida por razón del estigma social que desde siempre ha acompañado a este tipo de padecimiento” (González Granda, Piedad, “Régimen jurídico de protección de la discapacidad por enfermedad mental”, Reus, Madrid, España, 2009, págs. 7/8).

A su vez, un jurista francés refiriéndose a la ley del año 2007 sobre

protección jurídica de los mayores adultos, señala: “El derecho de las personas vulnerables no es un derecho sólo técnico, sino que se considera un derecho con una dimensión muy humana. No se trata de jugar con tal o cual regla: cuando hablamos de este derecho, se trata de imaginar a un individuo con su personalidad, su dignidad y su legitimidad. El derecho de las personas vulnerables es la cara oculta de una sociedad humana compleja, no es únicamente de las personas que gozan de buena salud. Es un signo de humanidad. Es bien conocido el dicho: ‘dis-mois comment la société protège la personne vulnérable, et je te dirai dans quelle société tu vis’” (1) (Combret, Jacques, “Las ‘personnes vulnérables’ en el derecho francés”, en Díaz Alabart, Silvia, “Familia y discapacidad”, Colección Scientia Iuridica, Madrid, España, 2010, pág. 71).

La Ley 26.657 se enmarca en el nuevo concepto de salud mental al que se ha denominado “modelo social de la discapacidad” (entre otros: Kraut, Alfredo J.; Diana, Nicolás, “Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria”, LA LEY 2011-C- 1039). En ese contexto determina en su art. 1: “La presente ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

Y declara: “se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona” (art. 3).

A su vez, el art. 7 enumera una serie de derechos del cual gozan las personas con padecimiento mental entre los cuales se enumera “el derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable” (inc. n).

Se ha señalado que: “el operador jurídico y, en especial, los efectores del sistema de salud (subsistema de salud mental) deben aprehender la norma como un cambio de paradigma frente a la visión decimonónica de las personas con padecimientos mentales, como una válvula de escape del concepto biológico-jurídico de incapacidad, todavía latente en el Cód. Civil de Vélez, reforma mediante del decreto Ley 17.711/68 (...). Desde el conocimiento práctico, la experiencia señala

que los principios no se cumplen porque los médicos, otros profesionales de la salud mental, proveedores de servicios y funcionarios públicos les niegan a las personas con enfermedades mentales la oportunidad de hacerse oír y de tomar decisiones por sí mismas. A ello, se suma un grado de complacencia formal por parte de los operadores jurídicos, partícipes necesarios en los triunfos y derrotas del sistema de salud mental” (Kraut, Alfredo J.; Diana, Nicolás, “Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria”, LA LEY 2011-C-1039).

Explican los autores citados 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. En contraposición a este paradigma, los sistemas jurídicos de muchísimos países, tutelares y asistencialistas, se han basado en la dicotomía clásica entre ‘capacidad de derecho’ —o capacidad de goce— y ‘capacidad de hecho’ —o capacidad de ejercicio— reconociendo la primera, pero no la segunda, y de esa manera se ha cercenado sistemáticamente la posibilidad de que, en la práctica, puedan ejercer sus derechos, bajo la excusa de proteger a las personas con discapacidad de ‘los peligros de la vida en sociedad’” (Kraut; Diana, ob. cit.).

b. A partir de tales principios es que no puede compartirse el criterio de la alzada al negar a la señora Z. la posibilidad de una nueva evaluación interdisciplinaria en los términos del art. 152 ter del Cód. Civil, dado que ello conlleva una vulneración de derechos reconocidos constitucionalmente (arts. 16, 75 incs. 22 y 23, Constitución Nacional).

Como se ha descripto el eje central de la sentencia de Cámara pasa por considerar que no le es aplicable la Ley 26.657 al caso de autos por haber sido esta ley sancionada con posterioridad a la sentencia que declaró la incapacidad de la causante.

Coincido con el señor Subprocurador General cuando advierte que “justamente una patología psiquiátrica constituye un concepto dinámico, provisorio y perfectible, y su evolución, se encuentra vinculada a otros factores que exceden el tratamiento farmacológico. Se encuentra inescindiblemente unida a situaciones afectivas, emocionales, rehabilitadoras que involucran a grupos familiares, vecinales, terapéuticos, etc., —que siendo mutables por su propia naturaleza—, requieren de controles periódicos, para verificar si han variado las situaciones personales o de salud de la persona sujeta a estos procesos. La finalidad es



que la realidad personal se encuentre reflejada en la situación jurídica declarada, y protegida en la medida que la persona lo necesite. Lo que solo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado (artículo 5 Ley 26.657)”.

En el caso, como lo pone de manifiesto el señor Subprocurador General, A. fue adquiriendo habilidades y capacidades. Por ejemplo, en cuanto a su dinero “... expresa que se compró ropa y artículos de perfumería... expresa su deseo... en algún momento de viajar unos días a Córdoba... Plantea que irá al cine... Se la observa muy bien arreglada, suavemente maquillada. El diálogo se desarrolla con mucha fluidez y cordialidad...” (fs. 317), “... se la observa vestida con ropa moderna, luce un nuevo corte de cabello, se expresa con un tono animado. Se le informa del depósito de su dinero. Manifiesta que realiza salidas por la zona, con personal de la clínica, al que abona su acompañamiento... se hace cargo del pago del lavadero que contrató en la zona. Expresa su interés en contar con un período de vacaciones... participa de todas las actividades propuestas por la clínica” (fs. 458), “... plantea su interés en ser externada. Aporta una serie de datos sobre habitaciones en pensiones de la zona” (fs. 683), “... Dada su buena evolución se le ha otorgado el alta médica. Se encuentra en condiciones de habitar en una pensión próxima y concurrir a un hospital de día en esta institución” (fs. 693) “... Se realiza un seguimiento de la situación de la causante quien transcorre su externación exitosamente” (fs. 785/vta.) “La causante transita su externación en forma sumamente satisfactoria” (fs. 1079/vta.).

Esta transcripción busca ilustrar respecto de la evolución que se observa en el cuadro mental de la causante el que —debidamente evaluado— podría dar lugar a un nuevo pronunciamiento judicial que limite la incapacidad que hoy posee.

Teniendo en cuenta el nuevo paradigma de salud mental establecido recientemente por la ley pero que tiene por base las pautas constitucionales y convencionales supra referidas, esa posibilidad justifica que se deba hacer lugar al pedido de la representante del Ministerio Público.

IV. En consecuencia, si mi opinión es compartida, habrá de hacerse lugar al recurso de inaplicabilidad de ley incoado, casando el fallo apelado (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Los autos se remitirán a la instancia de origen, para que se proceda a evaluar a la señora A. M. Z. por parte de un equipo interdisciplinario (art. 152 ter, C.C. y R.C. 3196/11).

Las costas, en atención a los particulares intereses en debate, se imponen por su orden (arts. 68, 2da. parte y 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Voto, pues, por la afirmativa.

Los doctores Soria, Kogan e Hitters, por los mismos fundamentos del doctor Genoud, votaron también por la afirmativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente sentencia: Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, se hace lugar al recurso de inaplicabilidad de ley incoado, casando el fallo apelado (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Los autos se remiten a la instancia de origen, para que se proceda a evaluar a la señora A. M. Z. por parte de un equipo interdisciplinario (art. 152 ter, C.C. y R.C. 3196/11).

Las costas, en atención a los particulares intereses en debate, se imponen por su orden (arts. 68, 2da. parte y 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). — Daniel F. Soria — Juan C. Hitters — Luis E. Genoud — Hilda Kogan.

## Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

G., F. D. s/ infr. art. 149 bis, amenazas, CP - 06/08/2014

### Buenos Aires, agosto 6 de 2014.

Resulta: 1. La Asesora General Tutelar y el Defensor General interpusieron recursos de queja (fs. 130/138 y 203/207) contra el pronunciamiento de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 118/123) que declaró inadmisibles los recursos de inconstitucionalidad que habían deducido, a su turno, contra la resolución de esa Sala que, si bien había hecho lugar a sus planteos sobreseyendo al imputado por aplicación del art. 34, inc. 1º, CP, también ordenó una medida de seguridad, consistente en un tratamiento ambulatorio de tipo psicoterapéutico y psicofarmacológico cuya realización había sido indicado por el cuerpo forense del CMCA-BA (fs. 61/64).

2. Ambos recurrentes se agraviaron del tratamiento ambulatorio ordenado por la Cámara de Apelaciones porque consideraron que el tribunal se había excedido del marco de la facultad revisora, toda vez que ninguno de los apelantes lo había solicitado. Además, sostuvieron que esa medida de seguridad no se hallaba prevista legalmente y lesionaba la libertad, la salud y la autonomía personal de su asistido, como también los principios de proporcionalidad, razonabilidad y culpabilidad.

3. La Cámara de Apelaciones denegó ambos recursos porque entendió que no estaban dirigidos contra una sentencia definitiva o equiparable y tampoco planteaban una cuestión constitucional.

4. El Fiscal General, al tomar intervención, consideró que las dos quejas presentadas son inadmisibles, en tanto no se ha demostrado la existencia de una cuestión constitucional que permita habilitar la intervención de este Tribunal (fs. 217/223).

Fundamentos:

El doctor Casás dijo:

1. Las quejas interpuestas a fs. 130/137 y 203/208 deben ser rechazadas pues los recursos de inconstitucionalidad que vienen a defender no fueron interpuestos contra una sentencia definitiva u otra decisión que pueda serle equiparada (art. 27, Ley N° 402).

En efecto, ambos recurrentes refieren que el tratamiento ordenado por el tribunal a quo implica una medida de carácter coactivo que

vulnera la libertad —pues eventualmente podría ser impuesta por medio de la fuerza pública—, la autonomía personal y la dignidad de su asistido, en tanto que no podrá ejercer su derecho a tomar decisiones sobre el tratamiento de su aflicción mental. Y agregan que el agravio es actual porque si bien es el juez de primera instancia quien deberá disponer la medida indicada por los médicos que suscribieron el informe de fs. 156/159, dicho magistrado no podría discutir la viabilidad de su aplicación.

Esa sola aseveración no alcanza para demostrar la existencia de un gravamen actual e irreparable pues la Cámara dejó establecido expresamente que correspondía que el juez de primera instancia dispusiera el tratamiento ambulatorio indicado en el punto 3. del informe de los peritos designados, en los términos de la Ley N° 26.657, con lo cual, los alcances de esa medida de seguridad, de adoptarse, en el amplio marco con que se faculta, podrían ser sometidos a revisión.

Además, los perjuicios invocados tienen carácter conjetural porque no existen elementos de juicio para suponer que el imputado no quiera someterse a un tratamiento psicológico cuando al momento del examen pericial estaba asistiendo a un programa de contención de Narcóticos Anónimos (cf. fs. 158). Tampoco se advierte que llegado el caso no pueda tomar decisiones por sí mismo y/o acompañado por sus familiares, tal como dejaron indicado los camaristas, pues justamente, el tratamiento en cuestión quedó subordinado a los términos de la Ley N° 26.657 que establece, entre otros, el derecho del involucrado a poder tomar decisiones relacionadas con la atención y el tratamiento.

2. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que la decisión de la Cámara tampoco aparece como oficiosa. Para juzgar el tenor de ese pronunciamiento hay que tener en cuenta cuál era el marco de discusión que se había planteado en el proceso y el marco legal que regula la situación.

Tanto la defensa oficial como la asesoría tutelar pretendían que el juez dictara el sobreseimiento de su asistido sobre la base de las conclusiones del peritaje antes mencionado, es decir, por inimputabilidad. Sin embargo, el juez consideró que por el padecimiento mental del imputado debía suspenderse el trámite del proceso y no adoptarse ninguna decisión sobre el fondo del asunto.

En esas condiciones, los jueces de la Cámara tenían la posibilidad de confirmar el criterio del juez o asumir el de los apelantes y dictar el sobreseimiento. Ahora bien, en cualquiera de las hipótesis debían valorar el informe pericial y en él se había advertido claramente que dada su labilidad emocional, la peligrosidad del imputado (para sí y/o para

terceros) podía hacerse manifiesta en caso de situaciones estresógenas o de intoxicación y por esa razón los médicos indicaron “la realización de un tratamiento de tipo psicoterapéutico y psicofarmacológico, en una institución ad hoc, bajo tercero responsable” (cf. punto 3 de fs. 156/159). No resulta irrazonable, entonces, que los jueces hayan decidido sobreseer al acusado por inimputabilidad, siguiendo la opinión de los médicos en ese punto, y hayan tomado en cuenta también las demás apreciaciones realizadas en el informe. Por eso, la pretensión de los recurrentes de hacer valer sólo una parte del examen pericial no puede ser aceptada.

Debe señalarse, en este punto, que la decisión no se encuentra huérfana de respaldo en cuanto se advierte que el artículo invocado por la Alzada para disponer el sobreseimiento del imputado (art. 34, inc. 1° , CP) permite su reclusión, cautelar y provisoria, en caso de acreditarse el peligro de que se dañe a sí o a los demás. Al respecto, el planteo de inconstitucionalidad de dicho artículo efectuado por la defensa debe ser descartado sin más, en tanto se basa en formulaciones extremadamente genéricas que no ofrecen vinculación directa a los supuestos verificados en esta causa.

3. En definitiva, de acuerdo a las apreciaciones efectuadas precedentemente, en las actuales condiciones no puede afirmarse que con la decisión de la Cámara de Apelaciones, al ordenar al juez de primera instancia que disponga la realización del tratamiento terapéutico indicado por los médicos, en los términos de la Ley N° 26.657, se haya consumado una afectación actual y definitiva a la libertad, la salud o la autonomía personal del recurrente, como denuncian su defensa y la Asesoría General Tutelar.

4. En razón de las consideraciones expuestas, voto por rechazar las quejas agregadas a fs. 130/138 y 203/208 e intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, dado que el imputado no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (N° 327), ni ha acreditado haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos (cf. mis votos in re: “Empresa de Transporte Pedro de Mendoza C.I.S.A. —causa N° 459-CC/00— s/ recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”, expte. N° 724/00, resolución del 14/02/2001, en Constitución y Justicia, [Fallos del TSJ], Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, ps. 16 y siguientes; “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 6— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Oniszczyk, Carlos Alberto y Marquez, Sandra Rosana s/ Ley 255 —apelación—”, expte. N° 2266, resolución del 16/07/2003, en Constitución y Justicia, [Fallos

del TSJJ, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, ps. 437 y siguientes; y “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 1— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Ronchetti, Leonardo s/ art. 47 CC —apelación—’”, expte. N° 3996/05, resolución del 14/9/2005).

Así lo voto.

La doctora Conde dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor José Osvaldo Casás.

La doctora Weinberg dijo:

1. Los recursos de queja fueron interpuestos en tiempo y forma pero no pueden prosperar por las razones dadas por el Dr. Casás, a las que adhiere la Dra. Conde, y porque no logran plantear un caso constitucional (art. 27 Ley N° 402).

2. En autos la defensa y el Asesor Tutelar interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad contra la sentencia de Cámara en cuanto resolvió ordenar al juez de grado que disponga una medida de seguridad a su defendido (fs. 74/83 y 87/100). En sus agravios alegan que lo resuelto es contrario a los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad y afecta el derecho de defensa, la libertad y la autonomía personal del imputado. Ello así en tanto sostienen que la medida de seguridad ordenada no está legalmente prevista, implica un sometimiento al proceso penal sin un límite temporal, no corresponde su imposición de oficio y la decisión no está debidamente motivada. La defensa plantea además la inconstitucionalidad del artículo 34, inciso 1, del CP (fs. 94 vuelta).

3. Los agravios que exponen las recurrentes no alcanzan a realizar una crítica concreta y fundada para rebatir lo resuelto por la Cámara al decidir el rechazo del recurso.

Corresponde recordar que la Sala III de la Cámara dictó el sobreseimiento de G. en virtud de lo peticionado por la defensa y la asesoría tutelar en sus apelaciones contra la sentencia del juez de grado. En efecto el decisorio cuestionado se funda en la causal de inimputabilidad prevista en el artículo 34, inciso 1, del Cód. Penal. El mencionado artículo del código de fondo dispone, además, que “en caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio (...) en los demás casos (...) el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieron peligroso” (párrafos segundo y tercero).

No obstante estas previsiones legales, la defensa esgrime que “habiéndose decretado el sobreseimiento a mi asistido, ningún fundamen-

to existe para aplicarle a mi asistido, en el marco de una causa penal, una medida de seguridad”. Alega, además, que lo decidido por la Cámara de oficio afecta la garantía de defensa en juicio en tanto constituye una “extralimitación jurisdiccional” (fs. 97/98).

Se advierte que la recurrente no logra exponer de manera seria y circunstanciada cual sería en el caso la afectación a un derecho constitucional ni logra vincular sus argumentos con una cuestión de dicha naturaleza. Ello así toda vez que se limita a proponer la aplicación parcial de una disposición legal sin fundamento jurídico válido que dé sustento a su pretensión de que el Tribunal no aplique una parte del texto de la norma vigente (párrafos segundo y tercero del artículo 34, inciso 1, CP).

En cuanto a la declaración de inconstitucionalidad pretendida por la defensa, tal como lo señala el Dr. Casás en su voto, se basa en argumentos genéricos y meramente dogmáticos, y no logra conectar las circunstancias particulares de esta causa con las garantías constitucionales que alega se habrían conculcado. Por lo expuesto corresponde rechazarse la tacha de inconstitucionalidad solicitada.

4. Por otro lado la Asesoría Tutelar tampoco logró demostrar la presencia de un caso constitucional cuando aduce que la sentencia viola el principio de legalidad con fundamento en que “el tribunal a quo decide el dictado de una medida de coerción inexistente en el ordenamiento jurídico penal y lo hace sin fundamento válido” (fs. 78 vta./82).

El Cód. Penal al regular las medidas de seguridad a imponer tras la declaración de inimputabilidad prevé solo la internación en un manicomio y la internación en un establecimiento adecuado (segundo y tercer párrafo art. 34, inc. 1, CP). El tratamiento ambulatorio ordenado por la Cámara —fundado en lo indicado por el cuerpo forense del CMCABA (fs. 468/471 de los autos principales)— es una medida de seguridad que implica una injerencia sustancialmente menor en los derechos de G. —en relación a la internación permanente a la que refiere el Cód.— y se justifica a la luz del principio de razonabilidad que manda a los jueces a optar, dentro de las medidas adecuadas para cumplir el fin perseguido, aquella que resulte menos restrictiva de derechos. En esas condiciones, el argumento defensivo de la Asesoría Tutelar debe descartarse en tanto no expone concretamente cuál es el agravio constitucional que la medida dispuesta le genera ni de qué manera aquella desconoce el principio de legalidad.

Por último, se advierte que la Asesoría, al cuestionar —por deficiente— la motivación de la sentencia de Cámara, propone una interpretación distinta de los hechos acreditados en la causa, del

derecho aplicable y de los presupuestos que habilitan a imponer una medida de seguridad. Sin embargo, la resolución de la Sala III aparece como una derivación lógica, razonada y posible de las constancias del expediente y del derecho vigente lo que conduce a descartar la tacha de arbitrariedad pretendida.

Debe recordarse también aquí que la arbitrariedad de sentencia “no tiene por objeto la corrección de fallos equivocados o que se consideren tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema en que, a causa de ellos, quedan descalificados como actos judiciales” —cf. Fallos 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584; 294:376, entre otros—.

5. Por todo lo expuesto, voto por rechazar las quejas interpuestas a fs. 130/138 y 203/208 e intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, dado que el imputado no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (N° 327), ni ha acreditado haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos. Si bien la defensa oficial alega la inconstitucionalidad de su exigencia porque afectaría la garantía de acceso a la jurisdicción y el derecho al recurso, lo cierto es que su planteo carece de toda vinculación con el caso concreto, pues la intimación al pago del depósito se efectiviza recién ahora, esto es, al momento de decidirse la queja y no antes, como requisito de admisibilidad. De ese modo, el Tribunal ha garantizado la tutela judicial efectiva del imputado G.

El doctor Lozano dijo:

1. La Cámara resolvió i) revocar la decisión de grado y disponer el archivo de las actuaciones, por aplicación del art. 34 inc. 1 del CP; ii) sobreseer al imputado en orden a los delitos imputados; y iii) ordenar al Sr. juez de grado que dispusiera una medida de seguridad consistente en un tratamiento ambulatorio del tipo psicoterapéutico y psicofarmacológico, en una institución ad hoc, bajo tercero responsable, en los términos de la Ley N° 26.657 —Ley de Salud Mental— (cf. fs. 69 vuelta y 159). A criterio del a quo, “en resguardo de la integridad del imputado, de su grupo familiar y de la sociedad en general, que si bien el examen [profesional solicitado por la defensa a fs. 154] no establece que se trate de un alienado mental informa que G. ‘presenta múltiples cicatrices antiguas en cuello y miembro superior derecho, por diversas tentativas suicidas’ y que habida cuenta de su labilidad emocional, si bien no se puede afirmar que era peligroso al momento del examen para sí o para terceros ‘dicha peligrosidad puede resultar manifiesta en casos de situaciones estresógenas o de intoxicación’ (fs. 470) razón por la cual una de sus conclusiones es que se lo debe someter a tratamiento” (fs. 64).



Las apelantes, con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad, en los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad, y en el derecho de defensa, salud, libertad y autonomía personal del imputado (arts. 18, 19, 28 y 75 inc. 22 de la CN y 1, 10 y 13 de la CCBA), controvierten el punto III de la resolución reseñada. El MPT, por un lado, aduce que la medida ordenada no se halla legalmente prevista; que ella ha sido impuesta oficiosamente; y que la decisión que la establece no se encuentra debidamente motivada. Por otro lado, el MPD plantea la inconstitucionalidad del art. 34, inc. 1, CP; sostiene que el punto controvertido implica un sometimiento al proceso penal por tiempo indeterminado, y compromete las reglas del sistema acusatorio y la garantía de imparcialidad; que la medida debatida vulnera el principio de proporcionalidad; y que el régimen que instaura el CP —en tanto impone un tratamiento más severo que el régimen general del derecho civil— encubre una forma de castigo sin culpabilidad.

2. En el sub lite, no viene controvertido que i) el sujeto afectado ha cometido hechos penalmente disvaliosos —consistentes en los delitos previstos en los arts. 149 bis y 183 CP (cf. fs. 149/154)—; ii) no se está en presencia de alguna situación de no exigibilidad; y iii) el a quo, sobre la base del informe pericial solicitado por la defensa del inimputable, tuvo por acreditado que “han existido causales psicopatológicas que le han impedido una correcta comprensión de la criminalidad de sus actos, no pudiendo obrar en consecuencia” (fs. 159). De este modo, no está en pugna i) la materialidad del hecho; ii) su tipicidad y antijuridicidad; iii) la atribución de la conducta al sujeto afectado; ni, finalmente, iv) la ausencia de culpabilidad. Se desprende de lo reseñado que, de no haber actuado en estado de inimputabilidad, aquel sujeto habría podido ser objeto de una pena privativa de la libertad. Ello así, sin perjuicio del momento en el cual, de acuerdo con las diversas legislaciones procesales existentes, la comisión previa del hecho disvalioso quede debidamente acreditada por el órgano jurisdiccional interviniente; aspecto que tampoco viene cuestionado.

2.1. El art. 34 del CP enuncia que:

“No son punibles:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos

que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso”.

3. Sentado lo anterior, los planteos articulados por los recurrentes no pueden prosperar.

3.1. Inconstitucionalidad del art. 34, inc. 1, CP en virtud de haber cesado la jurisdicción penal a raíz del sobreseimiento dictado.

A criterio de la recurrente, un derecho penal que reconoce el principio constitucional de culpabilidad por el acto, como principio rector de su sistema impone declarar la inconstitucionalidad de la medida de seguridad del art. 34, inc. 1°, segundo párrafo, del CP, puesto que mantiene el control penal de los enfermos mentales, pese a haberlos declarado inimputables.

La tesis que viene a defender ese argumento supone que el inimputable que ha cometido un hecho penalmente disvalioso queda, una vez decretado su sobreseimiento, fuera del alcance del derecho penal. En otras palabras, esa tesis, tal como es expuesta, supone que, a la hora de responder a una conducta típica y antijurídica, el orden jurídico está limitado al derecho penal orientado a la culpabilidad y que éste satisface plenamente las necesidades de la comunidad de protegerse frente a autores incapaces de determinarse conforme a lo debido jurídicamente, o aun de protegerlos de sí mismos. En pocas palabras, que el Estado no está legitimado para reaccionar “por fuera” del principio de culpabilidad.

Este argumento no pasa de ser una propuesta de lege ferenda. De modo alguno explica qué cláusula(s) constitucional(es) impedirían al legislador prever medidas de esta especie, ni brinda argumentos en apoyo a su postura, ausente el reproche de culpabilidad para enfrentar el peligro de que quien ha obrado de una manera descrita por la ley sin ser capaz de comprender el sentido que esa ley atribuye a su obrar. En esta línea, el planteo de inconstitucionalidad efectuado se basa en formulaciones extremadamente genéricas que no ofrecen vinculación directa a los supuestos verificados en esta causa

Por lo demás, los planteos deducidos no se hacen cargo de la admisión de estas medidas —fundadas en un juicio no de reproche hacia el pasado sino, a todo evento, de pronóstico sobre un daño potencial cuya probabilidad resulta del obrar disvalioso comprobado— una vez acreditado el hecho lesivo de bienes jurídicos penalmente tutelados, la

ausencia de alguna causal de justificación o excusa, el estado de inimputabilidad del autor del injusto, y que por la conducta reprochada habría podido ser objeto de una pena privativa de la libertad si no hubiera sido incapaz de culpabilidad; por lo que, en ausencia de una determinación de esta especie, no se justificaría someter al incapaz a la mayor severidad que distingue al régimen penal de medidas de seguridad (cf. *mutatis mutandi* CSJN, “A., G J s/ causa N° 12434”, expte. A. 987. XLVI, de fecha 13/11/12).

3.2. Sobre la indeterminación del plazo de la medida y la afectación al principio de proporcionalidad.

En el sub examine, la Cámara tuvo por probada la comisión del hecho endilgada al sujeto, su falta de comprensión de la criminalidad de los actos reprochados y, en consecuencia, resolvió ordenar al Sr. juez de grado que dispusiera una medida de seguridad consistente en un tratamiento ambulatorio del tipo psicoterapéutico y psicofarmacológico en una institución ad hoc, bajo tercero responsable, en los términos de la Ley N° 26.657 —Ley de Salud Mental—. Sobre este último aspecto, cabe decir lo siguiente: en primer término, no es posible hablar de sujeción indeterminada al proceso pues, en efecto, la medida no ha sido todavía determinada plenamente; en segundo término, lo que habrá de evaluarse, a todo evento, será su impacto afflictivo. La pena, por su lado, tiene por propósito afligir así como asegurar mediante la limitación ambulatoria en el caso de la prisión. El inimputable, por su condición de serlo, no merece ese padecimiento, pero, el legislador entiende necesario proteger a la sociedad y a él mismo a través de medidas cuyo propósito es la seguridad. Esas medidas deben evitar padecimientos, pero no están exentas de efectos limitativos que pueden generarlos y, cuando ello resulta inevitable, no pueden ser mayores que los de la pena. Este es, en mi lectura, el fundamento de la doctrina sentada por la CSJN in re “A., G J s/ causa N° 12434”, expte. A. 987. XLVI, de fecha 13/11/12, aun cuando allí aparezca comparada la extensión temporal de la medida de seguridad decretada en el caso concreto —encierro por tiempo indeterminado en una institución psiquiátrica penitenciaria— con lo que habría sido eventualmente la de la máxima condena si el sujeto hubiera sido capaz de culpabilidad. Las medidas de seguridad del art. 34 del CP deberían, según la doctrina sentada en ese precedente, ser consecuencia, básicamente, de la constatación de un obrar típico y antijurídico, la ausencia de alguna causal de justificación o excusación, sumado ello a una potencial repetición de un obrar ilícito, y no exceder en padecimientos inevitables a los de comparable naturaleza generados por la pena. Ello supone que, cuan-

do un tratamiento ambulatorio basta, no cabe acudir a medidas que tengan impacto mayor; pero, al mismo tiempo, la comparación entre tratamiento ambulatorio y prisión no puede limitarse a la duración del tratamiento. Se debe cotejar, precisamente, el padecimiento.

En el sub lite, la alternativa ordenada —tratamiento ambulatorio de tipo psicoterapéutico y psicofarmacológico en una institución ad hoc, bajo tercero responsable, en los términos de la Ley N° 26.657—, en caso de finalmente adoptarse, sugiere una restricción de la libertad considerablemente menor que la que podrían tener la internación compulsiva y, ciertamente, la reclusión o la prisión. De manera tal que, a la luz de la ecuánime ponderación entre aquello que se sacrifica y aquello que se pretende evitar, el principio de proporcionalidad invocado por la recurrente de modo alguno aparece menoscabado. En otras palabras, esa menor privación que la medida infiere al recurrente comparada con la que resultaría del encierro en un establecimiento especial tal como lo posibilita el texto del art. 34 del CP muestra que la solución adoptada por el a quo está al abrigo de la doctrina sentada por la CSJN in re “A., G J s/ causa N° 12434”, expte. A. 987. XLVI, de fecha 13/11/12.

Finamente, adviértase que las medidas de esta especie de modo alguno indican la gravedad del reproche personal por la conducta exteriorizada, razón por la cual, sin perjuicio de otros reparos, no están alcanzadas por el límite del principio de culpabilidad. El legítimo fin de evitar un riesgo futuro, cuya concreción resulte razonablemente conjeturable a partir de la constatación del hecho penalmente disvalioso, es lo que constituye el fundamento de la medida y habrá de determinar, entre otras cuestiones, su duración, con el límite previsto en el citado precedente.

3.3. Agravio referido a que la medida controvertida no se halla legalmente prevista en la ley de fondo.

A partir de la valoración de la prueba que hizo en el caso, la Cámara ordenó al Sr. juez de grado que dispusiera la imposición de una medida menos gravosa que la medida de seguridad más severa disponible en el marco del art. 34 del CP y a cuyo respecto no se acredita exceso respecto del límite señalado por la CSJN. Esta circunstancia sugiere que, en la visión del a quo, el encierro, como posible medida de seguridad a tomar en el caso, no deviene sino desproporcionado con el hecho atribuido y el pronóstico de peligrosidad del sujeto —principio de intervención mínima—, teniendo en mira, como eje rector, el carácter puramente restrictivo, provisional y excepcional de cualquier medida que coarte la libertad ambulatoria del individuo. En esta línea,

no muestran los planteos de la recurrente que la medida debatida se halle fuera de relación con los hechos que cupo al a quo conjeturar y sobre cuya base ordenó se dispusiera un tratamiento que se aparta del criterio restrictivo que supone excluir toda posibilidad diferente de la internación forzada del sujeto. La ley quiere que el inimputable sea sometido a tratamiento y el apelante no brinda razones que justifiquen negar aquello que la ley dispone, más aun cuando lo que se determina, reitero, constituye una alternativa menos lesiva que aquella que brinda el legislador para cumplir con los fines por él propuestos.

3.4. Agravio vinculado a la afectación a las reglas propias del sistema acusatorio y de imparcialidad.

Sostiene la apelante que el tribunal de mérito se extralimitó en sus funciones, pues la medida de seguridad ha sido dispuesta sin haber sido solicitada por alguna de las partes; circunstancia que, afirma, compromete el sistema acusatorio y la garantía de imparcialidad —esto último, por entender que el tribunal, al haber ordenado al Sr. juez de grado que dispusiera una medida de seguridad no peticionada por las partes, ha “tomado partido” en perjuicio del imputado—.

Sin embargo, en primer término, en cuanto a la afectación a las reglas que estructuran el esquema acusatorio, el argumento articulado no se hace cargo de que el juez de mérito es quien privativamente establece el alcance de las pretensiones. En el caso, ha interpretado la acusación a la luz de lo que la ley en la que apoya su decisión dispone acerca del modo en que puede obrar frente al requerimiento de condena. En tales condiciones, el juez no ha venido a exceder el objeto procesal que le trajo el fiscal y la recurrente no muestra que quien tomó la decisión aquí cuestionada haya obrado a instancia de sí mismo o, en todo caso, sin que una parte legitimada lo hubiera estimulado a ese fin. Luego, en cuanto al planteo referido a la vulneración de la, genéricamente invocada, garantía de imparcialidad, cabe advertir que de manera alguna viene desarrollado. Por lo pronto, no acredita la apelante compromiso alguno por parte del juez con los fines perseguidos por las partes, ni prueba que al justiciable no se le hubiera asegurado plena igualdad frente al acusador ni se le hubiera permitido expresarse libremente y con justicia frente a cualquier acusación que se le formule.

3.5. Agravio vinculado al régimen doble —penal y civil— de las medidas de seguridad.

Sostiene la recurrente que el régimen que impone el Cód. Penal, en la medida en que instaura un tratamiento más severo que el régimen general del derecho civil, encubre una forma de castigo arbitrario fun-

dado en el carácter peligroso de la persona (una especie de “derecho penal de autor”).

Sin embargo, la diferencia de tratamiento reseñada no constituye por sí un ejercicio arbitrario de poder punitivo, tal como postula la defensa en su planteo. Ese argumento no se hace cargo de que una mayor severidad de la medida, cosa que no demuestra en el caso, se explica por la mayor repercusión de las acciones contempladas en el campo penal como presupuesto de esas medidas de seguridad que las situaciones, no necesariamente acciones, a las que la ley civil enlaza consecuencias comparables aunque no idénticas. Por lo pronto, es lógico suponer que si el legislador quiso contemplar este tipo de medidas de manera expresa en el Cód. Penal, al margen de la regulación ya existente en el Derecho Civil (cf. el art. 482 del CC), aquel tuvo la intención de crear una institución independiente. Y ello, en razón de que el hecho que determina la intervención estatal es la comisión de un comportamiento que podría haber llevado, precisamente, a una pena privativa de la libertad si su autor no hubiera sido incapaz de culpabilidad; aspecto del cual no se hace cargo la apelante (cf. *mutatis mutandi* CSJN, “A., G J s/ causa N° 12434”, expte. A. 987. XLVI, de fecha 13/11/12).

4. Por las razones que desarrollé al votar in re “Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad en: ‘Ronchetti, Leonardo s/ art. 47 CC —apelación— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado’”, expte. n° 3996/05, resolución del 14/09/05, a las que me remito, no corresponde exigir el depósito previsto en el art. 34 de la Ley N° 402.

Por lo expuesto, voto por rechazar las quejas obrantes a fs. 203/208 vuelta y 130/138.

Por ello, y habiendo tomado la intervención que compete al Fiscal General, y por mayoría respecto al punto 2, el Tribunal Superior de Justicia resuelve: 1. Rechazar los recursos de queja interpuestos. 2. Intimar al recurrente para que en el término de cinco días integre el depósito exigido por el art. 34 de la Ley N° 402. 3. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas. La jueza Alicia E. C. Ruiz no firma por encontrarse en uso de licencia. — José O. Casás — Ana M. Conde — Inés M. Weinberg — Luis F. Lozano.

## Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV

---

M., G. J. s/ medida de seguridad - 10/09/2014

### 2ª Instancia.- Buenos Aires, septiembre 10 de 2014.

Los doctores González y Seijas dijeron:

El informe confeccionado a fs. 64/67 por la Dra. Ana María Arias del Cuerpo Médico Forense revela que G. J. o D. F. M. presentaba una descompensación psicótica de su cuadro de base —por lo que se juzgó verosímil que al momento de los hechos atribuidos no hubiera podido comprender la criminalidad de sus actos ni dirigirlos en consecuencia—, con “manifiestos indicadores de riesgo psiquiátrico cierto e inminente especialmente para sí o para terceros”, que imponían su evaluación por el Equipo Interdisciplinario “PRISMA”, el que debía indicar la conducta a seguir.

El equipo profesional de “PRISMA” que examinó al causante, estimó que el tratamiento actual adecuado a su cuadro era el de “internación psiquiátrica en este dispositivo” (fs. 69/72).

Todo ello habilitó, de conformidad con las previsiones del artículo 34, inciso 1º, del Código Penal, la declaración de inimputabilidad de M. el dictado de su sobreseimiento, y la adopción de la medida de seguridad dispuesta en autos, ligada precisamente al peligro de que pudiera dañarse a sí mismo o a otros.

Al respecto hemos dicho que “la medida de seguridad se sustenta en razón de su aplicación a los presupuestos jurídicos establecidos en la ley, esto es, que el individuo hubiese cometido un hecho considerado objetivamente delictuoso por el cual se lo haya considerado inimputable y que se presente como un sujeto peligroso en los términos del artículo 34, inc. 1 del Código Penal” (CNCP, Sala III, causa Nº 12.434 “Antuña, Guillermo Javier”, rta. 13/9/2010 e in re, causa Nº 5413/14 “Correa”, rta. 7/3/2014, entre otras).

La asignación del control jurisdiccional de esa medida a la justicia de ejecución penal luce a nuestro criterio acertada, en tanto así lo dispone la norma del artículo 511 del Código Procesal Penal de la Nación (in re, causas Nº 911/11, “García Castillo”, rta. 4/7/2011, 1201/11, “Paules”, rta. 31/8/2011, entre otras, en consonancia con los lineamientos fijados por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal en el fallo antes mencionado).

Por lo demás, debe recordarse que la Ley 26.657 que modificó el artículo 482 del Código Civil, no solo no introdujo reformas en los artículos 511 del ordenamiento adjetivo y 34 del sustantivo, sino que exceptuó expresamente en su artículo 23 a “las internaciones realizadas en el marco de lo previsto en el artículo 34 del Código Penal”.

Por todo lo dicho, consideramos que debe ser homologada la resolución de la anterior instancia y así lo votamos.

El doctor González Palazzo dijo:

Si bien coincido con mis colegas en cuanto a la necesidad de imponer una medida de seguridad a M., en razón de las conclusiones del informe médico, entiendo que es el juez civil el magistrado competente para efectuar su control (CNCP, Sala IV, causas Nº 15.627 “Pérez”, rta. 22/9/2011, 13.942 “Carulla”, rta. 3/6/2010, entre otras).

Ese mismo razonamiento he esbozado en los precedentes citados y ha sido la hermenéutica seguida por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, que sostuvo que “los sujetos declarados incapaces por incapacidad psíquica deben quedar fuera del sistema penal pues lo contrario resulta violatorio del principio *nullum crimen sine culpa*, y es conveniente evitar la superposición de competencias judiciales, siendo la civil el ámbito de mayor especialización” (causa 12.644 “Gómez”, rta. 13/4/2010).

Por otra parte, refuerza mi postura la circunstancia de que existiría una intervención previa de la justicia civil, puntualmente el Juzgado de Familia de Morón, en que habría tramitado el proceso por incapacidad de M., conforme surge del informe de fs. 72, y que en este último, incluso, se recomendó su internación en el instituto Open Door, lugar en donde ha realizado tratamiento con anterioridad.

Por todo ello emito mi voto a favor de que se revoque el punto IV y se extraigan testimonios exclusivamente a la justicia civil para el control de la internación del causante.

En mérito de lo que surge del presente acuerdo, la Sala resuelve: confirmar el pronunciamiento de fs. 73/75, puntos III y IV, en cuanto fue materia de recurso. Notifíquese y devuélvase al juzgado de origen. Sirva lo proveído de muy atenta nota de envío. Mariano González Palazzo (en disidencia) — Carlos Alberto González — Alberto Seijas.



## **Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala IV**

---

**M., R. s/ recurso de casación - 13/11/2014**

**La Plata, noviembre 13 de 2014.**

Antecedentes:

I. Llegan los autos a consideración de este Tribunal como consecuencia del recurso de Casación deducido por la Defensora Oficial de la Unidad N° 7 del Departamento Judicial La Matanza, doctora G. M. C., contra la sentencia dictada por el Tribunal Criminal N° 3 de la citada Departamental que, con fecha 18 de noviembre de 2013, resolvió declarar inimputable al encartado R. M., pronunciando veredicto absolutorio en orden al delito de homicidio en grado de tentativa por el que venía imputado, disponiendo la internación del nombrado en la Unidad Carcelaria N° 34 de Melchor Romero de conformidad a lo normado por el art. 34 inc. 1 del Código Penal.

II. Se agravia la Defensa de la medida de seguridad impuesta, poniendo de manifiesto que los informes psicológicos confeccionados por la Unidad Carcelaria N° 1, lugar donde actualmente se encuentra detenido su asistido, por así haberlo avalado la Dirección General de Salud Penitenciaria (Gabinete Psiquiátrico Forense) dan cuenta que M. se encuentra orientado, sin alteraciones en sus sentidos, que no realiza tratamiento de ningún tipo, lo cual es reafirmado por la Dra. M. G. en su informe de fs. 106 de la carpeta de la causa 12.042, al referir que el encartado “no posee necesidad de abordaje de psicofármacos y que no posee criterio de permanencia en esa Unidad”, motivo por el cual fue trasladado a la U.C. N° 1 de Olmos, en donde, sin tratamiento alguno conforme lo informado a fs. 320/321 y 8 y 11 de la Carpeta de la Causa N° 12.042, fue privado de su libertad.

Sostiene que si bien al inicio de la investigación resultó necesaria la permanencia del encartado en un ámbito de mayor control en razón de su patología (Esquizofrenia y Síndrome Delirante de tipo Paranoide), al momento del debate ello habría perdido virtualidad, siendo que el mismo se encontraba estable, no existiendo criterio médico para que continúe su tratamiento en un establecimiento penitenciario, transformándose así su privación de libertad en un cumplimiento de pena.

Bajo este camino, sostiene que la imposición de una medida de seguridad, debe ser evaluada con un carácter restrictivo y excepcional,

en concordancia con lo establecido por la Ley Nacional de Salud Mental Nº 26.657, toda vez que solo puede mantenerse mientras exista una situación de riesgo cierto e inminente para sí o terceros.

Que en el presente caso, a la vista de los informes psiquiátricos confeccionados en el último año, M. no reviste la peligrosidad referida, por lo que correspondería dar intervención al fuero de Familia, para que continúe el control del tratamiento que deba seguir el encartado.

Solicita se haga lugar al recurso disponiéndose el cese de la medida aseguradora, dando intervención a la justicia civil.

III. Radicado el presente en esta Sala (fs. 60), notificadas las partes, el señor Defensor Adjunto ante esta Sede, doctor N. A. B., manteniendo en un todo los argumentos esgrimidos por su par de la instancia, se pronuncia por la admisibilidad y procedencia del remedio incoado. Por su parte, el Fiscal Adjunto ante este Tribunal, doctor J. A. R., se pronuncia por el rechazo del recurso interpuesto.

III. Hallándose la presente en estado de ser resuelta, la Sala IV del Tribunal dispuso plantear y resolver las siguientes cuestiones

1ª ¿Es admisible el recurso de casación interpuesto? 2ª ¿es procedente? 3ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor Natiello dijo:

A la deducción en tiempo y forma con invocación de motivos del art. 448 del C.P.P., se suma en el presente que se trata de una sentencia definitiva (arts. 105 y 450 del C.P.P.) que, genera agravio para los intereses de su asistido (conf. art. 8 inc. 2º “h” de la C.A.D.H. y 454 inc. 2º del C.P.P.).

Considero en consecuencia que el recurso resulta formalmente admisible debiendo este Tribunal expedirse sobre su fundabilidad y procedencia.

Voto por la afirmativa.

El doctor Kohan, dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

El doctor Maidana, dijo:

Adhiero al voto de los colegas preopinantes expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

2ª cuestión. — El doctor Natiello dijo:

Voy a acompañar parcialmente la pretensión defensiva.

En efecto, estimo que hoy en día, las disposiciones previstas por el art. 34 inc. 1 del Código Penal, deben ser entendidas como meca-

nismos facultativos provisorios, como consecuencia del proceso penal llevado adelante, en donde la injerencia penal realiza una suerte de “doble juicio” al verificar la existencia del hecho delictivo y la participación del inimputable por su enfermedad psíquica en el mismo, para luego evaluar si, de acuerdo a las circunstancias del caso, el padeciente resulta ser peligroso para sí o para terceros, lo que habilitaría la imposición de la medida asegurativa, debiendo, la jurisdicción penal, ceder su intervención al fuero Civil, especializado en la materia, a fin de que realice el seguimiento adecuado y determine la conveniencia del tratamiento a seguir. No debe olvidarse que una medida de seguridad se impone a una persona por lo que es y no por lo que hace.

En similar sentido, se ha dicho: “...el segundo párrafo del inc. 1° del art. 34 prevé una pena de reclusión, incluso para quien no ha hecho más que causar —en el más puro sentido físico— un resultado típico, es decir, llega a prever una pena para un mero hecho humano, que ni siquiera reviste el carácter de acto. Establecer una pena para quien no ha realizado conducta, o para quien ha realizado una conducta atípica o un injusto inculpable, solo por el azar, es desde todo punto de vista inconstitucional. Por consiguiente, es correcto en el marco constitucional que el juez penal renuncie a toda pena para incapaces psíquicos y, en los casos de absolución por enajenación mental, cuando observe la necesidad de internación u otra medida de tratamiento, deba dar intervención al juez civil competente para que se pongan en funcionamiento las normas del derecho psiquiátrico (arts. 482 y concordantes del código civil). El mismo criterio es válido para la hipótesis del tercer párrafo del inc. 1° del art. 34, que está también suficientemente cubierta por la disposición del art. 144 del código civil...”. (Conf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal Parte General* segunda edición, año 2002 pág. 927).

Sin perjuicio de lo dicho, cabe señalar que en el supuesto sub examine cobra relevancia lo normado por la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657, a la que adhirió la Provincia de Buenos Aires mediante Ley 14.580. Dicha legislación tiende a robustecer y brindar operatividad a los derechos reconocidos en nuestra Carta Magna, en especial en lo que hace al seguimiento y a la mejor atención disponible en salud mental y adicciones, con la intervención de un Cuerpo interdisciplinario, garantizando entre otros derechos “recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria...” (art. 7 inc. d).

Ahora bien, de la lectura del presente legajo y en concordancia con

los datos obrantes en la planilla actualizada del Registro Único de Detenidos, adjunta al presente, se advierte que el señor M., se encuentra alojado actualmente en el establecimiento de la Unidad Carcelaria N° 1 de Lisandro Olmos, cuya función primaria no resulta ser la atención de la salud mental, lo que importa, sin justificación, un apartamiento al reconocimiento de los derechos recogidos por la mentada ley. Máxime si, como en el caso, conforme se desprende de las piezas obrantes en la presente, el encausado, durante su “internación” en los establecimientos penitenciarios no ha realizado ningún tipo de tratamiento y se ha mostrado “lúcido, orientado globalmente”, sin “alteraciones sensor-perceptivas ni productividad psicótica” (v. fs. 2, 5 y 35).

En función de lo expuesto, propongo al Acuerdo, casar parcialmente el pronunciamiento impugnado y remitir las presentes actuaciones al Tribunal a quo, a fin de que por su intermedio se ponga al nombrado a exclusiva disposición del Juzgado Civil y Comercial que corresponda, con la debida notificación al asesor de incapaces, a sus efectos.

Voto parcialmente por la afirmativa.

El doctor Kohan dijo:

Voy a apartarme de la opinión de mi colega preopinante.

El contralor jurisdiccional de la medida de seguridad corresponde al Juez de Ejecución Penal, en los términos de los arts. 25 inciso 6° y 517 del Código Procesal Penal.

Ello así desde que considero que la Ley Nacional N° 26.657 de Salud Mental, publicada en el Boletín Oficial el 2 de diciembre de 2010, no solo no reformó el artículo mencionado sino que, en su artículo 23, estableció que el alta, externación o permisos de salida son una facultad del equipo de salud que no requiere la autorización del juez, pero exceptuó expresamente de estos casos a las “internaciones realizadas en el marco de lo previsto en el marco del artículo 34 del Código Penal”. Ello resulta compatible con lo normado por el art. 519 del digesto de rito, que en forma clara establece que no otro que el Juez de Ejecución Penal es quien, en definitiva, decidirá si corresponde o no otorgar la externación del interno en estos supuestos.

El agravio de la defensa en cuanto a la indeterminación de la duración de la medida de seguridad no prospera, en tanto adhiero al criterio de la doctrina que ha propuesto que la internación soporte las limitaciones temporales de la pena del delito que se le imputa al sujeto, rodeándose de idénticas garantías que esta última, y que su prolongación sea determinada por el castigo máximo que hubiese correspondido en caso de aplicarse condena (conf. FERRO, Alejandro, “Pena vs. Medidas de Seguridad”: Reflexiones sobre una tensión toda-

vía vigente, Publicado en LA LEY online; DONNA, Edgardo Alberto y DE LA FUENTE, Javier Esteban, “El problema de la indeterminación temporal de las medidas de seguridad”, LA LEY, 1997-C, 361-8; ROMERO CASABONA, Carlos María, en “Psiquiatría legal y forense”, Ed. Colex, Madrid, 1994, t. II pág. 806, citado este último por Ferro en la obra mencionada).

Adunado a lo antes dicho, la medida de seguridad prevista en el art. 34 inciso 1 del Código Penal debe depender y ser proporcionada a la peligrosidad (riesgo para sí o terceros), y no sólo a la escala penal del delito, por lo que está condicionada a la desaparición de las condiciones que hicieran peligroso al sujeto. De esta manera, debe existir proporción entre la medida, y los motivos psiquiátricos que ameritan su disposición.

Como dijera, el control judicial de la medida para garantizar el respeto de los derechos fundamentales del inimputable, debe quedar a cargo del Juez de Ejecución. Eventualmente y en momento posterior, dicho órgano jurisdiccional podrá dar intervención exclusiva a la Justicia Civil, o disponer la cesación de la internación en los términos del artículo 519 del digesto adjetivo.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “R. M., J. s/ insania” del 19 de febrero de 2008, estableció que los principios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, igualdad y tutela judicial de las condiciones de encierro forzoso se ven actualmente fortalecidos y consolidados en la Constitución Nacional (arts. 16, 17, 19, 33, 41, 43 y 75 incs. 22 y 23) y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 25, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 7, 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 7, 9, 10 y 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y otros convenios en vigor para el Estado Nacional (Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 25.280 y en vigor desde el 14 de septiembre de 2001) —del considerando 7° del precedente aludido—.

En ese norte, establece una suerte de catálogo de derechos mínimos específicos para quienes padezcan trastornos psíquicos que deben ser respetados rigurosamente, los cuales se encuentran establecidos en el considerando 9° del fallo mencionado. De esta manera al realizar el control el Juez de Ejecución se diluye el agravio de la defensa vinculado a la razonabilidad en la duración, y necesidad de la medida.

Por ello, como la Ley 26.657 en su art. 23 no ha suprimido el supuesto del artículo 34 del Código Penal, y no deroga ni modifica el artículo 517, y concordantes del Código Procesal Penal, estimo que no resulta posible dar intervención exclusiva en la cuestión al Juez Civil, y deviene acertado lo dispuesto por la juez de la anterior instancia.

Lo determinante es el control judicial efectivo de los derechos del interno, y de los criterios médicos que determinaron su internación para garantizar que la medida resulte proporcional.

El juez de ejecución en función del artículo 519 del ordenamiento procesal podrá disponer la intervención del juez civil para el resguardo de todos los derechos de esa índole que asisten al internado, y según el estado del tratamiento médico, la cesación de la medida de seguridad para lograr la internación del afectado en una institución pública o privada que permita el adecuado tratamiento médico —artículos 27 y 28— de la Ley Nacional de Salud Mental.

Hasta tanto el interno sea evaluado nuevamente por los profesionales en psiquiatría y forenses que se designen al efecto —con la periodicidad máxima contemplada en el art. 518 del rito—, estimo pertinente mantener la medida de seguridad, que deberá considerarse provisoria y de carácter restrictivo (artículo 14 de la ley citada), siendo lo más breve posible (artículo 15 de la ley 26.657).

Considero que no resulta posible que el juez civil controle la internación del afectado cuando se encuentra alojado en un Servicio Psiquiátrico de un establecimiento dependiente del Servicio Penitenciario Provincial, ni resulta pertinente hacer cesar la medida por ser inimpugnable. Sin embargo, el Juez de Ejecución debe proceder a controlar los derechos del interno, como se expuso, para establecer el lugar indicado para su tratamiento, y en caso de que sea posible y adecuado tratar su situación médica en una institución pública o privada fuera de una unidad de detención. De esa forma, eventualmente podrá cesar la medida de seguridad del artículo 519 del C.P.P. y disponer el control exclusivo del Juez Civil conforme los artículos 20, 21 y concordantes de la Ley 26.657.

Este criterio viene sostenido por la C.N.C.P., Sala III en la causa N° 12.434 “Antuña, Guillermo Javier”, rta. 13/09/2010.

Voto por la negativa.

El doctor Maidana dijo:

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la negativa.

3ª cuestión. — El doctor Natiello dijo:

Visto el modo en que han sido resueltas las cuestiones precedentes, corresponde: 1) declarar admisible el recurso de casación interpuesto por la Defensora oficial de la Unidad de Defensa N° 7 del Departamento Judicial La Matanza, doctora G. M. C., a favor de R. A. M.; 2) dejando a salvo mi opinión, por mayoría, rechazar el mismo por improcedente, sin costas en esta instancia por haber existido razón plausible para litigar (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N., 168 y 171 de la Const. de la Prov., 34 del C.P.; 25, 106, 448, 450, 519, 530, 531 y ccdtes. del C.P.P. y ley 26.657).

Así lo voto.

El doctor Kohan dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

El doctor Maidana dijo:

Adhiero al voto de los colegas preopinantes, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente sentencia: Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: I. Declarar admisible el recurso de casación interpuesto por la Defensora oficial de la Unidad de Defensa N° 7 del Departamento Judicial La Matanza, doctora G. M. C., a favor de R. A. M.. II. Por mayoría, rechazar el mismo por improcedente, sin costas en esta instancia por haber existido razón plausible para litigar. Arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N., 168 y 171 de la Const. de la Prov., 34 del C.P.; 25, 106, 448, 450, 519, 530, 531 y ccdtes. del C.P.P. y Ley 26.657. — Mario E. Kohan — Carlos A. Natiello — Ricardo R. Maidana.

## Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala I

---

C., M. F. s/ recurso de casación - 02/02/2015

### La Plata, febrero 2 de 2015.

1ª ¿Es procedente el recurso de casación? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión.— El doctor Sal Llargués dijo:

El pronunciamiento agravante se sostiene sobre la consideración de que la medida de seguridad carece de plazo fijado de antemano por la ley, y que sólo fenece una vez verificada la inexistencia de las condiciones que dieron lugar a su dictado. Ello, en la práctica, permite el mantenimiento sine die —como lo señala el a quo— de las internaciones manicomiales, a pesar de que la Justicia Penal haya perdido su jurisdicción al declarar el sobreseimiento o la inimputabilidad del sujeto en la sentencia. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “R., M. J. s/ Insania” (Fallos 331:211) se ha pronunciado —con justa razón— en contra de interpretaciones como las que da vida al resolutorio impugnado, al señalar “que la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales —de por sí vulnerable a los abusos—, crea verdaderos ‘grupos de riesgo’ en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales, situación que genera la necesidad de establecer una protección normativa eficaz, tendiente a la rehabilitación y reinserción del paciente en el medio familiar y social en tanto hoy nadie niega que las internaciones psiquiátricas que se prolongan innecesariamente son dañosas y conllevan, en muchos casos, marginación, exclusión y maltrato y no es infrecuente que conduzcan a un ‘hospitalismo’ evitable.

En esta realidad, el derecho debe ejercer una función preventiva y tuitiva de los derechos fundamentales de la persona con sufrimiento mental, cumpliendo para ello un rol preponderante la actividad jurisdiccional”. “Los pacientes institucionalizados, especialmente cuando son recluidos coactivamente —sin distinción por la razón que motivó su internación—, son titulares de un conjunto de derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la salud, a la defensa y al respeto de la dignidad, a la libertad, al debido proceso, entre tantos otros...” (consid. 6°).

En esa línea, con fundamento en toda la normativa internacional de Derechos Humanos y en la específica de salud mental, el Cimero



Tribunal de la Nación advierte que los principios de razonabilidad y proporcionalidad deben acatarse por los Jueces al disponer o mantener un encierro forzoso manicomial (consid. 7°), para concluir más adelante, que “de resolverse la implementación de una medida de internación, ésta debe durar el tiempo mínimo e indispensable, en razón de ser un tratamiento restrictivo que debe presentarse como última opción” (consid. 10°). Sentado lo anterior, observo que la Sala II de la Cámara de San Martín soslaya por completo todo análisis acerca de la proporcionalidad y razonabilidad de la medida de internación que actualmente padece MC, sin siquiera poner en crisis los ya largos veintiséis años de privación forzosa de la libertad por un órgano del Estado que ha perdido su jurisdicción con el dictado del sobreseimiento del nombrado.

En la hipótesis de una sentencia condenatoria a una pena de prisión, es plenamente verificable la proporcionalidad y razonabilidad de los plazos de encarcelamiento con solo poner la vista en el quantum punitivo establecido en el precepto penal. Aún en el caso de imponérsele al condenado el máximo de la pena, todo tiempo que supere el mismo, deviene ineludiblemente en arbitrario, ilegal e irrazonable. Igual puede predicarse de las llamadas “medidas de seguridad” del artículo 34 inc. 1° del Cód. Penal. Si éstas tienen un fin terapéutico como se entiende del voto de la mayoría —medidas “curativas”, las denomina entrecomilladamente (f. 1 vta.)—, no se percibe con claridad cuál ha sido el derrotero de un tratamiento inocuo o ineficaz controlado por la Justicia departamental luego de tantos años que superan en más del doble el máximo de la pena prevista para el delito de lesiones graves por el cual fuera sobreseído.

El a quo no se hace eco de estas circunstancias inobservando completamente las directrices emanadas de la Ley 26.657 de Salud Mental, la que no hace distinción entre las internaciones dispuestas por los jueces penales o del fuero de familia. Es más, la resolución impugnada hace lugar a la apelación de la fiscalía sin verificar que subsistan las condiciones médico-psiquiátricas que determinaron la internación de MC en una institución psiquiátrica, como pregonan los Camaristas. Nada surge del decisorio que se refiera in concreto al sub lite. La resolución resume arbitrariedad y un manifiesto déficit de fundamentos; no se trata de una derivación razonada del Derecho vigente con sustento en las circunstancias comprobadas del caso, por lo que debe revocarse. En tal inteligencia, con los alcances indicados en los acápites que anteceden, a esta primera cuestión voto por la afirmativa.

El doctor Carral dijo:

Por compartir en lo sustancial el razonamiento que exhibe el voto del doctor Sal Llargués, adelanto que he de inclinarme en igual sentido. Sólo me permito agregar que en pronunciamientos recientes hemos coincidido en destacar el alcance que nuestra Corte Federal otorgara, haciendo suyos los argumentos del Procurador General de la Nación en el precedente “Recurso de hecho deducido por la defensa, Antuña, Guillermo Javier s/ causa N° 12.434” resuelta con fecha 13 de noviembre de 2012 por el máximo Tribunal, en relación a la naturaleza, alcance y aplicación de las medidas de seguridad, particularmente las internaciones coactivas, en el ámbito del sistema penitenciario.

Del señalado precedente de la Corte Federal importa destacar aquel razonamiento que explica la necesidad de coexistencia de las medidas de seguridad de carácter penal y sus equivalentes en el ámbito del derecho civil.

Así se ha sostenido: “...En esencia, lo que distingue a una internación coactiva dispuesta en aplicación del artículo 34, inciso 1º, segundo párrafo, del Cód. Penal de la medida equivalente del régimen general del derecho civil reside en que, primero las condiciones de la internación pueden ser más rígidas, en virtud del carácter penitenciario de la institución psiquiátrica en la que el juez penal puede ordenar que la medida sea ejecutada.

En segundo lugar, la liberación o “externación” es más dificultosa en el caso de las medidas penales, dado que el artículo 34 del Cód. Penal exige para ello una resolución judicial con previa audiencia de peritos y Ministerio Público, mientras que en el régimen civil es el equipo de salud de la institución en la que se lleva a cabo la internación quien ha de tomar la decisión sobre el “alta, externación o permisos de salida solo informando, en su caso, al juez interviniente...”. De cualquier modo, la internación coactiva —al menos en la órbita del sistema penal— tiene un plazo el que una vez fenecido extingue la intervención de la medida en la órbita del sistema represivo. La referencia a la coexistencia de ambos sistemas de internaciones coactivas (Penal-Civil) viene a cuento desde que cuando se trata de una persona que ha sido declarada inimputable por un déficit en la capacidad para poder motivarse en la norma no necesita de una reacción penal para restablecer la confianza en la vigencia del sistema penal, la sociedad no verá en esta exención de reproche un riesgo en el respeto a la norma.

Por tanto, el sistema penal, tras acreditar estas circunstancias que hacen a la ausencia de capacidad para ser reprochado, poco tiene que hacer, no es su órbita natural de injerencia y, en términos generales,

no suele ofrecer herramientas eficaces para atender la emergencia, de ahí mi inclinación habitual a dejar en manos de órganos de mayor especialización situaciones como las que nos ocupan, sin desconocer por ello que bien puede disponerse bajo la jurisdicción de este fuero, aunque —a mi modo de ver— su aplicación debe ser con criterio restrictivo. En el caso en trato se conjugan dos aspectos, a mi modo de ver centrales, para inclinar mi decisión en el sentido anticipado. Por un lado el lapso temporal que lleva el paciente en el ámbito del sistema penal (más de veinticinco [25] años), por el otro, las mejores posibilidades sanitarias y terapéuticas que ofrece el sistema público de salud, aún bajo restricciones coactivas de la libertad pero que son abarcadas en función de los postulados de la ley nacional de salud mental y los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino en la materia (me remito en este punto a las explicaciones y citas efectuadas en la causa N° 59.678, caratulada “Ríos, Carlos Martín s/ Recurso de Casación rta. 5/12/2013).

El segundo de los aspectos señalados surge de las opiniones expertas que cita la Sra. Jueza de Ejecución y que pude constatar a partir de la compulsión de las actuaciones principales. Los informes criminológicos obrantes a fs 1332/1335vta son concluyentes en la conveniencia de que el paciente continúe el tratamiento en un Hospital Neuropsiquiátrico Público, también apto para conjurar eventuales riesgos para sí o para terceros, pero en este caso con una mejor prognosis en cuanto a su tratamiento y evolución sanitaria.

Es que conforme resolución 46/119, del 17 de noviembre de 1991 adoptada por la Organización de las Naciones Unidas, a través de la cual se establecieron los “Principios para la protección de Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental” aplicables también a las personas que cumplen penas de prisión por delitos penales que fueron detenidas en el transcurso de procedimientos o investigaciones efectuadas en su contra, se ha reglado que “no se someterá a ningún paciente a restricciones físicas o a reclusión involuntaria, salvo con arreglo a los procedimientos oficialmente aprobados de la institución psiquiátrica y sólo cuando sea el único medio disponible para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a terceros.

Esas prácticas no se prolongarán más allá del período estrictamente necesario para alcanzar ese propósito” (el subrayado me pertenece), (Principio 11, párrafo 11).

Todo ello necesita de un constante seguimiento y diagnóstico por cuanto las condiciones que llevaran inicialmente a disponer la medida de seguridad pueden dejar de existir. Lo relevante aquí es determi-

nar, despejada ya que la intervención penal tuvo como presupuesto un injusto, no sólo la persistencia de la afección que diera motivo a la eximición de reproche por inimputabilidad, sino la necesidad de internación como único medio disponible, sea por ausencia de otros medios menos lesivos o en su caso por razones de peligrosidad para sí o para terceros.

Estas son las razones por las que me permito discrepar con los señores camaristas que suscribieran la resolución en crisis y acuerdo en mantener las mismas condiciones de cese determinadas por la Sra. Jueza de Ejecución.

Por ello, adhiriendo en lo demás a lo razonado por el doctor Sal Llargués, a esta primera cuestión voto por la afirmativa.

2ª cuestión.— El doctor Sal Llargués dijo:

En atención al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión precedente corresponde: 1) casar la resolución en crisis y reinstaurar la vigencia de la decisión originaria dictada por el Juzgado de Ejecución Penal interviniente, sin costas en esta Sede (arts. 18 y 75 inc. 22 C.N.; 8.2.h C.A.D.H.; 20 inc. 1º, 433, 448, 450, 451, 454 inc. 4º, 456, 460, 530, 532 y ccdtes. C.P.P.); 2) tener presente la reserva del caso federal (art. 14 ley 48). Así lo voto.

2ª cuestión.— El doctor Carral dijo:

Voto en igual sentido que el doctor Sal Llargués, por sus fundamentos. Así lo voto.

Por lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente sentencia I. Casar la resolución en crisis y reinstaurar la vigencia de la decisión originaria dictada por el Juzgado de Ejecución Penal interviniente, sin costas en esta Sede. II. Tener presente la reserva del caso federal. Rigen los arts. 18 y 75 inc. 22º de la Constitución Nacional; 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 20 inc. 1º, 433, 448, 450, 451, 454 inc. 4º, 456, 460, 530, 532, y ccdtes. del Cód. Procesal Penal; 14 ley 48. Regístrese, notifíquese y remítase a la Mesa Unica General de Entradas para su devolución a origen.— Benjamín R. Sal Llargués.— Daniel Carral.

## Juzgado de 1º Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, y de Minería de la V Circunscripción Judicial, Chos Malal.

---

M.A.P. - 23/05/2011

**1ª Instancia. — Chos Malal, mayo 23 de 2011.**

Y Vistos:

Estos autos caratulados “M., A. P. s/ declaración de incapacidad” (Expte. Nº 14260, año 2010) en trámite por ante este Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial, Laboral y de Minería, —con competencia en Familia—, de la V Circunscripción Judicial, de los que,

Resulta:

Que a fs. 27 comparece el Ministerio Pupilar, juntamente con la madre de la causante, Sra. F. G., iniciando el presente proceso asistencial y solicitando la declaración de incapacidad de la Srta. A. P. M. Fundamenta su pedido en la documental que adjunta y de la cual surge que la causante presenta psicosis crónica (F-206-F-270).

En virtud de todo ello solicita se declare la incapacidad de la presunta insana. Acompaña prueba documental y ofrece pericial. Fundamenta en derecho.

A fs. 7 se proveyó la acción y se dispuso sorteo de un curador provisional, el que recayó, en dicha oportunidad, en la persona de la Sra. Defensora Oficial.

A fs. 9 se realizó la pericia médica ordenada en autos y prevista legalmente para los casos como el que nos ocupa.

En fs. 10 se corrió traslado por cinco días a la presunta insana, al curador provisional, al Ministerio Pupilar conforme lo previsto por el art. 632 del CPCC.

A fs. 12 se convocó a audiencia a la presunta insana en los términos del art. 633 del CPCC, de la que da cuenta el acta de fs.16.

A fs. 23 se expidió el Ministerio Público Fiscal, no teniendo objeciones que formular.

A fs. 26 se llamó autos para el dictado de la sentencia y;

Considerando:

I.- Que con el certificado médico obrante a fs. 2 se acreditó que A. P. M., padece psicosis crónica.

La patología mencionada precedentemente es corroborada a fs. 9 por el informe ordenado en estas actuaciones en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 631 del CPCC y el art. 155 del C.C., en el que coinciden los Dres. G. S., médico forense de este Tribunal, Dr. A. F. C. C., psiquiatra forense y la licenciada en psicología N. C. P. en que la presunta insana padece de: “1.- psicosis crónica desorganizativa, actualmente compensada, es decir sin síntomas productivos (excitación psicomotriz, alucinaciones, agresividad, delirio).

2.- La etiología de su afección es compleja, interviniendo factores constitucionales familiares y desencadenantes actuales, difíciles de determinar, pero que hicieron manifestar su enfermedad en la juventud.

3.- Es una patología de evolución crónica, siendo su estado irreversible.

Puede sufrir descompensaciones por causas diversas y presentar cierto grado de deterioro.

4.- Actualmente no presenta peligrosidad ni requiere internación. Siendo una patología crónica debe seguir bajo atención médica, en este caso ambulatoria.

5.- No es capaz de administrar bienes, siendo necesaria la acción tutelar de un adulto responsable.” (sic.).

Atento lo expuesto precedentemente es mi convicción que en autos se encuentra plenamente probada la falta de aptitud denunciada de la causante, para dirigir su persona y sus bienes.

Por ello y de conformidad con lo prescripto por los arts. 140 y 468 del Cód. Civil, considero debe hacerse lugar a lo peticionado y declararse insana a A. P. M., importando la misma su incapacidad para la realización de todo acto de administración y disposición.

II.- Ahora bien, atento la reforma que efectuara la Ley 26.657 al Código Civil, corresponde en primer término analizar su aplicación al presente, a efectos de determinar la extensión del derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable. En ese sentido, entiendo que la técnica legislativa utilizada en el artículo 152 ter del Código 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, —arts. 8 y 25 de la Convención Americana, artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 9 y 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—.

Siendo ello así, atento que el control de constitucionalidad en el derecho argentino es de carácter difuso y que es doctrina de nuestro más Alto Tribunal que todos los jueces tienen la potestad y el deber de declarar la inconstitucionalidad de oficio en los casos concretos que se le someten, es que entiendo que ante el informe de la Junta Médica que obra a fojas 9, es mi deber expedirme sobre la cuestión asegurando en el caso la tutela judicial efectiva del justiciable, —hoy considerada uno de los derechos humanos—, para hacer valer su derecho a la salud, de base constitucional.

Nótese que, la Constitución Nacional preside el ordenamiento jurídico del Estado y en consecuencia en caso de desajustes infraconstitucionales, acusa inconstitucionalidad; por lo que cabe concluir en forma indubitable que de la misma cúspide donde está situada proyecta su vigor y exige acatamiento pleno. Por ello, y con el fin de tutelar los derechos de la causante es que entiendo que el art. 152 ter, —conforme la Ley 26.657—, resulta inconstitucional en cuanto al plazo de validez que fija, —3 años—, a las declaraciones judiciales de incapacidad; lo que así declaro.

III.- Corresponde entonces, designar curadora definitiva a la Sra. F. G., madre de la causante, (conf. arts. 468, 478 y concordantes del Código Civil), cesando en consecuencia, la curatela provisoria de la Sra. Defensora Oficial Dra. M. C. C.

IV.- Las costas de la presente acción deberán ser impuestas a la insana, de conformidad con lo dispuesto por el art. 634 del C.P.C.C.

Sobre el punto es doctrina de nuestros tribunales que: “Declarada la insania, debe considerarse que el verdadero causante de los gastos causídicos motivados por la denuncia no es otro que el propio insano, en cuyo exclusivo interés aquélla ha sido formulada; razón por la cual no se advierten argumentos valederos para apartarse de este principio

básico enunciado, pues si los gastos ocasionados por la sustanciación del proceso no recayeran sobre el patrimonio del mismo, tendría que soportarlo el denunciante, cuando en realidad se tratan de tareas realizadas únicamente en favor del incapaz.” (Di María Ana Julia s/Declaración de insania en Juba7 sum B1402907).

Por todo ello, de acuerdo a las disposiciones de los arts. 140, 141, 468, siguientes y concordantes del Código Civil y 630, 633 siguientes y concordantes del C.P.C.C., oído que ha sido el Ministerio Pupilar y Fiscal, fallo:

1º) Declarando la inconstitucionalidad del artículo 152 ter del Código Civil, por las razones y fundamentos vertidos en los considerandos de la presente.

2º) Declarando incapaz por insania, por padecer Psicosis crónica desorganizativa a A. P. M., D.N.I. N° ...; importando la misma su incapacidad para la realización de todo acto de administración y disposición.

3º) Designando curadora definitiva a la Sra. F. G. la que deberá aceptar el cargo en legal forma ante el Actuario.

4º) Firme que se encuentre la presente, y previa vista al Colegio de Abogados de la ciudad de Chos Malal, comuníquese a la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia del Neuquén.

5º) Imponiendo las costas de la presente acción en la forma y por los fundamentos expuestos en el apartado III, de los considerandos de la presente a cuyo fin regúlense los honorarios de la Dra. M. C. C. en la suma de ... (\$...); art. 9 de la Ley 1594 y 67 bis de la Ley 1436 conforme Ley 2113.

6º) Regístrese. Notifíquese a las partes y al curador personalmente o por cédula, y a los Ministerios en sus respectivos despachos. —Graciela Beatriz Rossi.



## Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala I.

---

J., M. E. - 22/05/2012

### 2ª INSTANCIA.— Ciudad de Azul, mayo 22 de 2012.

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

1ª.— ¿Es justa la sentencia de fs. 46/52?

2ª.— ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión.— La Dra. **Comparato** dijo:

**I.a)** El presente proceso fue iniciado por el **Señor Asesor De Incapaces Departamental Dr. L. A. M.**, que interpuso demanda de Insania respecto de **J. M. E.**

Refiere en su presentación inicial (fs. 10/11vta.), que atento surge del certificado de discapacidad (fs. 5), el causante sufre de una discapacidad mental parcial permanente, que comporta demencia en sentido jurídico. Solicita que con dicho certificado y los antecedentes reunidos se dé por cumplido el extremo que dispone el art. 618, CPCC.

En el mismo peticiona se disponga la Inhibición General de Bienes del demandado.

Señala que, para el caso de quedar demostrada la incapacidad invocada propone como Curador definitivo del causante a su hermano J. L. M., y que se autorice a este último a gestionar y percibir los haberes que le pudieren corresponder al causante indispensables para su manutención.

Concluye solicitando que las designaciones de curador provisorio y médicos recaigan en el Defensor de Pobres y Ausentes y médicos de la Asesoría Pericial.

Ofrece prueba.

**b)** A fs. 12/vta. el Juez de Familia interviniente declara abierto el juicio de insania de M. E. J.; autoriza a su hermano L. M. a percibir sus haberes y designa curador provisorio a la Sra. Titular de la Defensoría Oficial N° 3 Departamental.

**c)** Luego de presentarse a fs. 14 la defensora Oficial Dra. Vivian Muños de Ciotta, como curadora provisorio, y la Asesora de Incapaces Dra. Adriana Cordeviola de Inza a fs. 18, a fs. 34/35 presentan el informe de la pericia médica, los Dres. Soriani, Bachelierie y Garófalo, todos ellos de la Asesoría Pericial Departamental.

En el mismo, consideran que el examinado se encuentra incapacitado para el trabajo, en inferioridad de condiciones en relación con los demás, lo que implica que el pleno ejercicio de su capacidad resultaría dañoso para su patrimonio o terceros.

A fs. 44 el Asesor de Menores e Incapaces Dr. M., solicita se encauce el procedimiento como Inhabilitación, en los términos del art. 152 bis, inc. 2, CCiv. y acorde lo preceptuado en el art. 26, Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ONU e incorporado al sistema legal argentino por Ley 26378.

d) El juez de la instancia de origen a fs. 46/52 hizo lugar a la demanda promovida y declaró la incapacidad de M. E. J., por padecer de funcionamiento intelectual limítrofe asociado a trastorno de la personalidad, enfermedad que le genera una incapacidad mental total para el trabajo, administración de sus bienes y comprensión del valor jurídico. Asimismo, designó Curador Definitivo a su hermano L. M. J. para que lo represente en todos los actos de la vida civil, autorizándolo a gestionar y percibir la pensión o beneficio que le pudiere corresponder, indispensable para su manutención.

La sentencia es recurrida a fs. 53 por el Asesor de Menores e Incapaces, habiendo sido concedido en forma libre a fs. 54.

Una vez arribados los autos a este tribunal, se modifica la forma de concesión del recurso, disponiendo que lo sea en relación y con efecto suspensivo, poniendo el expediente en Secretaría a los efectos de que el recurrente presentara el memorial respectivo.

El apelante centra su agravio, en que el sentenciante se refiere en la resolución en crisis, directamente al instituto de Insania, y no hay pronunciamiento sobre la inhabilitación. Refiere que a fs. 44 solicitó reencausar la acción como inhabilitación de acuerdo al informe pericial obrante a fs. 34, en el cual los profesionales se pronuncian por considerar que el causante se encuentra en inferioridad de condiciones, lo que limita la plenitud en el ejercicio de su capacidad, sin llegar a sostener que los trastornos psíquicos le generen una incapacidad mental total para el trabajo, administración de sus bienes y comprensión del valor jurídico.

En consecuencia, entiende que el fallo declara la incapacidad del enfermo mental, la que se extiende a todos los actos de su vida. Pero si, el causante fuera declarado inhabilitado no sería totalmente incapaz, encontrándose el ejercicio de su capacidad limitado, ya que podría realizar por sí mismo todos los actos extrapatrimoniales y patrimoniales de administración excluidos aquellos que puedan comprometer sus bienes, para los cuales necesitaría la conformidad del curador.

Concluye solicitando se revoque la sentencia en crisis y se disponga la inhabilitación del padeciente.

**II)** Que en orden a los nuevos paradigmas y disposiciones convencionales con rango constitucional y modificaciones legales introducidas en nuestro sistema legal a partir de la sanción de la Ley 26378 que aprueba la Convención de la ONU sobre Derechos de las personas con discapacidad, en especial en sus arts. 4, 12, 26; y la Ley 26657 en particular sus arts. 1, 2, 5, 42 (introductorio del art. 152 ter., CCiv.) y 43 (modificadorio del art. 482 del mismo cuerpo normativo), estimo que la presente causa ha de resolverse a la luz de la citada normativa, las que cabe aclarar son de orden público.

No está de más decir que, la Ley 26378 rige con anterioridad al inicio de las presentes actuaciones toda vez que fue sancionada el 21/5/2008 y promulgada el 6/6/2008 de modo tal que resulta innegable su aplicación al presente, ahora bien la Ley 26657 sí resulta posterior al inicio de estas actuaciones (fue sancionada el 25/11/2010 y promulgada el 2/12/2010), pero regía ya durante toda la tramitación del proceso y claramente es anterior al dictado de la sentencia.

De ello que estimo resulta igualmente aplicable al presente toda vez que la legislación citada resguarda y garantiza los derechos humanos de las personas con discapacidad, derechos que se encontraban vigentes con anterioridad a la sanción de estas leyes y las que en su caso los hacen aplicables a los procesos de insania e inhabilitación (arts. 75, incs. 22 y 23, CN; 36, inc. 5, Const. Prov. Bs. As., 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Es necesario que toda esta enumeración de derechos se vuelva tangible y el conflicto que hoy nos ocupa es uno de esos casos que necesita de su aplicación concreta, en el mismo sentido se ha expedido la SCBA en una causa de insania iniciada en el año 1996, en la que cita y aplica las leyes 26378 y 26657 (SCBA N.,N.E. s/insania del 17/8/2011, public. en Abeledo Perrot n.: 70071438).

Recientemente en causa n. 56062 del 15/12/2011 de este Tribunal, referimos que la Ley Nacional de Salud Mental n. 26657 (Adla, Bol. 33/2010, p. 1) produjo un profundo impacto en el régimen de capacidad, incapacidad e inhabilitación previsto por el Código Civil, modificando el art. 482 del mencionado cuerpo legal e incorporando al mismo el art. 152 ter., a más de reconocer el derecho a la protección de la salud mental y establecer mecanismos tendientes a asegurar el goce de los derechos humanos a aquellas personas con padecimientos mentales.

Que en el marco normativo aplicable —compuesto además por diversos instrumentos internacionales, nacionales y provinciales de distinto rango—, los jueces se encuentran llamados a intervenir en toda cuestión relativa a la determinación de restricciones a la capacidad de obrar, materializándolas —según el caso— en interdicciones o inhabilitaciones.

En ese sentido, los exámenes periciales adquieren una función de vital importancia, en tanto aportan elementos que permiten al juzgador acercarse a la verdad material, resultando necesarios tanto respecto de internaciones voluntarias, involuntarias, inhabilitaciones o declaraciones de demencia, situaciones todas ellas en donde se encuentran en juego derechos personalísimos de raigambre constitucional.

Al respecto, es dable señalar que, a partir de la sanción de la ley 26657, la composición del grupo de expertos que debe intervenir en este tipo de proceso ha variado a mérito de lo dispuesto por los artículos 42 y 43 de la mentada norma y la modificación al texto del art. 482, CCiv. e incorporación al mismo del art. 152 ter., en cuanto requieren que las evaluaciones producidas en el marco de los procedimientos de insania e inhabilitación sean de carácter interdisciplinario.

En esta línea, con fecha 23/11/2011 la Excma. Corte Sup. dicta la res. 3196/2011, cuyo texto puede consultarse en el digesto disponible en la página web del Superior Tribunal. Dispone la Corte que aún cuando, hasta el presente, las modificaciones legislativas no han alcanzado a los procedimientos locales de inhabilitación e insania (art. 618 y ss., CPCC.), corresponde igualmente, con apoyo en los nuevos arts. 152 ter y 482, CCiv. y la normativa internacional, que los procesos de inhabilitación e incapacidad sean canalizados a través de la intervención de cuerpos técnicos interdisciplinarios.

Como corolario de ello, establece la resolución a la que viene haciéndose referencia que, tratándose de expedientes en trámite por ante los Juzgados de Familia —como ocurre en el sub-lite—, la evaluación interdisciplinaria requerida normativamente en forma previa a la declaración de incapacidad o inhabilitación debe ser practicada por el Equipo Técnico Auxiliar de cada juzgado, los que se organizarán conforme a las instrucciones impartidas en uso de las facultades ordenatorias e instructorias por el magistrado a cargo del mismo.

De este modo, atendiendo a que en autos el decisorio objeto de recurso fue adoptado con anterioridad al dictado de la res. 3196/2011 de la SCBA, pero estando ya vigente la nueva Ley Nacional de Salud Mental N° 26657 y la Ley 26378, corresponde dejar sin efecto la sentencia dictada a fs. 46/47 por resultar prematura en virtud de haberse

dictado sin que se hicieran las pericias médicas conforme la normativa citada, es decir en forma interdisciplinaria y que permitan determinar con mayor precisión las futuras restricciones que eventualmente deberían adoptarse respecto del ejercicio de la capacidad jurídica del causante.

Creo conveniente aclarar que, si bien en la causa citada de este tribunal, las actuaciones se devolvieron a la instancia de origen a efectos que se realicen los respectivos informes médicos sin declarar prematura la sentencia allí dictada, es lo cierto que allí la cuestión se encuentra superada toda vez que los nuevos informes realizados conforme la citada normativa vinieron a ratificar lo ya resuelto en la sentencia cuestionada.

Ahora bien, un nuevo estudio de la cuestión y a efectos de garantizar el debido derecho de defensa en juicio y la doble instancia es que estimo resulta necesario que el mismo juez de la causa con los nuevos elementos que se indican dicte nuevo pronunciamiento.

**Así lo voto.**

Los Dres. **Louge Emiliozzi y Bagu, adhirieron al voto precedente por los mismos fundamentos:**

**2ª cuestión.—** La Dra. **Comparato** dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo: 1) Dejar sin efecto la sentencia dictada a fs. 46/52 por resultar prematura, 2) Devolver los autos a la instancia de origen a fin que el juez de la causa luego de confeccionado el informe interdisciplinario conforme la nueva legislación vigente, dicte nuevo pronunciamiento.

**Así lo voto.**

Los Dres. **Louge Emiliozzi y Bagu, adhirieron al voto precedente por los mismos fundamentos.**

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

**Por lo expuesto,** demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267, CPCC, **se resuelve:** 1) Dejar sin efecto la sentencia dictada a fs. 46/52 por resultar prematura, 2) Devolver los autos a la instancia de origen a fin que el juez de la causa luego de confeccionado el informe interdisciplinario conforme la nueva legislación vigente, dicte nuevo pronunciamiento.

Notifíquese y regístrese.

Ricardo César Bagú.— Esteban Louge Emiliozzi.— Lucrecia I. Comparato. (Sec.: Dolores Irigoyen.).

## Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E

---

R. P., M. R. s/insania - 12/07/2012

### 2ª Instancia. — Buenos Aires, julio 12 de 2012.

Autos y Vistos: y Considerando:

Contra la resolución dictada a fs. 237 y vta., que designó a la Sra. Curadora Oficial como curadora ad-litem del causante a los efectos de controlar la legalidad y fiscalizar el procedimiento tendiente a la realización de un examen interdisciplinario y posterior pronunciamiento en los términos del art. 152 ter del Código Civil, se alza la citada funcionaria, por las quejas que vierte en el dictamen de fs. 258/263.

A partir de la modificación del régimen de salud mental instituido por la Ley 26.657 y la incorporación del art. 152 ter del Código Civil (art. 42 de dicha normativa) toda declaración judicial de inhabilitación o incapacidad deberá fundarse en un examen conformado por evaluaciones interdisciplinarias para determinar su situación jurídica y, de acuerdo a ella, establecerse concretamente las funciones y actos cuya actuación se limitan, atendiendo a la finalidad del art. 141 del Código Civil, esto es, la efectiva protección del incapaz (conf. CNCivil, esta Sala, c. 571.596 del 17-3-11, c. 586.132 del 20-10-11, entre otras). Tales declaraciones no podrán extenderse por un término mayor a 3 años.

En este sentido, como se ve, resulta necesario que en forma previa al dictado de la nueva sentencia se realice un examen del causante en los términos antes señalados, no sólo conformado por evaluaciones interdisciplinarias integradas, como establece el art. 8° de la ley 26.657, “por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente”, sino también actualizado ya que, conforme prevé el art. 7° de esta ley, se reconoce el derecho de las personas con padecimiento mental a que dicho estado no sea considerado inmodificable.

Es cierto que la mentada reforma no ha sido reglamentada ni acompañada por la necesaria reforma de los códigos de rito que regulen la realización e incorporación del examen interdisciplinario, aun cuando las sentencias dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida ley deben adecuarse a esta nueva normativa, tal el caso de autos.

Asimismo, establece el art. 636 del Código Procesal que, para la fiscalización del régimen de internación, en el caso de dementes presuntos o declarados, el juez atendiendo a las circunstancias de cada caso,

podrá disponer que el curador provisional o definitivo visiten periódicamente al internado e informen sobre la evolución de su enfermedad y régimen de atención al que se encontrare sometido.

Sin embargo, el art. 22 de la Ley 26.657 dispone 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. El defensor podrá oponerse a la internación y solicitar la externación en cualquier momento. El juzgado deberá permitir al defensor el control de las actuaciones en todo momento” y, en ese orden, el art. 16 de la referida norma dispone que toda internación deberá contar con el consentimiento de la persona o de su representante legal, y que tal manifestación se considerará válida cuando fue prestada en estado de lucidez, de lo contrario, deberá procederse como si se tratara de una internación involuntaria.

Así, 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 resolución DGN 1728/10, del 14 de diciembre de 2010, estableció que la designación del abogado proporcionado por el Estado al que alude el art. 22 antes citado recaiga en los señores curadores públicos (punto I) facultándose 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” (punto II).

Pues bien, aun con la amplitud con la que cabe interpretarlas, toda la normativa citada prevé la intervención de la recurrente en el procedimiento de la revisión de la sentencia establecida en la reforma mencionada, para el caso en que el causante se encontrara internado involuntariamente y que no hubiera optado por designar a un abogado particular (conf. CNCivil, esta Sala, c. 601.739 del 19-6-12), lo cual, como se ve y se desprende del informe obrante a fs. 246/253, no acontece en el caso de autos.

Por estas consideraciones, de conformidad con lo dictaminado a fs. 273/274 por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara, se resuelve: Revocar, en lo que fuera materia de agravios, la resolución dictada a fs. 237 y vta. Notifíquese y devuélvase. — Mario P. Calatayud. — Juan Carlos G. Dupuis. — Fernando M. Racimo.

## **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C.**

**Mele, Patricia Claudia s/insania - 04/10/2012**

### **2ª Instancia.— Buenos Aires, octubre 4 de 2012.**

Considerando: I) A fs. 435 y con el objeto de garantizar el derecho de defensa en juicio de la causante se designó a la Curadora Oficial para el control del presente trámite, quien aceptó el cargo a fs. 458/459 y promovió su rehabilitación parcial.

El juzgador mediante resolución de fs. 474/476, desestimó el pedido de rehabilitación parcial de la causante y decidió mantener el encuadre previsto en la sentencia de fs. 29, especificando que la capacidad de la Sra. Patricia Claudia Mele se restringe para todos los actos de la vida civil, sean actos de carácter personal o patrimonial, no pudiendo, dirigir su persona ni administrar y/o disponer de bienes.

Contra dicho decisorio se alza la Curadora Pública a fs. 478, quien expresa sus agravios a fs. 487/490.

A fs. 494/498 obra el dictamen de la Sra. Defensora de Menores de Cámara propiciando se confirme la resolución en crisis.

II) Ante todo, y frente a lo manifestado por la Defensora de Cámara en orden a la designación de la Curadora Oficial, y más allá de que la cuestión en autos ha pasado en autoridad de cosa juzgada, se impone señalar que esta Sala ya se ha expedido en autos “Collussi, Sergio Osvaldo s/inhabilitación” del 4 de julio de 2012, en el sentido de que aún cuando no se hubiere solicitado la rehabilitación en los términos del art. 635 del código de forma, lo cierto es que, analógicamente, y ante la falta de regulación específica, frente al nuevo análisis de la cuestión que deberá efectuarse en la causa, conforme el informe interdisciplinario que a ese fin se agregara, la figura del Curador Público resulta necesaria para asegurar la defensa técnica de la persona sometida al proceso de determinación de su capacidad, en orden a garantizarle el más amplio derecho de defensa en juicio reconocido por nuestra Constitución Nacional.

III) Sentado ello, se procederá al estudio de los agravios esgrimidos por la Curadora Oficial.

Se queja —en líneas generales— de que se hubiere mantenido el encuadre de la sentencia de fs. 29 que declaró a la causante incapaz en los términos del art. 141 del Cód. Civil, cuando la concepción imperante en materia de capacidad jurídica ha sufrido modificaciones sustanciales, debiendo partirse siempre de la presunción de capacidad de las personas.



Agrega que si el legislador no reguló el trámite para la actualización de las sentencias, debe brindarse al incapaz un proceso con todas las garantías procesales necesarias para que ejerza su defensa en debida forma.

La entrada en vigencia de la nueva Ley N° 26.657 de Salud Mental recae sobre uno de los pilares de nuestro derecho civil: el régimen de la capacidad de las personas, en especial, el de la capacidad de hecho, entendida ésta como la aptitud de las personas naturales para actuar por sí mismas en la vida civil.

A través de su art. 42, la ley en examen introdujo al Código Civil el artículo 152 ter que establece que las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias y que no podrán extenderse por más de tres años, debiendo especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

Esta incorporación supone la adopción de un régimen gradual de la capacidad, partiendo siempre de la capacidad plena de la persona, por lo que cualquier afectación a la misma debe ser evaluada con un criterio estricto (conf. Guahnon, Silvia Seltzer, Martín “La sentencia en los juicios de insania e inhabilitación a la luz de la nueva ley de Salud Mental”, publicado en: DJ 29/06/2011, 93).

Bajo esos parámetros, resulta que el art. 152 ter del Código Civil obliga a revisar dentro del plazo de tres años los alcances de la sentencia dictada —reexamen de la situación del incapaz— a fin de determinar si ese pronunciamiento se adecua a las actuales circunstancias del causante. Es que, la norma establece una pauta de regularidad de control, de repaso de las causas que dieron motivo a la restricción de la capacidad, y adecuarlas a esta nueva normativa.

En orden a ello, es dable poner de relieve que la realización e incorporación de exámenes interdisciplinarios no ha sido reglamentada ni acompañada por la necesaria reforma de los códigos de rito, desde que no existe normativa reglamentaria alguna que especifique el procedimiento o las vías procesales mediante las cuales debe obtenerse aquélla readecuación, salvo la de no generar costas innecesarias (ver pto. “C” de la Guía de buenas prácticas en la implementación de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657, aprobada por resolución DGN N° 422/119).

En tal orden de ideas, debe insistirse en que el artículo 152 ter, impone la obligatoriedad de efectuar un nuevo examen antes o concomitantemente a los tres años de dictada la sentencia, pero no, la promoción de un nuevo proceso de insania o inhabilitación, en tanto dispone que solo será necesario actualizar el informe por parte del equipo interdisciplinario, lo

que procesalmente se realizará dentro del mismo expediente. De ahí, que no sea necesaria la iniciación de un nuevo proceso.

Bajo estos lineamientos, por obvias razones de economía y celeridad procesal y a los fines de evitar un dispendio jurisdiccional, pero, fundamentalmente, para no producirles mayores perjuicios y una probable revictimización a las personas con padecimientos mentales, como asimismo meritando que lo contrario requeriría la promoción del proceso exclusivamente por alguno de los legitimados por la ley (art. 144 del Código Civil), lo que tornaría más compleja aún la cuestión, el trámite impreso por el juzgador se presenta como una aplicación razonada y razonable del derecho vigente, desde lo cual, no existen motivos suficientes para revocarlo.

Repárese, que la misión de la tutela del incapaz está naturalmente atribuida a los jueces, quienes tienen la potestad y el deber de procurar una solución que evite la conculcación de garantías de neta raíz constitucional, las que no aparecen afectadas en autos desde que se ha resguardado en debida forma el de defensa en juicio atendiendo a la designación que se efectuara del Curador Público, quien tuvo a su cargo la defensa técnica de la persona cuya capacidad se encuentra discutida, sumado al traslado que oportunamente se corriera del informe interdisciplinario tanto a la causante personalmente, como a la Curadora, y a la Defensora de Menores.

Lo expuesto, sumado a que no se advierte la necesidad de un cambio jurídico de la situación de la causante dado la severa patología que presenta según el informe interdisciplinario, sella la suerte adversa del recurso sub-examen en lo que al punto se refiere.

Tampoco pueden tener favorable acogida los argumentos esgrimidos en orden al mantenimiento del encuadre jurídico de la capacidad que se efectuara en la sentencia, a poco que se repare que la nueva normativa no derogó el art. 141 del Cód. Civil, y que no surgen limitaciones que justifiquen determinar, que la incapacidad de la causante, —que reviste la forma clínica de retraso mental grave, que requiere supervisión y asistencia permanente, desde que no presenta un manejo idóneo de su propia persona y de sus propios actos (Ver informe de fs. 430/431)— pueda tener un alcance distinto al previsto por los arts 54, 141, y 469 del Código Civil.

Por otra parte, el magistrado ha identificado y especificado las funciones o actos que se restringían dando debido cumplimiento a lo normado por el artículo 152 ter ya mencionado.

IV) Por todo ello, se resuelve: Confirmar la resolución recurrida de fs. 474/476 en cuanto ha sido materia de agravio. Regístrese. Notifíquese y oportunamente devuélvase. La Sra. Jueza de Cámara, la Dra. Beatriz L. Cortelezzi, no firma la presente por hallarse en uso de licencia (conf. Res. N° 2348/12).— Omar L. Díaz Solimine.— Luis Alvarez Juliá.

## Cámara de Familia de Mendoza

---

V.A.M. c. M.A.F. - 08/03/2013

### 2ª Instancia.— Mendoza, marzo 8 de 2013.

1ª ¿Es justa la sentencia apelada? 2ª Costas.

1ª cuestión.— La doctora Politino dijo:

I. Que a fs. 115, el Ministerio Pupilar apela la sentencia obrante a fs. 113/114 y vta., por la cual se declara incapaz a la Sra. M. A. F. A fs. 126, obra la fundamentación del recurso deducido por la Sra. Asesora de Menores, quién manifiesta que pese a que comparte la resolución del a quo, la apelación intentada sólo pretende provocar la intervención del Tribunal Superior, para un nuevo estudio de la situación de la persona declarada incapaz frente a la existencia imperativa del art. 307, inc. VII, del C.P.C., que prevé la obligatoriedad de la apelación para el representante del Ministerio Pupilar. Asimismo de dicha fundamentación se corre traslado al Curador Ad-Litem, quien a fs. 128 expresa que se adhiere a los fundamentos de la apelación interpuesta por el Ministerio Pupilar. II. De las constancias de autos surge que la acción fue promovida por la progenitora Sra. A.M.V. A fs. 53, se designa Curador Ad Litem al Defensor de Pobres y Ausentes en turno, quien a fs. 54 acepta el cargo en forma legal. A fs. 39, obra la pericia médica efectuada por dos médicos psiquiatras del Cuerpo Médico Forense donde consta que la Sra. M. A. F., presenta retraso mental leve, que se encuadra en el concepto de insania del art. 141 del C.C. III. De las constancias de autos surge que la resolución impugnada resulta perfectamente ajustada a derecho y por tanto debe ser confirmada. Sabido es que el proceso por declaración de insania está instituido en beneficio del presunto incapaz, tanto en lo personal como en lo patrimonial; también de los terceros por la seguridad jurídica en la celebración de actos y consecuentemente de la comunidad (cfr. CNCiv, sala B, R. 284.562 del 9/11/82; ídem ED 115-135; ídem sala C, ED 117-564- LA LEY, 1984-C 448; 1986-C, 273). La interdicción debe ser fundamentalmente una garantía para el propio causante, quien podría quedar desprotegido si no obstante la existencia de la enfermedad que impide gobernar su persona y sus bienes, no se le proporcionara la protección jurídica necesaria, a través de la intervención de los jueces, quienes tienen la potestad de apreciar los elementos incorporados a la causa y de pronunciarse sobre la capacidad o incapacidad de las personas en los términos del art. 141 del Cód. Civil (cfr. CNCiv., sala C,

R 269.950, del 11/5/81, ídem ED 117-564; ídem sala B, ED 115-135; sala B, 8/05/97, LA LEY, 1998-C, 689 con nota de Xanthos). Para determinar cuándo una persona es insana en sentido jurídico, existen distintos criterios: el criterio médico o biológico (basta la comprobación de la insania mental de la persona, sin que para ello cuente la influencia que dicho estado puede o no tener en el comportamiento del sujeto que lo padece); el criterio médico jurídico o mixto (es necesaria la interrelación concurrente de la enfermedad mental del sujeto y la ineptitud del sujeto afectado para gobernar su conducta en general); y el criterio económico social (predica la interdicción de la persona que aún no padeciendo insania mental, se encuentra afectada por otras minusvalías psíquicas, intelectuales o físicas que tienen virtualidad para impedirle ya el gobierno de sí misma ya la administración de sus bienes) (cfr. Rivera, Julio César, Instituciones de Derecho Civil. Parte General, tomo I, pág. 451, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1998). El “criterio mixto biológico jurídico” fue el propuesto por la doctrina mayoritaria y recogido por la jurisprudencia, que es el que finalmente fue consagrado por la reforma introducida por la Ley 17.711 en su art. 141. Conforme a esta tesis, tal como ya se anticipara, se requiere la existencia de enfermedad mental, puesto que ello es indispensable para que se dé seguridad al pronunciamiento, y que la consecuencia de la enfermedad sea la imposibilidad del sujeto de administrar su patrimonio y dirigir su persona (cfr. Rivera, Julio César, Código Civil comentado, anotado y concordado, tomo I, pág. 553, Dir. Belluscio, Coor. Zannoni). En otras palabras, no basta la enfermedad —pese a que ella reúna los requisitos médicamente tipificantes de la demencia— sino que la misma debe ser determinante de la ineptitud del enfermo para dirigir su persona o administrar sus bienes. Para la procedencia de la declaración de incapacidad de los enfermos mentales, nuestro código de fondo exige la concurrencia de una serie de recaudos que siguiendo al Dr. Llambías pueden clasificarse en formales y sustanciales. Los primeros se refieren al modo de verificar la enfermedad denunciada y son: a) Instancia de parte legítima, b) Examen previo de los facultativos y c) Verificación de dolencia por sentencia de Juez competente. En cuanto a los segundos son las condiciones de fondo que ha de presentar la persona para que el Juez pueda declarar la incapacidad o sea: a) Que se trata de un enfermo mental, b) Que el estado de alienación mental del sujeto sea habitual o permanente, c) Que la enfermedad incida en la vida de relación privando al sujeto del gobierno de su persona y sus bienes y d) Que no concurren impedimentos para efectuar la declaración (cfr. Llambías, Joaquín, Tratado de Derecho Civil, parte general, T° 1, pág. 480 y siguientes). Este Cuerpo estima que en el caso, dichos ex-

tremos se encuentran cumplidos. Los requisitos formales surgen de los arts. 140 y 142 del C. Civil. La primer norma citada expresa que “Ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determina, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por Juez competente” y el segundo agrega: “La declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte y después de un examen de facultativos”. El art. 144 establece quiénes pueden pedir la declaración de demencia. Complementando las previsiones de la Ley de fondo nuestro C.P.C., en resguardo de la capacidad de las personas, establece en su art. 305 inc. 1) que: “tienen personería para intervenir en el proceso por declaración de insania (...) el cónyuge, los ascendientes y descendientes sin limitación de grado, los hermanos y el Ministerio Pupilar”. A su vez el art. 306 exige acompañar con la demanda un “certificado médico que acredite el estado mental” del demandado, facultando al Juez el art. 307 del mismo cuerpo legal, en su inc. 1) últ. párr., a pedir “un informe a la Oficina Técnica correspondiente o Médico de Tribunales”, siendo dos peritos por lo menos conforme el inc. 5ª de esta última norma indispensables para declarar la insania. En lo que hace a los recaudos sustanciales, ellos están contemplados por los arts. 141 y 468 del Código Civil y de sus términos puede considerarse que el requisito previo para poder declarar la interdicción de una persona es que se encuentre afectada por una enfermedad mental típica, cualquiera sea su denominación y ubicación dentro del cuadro de las enfermedades mentales que la ciencia psiquiátrica de cada tiempo pueda formular. La referencia que efectúa el art. 141 a las “personas afectadas por enfermedades mentales” excluye las personalidades normales. La investigación, por tanto debe circunscribirse a lo que la psiquiatría denomina como “personalidades anormales”, las que abarcan desde un desequilibrio psíquico relativamente mínimo, como las personalidades “no patológicas” o psicopáticas que no llegan a considerarse enfermedades mentales —personalidades epilépticas, esquizoides, histéricas, paranoideas, etc.— hasta el máximo trastorno constituido por la alienación y su variedad clínica, la demencia. Otro tipo de personalidades anormales son aquellas en las que se presenta el padecimiento mórbido, es decir, la enfermedad, cualquiera sea su etiología; se está en presencia de una personalidad anormal “patológica”, pudiendo ser a su vez psicótica —trastornos mentales caracterizados por alteraciones profundas y permanentes del estado de ánimo, desorganización del pensamiento y un retiro asociado del mundo real en un mundo de preocupaciones altamente personalizadas— y no psicóticas —pueden resultar de una insuficiencia psíquica congénita como la debilidad mental o por enfer-

medad o traumatismo cerebral (cfr. Tobías, José W, su comentario al art. 141 en Bueres-Highton, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, tomo 1<sup>a</sup>, pág. 768 y ss., Ed. Hammurabi, Bs. As. 2003)—. Por último y esto hace al fundamento de la institución, es necesario demostrar que la dolencia inhiba al aquejado de ella, para el manejo de sí mismo y de sus bienes. De la pericia agregada a fs. 39, surge que desde el enfoque médico la insana Sra. M. A. F., debe ser considerada incapaz absoluta de hecho. En razón de la enfermedad mental que padece, no está en condiciones de dirigir su persona y administrar sus bienes. Los expertos manifiestan que se presenta “...parcialmente orientada autopsíquicamente en tiempo y espacio, desorientada con respecto a la situación. Presenta déficit intelectual en grado de retraso mental leve. Este trastorno es irreversible y tiende a la estabilidad. Marcada hipobulia (...) Lenguaje dislábico. (...) Merma de la atención, concentración y memoria. (...) Juicio crítico insuficiente (...) Logra por sí sola tareas de orden cotidiano. (...) Su estado mental le impide dirigir su persona y administrar sus bienes. (...)”, patología que se encuentra comprendida dentro del concepto de insania jurídica encuadrable dentro del art. 141 del Código Civil. Por lo demás en el caso se han cumplimentado los presupuestos formales de la acción promovida: esto es la acción ha sido instaurada por quien tiene legitimación para ello, el Ministerio Pupilar (art. 305 inc. I del C.P.C. y 144 inc. 3 del Código Civil), encontrándose también reunidos los requisitos del art. 307 de la ley de forma: se ha notificado la iniciación del proceso al presunto insano y a los parientes de grado más próximo y se ha corrido traslado de la demanda al curador ad litem, habiéndose llevado a cabo el examen de visu del causante. En razón de todo lo expuesto, se concluye que en la causa se complementan los requisitos señalados y por lo tanto la sentencia debe ser confirmada. Así voto.

El doctor Ferrer adhiere al voto que antecede.

2<sup>a</sup> cuestión.— La doctora Politino dijo:

Atento a la naturaleza del presente proceso, no corresponde emitir pronunciamiento sobre las costas del recurso de apelación promovido por el Ministerio Pupilar (arts. 308 del C.P.C.). Así voto.

El doctor Ferrer adhiere al voto que antecede.

Por los motivos dados, la Cámara; resuelve: I. Confirmar la sentencia dictada a fs. 113/114 y vta., de fecha 15 de Mayo 2.012. II. Omitir pronunciamiento sobre las costas en esta instancia. Notifíquese y bajen. La presente resolución no es suscripta por la Dra. Carla V. Zanichelli, por encontrarse en uso de licencia (art. 141 del C.P.C.).— Estela I. Politino.— Germán Ferrer.

## **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B.**

---

**Z. M. s/ art. 152 ter, Código Civil - 26/03/2013**

### **2ª Instancia. — Buenos Aires, mayo 28 de 2013.**

Autos, vistos y considerando:

I.- Vienen las presentes actuaciones a conocimiento del Tribunal con motivo de la elevación en consulta prevista en los arts. 253 bis y 633 in fine del Código Procesal.

II. A fs. 316/317 el magistrado de grado declaró la inhabilitación civil de la causante y dicho pronunciamiento fue notificado a fs. 323 a la denunciada, a fs. 329 al curador definitivo y a fs. 367 a la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Primera Instancia.

No se articularon recursos de apelación contra la sentencia y enviados que fueron los autos al despacho de la Sra. Defensora Pública de Incapaces de Cámara, dictaminó expresando que entiende que no se cumplió con el recaudo del conocimiento personal de la causante por parte del juez, dispuesto por el art. 633 del Código Procesal. Asimismo, formuló algunas objeciones respecto de la modalidad de cumplimiento de la notificación personal a la causante de los distintos actos procesales cumplidos en el expediente.

III.- La trascendencia de la cuestión que se decide en este tipo de procesos en los que se pone en tela de juicio la plenitud de la capacidad civil de una persona, ha llevado al ordenamiento legal a procurar el conocimiento personal del afectado por parte del magistrado que debe pronunciarse sobre el alcance de su situación. Esta necesidad de que la intermediación sea especialmente ejercitada, ha quedado plasmada en el art. 633 del Código Procesal que establece que “antes de pronunciar sentencia, y si las particularidades del caso lo aconsejaren, el juez hará comparecer al presunto demente a su presencia o se trasladará a su domicilio o lugar de internación...”. Del texto de la norma surge el carácter potestativo de este recaudo, lo que ha motivado severas críticas de la doctrina. En tal sentido, se ha apreciado que ningún juez debería poner término a un proceso de insania “sin haber visto al presunto insano, sin haber conversado con él”, entre otras razones porque de entre los medios probatorios “ninguno es más importante que el directo examen por el juez” (Sentís Melendo, Santiago, El proceso civil. Estudios de la reforma procesal argentina, Ejea, Buenos Aires, 1957, pág. 410 y siguientes). En similar sentido, se sostuvo que “Ningún juez debiera declarar ningu-

na insania sin haber examinado al denunciado. Menos aún, como se ha dicho, sin siquiera haberlo visto. No es pues, afortunada la fórmula ‘si las particularidades del caso lo aconsejaren’” (conforme cita de la obra de Colombo hecha en Colombo, Carlos y Kiper, Claudio, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y anotado, La Ley, Buenos Aires, 2006, tomo VI, pág. 130 y sus citas).

Se ha considerado que si el magistrado actuante estimase innecesario o inconveniente tomar conocimiento personal del causante con anterioridad al dictado de la sentencia, por considerar que las particularidades del caso no lo aconsejan, debería expresarlo en auto fundado o en la misma sentencia, bajo sanción de nulidad (Podetti, Ramiro, Tratado de la tercería, 2da. Edición, actualizada por Víctor A. Guerrero Leconte, Ediar, Buenos Aires, 1971, pág. 552; Tobías, José W., La inhabilitación en el derecho civil, 2da. ed., Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 119).

Es claro que este artículo del código adjetivo, tal como ha sido redactado, ofrece flancos para la crítica, si se tiene en cuenta que cualquiera sea el carácter y entidad de las pruebas aportadas, estando en juego la capacidad de la persona, resulta plenamente justificado imponer al juez el deber y potestad de examinarlo con anterioridad a la sentencia como condición de validez de ésta (conf. Morello, Pasi Lanza, Sosa, Berizonce, Códigos procesales..., tomo VII, pág. 159).

Estos criterios se encuentran aún más fortalecidos en el caso por tratarse de una inhabilitación, lo que ante la diversidad de supuestos que comprende —en cuanto categoría jurídica, distinta de la insania— y por la flexibilidad de juzgamiento que acuerda, hace que el conocimiento personal aparezca necesario con mayor frecuencia (Cifuentes, Santos, Rivas Molina, Andrés y Tiscornia, Bartolomé, Juicio de insania, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, pág. 4577/8).

IV.- Por otra parte, es dable observar que las opiniones doctrinarias aludidas precedentemente, compartidas por este tribunal, son propias del período anterior a los recientes cambios legislativos. De ahí que quepa afirmar que ya no pertenece solo a la órbita de las exigencias legales al magistrado lo que lleva a propender a que se cumpla la audiencia de conocimiento personal del padeciente, sino que el derecho de este al trato personalizado y humanitario, así como la garantía de acceso directo al órgano de decisión, constituyen factores decisivos que también se orientan en esta línea.

En el sentido referido, los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17/12/1991, apuntan en esa dirección (ver



especialmente el principio 18 referido a las garantías procesales); así como también la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13/12/2006, ratificada por la Argentina mediante Ley 23.378, en cuanto consagra el derecho de toda persona con algún grado de discapacidad a participar activamente en los procesos de adopción de decisiones que les afecten directamente (ver inciso n) del preámbulo de dicha Convención).

En el mencionado contexto normativo y a la luz de los principios enunciados, es claro que el acto de fs. 315 no satisface las garantías procesales ni los derechos que le asisten a la causante, por no haber el magistrado tomado conocimiento personal de la Sra. M. Z. y por no exponerse en el decisorio, fundadamente, los motivos por los cuales se ha optado por omitir el recaudo.

Claro está que el tribunal no desconoce que en situaciones excepcionales, el cumplimiento de tal mandato no solo puede ser innecesario y superfluo, sino que además se devengue gravoso y hasta iatrogénico para la persona padeciente de una enfermedad mental, lo que debe ser ponderado prudentemente por el magistrado, tras una resolución motivada, explicándose las razones por las cuales se decide no realizar el conocimiento personal de marras.

Empero, en el caso traído a examen, no se aprecian reunidas tal tipo de circunstancias excepcionales. Por el contrario, las características de la afección de la Sra. Z. hacen propicia la intermediación pendiente. Tanto es así, que el mismo magistrado actuante ha considerado adecuado llenar ese cometido al dictar la providencia de fs. 313; recaudo que nunca se cumplió. De ahí, que esta Alzada no podrá confirmar lo actuado en la instancia anterior.

V.- Respecto de la cuestión de las notificaciones personales que objetó la Sra. Defensora de Cámara, caben formular algunas apreciaciones.

El art. 626 del Código Procesal prescribe la notificación personal del auto de apertura a prueba como modo de asegurar que el denunciado tenga conocimiento directo de que está en tela de juicio su capacidad; y, entonces, hallarse en condiciones de asumir su defensa. Por eso, esta diligencia cuenta con la particularidad de que el oficial notificador debe necesariamente tomar contacto personal con el denunciado para hacerle entrega de la cédula de conformidad con las pautas trazadas por los arts. 147 y 157 del Reglamento de la Oficina de Mandamientos y Notificaciones de la Justicia Nacional (Acordadas 19/80 y 9/90 de la CSJN y su modificatoria Resolución 188/2007 del Consejo de la Magistratura de la Nación). Este requisito ha sido cumplido en autos a fs. 313 vta., pues la causante en persona retiró una copia del auto de

fs. 138; lo que otorga al acto el alcance establecido por el art. 134 del Código Procesal, más allá que no se ha cumplido con la formalidad que prescriben los arts. 142 y 143 del ritual para la notificación personal.

En cuanto a las demás notificaciones, si bien el juez de grado lo ordenó de esa manera (conf. surge de fs. 179, 280 y 316/7) en una decisión que indudablemente aspira a otorgar mayores garantías a la causante —por lo que no resulta reprochable—, cabe precisar que no existe norma legal que imponga que las notificaciones posteriores a la del auto de apertura a prueba deban necesariamente notificarse de modo personal. En tal inteligencia, consideramos que la ausencia de ese requerimiento no importa irregularidad alguna que deba ser saneada.

Por otra parte, se insiste que aún ante el supuesto de considerarse que tanto el traslado de la experticia (art. 632 del Código Procesal), como la notificación de la sentencia, debieran realizarse de forma personal, corresponde señalar que las diligencias de fs. 298 y 323 se ajustan, en definitiva, a las pautas reglamentarias de ese tipo de notificaciones (ver arts. 147 y 157 de las acordadas y resolución citadas más arriba); y ello es así porque el Oficial interviniente entregó personalmente a la requerida copia de la cédula. En el primer caso, la denunciada —identificada con DNI— no firmó, haciéndolo el responsable del servicio; y en el segundo, sí firmó la causante como constancia de la recepción de la cédula (ver fs. 323 vta. y confrontar la firma con la obrante a fs. 315, entre otras). Cabría observar, en resumidas cuentas, que la diligencia se ha ajustado a la pauta del art. 157, inciso b), del Reglamento de la Oficina de Mandamientos y Notificaciones de la Justicia Nacional (t. o. Resolución 188/2007 del Consejo de la Magistratura). Al respecto, repárese que la exigencia de individualización con el documento, y el recaudo de la firma, deben cumplirse “si fuera posible”, y no de modo indefectible; como parece sugerirlo el Ministerio Público. Este aserto conlleva a afirmar que lo peticionado por la Sra. Defensora a fs. 387, en este exclusivo aspecto, resulta innecesario.

Como colofón de lo delineado, luego de haber sido oída la Sra. Defensora de Incapaces de Cámara, y de conformidad con lo establecido por las normas legales antes citadas, el Tribunal Resuelve: I.- No confirmar, por el momento, la sentencia de fs. 316/7 y devolver los autos a la instancia de grado para que su magistrado proceda a tomar conocimiento personal de la denunciada y, con su resultado, se pronuncie ratificando o rectificando los alcances de la sentencia dictada. Cumplido, deberán nuevamente elevarse en consulta los autos a esta alzada, a sus efectos. II. Regístrese, notifíquese en su despacho a la Sra. Defensora de Incapaces de Cámara y devuélvase. — Mauricio Luis Mizrahi — Claudio Ramos Feijóo — Omar Luis Díaz Solimine.

## **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A.**

---

**B., D. E. s/ inhabilitación - 05/04/2013**

**2ª Instancia. —Buenos Aires, abril 5 de 2013.**

Y vistos considerando:

I.- Llegan estas actuaciones en virtud del recurso deducido por la Sra. Curadora Oficial, contra el decisorio de fs. 264, en tanto la designa curadora provisoria de la causante a los fines de prestarle la debida asistencia técnica.

II.- Al respecto, cabe poner de resalto en primer lugar, que la causante fue declarada inhábil, en los términos del art. 152 bis, inc. 2º del Código Civil, a fs. 101/102, decisión que se encuentra firme. Asimismo, en esa sentencia se designó, como curador definitivo de la causante, a su hermano, O. N. B..

Luego de diversas contingencias procesales, en virtud de la sanción de la Ley N° 26.657, y ante la circunstancia denunciada por la hija de la causante, la magistrada de grado ordenó la realización de una evaluación social en el domicilio de la Sra. B. y ordenó la medida recurrida.

III.- Ahora bien, las constancias antes reseñadas, a la luz de la normativa vigente, permite advertir que, en el presente caso, resulta impropio la intervención de la recurrente en carácter de curadora provisoria de la causante tal como fuera ordenado.

Al respecto, es dable señalar que no surge del Código Civil ni de la Ley N° 26.657 la necesidad de que el insano, en estos supuestos, cuente con la asistencia técnica de un curador provisoria, cuando —como ocurre en el sub lite— ya cuenta con un curador definitivo.

A su vez, corresponde señalar que la intervención del Curador Oficial se encuentra supeditada, conforme a lo previsto en el ordenamiento adjetivo, a dos supuestos particulares, a saber: a) cuando representar al presunto insano en el proceso, si éste careciere de bienes o éstos sólo alcancen para su subsistencia (art. 628 del CPCCN); o b) en el supuesto en que alguno de los legitimados hayan solicitado la rehabilitación del demente o inhabilitado (art. 635 del cuerpo legal citado en último término). El presente caso no encuadra en ninguno de estos casos.

A su vez, si bien la Ley 26.657 prevé la asistencia técnica del enfermo en determinados casos, ello se encuentra limitado a los supuestos en que existe una internación del causante, lo que no ocurre en estos autos (arts. 22 y cctes.).

IV.- Por otra parte, la causante ya se encuentra representada por su hermano, quien tiene como función primordial el cuidado, asistencia, protección y seguridad de su curada y, fundamentalmente, la de procurar que la insana recupere o recobre su capacidad, tal como lo establece el art. 481 del Cód. Civil (CNCiv, esta Sala, “R., B.E.I. s/ insania”, R. 605.116, del 30/08/2012; íd. Sala D, “Ortiz, Andrea Julia s/ art. 250 CPCCN”, fallo del 09/02/2012).

Así las cosas, asignar a la recurrente como curadora provisoria de la causante, cuando el ordenamiento jurídico vigente no lo impone, importaría asignar herramientas, que de por sí son limitadas, a situaciones que no las necesitan, distrayéndolas de supuestos de vulnerabilidad en los que existe premura en contar con ellas (esta sala, R. 598.475, del 09/05/2012; esta cámara, Sala I, “L., M. A.”, 30/3/2012, Abeledo-Perrot AP/JUR/466/2012).

En mérito de lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado la Sra. Defensora de Menores de Cámara, Se Resuelve: Revocar el proveído de fs. 264, pto. II.

Notifíquese al Ministerio Público Tutelar de Cámara. Cumplido, devuélvase, haciéndose saber que en la instancia de grado deberá notificarse la recepción de las actuaciones y el presente pronunciamiento, en forma conjunta. —Ricardo Li Rosi — Hugo Molteni — Sebastián Picasso.

## Juzgado de Familia Nº 2 de Mar del Plata

---

A. G. A. s/ guarda de personas - 05/08/2013

**1ª Instancia . — Mar del Plata, agosto 5 de 2013.**

**Considerando:**

**I) Legitimación del Ministerio Público:**

Atento el dictamen de la Sra. Asesora que una vez puesta en situación del requerimiento del Sr. A. en cuanto a la percepción del beneficio previsional y la exigencia para ello del certificado de discapacidad, la Sra. Asesora dictamina en relación al tipo de acción que alcanza un decisorio en la situación del Sr. A. puesto que si el efecto del mismo responde a un derecho subjetivo o con efectos *erga omnes*.

En este sentido la Dra. Fernández asume la legitimación (arts. 59 y 144 inc. del Cód. Civil) ante la inacción familiar, pero en lugar de iniciar una acción relativa a la capacidad jurídica del Sr. A., promueve un proceso de Guarda de Persona. El propio dictamen deja a salvo que la intención en dicha promoción fue mantener la capacidad jurídica del Sr. A., y a su vez “llamar a la jurisdicción estatal frente a sus derechos a la seguridad social”.

**II) Requisitos para el otorgamiento del beneficio previsional:**

Ahora bien, comienza aquí el mismo derrotero que sufren todas las personas con discapacidad que necesitan “de un beneficio previsional traducido en la titularidad de una pensión no contributiva a la invalidez por la Ley 18.910 o en cualquiera de las demás formas de acceso que trae la seguridad social”. En todas ellas y específicamente en el caso particular del Sr. A. se solicita de manera previa en la documentación requerida el inicio del trámite de curatela.

Esto, trae dos matices de complejidad enfrentado al paradigma actual de derechos que reúne a las personas con discapacidad y es si el beneficio de pensión se otorga por derecho propio o si resulta inescindible de la condición de ser incapaz.

Hasta la sanción de la Ley 26.657 y la ratificación por parte del Estado argentino de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad por la Ley 26.378, el derecho que actuaba como paraguas en relación a la capacidad o incapacidad de las personas estaba representado por el Cód. Civil a partir del art. 140 en adelante y ello traía un modelo de actuación sostenido en la protección y en la incapacidad de las personas.

A partir de 1990 con 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, 1991 con los 21 Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Res. 46/119, la Declaración de Hawai 1977/1982, la Declaración de Luxor de los Derechos Humanos de los Enfermos Mentales de 1982, Declaración de Montreal de 2004 (Conferencia OPS/OMS, Montreal 5 y 6 de octubre, 2004), hasta llegar a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad sumado al eje de derechos humanos incorporado en la Constitución argentina en el art. 75 inc. 22 con convenciones, pactos y tratados se conformó el paradigma actual de derechos de personas con padecimiento psíquico que irrumpió con este nuevo paradigma que instaló a la persona como eje y movimiento de las prácticas y del modelo de atención que requiere; y lo más importante es el cambio conceptual con un pasaje de la presunción de incapacidad a la capacidad plena.

Esta transición en el paradigma de la incapacidad a la capacidad de las personas es la que debo analizar en la presente resolución con el dictamen interpuesto por la Sra. Asesora de Incapaces, Dra. Silvia Fernández.

Tal como lo plantea de la Sra. Asesora de Incapaces en cuanto a la reglamentación y actuación administrativa para el acceso a la pensión por invalidez. Tal como lo dictamina el Ministerio Público, la Ley 18.910 establece porcentajes para el otorgamiento de la pensión graciable de conformidad con la disminución en la capacidad que detente el sujeto. De la misma forma el Decreto Reglamentario de dicha ley N° 432/97 que exige que sea visible la limitación que incapacita a la persona y que se encuentre expedido el certificado de discapacidad.

### **III) Certificado de discapacidad:**

El certificado de discapacidad: es un instrumento cuestionado y cuestionable frente a la normativa vigente de no discriminación (Convención sobre la Eliminación de toda forma de discriminación a las personas con discapacidad, Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Normas Uniformes de Igualdad de Oportunidades de 1993 de Naciones Unidas).

El certificado de discapacidad ha sido “aceptado por las personas con discapacidad” como una herramienta para el logro y realización del principio de accesibilidad en el derecho del que son titulares. De ninguna manera como un documento administrativo que refuerce la

discriminación a la que aún hoy se encuentran expuestas las personas con discapacidad. Si bien, trae aparejado cuestiones que deberán estar bajo los ajustes razonables que la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad dispone en su art. 2. De todas formas el certificado para acreditar la discapacidad como refiere la Sra. Asesora en su dictamen, tiene que contener el tipo y grado de discapacidad, resumen de historia clínica, sello del establecimiento sanitario, firma del médico que lo atiende y determinarse en los mismos la necesidad de designar un curador en cuyo caso hay que acompañar la constancia de inicio del trámite de curatela.

Va de suyo que la exigencia administrativa se contradice con el plejo normativo que se encuentra en la cúspide de la pirámide jurídica argentina. El Estado argentino debe comenzar a revisar legislación, procedimientos y prácticas que se opongan al principio de autonomía, de igualdad y no discriminación. Hemos referido en resoluciones anteriores que ante la contradicción de una norma interna y un derecho humano enlazado en la Constitución Nacional, la norma administrativa debe ceder de manera completa (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, art. 27 de la Convención de Viena de 1970, ratificada por la Ley 19.865).

Por otra parte, la autoridad que puede calificar la necesidad de la designación de un representante legal no está en cabeza de la autoridad administrativa; ni mucho menos puede ser delegada a un profesional médico. La calificación legal es propia de la jurisdicción y así lo hemos resuelto en numerosas oportunidades. En este mismo sentido los doctrinarios Santos Cifuentes, A. Rivas Molina y Bartolomé Tiscornia afirman que... “no se puede, de ningún modo, fundándose en la gravedad del tema y en el temor de afectar las libertades individuales, vulnerar el principio de la sana crítica sustituyendo al verdadero magistrado que represente al poder judicial, por el criterio de un perito” (“Juicio de Insania: dementes, sordomudos e inhabilitados” CIFUENTES, Santos, RIVAS MOLINA, A., TISCORNIA, Bartolomé, Ed. Hammurabi, 1997).

#### **IV) El Beneficio previsional y los derechos:**

Considero asimismo que debe decidirse respecto de si el beneficio previsional representa un derecho que nutre a la subjetividad de la persona en carácter de derecho propio y entonces es una obligación del Estado, el otorgarlo. Es decir, valorar este concepto de subjetividad en relación a la autonomía de la persona y tal como lo expone el Dr. Emiliano Galende es “entender al paciente como un semejante y considerar esta doble relación del hombre entre su libertad y la determinación de la vida”.

Quien tiene la autoridad para decidir respecto de los derechos de la seguridad social y quienes son las personas beneficiarias de la misma tiene también la responsabilidad de derribar las barreras que impidan que por expresión de un sufrimiento mental la persona quede categorizada o atrapada en rótulos que se naturalizan contradiciendo la política pública que el Estado adoptó para garantizar los derechos de la persona.

Sintetizo el pensamiento citando nuevamente al Dr. Emiliano Galende cuando escribió: “la exigencia ética consiste en que entre lo que sentimos, lo que pensamos, lo que decimos, o teorizamos y lo que finalmente hacemos con el otro debe responder a la coherencia de una relación con nuestro semejante a quien tratamos de ayudar con su sufrimiento mental” (“Consideración de la subjetividad en salud mental”, Emiliano Galende, Texto de la Conferencia pronunciada en el Congreso Catalán de Salud Menta, Barcelona, febrero del 2006, publicado en Revista Salud Mental y Comunidad, Universidad Nacional de Lanús, Departamento de Salud Mental Comunitaria, Ediciones de la UNLA, p. 29).

La obligación del Estado en cuanto al reconocimiento de la mayor expresión de autonomía de las personas con padecimiento psíquico se condice con el principio de la justicia distributiva a la que le es aplicable las “Reglas de Rawls”. Para Rawls la justicia social se basa en una adecuada distribución de derechos y deberes por parte de las instituciones que conforman la estructura básica de la sociedad. Se podría sintetizar en relación a los principios de Rawls “a todas las personas una misma cosa, y a cada una una cosa diferente”, es decir, acentuar la diferencia para obtener el mayor grado de igualdad y maximización de las libertades máximas. Según Rawls las personas en la posición original podrían optar por una distribución desigual de los otros bienes primarios como es la riqueza, la autoridad y el ingreso si esta distribución desigual fuera para mejorar a los menos favorecidos, al otorgar mayor bienestar que el que tendrían con una distribución equitativa. En resumen la desigualdad se justifica si incide a favor de los peores situados. Esto implica un ajuste de igualdad de oportunidades basados en el principio de la diferencia pues se trata de volcar la mirada hacia aquellos que tienen menores posibilidades (Teoría de la Justicia, traducción de María Dolores González, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993).

Desde este concepto el otorgamiento de un beneficio previsional resulta proporcional al derecho a la igualdad y no discriminación que tienen las personas con discapacidad.



Ahora bien, de acuerdo a este fundamento ¿es proporcional la exigencia de determinar un proceso de incapacidad nombrando un curador en todos los casos y que la necesidad de la curatela la determine un profesional médico? La respuesta a este interrogante la otorga la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y el basamento filosófico de ésta, dentro del modelo social que impone un nuevo concepto de capacidad jurídica, que torna innecesario que se exija la designación de un curador como efecto propio de una declaración de insania (art. 2, 3,9, 12 y concordantes de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad).

La titularidad del derecho de pensión del Sr. A. G. debe conducirse a si es en razón de su discapacidad la oportunidad de un derecho de pensión o si el subsidio tiene como causa fundante el principio de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. El principio de igualdad de oportunidades propone mitigar, aliviar y derogar las desventajas que presenta una persona con discapacidad, tanto respecto de las dificultades personales como de los obstáculos y condiciones limitativas que existen en la sociedad, que impiden la plena participación de los ciudadanos con discapacidad. El fundamento de la igualdad de oportunidades implica la lucha contra la discriminación y la superación hacia el principio de accesibilidad universal y vida independiente. Para ello, entre otros impone principios tales como la normalización legislativa. Es decir, establecer acciones y medidas positivas a los fines del acceso “normal” de las personas con discapacidad a través de medidas donde la diferencia por el límite de la discapacidad se resuelva en una efectiva garantía de igualdad de oportunidades. En la legislación que contiene las medidas de acción positiva, como la Ley Española, Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, en su art. 9 establece que “...las medidas de acción positiva podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables (...) que el particular, las administraciones públicas garantizarán que las ayudas y las subvenciones públicas promuevan la efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad...”(Fuente:<http://www.boe.es/boe/dias/2003/12/03/pdfs/A43187-43195.pdf>).

Lo precedentemente expuesto implica, según mi criterio, que el derecho puesto en cabeza del Sr. A. se autoabastece en sí mismo y no requiere de trámite alguno para su reconocimiento. Este derecho a un beneficio de pensión no debe resultar ni antecedente ni consecuente de un proceso de incapacidad puesto que el Sr. A. G. resulta titular

de dicho beneficio atento la normativa constitucional (art. 75 inc. 22 y 23) y suprallegal de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

**V) Circular 35/08 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social:**

En el mismo sentido debe entenderse la circular N°35/08 de tramitación de los beneficios de pensión para personas con discapacidad del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; que con fecha 8 de junio de 2008 a través del servicio jurídico ha dictaminado que no existe un impedimento legal que se presente como un obstáculo para que el pago de la prestación pueda ser efectuado al propio solicitante. En este sentido dice que “no cabe resumir siquiera en todos los casos en que se detecte algún n tipo de déficit intelectual, un incapacidad absoluta y para tipo de acto de administración de la persona y de sus bienes, sino antes bien procurar un estricto equilibrio entre lo que es la protección jurídica y fáctica a la que tiene derecho la persona con discapacidad y la posibilidad en el desarrollo personal en el marco de la autodeterminación a la que también tiene derecho por su condición humana y de ciudadano...”. Cita el propio dictamen el antecedente del fallo de la Excma. Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en autos “Cal Herberst, Maria de las Dolores c. Provincia de Buenos Aires” Causa B. 58854 del 16 de agosto de 2000. En dicho fallo la Excma. Suprema Corte de Bs. As. se ha pronunciado en el siguiente sentido “...En la interpretación de las normas constitucionales deben primar los fines tuitivos que las animan, de tal modo que el sentido que aquella se asigne no conduzca a desnaturalizarlas o a la pérdida o desconocimiento de los beneficios por ellas reconocidos. En virtud del principio de prevalencia en favor de la interpretación más favorable al administrado consagrado en la Const. Pcial. en materia de Seguridad Social (art. 39 inc. 3 in fine) debe soslayarse cualquier interpretación desfavorable de la norma aplicable a la situación en la que se encuentran los destinatarios de la seguridad social...”.

A mayor abundamiento, el dictamen N 37012 señala que si el discapacitado se presenta en forma personal sin la ayuda de familiares, dándose a entender en forma verbal y /o por escrito se recibirá la documentación proporcionada por éste y con ajuste a las normas detalladas en la página web de ANSES (<http://www.anses.gov.ar>). Ello según lo dispuesto por el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobado por Ley 26.378. Las pautas aplicables del dictamen de referencia se especifican con la debida intervención de la Sra. Asesora de Incapaces de la Jurisdicción que corresponda al domicilio del discapacitado. Finalmente establece que

se abonará el beneficio al discapacitado sin perjuicio que este designe un apoderado para percibir, según la circular GP N° 42/04.

Por otro lado la calificación de la pensión en graciable o por discapacidad no empece al supuesto de autos. Es decir, sin importar la clase de beneficio, en ambos y como consecuencia natural del reconocimiento de la personalidad jurídica del Sr. A. G., no es posible requerir un trámite de insania con el efecto propio de la misma para la obtención de un beneficio que el estado ha garantizado en el art 75 inc. 22 de la Constitución Nacional en la legislación dispuesta para la discapacidad dentro del sistema de salud, obras sociales y Estado Nacional, Ley 24.901 y demás complementarias (ver ROSALES, Pablo Oscar serie de legislación comentada. Ed Lexis Nexis “La Discapacidad en el Sistema de Salud Argentino: Obras Sociales, Prepagas y Estado Nacional”) y en las normas superiores, así el principio de personalidad jurídica consagrado en el art. 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto San José de Costa Rica, art. 16 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el art. 9 del pacto Internacional de Derechos, económicos, sociales y culturales (reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social), y receptado especialmente en los arts. 12 y 36 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

En ese mismo marco, este Juzgado oportunamente ha resuelto en los autos “L. L. A. s/ Insania y Curatela” Expte. 36.203, donde el proceso de insania fue promovido al exclusivo fin de obtener un beneficio previsional y el cual fue rechazado, estableciéndose un sistema de apoyo en el marco de lo previsto por el art. 12 de la Ley 26.378 para celebrar los actos necesarios en forma alternada, indistinta y/o conjunta para la tramitación del beneficio previsional.

En definitiva el Sr. A. G. es titular de la protección integral que implica el otorgamiento de una pensión en los términos en que se expusiera.

#### **VI) La medida innovativa:**

Por lo expuesto en los considerandos precedentes, considero que es indispensable el dictado por parte de la Suscripta de una medida de carácter urgente, por la que se garantice el derecho a la seguridad social del Sr. A. G.

La medida innovativa: los autores de la nueva doctrina procesal han analizado la necesidad de regulación específica de la misma, si la medida innovativa es un desprendimiento de la medida cautelar genérica, si debe existir el perjuicio irreparable para su procedencia o la difícil reparación; hasta que la Corte Suprema de Justicia de La Nación se expidió sin dejar lugar a duda en el caso: Bulacio Malmierca

y otros c. Banco Nación 24/8/93: "... Siendo la medida cautelar innovativa de carácter excepcional, ya que altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, configurando un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, se justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión..."...Del mismo modo la sentencia define a la medida como un derecho excepcional, diferenciado de la medida de no innovar, sin que su dictado implique prejuzgamiento y que sí signifique una tutela de urgencia cautelar que requieren de los jueces una mirada estricta. Así se debe observar el *fumus bonis iuris*, esto es la apariencia del derecho invocado; el riesgo en demorar la decisión jurisdiccional, contra-cautela como los caracteres esenciales sin descuidar la provisionalidad de la medida, su dictado inaudita parte, la flexibilidad o posibilidad de asegurar el derecho mediante otra cautelar si la medida dispuesta causare daño irreparable.

El leading case Camacho Acosta M. c. Grafi Graf S.R.L. y otros del 7/8/97; cuyo texto en E.D. del día 5/2/98 fue comentado por el doctor Augusto Morello contiene el fundamento de la necesidad de la decisión jurisdiccional para hacer efectivo el derecho como su carácter excepcional. En esa ocasión el alto Tribunal dijo: "...el anticipo de la jurisdicción que incumbe a los Tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie —según el grado de verosimilitud— los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado".

"Debe apreciarse si, de resultar sentencia favorable a las pretensiones del peticionario el transcurso del tiempo necesario para llegar a ella puede tornar inoperantes sus efectos. Así, si los perjuicios invocados son fundamentalmente económicos no se configura peligro en la demora pues los mismo pueden encontrar satisfacción en un adecuado resarcimiento" CAVA, Claudia Alejandra. Sentencia anticipatoria. En sentencia anticipada PEYRANO, Jorge W., Carbone, Carlos A. Editorial Rubinzal Culzoni Editores p. 728. Es decir campea la fuerte probabilidad del derecho que invoca para su otorgamiento. La certeza que el derecho existe y debe ser otorgado.

La medida innovativa entonces asegura el principio de la jurisdicción oportuna que esencialmente significa la decisión impregnada del espíritu de dar a cada uno lo suyo en el tiempo que le corresponde.

Así ha dicho la jurisprudencia: "La medida cautelar innovativa no afecta la libre disponibilidad de bienes ni impone que se mantenga el

status existente al trabarse la litis. Su finalidad es establecer, sin que medie sentencia firme, que alguien haga o deje de hacer algo contrario a la situación existente”. CC DO 66232-241-90 I 13/9/90 Carátula Giardini c. Tenaglia s / Daños y Perjuicios Eyherabide-Pegenaute-Fontana.

Entre los requisitos deviene “insoslayable la exigencia de que se compruebe prima facie el riesgo del perjuicio irreparable, el que debe ser analizado desde un ángulo estrictamente realista” CC0102MP 99880 RSI-486-97-97 I 3/5/997 Yakin Carlos A. s/ Apelación art. 64 de la ley 24452 Mag. Oteríño - Zampini.

Encontrándose acreditado en autos la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora que tornan dicho derecho con una fuerte probabilidad de perjuicio al Sr A. en el caso de no hacerse efectivo.

#### **VII) Control de Convencionalidad (Ley 26.378).**

Para concluir y sistematizar lo dictaminado por la Sra. Asesora de Incapaces y que desde ya coincido ampliamente podemos puntualizarlo en:

1) No resulta proporcional ni razonable la exigencia de designar un curador cuando dicha exigencia está contenida en un certificado médico, por todas las razones expuestas ut supra.

2) Tampoco responde a los principios enunciados de razonabilidad y proporcionalidad exigir en todos los casos el inicio de un proceso de incapacidad y posterior designación de un curador por los fundamentos expuestos.

3) No resiste el control de convencionalidad a la luz de la Ley 26.378 y la responsabilidad del Estado argentino en su ratificación. Así lo demuestra el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Furlan vs. Argentina” (31 de agosto de 2012), donde la Corte Interamericana sanciona al Estado argentino y funda su sentencia en la Convención de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y especialmente refiere que el estado argentino no se ajustó a los presupuestos de la Convención los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La situación en análisis coloca en anticonvencional la exigencia del certificado de discapacidad requiriendo la curatela de la persona firmado por un profesional médico.

Ha quedado dicho en este decisorio que el marco legal que impera en la actualidad en el Estado argentino impone que las eventuales restricciones a la capacidad solo pueden ser determinadas por la autoridad judicial y destaco en este sentido que el Proyecto de Modificación al Cód. Civil establece que cualquier intervención estatal en materia de salud mental se debe realizar en forma interdisciplinaria, trayendo el

modelo que impuso la Ley Nacional de Salud Mental 26.657, en cuanto a establecer el estado de salud mental de una persona (arts.1, 3, 7, 8 y concordantes de la Ley 26.657). Es decir, otra coincidencia con lo dictaminado por la Sra. Asesora de Incapaces, Dra. Silvia Fernández.

**VIII) Acción de clase: art. 43 de la Constitución Nacional. Intereses colectivos:**

En cuanto a la legitimación de la representante del Ministerio Público respecto a la representación de intereses colectivos considero desde ya que se deben efectuar los ajustes razonables dentro de la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales adecuando el certificado de discapacidad a las normas mencionadas y eliminar la determinación médica acerca de la necesidad de la curatela. Esto surge como hemos venido diciendo del art. 2 y 12 de la Convención de las Personas con Discapacidad.

El art. 2 establece por ajuste razonable «la modificación y adaptación necesaria y adecuada que no imponga una carga desproporcionada o indebida, cuando se requiera en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o el ejercicio en igualdad de condiciones con los demás de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».

Es decir, que esto implica derogar leyes, transformar practicas, adecuar sistemas y superar complejidades que se puedan presentar como excusa para oponer un límite al ejercicio de derechos de las personas con discapacidad (ver cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. Derecho e integración, el acomodo razonable como instrumento para la igualdad material).

Considero plausible lo solicitado en el dictamen por la Sra. Asesora pues es la Constitución Nacional la que otorga la respuesta en el segundo párrafo del art. 43 cuando refiere a los derechos de incidencia colectivos referente a intereses individuales homogéneos.

Ya que la legitimidad de lo solicitado tiene un alcance general cuyo ejercicio no es ajeno al bienestar común, acomodar como ajuste razonable la exigencia del certificado de discapacidad representa un interés colectivo, representando una categoría de derecho de incidencia colectivo que refiere a intereses individuales homogéneos.

Así quedó establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “H.270, XLII Halabi Ernesto c. Poder Ejecutivo de la Nación Ley 25.873 dto. 1563/04 s/ Amparo Ley 16.986”, 24 de febrero de 2009: “que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por las circunstancias de que existan numerosas perso-

nas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien de una representación plural.

En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable”.

Tal como lo dice la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado fallo, lo solicitado por el Ministerio Público por el Sr. A. reúne los tres elementos requeridos que son brevemente: la verificación de una causa fáctica común, que la pretensión esté concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, y como tercer elemento es que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia, sino que la acción resulta procedente en los supuestos que cobra preeminencia en materias tales como el ambiente, el consumo, o la salud o afecten grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos.

**IX) Competencia:**

El principio de justicia oportuna legitima la presente resolución en el que confluyen una significativa cantidad de situaciones idénticas que padecen las personas que en razón de una discapacidad requieren de la seguridad social y les es exigido para su otorgamiento el trámite de insania y la consecuente curatela. Quien tiene el conocimiento a tiempo de la situación es el juez que resulta del trabajo en la inmediatez con las personas y donde estas acuden a la jurisdicción las más de las veces sin saber, sin conocer el derecho por el cual solicitan dicho trámite convencidos que es el modo natural de obtener un beneficio de pensión. Esta razón que hace a un interés individual homogéneo legitima que un juez con competencia en familia reúna los requisitos insoslayable del interés del Sr. A. y resuelva con un efecto erga omnes comprendido en la operatividad que impone el art. 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional.

Esta es la doctrina emanada de la causa “Halabi” tomando como argumento lo dicho por el más Alto Tribunal en cuanto a la legitimación y competencia de la suscripta para el dictado de la presente.

**X) Sistema de apoyo:**

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto por el art. 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, corresponde establecer para el Sr. A. G. un sistema de apoyo conformado

por los efectores que están trabajando socialmente en la actualidad teniendo a Cáritas en la Comisión Diocesana como eje del sistema de apoyo (ver fs. 2/9), el sistema sanitario conformado por el I.R.E.M.I. el Hospital Interzonal General de Agudos «Dr. Oscar Alende» de esta ciudad, que se complementará con la acción de la Dirección de Discapacidad y Secretaría de Desarrollo Social de la Municipalidad de General Pueyrredón.

**XI) Salvaguarda:**

El Ministerio Público y este Juzgado deberán integrar el sistema de salvaguarda que impone el art. 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad realizando el seguimiento oportuno a los efectos de que lo aquí resuelto se traduzca en un efectivo y real acceso a la justicia para el Sr. A. (los 100 Principios de Brasilia para el Acceso a la Justicia de los colectivos vulnerables, art. 25 de la Convención de Derechos Humanos, art. 75 inc. 22 de la CN y art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Por todo los fundamentos de hecho y de derecho, doctrinarios y jurisprudenciales, y lo dispuesto en los arts. 34, 36, 232, 838 y concordantes del CPCC, resuelvo: I) Hacer lugar a lo solicitado por la Sra. Asesora de Incapaces en representación de intereses colectivos de conformidad con lo dispuesto por el art. 43 párrafo segundo de la Constitución Nacional; II) Declarar que no se ajusta a los presupuestos de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad la exigencia establecida por el Decreto Ley 432/97, art. 5 inc. f); III) Ordenar al Ministerio de Desarrollo Social, Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales que adecue el certificado de discapacidad de conformidad a las Leyes 26.378 y 26.657. IV) Ordenar la eliminación de la determinación médica para establecer si la persona requiere curador en el certificado de discapacidad; V) Hacer saber al Ministerio de Desarrollo Social, Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales, que deberá realizar el ajuste razonable a los efectos ordenados anteriormente, en el art. 5 inc. f) del Capítulo II del Decreto Reglamentario 432/97; VI) Hacer saber que en caso de incumplimiento quedará sujeto al control de constitucionalidad (arts. 31, 33, 75 inc. 22 y 23, concordantes de la Constitución Nacional); VII) Ordenar como medida cautelar innovativa el otorgamiento y/o mantenimiento del beneficio previsional, sin la exigencia de la designación del curador por los motivos expuestos en los considerandos de la presente en favor del Sr. A. G. A. DNI...; VIII) Ordenar que dicho trámite debe ser otorgado de conformidad con los considerandos precedentes, sin exigencia de declaración de insania y curador al efecto de su cobro; IX) Hacer saber a dicho organismo que



el mismo tramitará personalmente o a través de quien este designe, de conformidad a las condiciones de práctica administrativa; X) Establecer de conformidad con lo dispuesto por el art. 12 de la Convención de los derechos de las Personas con Discapacidad, para el Sr A. G., un sistema de apoyo conformado por los efectores que están trabajando socialmente en la actualidad teniendo a Cáritas en la Comisión Diocesana como eje del sistema de apoyo (ver fs. 2/9), el sistema sanitaria conformado por el I.R.E.M.I. el Hospital Interzonal General de Agudos “Dr. Oscar Alende” de esta ciudad, que se complementará con la acción de la Dirección de Discapacidad y Secretaría de Desarrollo Social de la Municipalidad de General Pueyrredón; XI) Hacer saber que el Ministerio Público y este Juzgado deberán integrar el sistema de salvaguarda que impone el art. 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad realizando el seguimiento oportuno a los efectos de que lo aquí resuelto se traduzca en un efectivo y real acceso a la justicia para el Sr. A.; XII). Atento como ha sido resuelta la presente, sin imposición de costas (art. 68 del CPCC) XIII). Librese oficio de estilo. Expídase testimonio. — María G. Iglesias.

## **Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, Sala I.**

---

**Briones Blas, Nicolás s/ internación - 26/09/2013**

### **2ª Instancia. — General San Martín, 26 de septiembre de 2013.**

Autos Y Vistos:

El recurso de apelación interpuesto por la Unidad de Defensa Civil de casos de Fondo Nº 7, contra la vista conferida a dicha dependencia (providencia de fs. 30/31), en virtud de lo normado por el art. 22 de la Ley 26.657.

A través del memorial acompañado (glosado a fs. 30/31), y con sustento normativo en lo receptado en el art. 27 de la Ley 26.061, puntualiza, que la defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes allí prevista, debe ser asumida preferentemente por un letrado especializado en niñez y adolescencia y que, en caso de carecer de recursos, aquél debe ser asignado por el Estado.

En ese sentido y no existiendo en el ámbito de la Pcia. de Buenos Aires una disposición que reglamente dicha figura, concluye, que carece de legitimación para ejercer la representación requerida en autos, destacando también, que los derechos del menor se encontrarían salvaguardados por la intervención del Asesor de Menores (art. 59 del Cód. Civil).-

Señala finalmente, conforme lo establecido en la Resolución 171 del Ministerio de Desarrollo Humano, la intervención que cabría otorgar al Servicio de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes a fin de verificar la existencia de derechos vulnerados con relación al menor.

Considerando:

En la dilucidación del tema sometido a decisión de esta Alzada, y como primera aproximación a su solución, debe ponderarse, que la protección integral de los derechos fundamentales y humanos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, instituida por la Ley 26.061 y su decreto reglamentario (actualmente el Nº 415/2006), se ubica dentro de las competencias concurrentes que el sistema federal argentino habilita al Estado Nacional respecto de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y como consecuencia, configura un piso mínimo e indisponible para los estados provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,

los cuales podrán dictar sus propias normas en la materia con el objeto de ampliar el ámbito de los derechos y garantías y si un Estado Provincial no dictó una norma local de protección integral de los niños, niñas y adolescentes, la Ley 26.061 y su dec. Reglamentario, se aplican directa y obligatoriamente en dicho territorio, aunque los Estados Provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, están facultados para aplicar la normativa federal, en sede judicial y administrativa, a través de los órganos locales. Pero en el supuesto de verificarse una colisión normativa entre la norma federal y las normas locales, la antinomia debe resolverse aplicando como regla hermenéutica el principio pro homine, que conduce a la prevalencia de la norma que provea la solución más favorable a la persona humana, a sus derechos y al sistema de derechos en sentido institucional (conf. Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Directora: Cecilia P. Grosman, p. 27, Lexis-Nexis, 2006).

Al respecto, la Ley 26.061, ha establecido la garantía del debido proceso legal del niño y adolescente en su art. 27, el cual, a diferencia del que participa un adulto, tiene la característica de exigir la efectividad del ejercicio del derecho de defensa, es decir, que el proceso no puede tener otro objeto que quien tenga derecho pueda conseguir su declaración y realización. De esa manera, la garantía del debido proceso legal del menor, constituye el medio para resguardar su interés (arts. 3 y 12 CDN), y los jueces son los encargados de custodiar, activa y oficiosamente la vigencia en concreto de las garantías procesales en cada controversia, con las particularidades que la índole de los intereses tutela (ídem obra citada, págs. 51 y 53).

Cabe destacar también, que no debe confundirse la actuación del abogado con la del Ministerio Público de Menores, a quien el art. 59 del Cód. Civil le otorga la representación promiscua como parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de la persona o bienes de ellos.

Es decir, que mientras el abogado del niño es un letrado que patrocina intereses y derechos definidos por el propio niño, sin sustituir su voluntad, el Ministerio Público Tutelar, es el Representante que en todos los asuntos judiciales y extrajudiciales la ley argentina le asigna al niño para la defensa de sus derechos, en consonancia con la representación establecida en el art. 12 de la CDN.

Además dicha diferencia se aprecia claramente en el decreto reglamentario de la Ley 26.061 y su art. 27 (Nº 415/2006), al disponer, que el derecho a la asistencia letrada previsto en dicha norma, incluye

el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso judicial, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Púpilar (ídem obra mencionada, págs. 60/61).

En dicho aspecto, el decreto reglamentario N° 300/05 de la Ley 13.298, vinculada al mismo régimen de niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la Pcia. de Buenos Aires, no recepta una figura similar en el territorio bonaerense, pues el defensor allí previsto, constituye un organismo no tanto para representar a aquellos sino que hace foco en la defensa penal. El tema entonces, al no poder ser el Ministerio Púplico a través del Asesor, la otra opción que queda, sería poder apelar a la defensa pública, al Defensor de Pobres y Ausentes para que represente a un chico (según art. publicado en la Revista del Colegio de Abogados de la Pcia. de Buenos Aires, año XV, n° 36, sept. 2011, págs. 21/29).

En esta línea en un precedente jurisprudencial de la provincia —si bien vinculado a un caso de responsabilidad penal juvenil pero relacionado a la intervención de defensor que se pretendía otorgar al Asesor de Incapaces por aplicación del art. 27 de la Ley 26.061 (CCiv y Com Mar del Plata, sala III, del 19/4/12, R., J.M.; M.A.; G.N.; C.,S.L. s/ protección de persona)— se expuso en relación al tema, que resultaba incompatible, que un Asesor de Incapaces, defienda en un mismo proceso, los intereses particulares del niño en el rol de abogado del niño y por otro lado, por intermedio de otro funcionario, en el rol de Asesor, dictamine de acuerdo a lo que el percibe como más conveniente para el niño, es decir, dictamine conforme a derecho y al interés superior del niño (art. 3 de la CDN).

A su vez y en correlación con lo expuesto hasta aquí, el art. 22 de la Ley Nacional N° 26.657 de Salud Mental, actuable en el sub lite a raíz de la internación en curso, establece, el derecho de la persona internada involuntariamente —asimilándose a los menores e incapaces según el art. 26— a designar un abogado y en el caso que no lo hiciera, el Estado debe proporcionarle uno desde el momento de la internación.

Se observa así, que se pretende garantizar la efectividad del derecho de defensa desde la internación, ya sea a través de un letrado particular o a través de la defensa pública. Y 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 (conf. FAMÁ, M. V.- HERRERA, M. – PAGANO, L. M., Salud Mental en el derecho de familia – Addenda de actualización, pp. 46/48, Ed. Hammurabi).

En conclusión, sin perjuicio de reconocerse la ausencia de normas

específicas que contemplen la figura del defensor del niño en jurisdicción de la Pcia. de Buenos Aires, para supuestos de internaciones de menores en el marco de la Ley 26.657, no resulta óbice, a la luz de las pautas mínimas que deben respetarse y que surgen de la Ley 26.061, que las facultades y deberes asignados a aquél, sean asumidos por el Defensor Oficial, cuyo marco de actuación deberá atender, en lo que sea aplicable, lo normado por el Acuerdo 1990 de la Suprema Corte Provincial, sobre asistencia en el régimen de internación.

Finalmente, y en relación a la intervención requerida al juez de grado, con sustento en la Resolución 171 del Ministerio de Desarrollo Humano, del Servicio de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, corresponde su oportuno análisis en la instancia de origen, atento exceder los límites de conocimiento de la cuestión planteada (art. 272 del CPCC).

Por ello, con las precisiones señaladas, se confirma la intervención otorgada a la Defensoría Oficial. Regístrese. Previo pase a la Asesoría a los fines de su notificación (art. 135 in fine del CPCC). Devuélvase. — Carlos Aníbal Rodríguez — Diego Rosendo Monferrer.

## Juzgado de Familia Nº 7, Bariloche.

---

N. V. E. s/ hábeas corpus - 05/02/2014

1ª Instancia.— San Carlos de Bariloche, febrero 5 de 2014.

Resulta: Que con el patrocinio letrado de la Dra. R. M., se presenta la Sra. ... e interpone acción de hábeas corpus preventivo, fundado en el art. 43 último párrafo de la Constitución Nacional, 43 de la Constitución Provincial, Ley Nacional 23.098 y provincial 3368.

Fundamenta su planteo en las reiteradas internaciones involuntarias de que ha sido objeto en el Servicio de Salud Mental del Hospital local.

Afirma estar en situación de extrema vulnerabilidad y tener a cargo dos niños, con quienes vive en el mismo terreno que su padre y hermanos. Dice haber padecido violencia de parte de estos.

Afirma que recibe medicación forzada por su padre, la que le es proporcionada por el Servicio de Salud Mental del Hospital.

Que dicha medicación le produce desgano, hemorragias, bajas de presión, convulsiones, entre otros síntomas.

Se remite y cita informe del Cuerpo Médico Forense de fecha noviembre del año 2012 del que surge que no padece patología mental alguna. Dicho informe hace hincapié en que la situación de su parte tiene origen en su actitud de alarma y ansiedad por haber padecido hostigamiento, desvalorización, imposiciones arbitrarias, etc.

Relata que estuvo internada en 2012 por una semana y que ante otro episodio de pelea con su padre, este llamó a la ambulancia, ingresando la Dra .... y una operadora a la vivienda, oportunidad en que le suministraron alopídol y la internaron durante 13 días.

Remarca que de acuerdo a lo dispuesto por la Ley 26.657 la capacidad de las personas se presume, y cuestiona que no se cumplieron las disposiciones de la Ley 2440.

Entiende que sus derechos han sido conculcados y que sufre tanto de parte de la Dra como de su familia, amenaza de nuevas internaciones.

Por tal motivo funda la acción de habeas corpus preventivo denunciando el accionar ilegítimo del Servicio de Salud Mental del Hospital.

Ofrece prueba y funda en derecho, citando doctrina.

A tenor de la normativa constitucional, se cursó oficio al Servicio de Salud Mental del Hospital a fin de que informe respecto de las circunstancias apuntadas por la Sra. N en la demanda, con remisión de su historia clínica.

Se requirió además un amplio informe social en el domicilio de la actora e, informe actualizado al Cuerpo Médico.

Se llevó a cabo una entrevista personal con la Sra. N., conforme se aprecia a fs. 137. Y

Considerando:

Que la acción de hábeas corpus regulada en las Cartas Magnas Nacional y Provincial, se encuentra reglamentada en la órbita provincial, por la Ley 3368.

El art. 1 de dicha norma determina que el pedido de hábeas corpus procede contra toda acción u omisión que directa o indirectamente, de modo actual o inminente, en forma ilegal o arbitraria, causare cualquier tipo de restricción o amenaza a la libertad.

Los derechos humanos fundamentales, de acuerdo a Carlos Nino, derivan de tres principios combinados, que como se verá, se encuentran en juego en esta causa.

“Uno es el principio de inviolabilidad de la persona, que prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficia a otros individuos; el segundo principio es el de autonomía de la persona y él asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia (...); el tercer principio, el de dignidad de la persona, prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control” (NINO, Carlos Santiago, “Ética y Derechos Humanos”, Astrea, 2<sup>o</sup> Reimpresión 2007, pág. 46)

El art. 75 inc. 22 de la Constitución de la República, que incorporó con rango constitucional los instrumentos de derechos humanos, aporta múltiples elementos en relación a las garantías de libertad.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su art. 8<sup>o</sup> consagra el derecho de toda persona un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley; y en su artículo siguiente declara que nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

La Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre en su art. XXV establece que todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida, y a ser juzgado sin dilación injustificada, o de lo contrario a ser puesto en libertad.

El Pacto de San José de Costa Rica por su parte establece que toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sin demora sobre la lega-

lidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales.

Las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad —que nuestra Pcia. ha incorporado a la legislación positiva como Anexo II de la Ley 2430— incluye expresamente como grupos vulnerables a quienes sufren padecimientos o discapacidad de índole mental, a lo que se suma en el caso de la Sra. N., su condición de género y pobreza.

Este plexo de reglas, fueron dictadas con la pretensión de “...contribuir de manera eficaz a la mejora de las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” (Exposición de Motivos) y determinan que resulta fundamental la asistencia legal y defensa pública de la población vulnerable.

La Regla 10 (23) equipara —en lo que a consecuencias y dificultades se refiere— todo tipo de privación de libertad, ya sea ocasionada por la investigación de un delito, por cumplimiento de una condena penal o por una enfermedad mental.

La situación que plantea la Sra. N. debe ser evaluada en los términos no solo de la tutela constitucional de la libertad, sino también bajo el prisma de la Ley 26.657 que determina las condiciones de procedencia de la internación involuntaria que de acuerdo a las constancias de la Historia Clínica de la interesada, no fueron cumplidas en legal forma.

En primer lugar quiero señalar que efectivamente la actora ha padecido al menos dos episodios de crisis que demandaron su internación.

El informe social de fs. 11/12 así como el de fs. 142 dan cuenta de que la presentante tiene una comprensión parcial de sus limitaciones y que demanda gran apoyo familiar e institucional. Los informes del Cuerpo Médico Forense deben ser apreciados y valorados en su justa medida, toda vez que fueron elaborados luego de los episodios críticos aludidos.

No obstante ello, de los informes de ambos cuerpos auxiliares (Servicio Social y Cuerpo Médico) se desprende la necesidad de dar un abordaje a la situación que incluya a la familia y tenga carácter interdisciplinario.

Ahora bien, sin entrar a discutir la necesidad y razonabilidad de las internaciones dispuestas de hecho, resulta inexcusable que no se haya dado cumplimiento a las disposiciones de la Ley 26.657 en materia de internaciones —art. 16— y en particular de internaciones involuntarias —art. 20—.

La actuación del Servicio de Salud Mental soslayó los derechos de la paciente, puntillosamente descriptos en el art. 7° de la ley, entre los



que se encuentra el de recibir asistencia y de tomar decisiones en relación al propio tratamiento.

El art. 20 demanda dictamen profesional del servicio asistencial que realice la internación, con determinación de riesgo cierto e inminente, firmado por dos profesionales de diferentes disciplinas que no tengan relación de parentesco, amistad o vínculos económicos con la persona; uno de los cuales debe ser psicólogo o psiquiatra.

La internación debe ser la única alternativa eficaz subsistente y deben informarse las instancias previas implementadas (art. 20).

En lo que hace a los requerimientos legales el art. 21 de la norma nacional de orden público, dispone que la internación involuntaria debe notificarse obligatoriamente y de modo urgente al juez competente y al órgano de revisión, debiendo agregarse a las 48 hs. las constancias previstas en el artículo anterior.

La falta de notificación para contralor de la legalidad de la medida y garantía del derecho de defensa hace procedente el planteo e ilegal la internación, la que se convierte lisa, llana y automáticamente en privación ilegítima de la libertad.

La intervención judicial garantiza la designación de representante legal y el contralor de la medida, así como que su duración sea la más breve que el paciente requiera. Si se suprime el contralor, se incurre en violación de un derecho fundamental del paciente y en un delito.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho en 2006, en la causa “Ximenes Lopes c. Brasil”:

“Las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad.

Con relación a la salvaguarda de la vida y la integridad personal, es necesario considerar que las personas con discapacidad que viven o son sometidas a tratamientos en instituciones psiquiátricas, son particularmente vulnerables a la tortura u otras formas de trato cruel, inhumano o degradante. La vulnerabilidad intrínseca de las personas con discapacidades mentales es agravada por el alto grado de intimidad que caracteriza los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas, que torna a esas personas más susceptibles a tratos abusivos cuando son sometidos a internación.

En los entornos institucionales, ya sea en hospitales públicos o privados, el personal médico encargado del cuidado de los pacientes,

ejerce un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. Este desequilibrio intrínseco de poder entre una persona internada y las personas que tienen la autoridad, se multiplica muchas veces en las instituciones psiquiátricas. La tortura y otras formas de trato cruel, inhumano o degradante, cuando infligidas a esas personas afectan su integridad psíquica, física y moral, suponen una afrenta para su dignidad y restringen gravemente su autonomía, lo cual podría tener como consecuencia agravar la enfermedad.

Todas las anteriores circunstancias exigen que se ejerza una estricta vigilancia sobre dichos establecimientos. Los Estados tienen el deber de supervisar y garantizar que en toda institución psiquiátrica, pública o privada, sea preservado el derecho de los pacientes de recibir un tratamiento digno, humano y profesional, y de ser protegidos contra la explotación, el abuso y la degradación.

La atención de salud mental debe estar disponible a toda persona que lo necesite. Todo tratamiento de personas que padecen de discapacidades mentales debe estar dirigido al mejor interés del paciente, debe tener como objetivo preservar su dignidad...”

Ahora bien, debo considerar que la Ley Nacional de Salud Mental entró en vigencia en el mes de diciembre de 2010, y que desde esa fecha no fue reglamentada en territorio provincial. Al día de hoy, todavía existen dudas acerca de la modalidad de implementación, así como su convivencia con la norma 2440, que a criterio de la suscripta, ha sido superada por la nacional, de orden público.

Tampoco fue puesto en funcionamiento el órgano de revisión multidisciplinario creado en el art. 38 de la norma nacional.

Es evidente que la falta de apego a la ley no solo le es imputable a las autoridades sanitarias locales, por lo cual corresponde también requerir por medio del Superior Tribunal de Justicia, la implementación integral de la ley.

Por lo expuesto, fallo:

1) Hacer lugar al hábeas corpus preventivo interpuesto por la Sra. V. E. N., haciendo saber a las autoridades del Hospital Ramón Carrillo, así como a la Dra. que deberá ajustar toda internación involuntaria a las disposiciones de la Ley Nacional de Salud Mental 26.657 bajo apercibimiento de dar intervención a la Justicia Penal por incumplimiento de los deberes de funcionario público y privación ilegítima de la libertad de aquellos pacientes que sean internados involuntariamente sin control de legalidad por autoridad judicial.

Por los incumplimientos señalados, el Servicio de Salud Mental deberá designar en el plazo de 10 días, un nuevo equipo profesional

interdisciplinario, que asista a la Sra. N.

2) Rechazar el pedido de supervisión de tratamiento por parte del Cuerpo Médico Forense por tratarse una función que excede las tareas de los Cuerpos Técnicos Auxiliares.

3) Librar oficio al Superior Tribunal de Justicia a los fines de requerir su digna intervención para la puesta en marcha del órgano de revisión del Capítulo X de la Ley 26.657 así como la reglamentación de la ley en territorio provincial, poniéndose en conocimiento lo aquí resuelto con envío de copia.

4) Protocolícese. Notifíquese.— María Marcela Pájaro.

## Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J.

---

M., M. Á. s/ insania - 20/02/2014

### 2ª Instancia.— Buenos Aires, febrero 20 de 2014.

Considerando:

Las presentes actuaciones se reciben en este tribunal a los efectos de conocer acerca del recurso interpuesto a fs. 438 por la Curadora Pública, contra la sentencia de fs. 431, concedido a fs. 439.

Presenta memorial a fs. 441/448. El decisorio en crisis declara la rehabilitación del causante Sr. M. A. M., DNI ...; dispone el cese de la curatela dispuesta en autos y designa al Curador Público para establecer un sistema de apoyo para los actos de disposición que realice el Sr. M.

A fs. 454/455 obra el dictamen de la defensora de Menores e Incapaces de Cámara, quien adhiere al recurso impetrado por la Curadora Pública y pide que se revoque la resolución apelada.

La Curadora se agravia por cuanto no se cumplió con la normativa del debido proceso vigente en virtud del art. 18 de la Constitución Nacional y con lo previsto por el art. 635 del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación en virtud de no haberse abierto las actuaciones a prueba, no haberse efectuado la pericia del Cuerpo Médico Forense, ni la debida designación de Curador Provisorio para la defensa técnica de las capacidades del Sr. M. Á. M.

También impugna su designación como Curadora de apoyo toda vez que el causante fue rehabilitado, no teniendo a la fecha ni declaración de insania ni de inhabilitación alguna que pesen sobre su persona, por lo que, conforme a la sentencia apelada de fs. 431, es capaz.

En la especie se advierte que las actuaciones fueron iniciadas el 20/07/2001, a instancias de la madre del causante, tal como surge de fs. 1/6.

Habiendo pedido a fs. 128 vta. la defensora de Menores e Incapaces de Cámara la apertura a prueba de la causa, se observa que a fs. 132/132 vta. se ordenó la misma, disponiéndose que el Curador Público designado provisoriamente encomendase a los asistentes sociales de la Dependencia a su cargo la elaboración de un informe socio ambiental del causante conforme parámetros allí detallados así como se requirió que el Cuerpo Médico Forense emitiera dictamen suscripto por tres médicos psiquiatras. El informe social, fechado el 19/12/2001 obra a fs. 136/138.

Por su parte, el dictamen del Cuerpo Médico Forense, de fecha 28/02/2002, agregado a fs. 143/144, concluye que el causante, a la fecha, padece Síndrome Esquizofrénico Descompensado, estado compatible con una enfermedad mental en el sentido establecido en el art. 141 del Cód. Civil. Agrega que el pronóstico es malo, atento a la cronicidad del cuadro; que es aconsejado un régimen de tratamiento psiquiátrico permanente; que no es necesaria su internación. Finalmente, sugiere una frecuencia de periodicidad de exámenes de al menos dos veces por año.

Es así como, a fs. 189 la a quo declara el 16/07/2002 la incapacidad del causante, en los términos del art. 141 del Cód. Civil, sentencia confirmada por este tribunal a fs. 200, el 12/12/2002.

Se observa que a fs. 232/233; 275/276; 313 obran otros dictámenes emitidos por el Cuerpo Médico Forense que mantienen las mismas conclusiones respecto de la salud mental del causante, en tanto el último dictamen obrante a fs. 344/345 efectuado el 17/11/2008, concluye nuevamente que el estado del Sr. M. encuadra dentro del art. 141 del Cód. Civil.

En orden a las demás constancias de autos, considerando el propio pedido del causante efectuado a fs. 366 de que se tuviera por desistida la denuncia de insania así como el pedido de rehabilitación efectuado por la Curadora Pública a fs. 389/390, no obstante el informe emitido a fs. 414/423 por los médicos de la Dirección Nacional de Salud Mental y de Adicciones dependiente del Ministerio de Salud, entendemos que en autos no se ha dado cumplimiento a lo estipulado por los arts. 626; 631 y art. 635 del Cód. Procesal.

Éste último citado estipula 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”.

Al respecto es oportuno recordar que la reforma que efectuara la Ley 26.657 al Cód. Civil, no deroga el art. 635 del Cód. Procesal y tiene por fin proteger a quien tiene un padecimiento mental para que éste no sea considerado un estado inmodificable.

De la ley de Salud Mental surge la reforma introducida en el art. 152 ter del Cód. Civil que prevé que: “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 en virtud del cual, tanto la declaración de incapacidad como la de inhabilitación se deben fundar en dictámenes emanados de facultativos”.

De modo, que a los fines de asegurar operatividad de los derechos humanos en lo pertinente, —arts. 8º y 25 de la Convención Americana, art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 9º y 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—, así como las previsiones contempladas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la Ley 26.378 (LXVIII-C, 2240), consideramos que corresponde hacer lugar a los agravios expresados.

Atento a lo manifestado, el tribunal resuelve:

Revocar la sentencia de fs. 431 y encomendar a la a quo que dé cumplimiento a lo previsto por el art. 635 del Cód. Procesal, disponiendo la apertura a prueba del sub examine y la intervención al Cuerpo Médico Forense.

Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Sup. (art. 4º de la Acordada 15/13 de la C.S.J.N. e inc. 2º de la Acordada 24/13 de la C.S.J.N) y devuélvanse las actuaciones al Juzgado de trámite, donde deberán notificarse la recepción de las mismas y el presente fallo en forma conjunta (art. 135, inc. 7º del Cód. Procesal).

Previo a todo: dése vista a la Defensora de Menores e Incapaces de Cámara a los fines de que se notifique de autos. — Marta del Rosario Mattera — Beatriz Verón — Zulema Wilde.

## **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B.**

---

**C Q E T D J s/ artículo 152 ter. Código Civil - 07/03/2014**

### **2ª Instancia.— Buenos Aires, marzo 7 de 2014.**

Vistos y Considerando:

I. Las presentes actuaciones fueron elevadas en los términos de los arts. 253 bis y 633 in fine, Cód. Proc. Civil.

A fs. 117/118 la magistrada de grado declaró la interdicción civil de la causante y dicho pronunciamiento fue notificado a fs. 126/127 a la denunciada, a f. 134 al curador oficial, a f. 135 a la defensora de Menores e Incapaces de Primera Instancia y a fs. 123/124 a la curadora definitiva.

II. Analizadas detalladamente las constancias de autos, a los fines previstos en las citadas normas, coincide el Tribunal con lo que ha sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la defensora de Cámara de fs. 141/142, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir por razones de brevedad.

III. Sin perjuicio de ello, corresponde dejar aclarado el alcance y contenido de la sentencia, en el sentido que la causante de autos ha sido declarada incapaz, en los términos del art. 141, CCiv., para dirigir su persona, además de para administrar y disponer de sus bienes. Esta aclaración se realiza, toda vez que si bien ello surge de los considerandos de la resolución de fs. 117/118, luego fue omitido explicitarlo en la parte dispositiva.

Asimismo, con relación a los tres años que fija la sentencia en consulta como límite de la interdicción de la Sra. C. Q. (ver “resuelvo” del fallo), este Tribunal entiende, en sintonía con los instrumentos internacionales de derechos humanos (“Declaración de los Derechos del Retrasado Mental”, “Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, “Principios aprobados por Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales”, entre otros) y en armonía con el resto del ordenamiento jurídico interno, que el término de tres años previsto en el art. 152 ter, CCiv. deberá interpretarse en el sentido de que la norma obliga a revisar dentro de ese plazo los alcances de la sentencia dictada (lo que implica un reexamen de la situación de la declarada incapaz), a fin de determinar si ese pronunciamiento se adecua a las actuales circunstancias de la causante. De ello se sigue que la norma establece una pauta de regularidad en el

control, de repaso de las causas que dieron motivo a la restricción de la capacidad. Por lo que de ningún modo puede entenderse como que opera la caducidad de la sentencia de incapacidad (en este sentido, Giavarino, Magdalena B., “El alcance temporal del estatus jurídico del padecimiento mental. El nuevo art. 152 ter de la ley 26.657”, LL 2011-D-567; Olmo, Juan Pablo - Pinto Kramer, Pilar María, “Comentario a la ley nacional de salud mental 26.657”, publicado en Anales de Legislación Argentina, Año LXXI, n. 11, 2/5/2011, p. 1, y [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar); y Guahnon, Silvia- Seltzer, Martín, “La sentencia en los juicios de insania e inhabilitación, a la luz de la nueva ley de Salud Mental”, DJ del 29/6/2011, p. 93. Ver, esta sala B, in re “P., A. B. s/insania, del 4/10/2012, expte. 59.357/2001).

Dicha interpretación es la que mejor se condice con la protección de los derechos personalísimos de las personas con padecimientos mentales, y con ese “plus” de derechos que le corresponden por su situación de vulnerabilidad.

IV. En consecuencia, encontrándose cumplido el objeto de la intervención que le incumbe a este Tribunal de alzada y de conformidad con lo requerido por la defensora de Cámara, corresponde confirmar la sentencia de fs. 117/118, con las aclaraciones formuladas en el considerando tercero, lo que así se decide. Regístrese y publíquese (Ac. CSJN 24/2013).

Por último, hágase saber al Juzgado de origen lo que surge del punto V. del dictamen de la magistrada ut supra mencionada. Mauricio L. Mizrahi — Claudio Ramos Feijóo — Omar L. Díaz Solimine.



## **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J.**

---

**C., A. M. s/ art. 152 ter. Código Civil - 25/03/2014**

### **2ª Instancia.- Buenos Aires, 25 de marzo de 2014.**

Considerando: I. Llegan estas actuaciones al tribunal en consulta, tal como lo dispone el artículo 633 del Código Procesal y en virtud del recurso de apelación por la Sra. Curadora Oficial, contra el decisorio de fs. 522/522 vta.

A fs. 542/543 obra el memorial de agravios de la Curadora Pública apelante y, a fs. 547/548, luce el dictamen del Ministerio Pupilar ante esta Alzada, donde, por iguales fundamentos a los esbozados por la Curadora, propicia la realización de un nuevo informe interdisciplinario del causante.

II. Es menester, entonces, poner de resalto en primer lugar, que en la resolución elevada en consulta, la magistrada de grado decide mantener el encuadre jurídico de la sentencia de incapacidad dictada a fs. 190/190 vta., en los términos del artículo 141 del Cód. Civil, en tanto la causante, sin la debida protección, no tiene capacidad para realizar actos de disposición, ni de administración de sus bienes, ni es apta para ejercer actos extrapatrimoniales.

Contra esta decisión dirigen sus críticas la Defensora de Menores e Incapaces de Cámara y la Curadora Oficial designada, en tanto se resolvió sobre la necesidad de mantener los efectos de la sentencia de incapacidad civil en base a un informe de larga data, no se anotició del inicio de la revisión de la sentencia y, en tales condiciones, se violentó la aplicación del artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

III. En cuanto concierne a la cuestión que nos ocupa, deviene prudente recordar que el 25 de noviembre de 2010 se sancionó la Ley 26.667 de Derecho a la Protección de la Salud Mental que, a más de disponer la sustitución del artículo 482 del Cód. Civil, incorpora la reforma al artículo 152 ter del Cód. Civil, en virtud del cual, tanto la declaración de incapacidad como la de inhabilitación, se deben fundar en dictámenes emanados de facultativos conformados por evaluaciones interdisciplinarias; y que la sentencia deberá en uno y otro caso especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible, por lo que este criterio, válido respecto del proceso de inhabilitación previo a la reforma, se

extiende ahora al de interdicción por demencia o sordomudez, con lo que tanto el interdicto como el inhabilitado gozan de plena capacidad de hecho y derecho salvo en los actos y funciones que el juez limite.

Como vemos, la norma citada dispone que el examen de facultativos que debe estar conformado por evaluaciones interdisciplinarias, evidentemente, llevado a cabo por un equipo interdisciplinario integrado por profesionales técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente, de las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes (conf. art. 8° Ley 26.657).

A su vez, la Ley de Salud Mental dispone que esta evaluación —que tiene como función la de actuar como garantía de un pronunciamiento que incidirá en una cuestión tan trascendental como lo es la vinculada con la capacidad de obrar de las personas, con el fin de proteger a quien se ve afectado por un padecimiento mental, para que éste no sea considerado un estado inmodificable—, no podrá extenderse por más de tres años (conf. art. 152).

Si bien ello no significa que el citado artículo 142 imponga al tribunal la decisión de los peritos, la norma sí indica la necesidad de que el magistrado se pronuncie habiendo necesariamente valorado ese medio probatorio, que es el que aparece objetivamente como el más idóneo para el objeto de la investigación. Es esa la garantía para el denunciado: la necesidad de la pericia y no el contenido de sus conclusiones.

Partiendo de esta premisa, cuando el informe interdisciplinario ameritado por la a quo para efectuar la revisión de la sentencia —dictada el 2 de agosto de 2013—, data del año 2011 (ver fs. 474/476), debe revocarse la resolución recurrida y elevada en consulta, pues no armoniza con lo dispuesto por la normativa apuntada.

Adviértase que lo decidido redundará en un mayor provecho y beneficio para la causante, pues el informe actualizado ilustrará sobre la verdadera posibilidad de optar por la medida menos restrictiva de la libertad y de la capacidad de aquélla y el mayor respeto a su dignidad y autonomía, en sintonía con el principio *pro homine* que impone dar preeminencia a la hermenéutica que más derechos acuerde al ser humano; contemplado en el artículo 4, párrafo 4to., de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, mediante el cual se resuelven problemas de interpretación derivados de la existencia de normas contradictorias, aplicando siempre la disposición más favorable respecto del derecho invocado (conf. Villaverde, María S., “Tutela procesal diferenciada de las personas con discapacidad. Claves para su reforma procesal”, *Revista de Derecho Procesal de*

Rubinzal Culzoni, “Tutelas diferenciadas”, II, Santa Fe, 2009-1, pág. 287-328).

En mérito a lo considerado y concordemente con lo dictaminado por el Ministerio Pupilar, en orden a lo normado por la Ley 26.657, se resuelve: 1) Admitir el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Curadora Oficial y, en consecuencia, disponer que en la instancia de grado se lleve a cabo una nueva evaluación interdisciplinaria por medio de los profesionales que reúnan los requisitos de idoneidad que se estimen para tal efecto y, en base a su resultado, se adecue el decisorio de fs. 522/523 a los términos de la referida ley. — Marta R. Mattera — Zulema Wilde — Beatriz Verón.

## **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B.**

**M., M. L. - 08/04/2014**

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 8 de 2014.

Considerando: I. Por recibidas las actuaciones. Proveyendo al pedido de audiencia agregado a fs. 206: estése a lo que aquí se resolverá.

II. Las presentes actuaciones fueron elevadas a este Tribunal para resolver el recurso de apelación planteado por la causante —en forma subsidiaria— contra la decisión del juez de grado de que se le practique la evaluación interdisciplinaria dispuesta en el art. 142 del Cód. Civil. A fs. 185/187 lucen agregados los argumentos vertidos por la Sra. M., y a fs. 205 se encuentra glosado el dictamen de la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara, quien propició la confirmación de la resolución en crisis.

La recurrente se queja de que el magistrado de la anterior instancia haya basado su fallo en forma exclusiva en la denuncia formulada por una persona con quien ella mantuvo un conflicto judicial, sin que se haya aportado prueba alguna de los hechos afirmados. La representante del Ministerio Público ante esta Alzada, por su parte, sostuvo que en base a las constancias agregadas al expediente desde su inicio consideraba que la medida dispuesta por la jueza de grado era oportuna a los fines de salvaguardar los derechos y garantías consagrados en la Ley 26.657.

Así las cosas, a los fines de resolver la apelación planteada, cabe referirse a la tramitación del expediente que, vale la pena resaltarlo, se remonta a más de diez años atrás.

III. Destácase de modo preliminar que el tribunal de apelación no se encuentra obligado a seguir a los litigantes en todas sus argumentaciones, ni a refutar éstas una por una, en tanto posee amplia libertad para ordenar el estudio de los hechos y de las distintas cuestiones planteadas. Vale decir, que es facultad de los jueces asignar a aquellos el valor que corresponda, seleccionando lo que resulte decisivo para fundar la sentencia. Esto significa que la Sala podrá prescindir de los planteos que no sirvan para la justa solución de la litis.

IV. Estas actuaciones fueron iniciadas en el año 2002 a requerimiento de la jueza de instrucción M. C. B., en razón de haber sido M. L. M. declarada inimputable en el proceso penal que se le siguió por amenazas y defraudación por retención indebida. En consecuencia, y

por entender la señalada magistrada que la aquí denunciada era potencialmente peligrosa para sí y para terceros, le impuso con fecha 18/10/2002 la medida de seguridad de internación en la Unidad N° 27 del Servicio Penitenciario Federal. A su vez, ordenó el giro de las actuaciones a esta Cámara a los efectos del art. 482 del Cód. Civil.

Conforme a lo oportunamente dispuesto, la causante fue examinada por el Cuerpo Médico Forense, concluyendo los galenos intervinientes que M. L. M. era “una enferma mental demente en sentido jurídico, portadora de un síndrome delirante persecutorio” (ver fs. 25). El Ministerio Público de la Defensa, al ser anoticiado de ello, promovió juicio de declaración de incapacidad en los términos del art. 141 del Cód. Civil. El día 21/04/2003 el Juzgado de Ejecución Penal N° 2 (órgano de control de la medida de seguridad) ordenó el traslado de la causante al Hospital ..., sin que se verificara más actividad en este proceso.

Tiempo después, sin que se haya proseguido el trámite iniciado por el ministerio público, y debido al cese de la medida de seguridad impuesta en su oportunidad, el titular del Juzgado de Ejecución Penal N° 2 resolvió ceder el control y la supervisión del tratamiento de la Sra. M. a la a quo, adjuntando informe psiquiátrico del médico forense Dr. D. (h) confeccionado el 12/08/2008; esto es, seis años después de la declaración de inimputabilidad ya referenciada (ver fs. 63). El experto señalado concluyó que la Sra. M. presenta un “cuadro clínico compatible con trastorno limítrofe de la personalidad”, en virtud del cual requería la realización de un tratamiento psiquiátrico psicológico “a fin de evitar descompensaciones de su precario equilibrio psíquico” (ver fs. 64/66). A su vez, informó que los rasgos típicos del trastorno que presentaba la causante eran, entre otros, impulsividad potencialmente autodestructiva, inestabilidad afectiva, rabia intensa con dificultad para su control y, transitoriamente, ideación paranoide (ver fs. 64/66).

En virtud del citado informe, desde el mes de febrero de 2009 —es decir, hace más de cinco años— el Defensor de Menores e Incapaces interviniente requirió en forma reiterada que se efectuara una evaluación de la Sra. M., peticiones que fueron acogidas por el Juzgado pero sin que pudiera llevarse a cabo la diligencia por resistencias de la denunciada. En diciembre de 2012, la ahora recurrente presentó un certificado médico que sostenía que no había necesidad de internación (ver fs. 158); lo que motivó que el magistrado del Ministerio Público desistiera de su petición y propiciara el archivo de las actuaciones.

Ahora bien, con fecha 18/11/2013 se presenta en las actuaciones la Sra. N. G. P. y denuncia haber sido objeto de un ataque físico por parte de la causante en las inmediaciones del asiento del juzgado ci-

vil en el que tramitaba un proceso que las involucraba. En virtud de ello, requiere la evaluación e internación de la Sra. M. por entender que presenta un padecimiento de salud mental que la haría peligrosa para sí y para terceros. Ante este panorama, el Defensor de Incapaces de la anterior instancia reanudó la requisitoria de que se evalúe a la apelante, lo cual fue favorablemente proveído por la a quo y originó el recurso en trámite.

V. En este estadio de nuestro examen, cabe hacer referencia a la normativa que rige la cuestión; pues desde la promoción de estos actuaciones se han llevado a cabo reformas legislativas que se revelan cruciales a los fines de determinar la suerte del recurso. Es que la sanción de la Ley 26.657 plasmó normativamente el cambio de paradigma en el tratamiento legal de las personas con padecimientos de salud mental; el que ya había sido anticipado jurisprudencialmente por nuestro Máximo Tribunal al expresar que “la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales de por sí vulnerables a los abusos, crea verdaderos ‘grupos de riesgo’ en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales... En esta realidad, el derecho debe ejercer una función preventiva y tuitiva de los derechos fundamentales de la persona con sufrimiento mental, cumpliendo para ello un rol preponderante la actividad jurisdiccional” (CSJN, 19/02/2008, “R., M. J. s/ insania”, Fallos: 331:211).

En concreto, se produjo mediante el dictado del referido ordenamiento la adecuación de la legislación interna a la normativa internacional que, como integrante del llamado “bloque de constitucionalidad federal” integrado por la Constitución Nacional y los tratados con igual jerarquía conforme art. 75 inc. 22, devino obligatoria. Entre dichos instrumentos se encuentra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en nuestro país por la Ley 26.378, que estableció un nuevo paradigma en el modo de concebir a las personas con padecimientos mentales, alejado del viejo modelo manicomial y que asume la enfermedad mental como una afección psicosocial. Así, se incorpora al Cód. Civil el artículo 152 ter, que prevé un régimen de gradualidad de la capacidad civil y modifica las categorías estancas de la incapacidad absoluta o de la inhabilitación civil de los artículos 141 y 152 del mismo cuerpo legal. El nuevo sistema armoniza y se encuentra en consonancia con lo que prevé la Convención mencionada, que pone el acento en los derechos humanos que asisten a los discapacitados mentales por lo que deben ser tratados con humanidad y con el respeto inherente a su naturaleza humana; por lo que cualquier conflicto que eventualmente pudiera presentarse habrá de ser

examinado a la luz de sus directivas, con la amplitud y las pautas que surgen de ella (Benavente, María Isabel, “El juicio de incapacidad y las reglas procesales adecuadas. Una deuda pendiente.”, DFyP2013 (septiembre), 249, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2013 (diciembre), 15).

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que “[t]oda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos”. De ahí que señaló que es deber del Estado “la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad” (CIDH, 04/07/2006, “Ximenes Lopes v. Brasil”, LA LEY Online AR/JUR/11786/2006). Es por ello que esta Sala considera que el abordaje jurisdiccional de la protección de derechos del padeciente de problemas de salud mental debe estar dirigido a su mejor interés y tener como objetivo preservar su dignidad, reducir el impacto de la enfermedad y mejorar su calidad de vida. En esa inteligencia, la ley establece como derechos de las personas con padecimiento mental los de recibir atención sanitaria y social integral y humanizada; de que se le proporcione un tratamiento con la alternativa terapéutica más conveniente y que menos restrinja sus derechos y libertades; y a ser informado de todo lo inherente a su salud; así como —dentro de sus posibilidades— a poder tomar decisiones relacionadas con su atención.

En definitiva, y como se puede apreciar de la breve reseña formulada, la legislación imperante en lo referido a los padecientes mentales se ha alejado de la meta de aislamiento o internamiento de los enfermos para pasar a priorizar su resguardo, siempre asegurando el efectivo goce de sus derechos; obligación que, en particular, recae sobre el Estado, por constituir aquéllos un colectivo vulnerable que se enfrenta al estigma, la discriminación y la marginación.

VI. En el presente caso, como vimos, diversos funcionarios judiciales han enervado la jurisdicción a fin de procurar para la Sra. M. el amparo que la reseñada normativa otorga a las personas con padecimientos mentales. Es que, como bien señala la Sra. Defensora de Cámara en su dictamen, el proceso de insania persigue como finalidad principal resguardar y proteger a la persona en cuestión; y aún cuando es cierto que todo proceso que compromete la plena capacidad mental o psicosocial produce, como regla, una situación de vulnera-

bilidad personal, social y jurídica que conlleva una fuerte afectación de la dignidad humana (Kraut, Alfredo J. y Diana, Nicolás, “Sobre la reglamentación de la Ley de Salud Mental”, LA LEY, 08/07/2013, pág. 1, y sus citas), también lo es que muchas veces los trastornos mentales pueden afectar las capacidades de toma de decisión de las personas, volviéndose absolutamente necesaria la asistencia para garantizar que no se infrinjan sus derechos.

Recuérdese al respecto que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Ley N° 26.378), la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Ley N° 25.280) y la Ley N° 26.657 de Salud Mental tienen como ejes no solo el reconocimiento, en cuanto sea posible, del ejercicio de la capacidad jurídica, sino también la implementación de mecanismos de apoyo, salvaguardas y ajustes razonable, tendientes a que quienes están afectados por estos padecimientos puedan gozar de sus derechos en iguales condiciones que los demás (CSJN, 12/06/2012, “B., J. M. s/insania”, La Ley Online AR/JUR/23570/2012).

En la inteligencia apuntada, esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en el sentido de que en los casos en que intervienen pacientes mentales la indisponibilidad del derecho sustancial debatido supone que tales procesos civiles son, por necesaria consecuencia, plenamente inquisitivos, con la virtualidad que ello apareja; o sea, que acontece “la supresión del carácter dispositivo del proceso en todas sus manifestaciones”, asimilándose a la protección especial que se aplica cuando se encuentran niños involucrados (conf. esta Sala B, in re “Z., D. M. S/ INHABILITACIÓN”, R. 621.923, Expte. N° 87.378/2003, del 31/07/2013 y sus citas).

Es por tales razones que, en definitiva, el deber de priorizar la atención y cuidado de los derechos fundamentales de la persona particularmente vulnerable no se encuentra exclusivamente a cargo de los damnificados o del Ministerio Público, sino que es un deber del Estado que todos sus poderes deben atender activamente. El Poder Judicial se erige así no solo en garante de tales derechos, sino en partícipe activo del obrar del Estado, a fin de dar plena garantía a la tutela y/o restitución de derechos que al paciente de salud mental le pudieran estar siendo vulnerados.

En consecuencia, en atención a los antecedentes de autos, y a la finalidad perseguida al ordenarse la evaluación interdisciplinaria de la Sra. M., entendemos que debe rechazarse la apelación por ella interpuesta; pues mal puede agravarse de la puesta en marcha de los



mecanismos necesarios para la protección de sus derechos. Es que en ningún caso la decisión a la que en definitiva se arribe en las actuaciones podrá basarse en los dichos de un tercero ni en sus antecedentes de hospitalización previa, pues está vedado expresamente por el art. 3° de la Ley 26.657. Por el contrario, el regular seguimiento del proceso establecido por las normas, con asiento en los principios determinados por el bloque de constitucionalidad federal, constituyen las máximas garantías para la apelante. Es que, precisamente, lo ordenado en estos autos (y que motiva la apelación de la causante) es una de las herramientas mediante las cuales el Poder Judicial cumple con el derecho de la persona padeciente al trato personalizado y humanitario, tras la garantía de un acceso directo a los órganos de decisión establecidos en las citadas convenciones internacionales.

A tenor de lo delineado, y a la luz de las constancias de autos, este Tribunal considera que la realización de la mentada evaluación interdisciplinaria constituye el medio apropiado para garantizar el efectivo goce y ejercicio —por parte de la Sra. M.— de los derechos y garantías que la asisten; por lo que se confirmará la resolución en crisis.

VII. Como inevitable colofón de lo expuesto, se advierte que el pedido de audiencia formulado por la recurrente a fs. 206 deviene improcedente en esta instancia; ya que, según lo explicitado, se encuentran adecuadamente garantizados sus derechos a través del procedimiento establecido en el ordenamiento vigente.

VIII. En virtud de las consideraciones formuladas precedentemente, el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la resolución de fs. 183. 2) No hacer lugar a la petición de fs. 206. 3) Regístrese, notifíquese en su despacho a la Sra. Defensora de Incapaces de Cámara y devuélvase. Las demás notificaciones deberán ser cumplidas en la primera instancia (art. 135 inc. 7° del Código Procesal). — Mauricio Luis Mizrahi — Claudio Ramos Feijoo — Omar Luis Díaz Solimine.

## **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J.**

---

**Díaz, Juan Carlos s/ art. 152 ter Código Civil - 27/12/2013**

### **2ª Instancia.— Buenos Aires, diciembre 27 de 2013.**

Considerando:

I. Vienen las presentes actuaciones a conocimiento de la Sala con motivo del recurso de apelación interpuesto por la Sra. Curadora Pública a fs. 119/20, contra la resolución de fs. 116.

II. En la especie, en función de lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante Resolución N° 538/10 se elevaron las actuaciones a la vocalía de la Dra. Carmen Argibay para que se evaluara la procedencia de la excepción prevista en el art. 2° del Reglamento General del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional, la que fue desestimada con fundamento en que en las actuaciones remitidas no se encuentran las copias del informe social.

Como consecuencia de ello, a fs. 116 la Sra. Juez de grado dispuso practicar la evaluación interdisciplinaria ordenada a fs. 27 vta./8 por intermedio de la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones. A fs. 162/3 vta. obra dictamen de la Defensora de Menores de Incapaces. En sus agravios la Sra. Curadora Pública solicita la revocación de la resolución recurrida, dejándose sin efecto la intervención dispuesta y que en su lugar se solicite la reconsideración de la Sra. Ministra Dra. Carmen Argibay (ver fs. 119 vta./20).

III. Es dable señalar que en la mayoría de los procesos de declaración de incapacidad las costas le son impuestas al denunciado, en cuyo interés se incoa este procedimiento que tiende a su protección en la faz personal y patrimonial (conf. FENOCHIETTO, Carlos E., “Cód. Procesal Civil y...”, ed. Astrea, t° 3, p 398 y 414) y es por ello que la celeridad que se impone al mentado proceso no tolera, en los supuestos en que el presunto insano careciera de bienes o éstos sólo alcanzaren para su subsistencia, el trámite común del otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos (conf. HIGHTON, Elena - AREÁN, Beatriz, “Cód. Procesal Civil y Comercial”, ed. Hammurabi, 2009, t° 12, p. 233 y sus citas).

En esa inteligencia, el art. 628 del Cód. Procesal dispone que si los bienes del insano solo alcanzaren para su subsistencia el nombramiento de curador provisional debe recaer sobre el curador oficial y la designación de psiquiatras o legistas recaer en médicos forenses. No puede soslayarse que la aplicación de la norma citada es de carácter excepcio-

nal e impone juzgar con estrictez los mencionados presupuestos que la condicionan (conf. PALACIO, Lino E., "Derecho Procesal Civil", tº VI, p. 421). En este caso, en la resolución de fs. 111 se hizo mérito de que el causante ha dejado de percibir ingresos desde que se produjo su internación en la Clínica Emanuel y que su hermana es quien atiende las necesidades de su subsistencia.

Por estas razones se requirió la intervención del Cuerpo Médico Forense. Sobre el punto, en la Acordada 47/09 la Corte Suprema de Justicia de la Nación aprobó el anexo "Reglamento General del Cuerpo Médico Forense" que en su art. 2º estableció "el Cuerpo Médico Forense dará cumplimiento a los requerimientos periciales dispuestos por magistrados judiciales y del ministerio público del fuero criminal. Los jueces de los restantes fueros procederán de conformidad a lo previsto por los artículos 457 a 478 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación. Excepcionalmente, podrán requerir la intervención pericial del Cuerpo Médico cuando medien notorias razones de urgencia, pobreza o interés público debidamente acreditadas o cuando las circunstancias particulares del caso hicieran necesario su asesoramiento (art. 63, inc. "c", del decreto ley 1285/58, Organización de la Justicia Nacional). En los casos previstos en el párrafo anterior, el magistrado elevará el pedido a la Cámara de Apelaciones del fuero respectivo mediante resolución fundada. El Tribunal de Alzada resolverá acerca de la procedencia de la excepcionabilidad invocada; si hiciere lugar al requerimiento remitirá al Cuerpo Médico Forense sin más trámite.

Asimismo, las Cámaras de Apelaciones deberán informar mensualmente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre los pedidos de intervención excepcional del Cuerpo Médico Forense y la decisión que se tomó al respecto". En apoyo de tal decisión se señaló que "el objetivo primordial que se buscó cumplir fue lograr un cuerpo normativo conciso y claro que regule los aspectos generales que hacen a la actividad del Cuerpo Médico Forense. Que, siguiendo la directriz, el Reglamento se apoya sobre pilares que resultan esenciales para el normal funcionamiento del Cuerpo y en tal sentido se dispone que éste: 1) cumple una función exclusivamente pericial; 2) realiza una tarea auxiliar de la justicia nacional y federal; 3) por regla, atiende a los requerimientos de los magistrados del fuero criminal y, excepcionalmente, a los pedidos de los jueces restantes fueros; 4) la tarea pericial se debe cumplir en la sede del Cuerpo, principio que cede sólo ante casos excepcionales específicamente previstos; 5) su ámbito geográfico de actuación es la Ciudad de Buenos Aires, salvo ciertos requerimientos de jueces federales. Que uno de los principales problemas que padece el Cuerpo Médico

Forense radica en que los Sres. Magistrados solicitan su intervención para prácticas que, en un porcentaje por demás importante no se ajustan a las pautas esenciales mencionadas en el párrafo anterior. Atento ello, la puesta en vigencia del Reglamento exigirá necesariamente por parte de los jueces e integrantes del Ministerio Público una sustancial modificación del mentado cuerpo pericial. En tal sentido, se ha previsto que —entre otros mencionados destinados a resguardar el fiel cumplimiento del Reglamento— las Cámaras (excepto las del fuero criminal), a través de la vía de superintendencia, decidan respecto de la procedencia de los requerimientos de intervención del Cuerpo Médico Forense que hagan los magistrados (art. 2)”. En este mismo sentido, en el proveído dictado el 19 de febrero de 2010 en el expediente de Administración General N° 566/2010, por acuerdo de Ministros, se estableció provisoriamente que todos los requerimientos de intervención excepcional que autorizase este Tribunal deben remitirse, por delegación, a la vocalía de la Dra. Carmen M. Argibay, para decidirse sobre su procedencia.

En la resolución N° 538/2010, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reafirmó la decisión adoptada, citada en el párrafo anterior, destacando la numerosa cantidad de pedidos de intervención excepcional autorizados por este Tribunal que carecían de la debida fundamentación por parte de los jueces de primera instancia —que no era objetada— a lo que se suma la elevación de la totalidad de las actuaciones para evaluarse la procedencia de la aludida autorización, cuando basta con elevar el escrito que contiene el pedido y, si hiciera falta, las copias de las piezas estrictamente pertinentes. En la especie, en cumplimiento del mentado sistema, se elevaron las actuaciones para que se evaluara la procedencia de la autorización concedida por la presidencia de este Tribunal, intervención que fue desestimada por la Dra. Argibay con fundamento en que de las constancias remitidas no se encuentra las copias del informe social. En esta situación, más allá que el curador del causante y la Sra. Defensora de Menores e Incapaces destaquen que los bienes que posee el causante no tienen una importancia de tal envergadura que permitan añadirle al gravosa carga de soportar con ese menguado patrimonio los honorarios que demandaría la intervención de los profesionales a los que alude el art. 626, inc. 3°, del Cód. Procesal sin que redunde en desmedro de los medios existentes para brindarle un adecuado cuidado y asistencia, este tribunal entiende que corresponde revocar el resolutorio apelado y a los fines de cumplir con el requisito de autosuficiencia señalado por la apelante, requerir su colaboración inmediata a fin de contar con el informe ambiental

dispuesto a fs. 111 vta. considerando IV 1 y que es precisamente el recaudo requerido en el proveído de fs. 114. Lo que así se resuelve. Regístrese, notifíquese a la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara en su despacho, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 15/13 art. 4°) y, oportunamente, devuélvase haciéndose saber que en primera instancia deberá notificarse la recepción de las actuaciones y el presente fallo en forma conjunta. Se deja constancia que la Dra. Zulma Wilde no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 R.J.N.). — Beatriz A. Verón — Marta del R. Mattera.

## Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

---

E., E. R. s/ Insania y curatela - 08/07/2014

### La Plata, julio 8 de 2014.

#### Antecedentes

El Tribunal de Familia N° 2 del Departamento Judicial de Morón confirmó lo decidido por el juez de trámite que, a su turno, declarara la incapacidad por demencia del señor E. R.E.. Asimismo, resolvió que el art. 152 ter del Cód. Civil resultaba inconstitucional rechazando, en consecuencia, el pedido de reevaluación efectuado por la señora Asesora de Incapaces (fs. 60/62).

Se interpuso, por la doctora M. E. R., titular de la Asesoría de Incapaces n° 1 departamental, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 65/68).

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente cuestión

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

A la cuestión planteada, el doctor Soria dijo:

I. Las actuaciones se inician con la presentación de la señora A. M. G. solicitando la declaración de incapacidad de su hijo, E. R.E., por presentar el mismo un cuadro de patología psiquiátrica (fs. 9 y 12/13).

II. La Jueza de Trámite del Tribunal de Familia N° 2 del Departamento Judicial de Morón, luego de analizar la pericia psiquiátrica de fs. 27/28, de la cual se desprende que el causante “padece un cuadro de retraso mental moderado. Demente en sentido jurídico”, hizo lugar a la demanda y, en consecuencia, declaró al señor E. incapaz por demencia y designó a su madre curadora definitiva (fs. 54/55).

Dicho pronunciamiento fue confirmado por el tribunal en pleno, haciendo uso de la competencia revisora, conforme el art. 838 del Cód. Proc. Civ. y Comercial (t.o., Ley 12.318). Asimismo, por mayoría, se rechazó el pedido de la Asesora de Incapaces de fs. 56 —tendiente a que oportunamente se proceda conforme lo normado por el art. 152 ter del Cód. Civil, incorporado por la Ley 26.657—, declarando la inconstitucionalidad de ese artículo (fs. 60/62).

En ese sentido sostuvo que “la técnica legislativa utilizada en el artículo 152 ter del Cód. Civil atenta contra el derecho humano de la

causante [sic] 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 en la presente causa, la aplicación literal del artículo en análisis, donde es improbable la existencia de remisión de la enfermedad, obligaríamos a la causante [sic] cada tres años promoviera y acreditara la necesidad de contar con dicha asistencia” (fs. 60 vta.).

III. Frente a lo así resuelto, la doctora M. E. R., titular de la Asesoría de Incapaces N° 1 departamental, interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denuncia la errónea aplicación del art. 152 ter del Cód. Civil (fs. 65/68).

Alega que, tal como lo prescribe el citado artículo, la decisión respecto de la capacidad de la persona “deberá fundarse en examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias, y en autos sólo se ha expedido a fs. 59 vta. sobre la irreversibilidad de la patología del causante con los tratamientos médicos actuales, un solo profesional la Dra. M. P. S.” (fs. 66 vta.).

Arguye también, que el art. 152 ter del Cód. Civil alude al “examen de facultativos” que debe estar “conformado por evaluaciones interdisciplinarias” y que esa necesidad de “interdisciplinaria” impone concluir que hay que partir de una acepción del término “facultativo” más amplia que la del médico, es decir, comprensiva de otras ramas del saber (fs. 66 vta./67) y que, por otro lado, el artículo en cuestión establece que la sentencia de interdicción lleva ahora un “término ad quem”, ya que la misma tendrá efectos por un plazo no mayor a tres años (fs. 67).

Por último expresa que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se deberán proporcionar salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos en materia de derechos humanos (fs. cit.).

IV. Adelanto que el recurso merece favorable acogida.

Tal como lo expresara el doctor Genoud, en voto al que adherí en C. 115.346 (“Zavaleta, Amalia María. Insania”, sent. de 07/05/2014):

“a. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, incorporadas a nuestro derecho interno por las leyes 26.378 y 25.280, han venido a marcar un cambio de paradigma respecto de la concepción de las personas con discapacidad, basado en la autonomía y la dignidad”.

“Así, la CDPD tiene como propósito ‘promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos

humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (art. 1).

“En su artículo 3, establece como ‘Principio de la Convención’: ‘el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas’ (inc. a)”.

“Regula expresamente que: ‘Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas las legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad’ (art. 4)”.

“Reafirma el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida. Afirma que 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 la preferencia 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 la 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’ (art. 12)”.

“El objetivo se encamina a lograr el pleno respeto a la dignidad de toda persona, con especial énfasis en los casos donde exista vulnerabilidad como, en lo que nos ocupa, las derivadas de la carencia de plena salud mental”.

“Ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ‘el Tribunal no puede dejar de pronunciarse sobre la especial atención que los Estados deben a las personas que sufren discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad’ (...) ‘La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial,



en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (...), como la discapacidad'. (CTDH, 4-VII-2006, 'Ximenes Lopes c. Brasil', [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar), AR/JUR/11786/2006)".

"En consecuencia, huelga decirlo, no es posible negar a la persona con padecimientos mentales el derecho que le reconoce el art. 152 ter del Cód. Civil (t.o. Ley 26.657)".

"Como se dice en la exposición de motivos de las '100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad' (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, a las cuales adhirió la C.S., Acordada 5/2009, 24/02/2009), 'El sistema judicial se debe configurar para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder en forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho"

"En el capítulo primero del citado documento, en la sección 10, destinada a describir su finalidad, se expresa: 'Las presentes reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial"

"Entre los beneficiarios de las reglas se enumeran a 'aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (Sección 2ª, I [3])'. A su vez, 'se entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comprensión, privacidad

y comunicación' (sección 2, 3 [7] [8])" (...) "La ley 26.657 se enmarca en el nuevo concepto de salud mental al que se ha denominado 'modelo social de la discapacidad' (entre otros: Kraut, Alfredo J.; Diana, Nicolás, 'Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria', LA LEY 2011-C-1039). En ese contexto determina en su artículo 1: 'La presente ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquéllas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires'".

"Y declara: 'se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona.' (art. 3)".

"A su vez, el art. 7 enumera una serie de derechos del cual gozan las personas con padecimiento mental entre los cuales se enumera 'el derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable' (inc. n)".

"Se ha señalado que: 'el operador jurídico y, en especial, los efectores del sistema de salud (subsistema de salud mental) deben aprehender la norma como un cambio de paradigma frente a la visión decimonónica de las personas con padecimientos mentales, como una válvula de escape del concepto biológico-jurídico de incapacidad, todavía latente en el Cód. Civil de Vélez, reforma mediante del Decreto Ley 17.711/1968 (...). Desde el conocimiento práctico, la experiencia señala que los principios no se cumplen porque los médicos, otros profesionales de la salud mental, proveedores de servicios y funcionarios públicos les niegan a las personas con enfermedades mentales la oportunidad de hacerse oír y de tomar decisiones por sí mismas. A ello, se suma un grado de complacencia formal por parte de los operadores jurídicos, partícipes necesarios en los triunfos y derrotas del sistema de salud mental'. (Kraut, Alfredo J.; Diana, Nicolás, 'Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria', LA LEY 2011-C-1039)".

"Explican los autores citados 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. En contraposición a este paradigma, los sistemas jurídicos de muchísimos países, tutelares y asistencialistas, se han basado en la dicotomía clásica entre “capacidad de derecho” —o capacidad de goce— y “capacidad de hecho” —o capacidad de ejercicio— reconociendo la primera, pero no la segunda, y de esa manera se ha cercenado sistemáticamente la posibilidad de que, en la práctica, puedan ejercer sus derechos, bajo la excusa de proteger a las personas con discapacidad de ‘los peligros de la vida en sociedad’ (Kraut; Diana, ob. cit.)”.

b. En la sentencia recurrida —dictada encontrándose vigente la Ley 26.657 de Salud Mental— se declaró incapaz por demencia al señor E. sin seguir las pautas contenidas en ese nuevo régimen, y además se le negó la posibilidad de una reevaluación interdisciplinaria en los términos del art. 152 ter del Cód. Civil, lo que conlleva —a la luz de los principios reseñados— una clara vulneración de derechos reconocidos constitucionalmente (arts. 16, 75 inc. 22 y 23, Constitución Nacional).

Coincido con el señor Subprocurador General cuando advierte que: “En el sub lite, la anamnesis de la pericia aludida de ninguno [sic] modo suple la inexistencia del relevamiento social y ambiental donde se desenvuelve el causante y que ilustrará a S.S. respecto de las capacidades sociales, familiares, laborales etc. que posee la persona, así como las estrategias posibles para mejorar las eventuales dificultades que tenga en su vida de relación, entre otros temas, aportándole, además, elementos de convicción para determinar la protección debida de la persona.” (fs. 93).

Por tal motivo, teniendo en cuenta los derechos involucrados, lo dispuesto por las Leyes 26.378 y 26.657 y las observaciones efectuadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU), formuladas el 27 de setiembre de 2012, corresponde que se haga lugar al recurso articulado y se ordene que se proceda al dictado de un nuevo pronunciamiento.

En tal sentido, recuerdo que son de aplicación inmediata las leyes que tienen por finalidad delimitar las aptitudes personales para la titularidad o el ejercicio de un derecho, establecer la condición jurídica o el régimen que corresponda a determinadas situaciones jurídicas. Así acontece con las normas que, como en el presente caso, versan sobre el estado y capacidad de las personas (Ac. 45.304, sent. de 10/03/1992).

En consecuencia, resulta necesario que el órgano de Familia que resulte competente readeque la sentencia que declara la insania del

causante a los parámetros dados por la normativa vigente.

V. Por lo expuesto, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, deberá hacerse lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley incoado, casándose el fallo apelado (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Los autos se remitirán a la instancia de origen, para que se proceda a evaluar al señor E. R. E. por parte de un equipo interdisciplinario y se establezca un sistema de representación y/o apoyo y salvaguardias de acuerdo con las pautas aplicables señaladas (art. 152 ter, C.C. y RC 3196/11).

Las costas, en atención a los particulares intereses en debate, se imponen por su orden (arts. 68, 2da. parte y 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Voto por la afirmativa.

El doctor Genoud, por los mismos fundamentos del doctor Soria, votó la cuestión también por la afirmativa.

A la cuestión planteada, el doctor Pettigiani dijo:

Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto del doctor Soria.

I. En efecto, lo resuelto por el tribunal a quo en torno de la inconstitucionalidad del art. 152 ter del Cód. Civil en este caso, no se ajusta a los parámetros vigentes para la consideración y evaluación de la salud mental de una persona (conf. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —C.D.P.D.—, aprobada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13/06/2006, incorporada a nuestro derecho interno por ley 26.378; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad —C.I.E.D.P.D.—, incorporada a nuestro derecho interno por Ley 25.280).

Al tiempo del dictado de la sentencia bajo revisión ya se hallaban vigentes para nuestro país las citadas Convenciones, las cuales han venido a poner en evidencia un nuevo paradigma respecto a las personas con discapacidad, basado en la promoción y protección de su autonomía, dignidad y plena integración en la sociedad (arts. 1, 3 inc. “a” y 4, C.D.P.D.; II, C.I.E.D.P.D.).

Concretamente, la primera de las mencionadas posee el propósito de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, procurando superar las diversas barreras que puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad (art. 1). Así reconoce como principios rectores en la materia el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia

de las personas, su no discriminación, su participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, su accesibilidad (art. 3); fijándose como obligaciones generales que los Estados Partes se comprometan a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad, a través de la adopción de todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, incluso las que sean pertinentes, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad (art. 4).

De este modo, la discapacidad se aprecia hoy como un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, por lo que aparece como necesario promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquéllas que necesitan un apoyo más intenso. En tal sentido, se procura promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, procurando el respeto de su dignidad inherente, de su integridad personal y de su plena participación, con especial tutela de su autonomía e independencia individual residual, lo que se espera produzca como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas y avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad y en la erradicación de la pobreza (Preámbulo y arts. 1 y 17, C.D.P.D.).

En dicho marco, el art. 12 establece que los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, debiéndose adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de dicha capacidad jurídica. Y para ello, los Estados Partes deben asegurar “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 la preferencia 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 la 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”.

De esta forma, los Estados Partes han de adoptar “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, deben organizar, intensificar y ampliar 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 apoyen su participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la vida” (art. 26). Tales servicios y programas han de ser voluntarios, estar a disposición de las personas con discapacidad lo más cerca posible de su propia comunidad, incluso en las zonas rurales, comenzar en la etapa más temprana posible y deben basarse en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona, apoyando su participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad (art. cit.).

En la misma dirección, la Convención Interamericana mencionada ha fijado como objetivos la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad propiciando asimismo su plena integración en la sociedad (art. II), a través de la obligación estatal de adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, dirigidas tanto a la detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad, como a la eliminación progresiva de la discriminación y a la promoción de su integración comunitaria por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración (arts. III y IV).

Consecuentemente, luce ostensible que el concepto de salud mental ha dejado de ser una noción estrictamente pericial para pasar a tener

un contenido mucho más amplio (conf. Preámbulo, arts. 1, 3, 4, 12, 26 y concs., C.D.P.D.; II, III, IV, C.I.E.D.P.D.), en tanto ha sido superada aquella concepción generalizadora de discapacidad terminal que llevaba a una tuición predominantemente aislante del paciente, por otra que reconociendo su estado de vulnerabilidad, procura su posible habilitación y/o rehabilitación, sea total o aún parcial, en un marco de respeto de su personalidad moral y dignidad, preservando al extremo su autónomo desenvolvimiento residual en el seno de su comunidad.

2. En pretendida consonancia con los principios que emanan de las citadas convenciones, cuyas disposiciones resultan de aplicación directa e inmediata a la problemática en cuestión, en tanto tienen por finalidad delimitar las aptitudes personales para la titularidad o el ejercicio de los derechos, por ser normas que versan sobre el estado y capacidad de las personas (conf. Ac. 45.304, sent. del 10/03/1992; entre otras), ha sido sancionada en nuestro país la Ley 26.657, con el objeto de asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquéllas con padecimiento mental (art. 1). El art. 7 enumera estos derechos, entre los cuales se halla “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” (inc. a), “el derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria (inc. d), el derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable” (inc. n).

Su artículo 3, en la misma tesitura que lo expuesto hasta aquí, partiendo de la presunción de capacidad de todas las personas, define la discapacidad 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”.

De modo que aún “la existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado” (art. 5°). Labor que se dispone “a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente..., [incluyéndose] las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes”

(art. 8), de modo que “el proceso de atención [se realice] preferentemente fuera del ámbito de internación hospitalario y en el marco de un abordaje interdisciplinario e intersectorial, basado en los principios de la atención primaria de la salud. Se orientará al reforzamiento, restitución o promoción de los lazos sociales” (art. 9).

Paralelamente, “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..., [debiéndose] 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” (art. 11).

En concordancia con ello, el art. 42 incorporó al Cód. Civil el art. 152 ter que establece que: “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”.

Pues bien, el tratamiento normativo local para la determinación judicial de una discapacidad en una persona responde a las pautas fijadas por las nuevas directrices internacionales. Se observa, en general, una aceptable adecuación de la normativa local a las pautas internacionalmente establecidas y adoptadas por nuestro país.

Concretamente, aun frente a pacientes con pronósticos médicos irreversibles, como en el caso (fs. 27/28), la periodicidad de su reexaminación se justifica en el carácter evolutivo y circunstanciado de su más amplia concepción como persona discapacitada. No se trata de supeditar la asistencia y tutela estatales a la demostración periódica de su enfermedad —como sostiene el tribunal a quo— sino más bien de actualizar cada tres años el estudio circunstanciado del estado de su patología a los fines de auscultar su evolución, con el objeto de observar —aún en los cuadros médicamente irremisibles— los avances que el paciente pudiere haber logrado en el desenvolvimiento cotidiano de su existencia, para así establecer y obtener o requerir las adicionales salvaguardias que sean necesarias en beneficio de su mayor autonomía residual. Todo ello sin mengua de la operatividad de los derechos asis-



tenciales, previsionales y humanos del paciente y de las obligaciones que el Estado debe observar sin solución de continuidad en tutela de los mismos (conf. arts. 1, 3, 4, 12, 17, 26 y concs., C.D.P.D.; II, III, IV, C.I.E.D.P.D.).

En estos términos y respecto del causante de autos, dado que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye una de las funciones más delicadas y susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico (C. 69.346, sent. del 22/08/2012; C. 71.152, sent. del 12/09/2012; entre otras), la referida hermenéutica del precepto cuestionado como contrario a la Constitución nacional deja carente de fundamento su propiciada incompatibilidad, por lo que dicha solución debe ser revocada (conf. arts. 1, 28, 31, 75 inc. 22 y concs., Const. Nacional).

3. Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, observo con los colegas que me preceden en el orden de votación que en estos obrados, la sentencia en embate dictada encontrándose vigente la Ley 26.657 no ha otorgado al encausado las debidas salvaguardias en tutela de sus derechos, voluntad y preferencias, para que las medidas limitativas de sus derechos se apliquen en el plazo más corto posible y estén sujetas a exámenes periódicos (conf. arts. 1, 3, 4, 12, 17, 26 y concs., C.D.P.D.; II, III, IV, C.I.E.D.P.D.). Considero que correspondería una inmediata reevaluación del señor E. de conformidad con la normativa aplicable, sin perjuicio del mantenimiento de su declarada discapacidad (arts. 140 y sigtes., 152 ter, 482, y concs., Cód. Civil).

4. En consecuencia, por lo expuesto y adhesión formulada, voto asimismo por la afirmativa.

La doctora Kogan, por los mismos fundamentos del doctor Soria, votó la cuestión también por la afirmativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente sentencia: Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, casándose el fallo apelado (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Los autos se remiten a la instancia de origen, para que se proceda a evaluar al señor E. R. E. por parte de un equipo interdisciplinario y se establezca un sistema de representación y/o apoyo en la toma de decisiones y salvaguardias, de acuerdo a las pautas aplicables señaladas (art. 152 ter, C.C. y RC 3196/11).

Las costas, en atención a los particulares intereses en debate, se imponen por su orden (arts. 68, segunda parte y 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). — Daniel F. Soria — Luis E. Genoud — Hilda Kogan — Eduardo J. Pettigiani.

## Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, Sala V.

---

### Declaración de Insania y Curatela solicitada por la Señora - 07/08/2014

#### 2ª Instancia.- Salta, agosto 7 de 2014.

El doctor D'Jallad dijo:

1) Es preciso para dar debido encuadre a la cuestión, remontarse al escrito de demanda, agregado a fs. 7/8 donde la Señora, como hermana del Señor solicita declaración de Incapacidad por Insania de éste, y que se la declare curadora legítima.

Entre la prueba (Nº 3) acompaña certificado de Discapacidad. En su primera intervención en autos, la Señorita Asesora de Incapaces Nº 6, la Dra. Silvia Marcela Iburguren (fs. 22) pide la intervención como Curadora Oficial de la Dra. María José Miranda, a manera de tutelar al presunto insano.

Presentada la misma (fs. 27) pide medidas respecto del presunto incapaz (textual). Los Dres. D. F. —Psiquiatra—, L. V. —Forense— y E. del C. —Encargado Area psiquiatría—, todos de este Poder Judicial, diagnostican a fs. 36, que el Señor padece de síndrome de Down, retraso mental severo, afasia, que se encuentra comprendido en el artículo 141, demente en sentido jurídico.

Realizada la prueba, emitidos dictámenes de la Curadora (fs. 67); Asesora de Incapaces (fs. 69); Fiscal Civil (fs. 71), se dicta sentencia a fs. 77/81 donde la Señora Jueza luego de analizar, considerar y mediante citas de Convenciones, doctrina y legales, declara incapaz por demencia al Sr. en los términos de la ley 26.657 y artículo 152 ter del Cód. Civil. A fs. 83, la Señorita Asesora de Incapaces Nº 6, interpone recurso ordinario de apelación en contra la sentencia dictada, el que es concedido a fs. 84. Fundando su recurso a fs. 85/89 la Asesora de Incapaces Nº 6 solicita se revoque el punto I del fallo y se “declare la Restricción de la Capacidad del Sr. W. M. L. (sic) a tenor de los arts. 141 y 152 ter del Cód. Civil, que podrá celebrar por sí actos jurídicos simples...”.

Efectúa consideraciones con abundantes citas doctrinarias, legales tanto del Código Civil, cuanto de la Ley 26.657. Que se agravia de la terminología usada. Cita la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la que impone, dice, el deber de tomar medidas para modificar costumbres y prácticas existentes que constituyen discriminación contra personas con discapacidad.

Propone como nueva terminología “Restricción de la capacidad” a tenor de los arts. 141 y 152 ter del C. C. “La Señora Curadora Ofi-

cial, contesta los agravios vertidos a fs. 95/97 y propone se disponga la ‘restricción de la capacidad por demencia’”. Manifiesta que a tenor del artículo 152 del Cód. Civil deberán especificarse las funciones y actos que se limitan y que debe el Juez hacer un análisis casuístico debiendo determinar en la sentencia qué tipo de actos se encuentra impedido de realizar y qué actos puede efectuar (ver fs. 96, segundo párrafo). Corrido traslado a la actora (fs. 98) la misma no contesta los agravios de la Asesora ni lo expuesto por la ex Curadora Oficial.

Llegados los autos a esta instancia, se dispone como medida de mejor proveer un nuevo dictamen interdisciplinario, conforme artículo 8 de la Ley 26.657 y artículo 152 ter del Código Civil.

Los Dres. del C. y V. y ahora, la Dra. A. —todos del Servicio Médico Forense de este Poder— dictaminan a fs. 124.

Se notifica del nuevo dictamen a Asesoría de Incapaces N° 6 (fs. 126), Curaduría Oficial (fs. 133) y Fiscalía de Cámara (fs. 134). 2) Desde un punto de vista ortodoxamente procesal tanto los agravios de la Señora Asesora de Incapaces N° 6, como lo expresado por la Curadora Oficial, no tienen cabida ni espacio a tenor del artículo 271 del código procesal, pues los capítulos ahora recién propuestos, no lo fueron solicitados ante el Juez de primera instancia.

De la extensa relación de la causa efectuada en la presente bajo numeral 1 y de la compulsa de la causa, no se efectuó petición alguna en ese sentido. Ello empero y dada la cuestión debatida, donde se dispone una calificación acerca de la capacidad de una persona y su innegable proyección y los Tratados que forman parte de la legislación vigente en virtud del artículo 75 inciso 22 de la Constitución de la Nación, se atenderá el recurso de la señorita Asesora de Incapaces N° 6, quien en todo el proceso que le cupo intervenir ante esta Sala demostró responsabilidad, ponderación y alto compromiso con su función.

3) La terminología usada por la Señora Jueza se ajusta en todo al Cód. Civil y lo peticionado tanto por la actora, como por los Ministerios Públicos (Asesoría y Curaduría).

La cuestión merece la posibilidad de una nueva mirada a la luz de la Ley de Salud Mental 26.657, en lo que hace a la terminología a utilizarse en este campo o espacio jurídico, pero de ninguna manera mientras no se modifique el añoso y magnífico Cód. Civil elaborado por el genial Dalmacio Vélez Sarsfield, no puede enrostrarse sin más que utilizar la terminología y lenguaje del mismo, importe una forma de discriminar.

Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, discriminar, en una primera acepción es seleccionar excluyendo; según segunda acepción, es dar trato de inferioridad a una persona o

colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos. Creo que nadie puede llegar a afirmar que nuestro codificador, haya siquiera tenido involuntariamente ese ánimo.

La ausencia de capacidad, su falta, jurídicamente hablando, en nuestro lenguaje técnico, es la incapacidad. Muestra clara de ello es la denominación que utiliza la ley del Ministerio Público al referirse al representante de quienes carecen de capacidad. Se llaman Asesores de Menores e Incapaces. Cuando menos así reza el sello aclaratorio de firma de la Dra. Iburguren, al igual que el del resto de sus colegas en la función.

Igual denominación lleva quien preside esa rama del Colegio de Gobierno del Ministerio Público.

Es cierto que hoy a la luz de la Ley 26.657 se impone una nueva visión de la capacidad. Lo que nos pone en ese espacio, ámbito o zona que da cuenta Gabriel García Márquez, cuando expresa “El mundo era tan reciente, que muchas cosas carecían de nombre, y para mencionarlas había que señalarlas con el dedo...” (Cien Años de Soledad, Edición Conmemorativa, Real Academia Española, Alfaguara, p. 9). Ello requerirá un cambio lento del uso del lenguaje, frente a una nueva concepción acerca de la capacidad de las personas, manto bajo el cual, se cubría, entre otras dolencias, la locura o demencia en su sentido o concepción que se proyectaba en la Europa Medieval, con su funesta concepción de castigo divino”.

Tal como señala Porter, “La locura era algo profundamente vergonzoso para una familia pues insinuaba posesión diabólica o un linaje corrupto”. (Breve historia de la locura, Turner - Fondo de Cultura Económica, p. 94).

La Señorita Asesora de Incapaces solicita como fundamento de su apelación, se declare la restricción de capacidad. Ahora bien, cuando se habla de restricción, subyace en el propio término, una gradación o escala.

Restricción no es ausencia de algo. Surge entonces el interrogante de cuánto, en qué porcentaje, existe esa restricción. Con lo cual, lejos de brindar una solución, la situación de quien vino al Poder Judicial en reclamo legítimo de un interés propio, no encuentra respuesta adecuada a su problema.

No se solicita la declaración de incapacidad de una persona, como ejercicio mental abstracto, sino con un claro y determinado fin.

Quien llega a Tribunales, no pudo dar solución a su problema en forma voluntaria. Requiere del Estado una declaración o sentencia generadora de efectos jurídicos.

No con ello, se niega la posibilidad de empleo de una nueva terminología. Pero, creo que antes, las ciencias médicas, la Psicología, Trabajadores Sociales —según nombre actual— en una palabra, las áreas

que nombra el artículo octavo de la Ley 26.657, elaboren y se apruebe una escala, nomenclador o protocolo referencial.

No podemos los jueces, por mejor voluntad que pongamos, sustituir a ciencias específicas a esos fines. No resulta conveniente. Pienso que hasta puede ser riesgoso ese intento. Ese extremo, deberán necesariamente proporcionarlo otras ciencias y ser debidamente aprobados o receptados.

De allí, la cita del Premio Nóbel colombiano efectuada más arriba. Prueba de ello, es decir la falta de coincidencia en la terminología, es que mientras la Asesora de Incapaces propone “declarar la Restricción de la Capacidad del Señor...” (ver fs. 85), la Señora Curadora propone en cambio “restricción de la capacidad por demencia” (ver fs. 95).

Es decir no existe un consenso uniforme al respecto. Toda sentencia, no podrá crear o permitir ciertas capacidades en las personas. Cada ser, cada persona, posee las que le son propias. De allí que cual es la trascendencia o efecto de decir que puede desarrollar actos jurídicos simples, tales como la compra de vestimenta, de otros productos.

No necesita declaración judicial, ese aspecto. No debe pensarse que la declaración de insania es un castigo a la persona. Lejos de ello. Es el paso necesario, previo a la designación de un curador, quien como se sabe debe velar en forma permanente, constante, por el bienestar del enfermo o carente de ciertas capacidades.

En el caso de autos, el Señor cuenta con un entorno familiar, encabezado por su hermana, la Señora y su esposo, quienes cuidan y atienden afectiva y materialmente al Señor Marcos, tal como da cuenta el informe agregado a fs. 49. Se da en el caso concreto una feliz conjunción de responsabilidad legal y afectiva. Una hermana y un cuñado que quieren, cuidan y protegen sinceramente, por amor, no por imposición legal a una persona que sufre síndrome de Down.

4) Ya para terminar, resulta insoslayable referirse a la opinión emitida por la Señora Curadora Oficial a fs. 96, cuando señala que “se exige al juzgador un análisis sumamente casuístico debiendo determinar en la sentencia qué tipos de actos se encuentra impedido de realizar y qué actos puede efectuar (se refiere al incapaz o insano)”.

Muy por el contrario a lo sostenido por la Señora Funcionaria, ese deber, esa prueba, ese extremo se encuentra en su propia cabeza, en sus propias y específicas funciones, pidiendo cuanta pericia, estudio interdisciplinario, o medida que estime pertinente, requiera el caso concreto. Para así proporcionar al Juez elementos claros y determinantes para el dictado de un fallo correcto.

Debe recordarse que nuestro proceso es dispositivo, mas allá de las medidas para mejor proveer, a las que puede recurrir el Magistrado.

No puede delegar funciones que le son propias e inherentes a su cargo y cometido institucional.

La doctora Gómez Naar dijo:

I. Que en cuanto al relato de antecedentes de la causa me remito al capítulo pertinente del primer voto y me adhiero a la solución allí propiciada por el Juez Mario Ricardo D'Jallad, sobre la base de los siguientes fundamentos:

II. Como consecuencia del desistimiento parcial formulado por la señora Asesora de Incapaces N° 6 (fs. 126), la cuestión a analizar ha quedado reducida al aspecto meramente terminológico del fallo en grado; en el sentido de que la utilización del vocablo “incapaz” deviene contrario a los nuevos paradigmas y directrices sobre salud mental que emanan de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ratificada por nuestro país mediante Ley N° 26.378 y de la Ley de Derecho a la Protección de la Salud Mental N° 26.657.

Es decir que no se trata de revisar la extensión de la protección de la persona ni la necesaria intervención de un curador-representante para todos los actos jurídicos de la vida civil del señor, tal como ha quedado establecido y consentido por la señora Asesora de Incapaces apelante a partir del informe interdisciplinario emitido a fs. 124; sino de determinar si resulta adecuado el empleo del término “incapaz por demencia” para definir su situación jurídica o es menester modificarla por la expresión “restricción de la capacidad en los términos de los arts. 141 y 152ter del C.C.”, según fórmula que propone la recurrente.

Al respecto, sin perjuicio de destacar el estudio y la profundidad que trasluce el escrito de memoria, observo cierta contradicción en el planteo que deja subsistente la apelante, habida cuenta que ella —en función del principio que propugna el nuevo artículo 152ter del C.C. de gradualidad en la declaración de la restricción de la capacidad— primeramente requiere que se establezca dicha restricción en el caso del señor en orden a que pueda celebrar por sí actos jurídicos simples. Más, a fs. 126, la señora Asesora de Incapaces desistió expresamente del cuestionamiento referido al establecimiento de capacidad para celebrar tales actos jurídicos simples sin la supervisión de un curador, aspecto que —como se dijo— sustentaba el cambio de denominación en la inteligencia de que se dejaba subsistente dicho grado de capacidad de hecho.

Es decir que, aun cuando deja de lado o consiente la incapacitación del mentado para cualquier acto jurídico, simple o complejo, ratifica el pedido de cambio de denominación que se hallaba basado en la posibilidad desistida dada la íntima vinculación que debe existir, si pretendemos que el nombre sea arquetipo de la cosa como evoca el famoso verso

de Borges en “El Golem”. Pues no de otra forma puede entenderse la terminología a que apunta la nueva legislación sobre salud mental que no sea la tendencia firme y vigorosa de circunscribir la incapacidad de obrar de las personas con discapacidad mental a su menor expresión y por el menor lapso posible a fin de respetar y favorecer el mayor grado de autonomía del individuo en el gobierno de su persona y bienes.

Ahora bien, tal graduación podrá realizarse cuando responda a una realidad en las capacidades de la persona vulnerable pero cuando ello no ocurre, no puede fundarse en un mero análisis especulativo o abstracto, puesto que el remedio legal de protección debe ser provisto con precisión, ajuste a la ley y a la circunstancias del caso.

Es así que en la línea de argumentación de la recurrente se inserta la directiva de enumerar y puntualizar en la parte dispositiva de los fallos los actos jurídicos que requieren de sustitución, asistencia o supervisión del curador, tendencia que los jueces debemos extraer de la moderna regulación normativa y convencional de esta relevante temática en la cual se hallan en juego los valores e intereses más delicados y trascendentes del ser humano como son su libertad, intimidad, igualdad y autonomía para decidir por sí mismo lo concerniente a su vida personal, de relación y su propio destino.

Ahora bien, cuando, como en este caso, nos encontramos en uno de los extremos de graduación en que la persona no puede realizar por sí misma actos jurídicos simples ni complejos sin riesgo para su persona y bienes —nótese que del dictamen citado surge, básicamente, que como consecuencia de padecer Síndrome de Down con retraso mental severo y afasia, el señor no se expresa verbalmente, no es autoválido para su cuidado personal ni en actividades de la vida diaria, no puede trasladarse solo de un lugar a otro ni realizar tareas remunerativas ni administrar sus bienes—, debe acudirse a la figura de la incapacidad de hecho que no ha quedado derogada por efecto de la reforma del artículo 152ter del Cód. Civil, tal como cabe concluir de la circunstancia de que la reforma del año 2010 no ha sustituido íntegramente el régimen de capacidad del Cód. Civil sino que vino a complementarlo a través de la incorporación del artículo 152ter y modificación del artículo 482, dejando intacto el resto del articulado sobre la materia e, incluso, empleando expresamente la voz “incapacidad” al aludir a las declaraciones judiciales (v. ROVEDA, Eduardo Guillermo, “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el Proyecto de Cód. civil y comercial”, publ. en Rev. Der. Priv. y Comun, tomo 2013 - 1 “Derecho y salud Mental”, p. 97).

Y si bien es cierto que de lege ferenda es deseable una reforma más integral del instituto que contemple sistemas de apoyos y salvaguardias

como alternativas a la curatela-sustitución, así como una adaptación terminológica a los nuevos paradigmas, estimo que el término jurídico “incapaz” (en el derecho civil francés: incapable, arré du 18 avril 1989, Cass., 1<sup>er</sup> civ., n° 87-14563) no debe resultar ofensivo ni discriminatorio por sí solo, cuando responde a una figura tipificada por la ley de manera de encuadrar aquellos casos que requieren de una protección integral de los derechos patrimoniales y personales de quien se encuentra en la situación que la misma normativa describe y que ha quedado recabado y consentido en este caso.

Del mismo modo cuando se hable de incapacidad de derecho —siempre relativa— para los supuestos que son regulados de modo disperso a lo largo del articulado del Cód. Civil (v. arts. 1160, 1361 incs. 30 y 40, 398, etc.).

Ello así, en la medida en que se trata de la legislación protectora vigente y que no cabe poner en riesgo y generar inseguridad jurídica respecto de los actos de las personas sujetas a esta dificultad por la posibilidad de que el término que utiliza el legislador pueda utilizarse en determinados círculos en forma despectiva o descalificante.

En efecto, la utilización genérica de “restricción de la capacidad” sin aditamento alguno respecto de los actos que se hallan restringidos y del consiguiente espacio de capacidad de hecho remanente, deviene insuficiente para resguardar los bienes y derechos de la persona con padecimiento mental así como de los terceros que puedan vincularse jurídicamente con él; mientras que el instituto de la incapacidad por demencia se halla expresa y claramente regulada por los artículos 141 y sges., 54 inc. 3° y ctes. del Cód. Civil. Restringir significa “ceñir, circunscribir, reducir a menores límites” (Diccionario, Real Academia Española, año 1992); y, por consiguiente, declarar en forma genérica que una persona tiene restringida su capacidad y designarle curador sin establecer los límites —esto es, especificar qué actos requieren de la representación de éste— equivale a instituir un sistema indefinido que no acuerda la debida protección a quien, precisamente se halla en inferioridad de condiciones y necesita de algún resorte legal para ejercer sus derechos en plano de igualdad con el resto de los ciudadanos.

La cuestión terminológica que en la coyuntura se presenta no admite prescindir de la cuestión sustancial que los jueces prudencialmente debemos resolver y que es, precisamente, lo que se vino a reclamar a la Justicia, a saber: proveer a la persona con padecimiento mental de los apoyos o remedios necesarios para ejercer sus derechos.

Y si bien la capacidad es el principio general, existen excepciones en las cuales la persona no puede ejercer por sí misma sus derechos y debe ser sustituida por otro que obra por su cuenta y en su interés



y beneficio. No debe perderse de vista que los regímenes civiles de incapacidad tienen por objeto el proveer a la protección de la persona y bienes del mayor vulnerable, remediando su incapacidad de hecho por exigencia misma del principio de igualdad ante la ley.

Tal protección debe ajustarse a la necesidad que revista cada caso; puesto que el criterio de necesidad y proporcionalidad —como principios rectores del derecho de los mayores vulnerables— tiende a evitar un exceso de protección que resultaría atentatorio de la libertad individual y contrario al objetivo de favorecer, en la mayor medida posible, la autonomía de la persona.

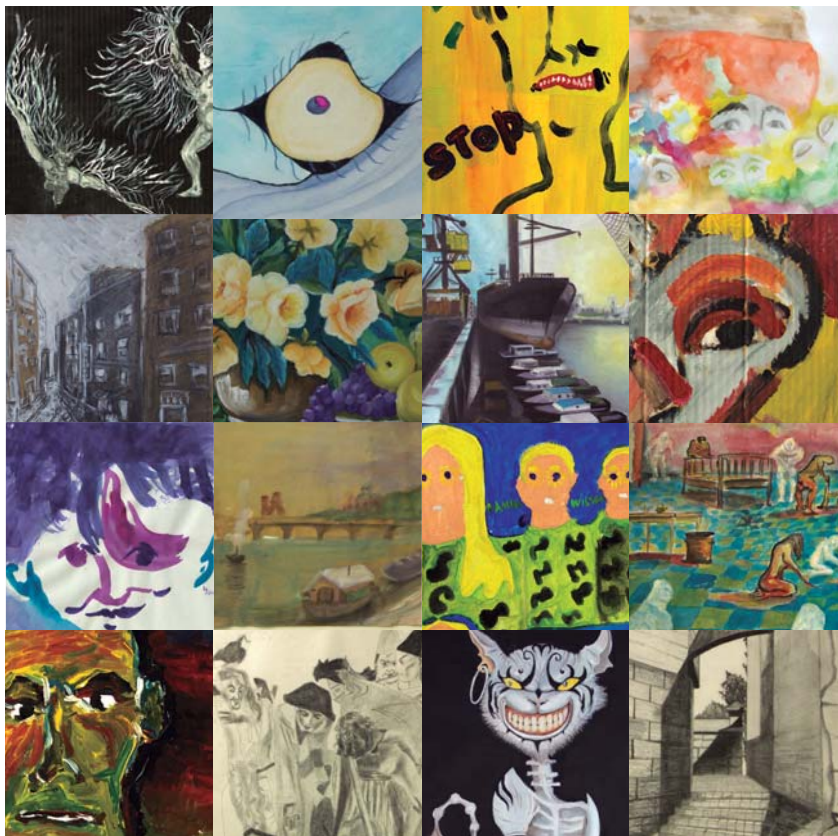
Es así que la persona disminuida en su capacidad de hecho o de ejercicio continúa siendo titular de los mismos derechos subjetivos que una persona que goza de plena capacidad jurídica. Solamente la puesta en ejercicio de sus derechos da lugar a filtros de protección.

En la sentencia impugnada se valora adecuadamente las nuevas normativas sobre la materia (leyes 25.280, 26.378 y 26.657), y se establece la incapacidad de hecho de la persona en los términos del artículo 141 del C.C. a tenor del resultado de los informes y exámenes multidisciplinarios así como de la audiencia de visu llevada a cabo en el proceso.

De allí que la terminología empleada se adecua a las necesidades del interesado encuadrando su situación legal bajo el régimen de la incapacidad de hecho absoluta que prescribe el artículo 141 y normas concordantes del Cód. Civil, que continúan vigentes. Mientras no medie un aggrionamiento de la denominación que recoge nuestra ley sustantiva, será necesario continuar empleándola en los casos extremos de excepción a la capacidad porque ello permite resguardar debidamente los derechos de la persona en estado de vulnerabilidad colocándola bajo el régimen legal que recoge nuestra legislación.

Finalmente, debo agregar que si bien en un precedente en el cual se planteaba similar cuestionamiento, propicié el cambio de terminología por restricción de la capacidad con puntuación de los actos requeridos de apoyo o asistencia del curador (C.Apel.C.C. Salta, Sala II, Libro de Sent. Def. T. 2014 la Parte, folio 7/9), el caso bajo análisis difiere sustancialmente de aquél puesto que no se trataba de una incapacidad de hecho del grado que reviste la presente.

Por ello, la Sala V de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial no hace lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 83 en contra de la sentencia de fs. 77/81, por ello confirma la misma en lo que fue objeto de agravio. Dispone se registre, notifique y baje. — Mario R. D'Jallad— Verónica Gómez Naar.



---

# Los artistas, las obras, las instituciones.

Las obras que se pueden apreciar en este volumen son creaciones de artistas plásticos con padecimientos mentales —internados y externados— que buscan, pincelada tras pincelada, mostrar su mundo interior. Estos artistas están vinculados a instituciones que trabajan en la promoción de derechos y buscan mejorar la vida diaria de las personas comprometidas y de sus familiares. Se trata de obras únicas y complejas como la vida de cada persona, así lo entiende el Ministerio Público de la Defensa en su preocupación por hacer visibles a los sujetos protegidos por la Ley de Salud Mental.

Agradecemos a Andrés Mondino (RED FUV), al Frente de Artistas del Borda (FAB) y a la Asociación Argentina de Ayuda a la Persona que padece Esquizofrenia y su Familia (APEF) por haber cedido sus obras para realizar el arte de esta revista. La razón por la cual no se publican los datos de los autores y de las obras del FAB obedece a una decisión propia de ese colectivo.



*Frente de Artistas  
del Borda*

**El Frente de Artistas del Borda** surge a fines del año 1984 con el objetivo de producir arte como herramienta de denuncia y de transformación social. El estar integrado por artistas internados y externados del Hospital Borda posibilita que sus producciones artísticas generen un continuo vínculo con la sociedad.

Bajo la consigna de “ir al frente”, exponerse a salir, se cuestiona el imaginario social de la locura. Con la recuperación de la democracia, comienzan a emerger múltiples prácticas y discursos críticos. En el área de salud mental, se dio lugar al planteo que, a nivel mundial, se conoce como reforma psiquiátrica, ocupando el centro de su crítica el manicomio, la internación y el trato rígidamente jerarquizado que estos auspician. Esta corriente de transformación institucional plantea la necesidad de un cambio radical de las instituciones manicomiales, tan proclives a adicionar padecimientos al que ya sufre la persona cuando ingresa a la institución. La fragmentación de los lazos sociales junto con el temor permanente conlleva a la resignación y al desinterés de una situación que se percibe como sin salida, lo que suele dar paso al aislamiento y a la paulatina desaparición de la conciencia crítica. En estos lugares, la persona va siendo sometida a una serie de despojos: la pérdida de su identidad, la fragmentación de los lazos sociales y afectivos, el arrasamiento de sus deseos, la privación de su intimidad, el menoscabo de sus derechos civiles y políticos.

Los datos personales de los autores son omitidos para preservar su identidad ya que, por cuestiones legales, los tratamientos están bajo el seguimiento de juzgados.

Datos de contacto:

<http://frentedeartistasdelborda.blogspot.com.ar/>



*Lorena Karina Galarz, APEF*  
*Sin título, óleo*  
*40 x 30 cm*

**La Asociación Argentina de Ayuda a la Persona que padece Esquizofrenia y su Familia** fue creada hace más de 20 años por un grupo de familiares que se iban encontrando en hospitales e instituciones de salud mental, en busca de alivio y tratamiento para sus familiares.

Si algo caracteriza a esta asociación es la búsqueda permanente de soluciones y ayuda a las personas que sufren esquizofrenia y a sus familiares, para que puedan enfrentar y comprender las complejidades que implica atravesar esa circunstancia. Desde APEF se favorece el compartir conocimientos y herramientas junto a un tratamiento multidisciplinario, hacia la recuperación de la vida cotidiana de las personas involucradas.

Desde su fundación, APEF acompañó toda iniciativa que implicara la defensa y promoción de los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud mental.

Periódicamente la asociación realiza las siguientes actividades:

- Reuniones destinadas a familiares y grupos de convivencia, coordinados por familiares.
- Talleres y emprendimientos laborales para usuarios.
- Taller de destrezas y autonomía.
- Encuentros con distintos profesionales (psicólogos, psiquiatras, abogados, etc.) que puedan colaborar en la superación de las limitaciones relacionadas.
- Participación en redes nacionales e internacionales.
- Presentaciones en congresos, foros y eventos sobre salud mental, organización de charlas y conferencias en escuelas y universidades.

Datos de contacto:  
[www.apef.org.ar](http://www.apef.org.ar)  
[info@apef.org.ar](mailto:info@apef.org.ar)  
tel: 45716297/0294



*Andrés Mondino*  
*Noche de encuentros*  
*Acrílico*  
*70 x 50 cm*

**Andrés Mondino**, artista plástico, nació en Buenos Aires el 11 de mayo de 1962.

Estudió en el taller del pintor y grabador Américo Balán. Fue miembro de RED FUV, Usuarios, Familiares y Voluntarios. Esta red está integrada por personas e instituciones interesadas en el trabajo conjunto por los Derechos de las Personas con Padeamiento Mental. El principal objetivo es poder influenciar a las autoridades correspondientes y a la comunidad, para promover una atención adecuada a los usuarios y familiares en el marco del respeto a los derechos de aquellos que tienen padecimientos mentales.

Datos de contacto:  
[andresmondino@hotmail.com](mailto:andresmondino@hotmail.com)

Año 5  
NÚMERO 7  
JULIO  
DE 2015

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA  
DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

EDICIÓN Y DISEÑO A CARGO DEL  
DEPARTAMENTO DE PRENSA

JEFE DE PRENSA  
**LIC. PABLO SANZ**

EQUIPO DE PRENSA

**ÁNGEL ABERBACH**  
**REALIZADORA MARÍA AMANDA CELI**  
**LIC. ISMAEL GARCÍA FORNASERO**  
**LIC. ADRIÁN HERMOSO**  
**JIMENA FERNÁNDEZ REARTE**

EDICIÓN:

**LIC. NADIA DAER**  
**LIC. ANA MANGIALAVORI**  
**LIC. DIANA NIKUTOWSKI**

DISEÑO GRÁFICO:

**DISEÑADOR MARCELO MIRAGLIA**  
**DISEÑADORA ANA INÉS PENAS**  
**DISEÑADORA GLENDA ROSS**

EDICIÓN ARTÍSTICA:

**LIC. MARIANA DOMÍNGUEZ**  
**DISEÑADOR MARCELO MIRAGLIA**  
**DISEÑADORA GLENDA ROSS**

*Publicación del **Ministerio Público de la Defensa** de  
la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Defensoría General.  
Edificio Dr. Arturo Enrique Sampay, México 890 (CABA).*

*Comentarios, sugerencias y colaboraciones:  
**prensa.defensoria@jusbaire.gob.ar***

## Números Anteriores

---



**Año 1  
NÚMERO 1  
MARZO  
DE 2011**

Buenos Aires  
Argentina

---

### Escriben

**Dra. Alicia E. C. Ruiz  
Dra. Eleonora Devoto  
Dra. Marcela Millán  
Dr. Ricardo D. Smolianski  
Dra. Liliana B. Costante  
Dr. Demian Zayat y Dra. Victoria Ricciardi**



**Año 1  
NÚMERO 2  
DICIEMBRE  
DE 2011**

Buenos Aires  
Argentina

---

### Escriben

**Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni.  
Dra. Graciela Elena Christe.  
Dr. Roberto Andrés Gallardo.  
Dra. Gabriela Marquiegui Mc Loughlin.  
Dr. Mauricio Duce.  
Dr. Aristides Corti.  
Dr. Federico Stolte.  
Dr. Guillermo García Fabués.  
Lic. María Laura Barral y Dr. Diego Fidel Doat.  
Equipo de Mediación.**



**Año 2  
NÚMERO 3  
AGOSTO  
DE 2012**

Buenos Aires  
Argentina

---

### Escriben

**Dr. Damian Loreti  
Dr. Edgardo Alberto Donna  
Dra. María Angélica Gastaldi  
Dr. Andrés Harfuch  
Dr. Abel Fleming  
Dr. Javier Esteban de la Fuente  
Dr. Sebastián Tedeschi  
Equipo de Psicólogos del Cuerpo de Mediación**



Año 3  
 NÚMERO 4  
 MAYO  
 DE 2013

Buenos Aires  
 Argentina

Escriben

Dr. Edmundo Samuel Hendler  
 Dra. Diana Maffia  
 Dr. Marcelo Pablo Vázquez  
 Dra. Ivana M. González  
 Dr. Matías Becerra y Dr. Emilio A. Cappuccio  
 Dr. Ricardo Daniel Smolianski  
 Dr. Demian Zayat  
 Dr. Federico H. Segura, Dr. Isidro M. Aramburú y Dra. Victoria L. Achával  
 Dr. Martín Cormick y Lic. Federico Golodny  
 Lic. María Laura Barral



Año 3  
 NÚMERO 5  
 DICIEMBRE  
 DE 2013

Buenos Aires  
 Argentina

Escriben

Dr. Luis Fernando Niño  
 Dr. Alberto Manuel García Lema  
 Dr. Aristides Corti  
 Dra. Paula Vitorro Mac Donald  
 Dr. Ramiro Sánchez Correa  
 Dra. Alejandra Lorena Lampolio y  
 Equipo de Intervención de Villas de la  
 Defensoría CAYT N° 1  
 Dra. Bettina Castorino y Lic. Josefina Fernández  
 Dr. Guillermo Emilio García Fabués  
 Dr. M. Roberto Guinney  
 Dr. Gabriel Fava y Dr. Gonzalo López



Año 4  
 NÚMERO 6  
 DICIEMBRE  
 DE 2014

Buenos Aires  
 Argentina

**La causa “Mendoza”:  
 la relocalización de las familias  
 y el derecho a una vida digna.  
 Las personas no son cosas.**

La causa “Mendoza”: la relocalización de las familias y el derecho a una vida digna.  
 Las personas no son cosas.



“Esta edición de 2.000 ejemplares se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2013 en los talleres gráficos de la Cooperativa de Trabajo Ferrograf Ltda., Bulevar 82 N° 535, ciudad de La Plata, Buenos Aires, Argentina”