



SALUD MENTAL

Implicancias de la ley 26.657 y el nuevo Código Civil
y Comercial. Derechos Humanos. Declaración de
inimputabilidad.

Por Gabriela Leticia Robles

I - Introducción:

La cuestión que abordaré es sobre el tratamiento que se le brinda a un insano, hoy denominado persona con discapacidad regulado en la ley de salud mental 26.657 y artículo 32 del nuevo Código Civil y al inimputable contemplado en el artículo 34 inciso 1 del Código Penal es desigualitario, por ende inconstitucional, atentando con un principio constitucional como es la igualdad, preceptuado en el artículo 16 de la constitución nacional, el artículo 24 del Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 26 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

La relevancia del tema radica en reconocer la seguridad jurídica de la que se les priva a todas las personas que padezcan una enfermedad mental, logrando de esta manera la vigencia de la constitución nacional. Al garantizarle a las mismas el derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, 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 Impedidos y el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidos a cualquier forma de detención o prisión.

Es innegable que en los últimos años el Derecho Civil viene experimentando cambios profundos, fruto de un nuevo paradigma en orden a la revalorización de la persona humana como razón y fin de las instituciones jurídicas, el reconocimiento de los derechos propios en su condición de tal, tanto en la interrelación subjetiva dentro de la convivencia social, como desde el ángulo de las políticas públicas, se ha proyectado transversalmente en todas las áreas que integran el conocimiento jurídico.

A la persona con discapacidad mental la sociedad moderna la estigma, la teme y genera una fuerte discriminación, provocando su apartamiento y por ende su exclusión. Seres vulnerables de vulnerabilidad extrema hacia los cuales sólo se dirigen, casi siempre y en la mayoría de los casos, miradas indiferentes, olvidándose de que les corresponde que el estado le garantice el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos por la constitución nacional y por los tratados internacionales de derechos humanos.

II - Encuadre en nuestro sistema legal:

La persona con discapacidad mental se encuentra regulado en la ley de Salud Mental 26.657 publicada en el boletín oficial el 3 de diciembre de 2010 destinada a las personas con trastornos mentales y en el artículo 32 del nuevo Código Civil y Comercial que fue aprobado por la ley 26.998, entrando en vigencia el día 1 de Agosto de 2015, no así a los inimputables.

La ley de Salud mental dispone la creación de comisiones de revisión de estado de los pacientes internados junto a la prohibición de la apertura de nuevos hospitales psiquiátricos, la obligatoriedad de la internación en hospitales generales y abordar la problemática de salud, enfermedad, atención mental reconociendo su complejidad y tratando a la misma de forma interdisciplinaria. Asimismo el nuevo Código Civil que reemplazo el viejo Código Civil redactado por Vélez Sarsfield, el cual Las medidas de seguridad previstas para sujetos no imputables no han merecido suficiente atención por parte de la doctrina. Mientras la doctrina y jurisprudencia fue evolucionando en lo que hace al respeto de garantías para los penados, en materia de medidas de seguridad lamentablemente nos hemos quedado atrapados por el tiempo. A su vez en relación a la ejecución de las penas se han dictado varias normas tendientes a procurar garantías constitucionales de los condenados, entre los que cabe mencionar la ley 24.660. En cambio en lo que respecta a las medidas de seguridad, seguimos contando con nuestro viejo artículo 34 inciso 1 del Código Penal cuya redacción resulta sumamente anticuada. La cual dispone que “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 desaparecidos el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás”.

Conforme lo establece el artículo 75 inciso 23, de la constitución nacional, es una obligación indelegable del congreso nacional legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la constitución nacional y los tratados internacionales de derechos humanos, en particular respecto de los niños, mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.¹

¹ ROSALES, Pablo O., “Discriminación en razón de la discapacidad: Las convenciones internacionales de discapacidad y su aplicación como herramienta interpretativa del derecho interno”, *SJA* 28/7/2010;

Con la reforma constitucional del año 1994, se da el primer paso para la incorporación definitiva en el sistema legal argentino, de documentos internacionales cuyo contenido hace énfasis en preservar al hombre en su verdadera dimensión humana, como destinatarios de reglas de conducta social que antes que discriminarlo, desprotegerlo o ignorarlo deben ser pensadas y actuadas en pos de su beneficio existencial. Son por cierto varios los aspectos en que se manifiesta en el mundo concreto la esencia humana de la persona; todos son válidos e importantes a la hora de su protección desde el derecho, pero quizás uno de los de mayor trascendencia sea el de su “salud” psicofísica.²

III - Principios, reglas y antecedentes del sistema normativo actual:

Debemos señalar que el trato que la sociedad y la ley ha dado a la locura y a las personas que la padecen, ha evolucionado con el tiempo como así los diferentes intereses en juego. Podemos señalar que paulatinamente se fue abandonando el antiguo concepto que atribuía carácter demoníaco a la locura y se reconoció su condición humana, pero entonces se segregó al enfermo y se lo aisló de la sociedad.

Los propósitos que generaron la proliferación de los manicomios en el mundo como centro de internación y aislamiento del enfermo mental, no nos sorprendería descubrir que obedecieron más a intereses políticos y sociales vinculación con el poder y el control, que a un verdadero afán de proteger y curar al paciente. De esta manera al enfermo mental se lo privó de su status de sujeto de derecho y se lo relegó a una categoría de objeto de protección y control. Resultan ilustrativas al respecto las palabras de Michel Foucault: “El siglo XVIII restituyó al enfermo mental su naturaleza humana, pero el siglo XIX lo privó de los derechos y del ejercicio de los derechos derivados de esta naturaleza. Ha hecho de él un “enajenado” puesto que transmite a otros el conjunto de capacidades que la sociedad reconoce y confiere a todo ciudadano, lo ha cercenado de la comunidad de los hombres en el momento mismo en que en teoría le reconocía la plenitud de su naturaleza humana. Lo ha ubicado en una humanidad abstracta

“Un estudio general de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, SJA 27/8/2008 - JA 2008-III-1022.

² “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre” (Art. XI – Bogotá – 1948), el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (Art. 12.1 – Nueva York – 1966), la “Convención Americana sobre los Derechos Humanos” (Art. 5 – San José de Costa Rica – 1969), el “Protocolo de San Salvador” (Arts. 10 y 18 – El Salvador – 1988) o la “Convención sobre los Derechos del Niño” (Arts. 23 y 28 – Nueva York – 1989).

despidiéndolo de la sociedad concreta: esta “abstracción” se realiza en la internación. El destino del enfermo está fijada desde entonces por más de un siglo; esta enajenado”.³

Una nutrida normativa viene siendo aplicada en nuestro país, más allá del desajuste entre las disposiciones vigentes y la realidad. En lo que respecta a los principios se encuentra la Convención Americana sobre derechos humanos, el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, la Convención Interamericana sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y la CDPP. Y a su vez quedan incorporados algunos de los estándares especializados adoptados por la Asamblea general de las Naciones Unidas, tales como los Principios para la Protección de las Personas con Enfermedades Mentales y el Mejoramiento de la Salud Mental, Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad, así como documentos sobre las políticas, redactados por la Organización Mundial de Salud, sobre cuáles son las mejores prácticas a implementar incluyendo la Declaración de Caracas y la Declaración de Montreal sobre la discapacidad intelectual, la Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Promoción de los Derechos de las personas con Discapacidad Mental. Y más recientemente, las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad.

La Convención internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada el 13 de diciembre de 2006, el gobierno argentino firmo y ratifico dicho tratado el 6 de junio de 2008, a través de la ley 26.378. Constituye el primer tratado de derechos humanos del Siglo XXI que importa consecuencias relevantes para las personas con discapacidad, y entre las principales, se destaca la “visibilidad” de este colectivo dentro el sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, asumiendo la visión de la discapacidad como una herramienta jurídica vinculante para hacer valer los derechos de estas personas.

Este conglomerado de norma y principios coloca la realización del ser humano como un fin en sí mismo, siendo su persona inviolable y constituyendo un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.⁴

³ Foucault, Michelle, ob.cit.p.93. Por eso en algunos ámbitos subsisten aun cargos que se designan p.e.j. ”Procurador General de Alienados”

⁴ CSJN, Fallos: 316:479

Como vimos, de acuerdo al Código Penal la medida de seguridad culmina cuando desaparece la peligrosidad del inimputable o bien cuando la peligrosidad es tan mínima que ya no es necesaria la internación.

Pero supongamos que la peligrosidad del sujeto sigue exigiendo su internación. En tal caso, ¿la medida debe continuar indefinidamente o se debe aceptar un límite temporal? ¿Si la peligrosidad no desaparece, el sujeto debe continuar internado de por vida? Según la letra de la ley, la respuesta debe ser afirmativa, es decir, la medida de seguridad sólo puede cesar una vez acreditada la desaparición de la peligrosidad. Esto llevó a la doctrina internacional a considerar que las medidas son absolutamente indeterminadas en el tiempo, por lo que no es posible establecer ningún límite temporal.⁵

IV - Vulneración de principios constitucionales:

A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (artículo 75 incisos 22 y 23 de la ley suprema), ha sido el máximo tribunal el que ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud comprendido dentro del derecho a la vida y destacando la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento la jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.⁶

Dichos pactos internacionales “contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del artículo 8 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del artículo 25, inciso 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de los artículos 4, inciso 1 y 19 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica – Adla, LIII-D, 4125), del artículo 24 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 10 inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Adla, XLIV-B, 1250), vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se le deben asegurar.”⁷

Es innegable que el estado nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos en materia de derechos humanos y que el incumplimiento genera responsabilidad doméstica e internacional en virtud del artículo 12, párr. 4 CDPD que establece la

⁵ Véase Soler: op.cit;pp 466 y 483; en igual sentido Núñez: op.cit;p. 570; Fontán Balestra: Tratado de Derecho Penal, 2da ed; Abeledo Perrot, t, III, p.435.)

⁶ CSJN, Fallos: 321:1684

⁷ CSJN, Fallos: 323:3229

obligación del Estado de asegurar que “las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas.”

V - Estado actual de la cuestión:

Evidentemente se ha pretendido con el espíritu de la ley 26.657 descentralizar la intervención del poder judicial en los procesos de internación, la norma fuertemente cargada de ideología produce un quiebre entre las corrientes del modelo jurídico tradicionalmente asociado al modelo psiquiátrico y la antimanicomización. Se ha optado por limitar la intervención judicial, dotando de relevancia a la intervención de equipos interdisciplinarios.

Con dicha ley el criterio jurídico visibilizado en la figura del juez, se desvanece, transformándolo en un mero espectador del tratamiento de los pacientes que padecen trastornos en la salud mental. Del texto de la ley puede observarse que pierde relevancia la intervención judicial, cobrando mayor protagonismo la determinación médica, evaluación que realiza un equipo interdisciplinario.

De esta manera, el artículo 23 regula que el alta, externación o permisos de salida son facultad del equipo de salud que no requiere autorización del juez. En lo que respecta a la inhabilitación, se incorpora el párrafo ter al artículo 152, donde se establece que las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deben fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias, modificando de esta manera, los tradicionales criterios de internación en la materia, consolidándose definitivamente un criterio interdisciplinario, materia que ha tenido escaso desarrollo en nuestra doctrina.⁸

Con respecto a los efectos de la sentencia de inhabilitación e incapacidad, expresamente establece como prohibición: “No podrán extenderse por más de 3 años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menos posible”. No ha sido desarrollo del legislador nacional sino que la norma incorporada tiene inspiración en armonizar nuestro ordenamiento con lo preceptuado por la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, incorporada a nuestra legislación por ley 26.378, el 21 de mayo de 2008.⁹

El texto elegido por la norma local, genera interrogantes en cuanto a los efectos que produce la declaración de incapacidad o inhabilitación, produciendo inseguridad

⁸ Rivera, Julio César, Instituciones de Derecho Civil. Parte General I. Abeledo Perrot. P.451.

⁹ Art. 12.4. “Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad”.

jurídica. Será necesario determinar ¿Quién es el órgano competente para la revisión de la sentencia? ¿El juez o el equipo médico interdisciplinario? ¿Concurrido el plazo de 3 años, continúa disminuida la capacidad? ¿Se presume la plena capacidad vencido el plazo legal?

Los temores plantean interrogantes en cuando al funcionamiento de estos grupos, el tiempo transcurrido desde la sanción de la ley nos impide hacer un análisis con pautas objetivas en torno al desarrollo de las tareas asignadas interdisciplinariamente.

El nuevo paradigma del modelo social sentado por la ley de salud mental en contraposición al modelo biológico jurídico de incapacidad de la ley 17.711; implica que no debe privarse a la persona de su posibilidad de elegir y actuar. Significa otorgar apoyo para la toma de decisiones.¹⁰

La nueva ley de salud mental impone nuevas prácticas, trae el derecho ubicado en los tratados de derechos humanos, que son ahora derecho vinculante. Las normas que reconocen derechos de las personas con discapacidad mental refieren primordialmente al respeto, a la autonomía del sujeto, a su autodeterminación y autorresponsabilidad, el respeto a su decisión.¹¹

La ley 26.657 encuentra sus fundamentos en los estándares internacionales de derechos humanos en materia de salud mental y su eje principal es la garantía del derecho a la salud en el marco comunitario, la integración y la plena inclusión de las personas con padecimiento mental en la comunidad y su consideración como titulares de derechos con capacidad jurídica para ejercerlos plenamente.

Al reconocer la salud mental como un “proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos”, recoge el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, pues solo podrá darse adecuada garantía al derecho de la salud mental cuando, a su vez, se vean garantizados otros derechos vinculados con aspectos civiles, políticos, económicos y culturales. Ello se establece en el inciso a del artículo 7, que reconoce el derecho a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada. Dispone la autonomía de las mismas y prohíbe su discriminación. Las personas que padecen adicciones también están amparadas por la ley.

¹⁰ FAMA, Victoria – FORTUNA, Sebastián, con cita del fallo Trib. Familia San Salvador de Jujuy, sala 2, 14/11/2011, “C., M.R y otros s/ solicitud de declaración de inhabilidad”.

¹¹ Actualidad en Derecho de Familia 1/2012, SJA – 2012/04/25-26; JA, 2012-II.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación reemplazo al viejo Código Civil redactado por Vélez Sarsfield que establecía el modelo de la incapacidad total y la sustitución de la voluntad por un curador, era arcaico y necesitaba ser actualizado. Las personas con discapacidad en consonancia con el nuevo Código, la CDPD y la LNSM, que amplia considerablemente sus derechos, podrán de ahora en más ser amparados por los principios de legalidad, inclusión, no discriminación y ciudadanía con la mira puesta en un acceso efectivo a sus derechos, que hasta ahora se encontraban sistemática e impunemente vulnerados.

Asimismo constituye un valioso fortalecimiento en favor de estas personas e instaura nuevas reglas protectoras cuando se plantean internaciones institucionales coactivas. Los cambios más significativos se refieren a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial y a la institución forzosa de pacientes mentales graves, siendo esta la última opción. Consagra la internación y la externación como un derecho fundamental de la persona. Regula el tema desde la perspectiva de los derechos humanos tanto en materia de salud mental como de capacidad jurídica.

El artículo 32 dispone: “El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una personas mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonablemente en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar curador.”

Se trata de dos supuestos diferenciados: 1) Personas con capacidad restringida. Implementa como regla general la restricción al ejercicio de la capacidad, solo viable en beneficio de las personas, cuando su ejercicio pleno pueda generar daño para sí o para sus bienes. No procede la tradicional figura sustitutiva del curador, sino la designación de persona/s de apoyo, cuya función es “...promover la autonomía y favorecer las

decisiones que respondan a las preferencias de la persona” (artículo 43 CC y C). El apoyo no debe sustituir la voluntad de la persona protegida por aquello que el apoyo pudiera considerar que es más beneficioso de acuerdo al punto de vista de este. Los alcances de las funciones de los apoyos surgen del artículo 43 y han sido incorporados al sistema del Código en virtud de lo regulado en el artículo 12.3 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Importa un indudable avance en virtud de considerar que la persona con capacidad restringida sigue protagonizando su propia vida con “apoyo” para la decisión de actos jurídicos.

2) Incapacidad. Curatela. Prevista en el último párrafo del artículo 32. Es de carácter excepcional la declaración de incapacidad y al único fin de protección de las personas. Se considerara una persona incapaz de ejercicio, a quien se le designara un curador que la represente. Hay dos requisitos esenciales de procedencia: a) Imposibilidad absoluta de manifestación de la voluntad, aun utilizando tecnología adecuada. b) Que el sistema de apoyos resulte ineficaz. A contrario sensu, eventualmente, corresponde, una sentencia de capacidad restringida y la designación de apoyos.

Se exige un criterio objetivo, que excede a un diagnóstico de la persona y/o a su pertenencia a un grupo social. La declaración de incapacidad trae aparejada la designación de un curador que representa a la persona y su principal función es cuidar a la persona y sus bienes y procurar que recupere su salud (artículo 138 CC y C). La figura se justifica frente a la absoluta imposibilidad de la persona de interactuar por su medio y expresar voluntad.

En virtud de lo pre aludido se concibe a la persona desde sus capacidades y no desde sus falencias, presumiéndolas capaces aun cuando se hallen internadas, dando fin al modelo de “incapacidad plena o absoluta”, cuestionado por el sistema universal de derechos humanos.

La tolerancia del estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación, por caso, de la convención americana de derechos humanos. Garantizar la vigencia de los compromisos internacionales asumidos por la Argentina entraña, así mismo, el deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de la cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera

tal de ser capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.¹²

Las llamadas medidas de seguridad para los inimputables que contempla nuestro digesto penal en el artículo 34 contienen dos tipos de medidas. Por un lado contamos con la llamada reclusión manicomial, prevista en inciso 1, segundo párrafo que dispone: “En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión judicial, con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecidos el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o los demás”. Está claro, entonces, que esta medida se aplica para los autores de hecho que no puedan ser penados en razón de su “enajenación mental”. El término enajenación mental debe ser considerado como “enfermedad mental”, de allí que la medida está prevista para los autores que al padecer insuficiencias en sus facultades mentales o alteraciones morbosas de las mismas, hayan obrado sin capacidad de culpabilidad. La otra medida prevista en el Código Penal es la reclusión en establecimientos especiales, regulada por el tercer párrafo del artículo 34 el que prescribe: “En los demás casos en que absolviere 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”. El Código, además del lugar en donde deben cumplirse, establece una diferencia muy importante entre ambas. Mientras la imposición de la reclusión manicomial es optativa, con relación a la reclusión en establecimiento adecuado, la aplicación de la medida es obligatoria para el juez. La medida de seguridad sólo puede cesar una vez acreditada la desaparición de la peligrosidad.

La indeterminación temporal de dichas medidas es violatoria de los principios de legalidad y razonabilidad. En primer lugar, el carácter coactivo y sancionatorio de la medida de seguridad. Es indudable que la medida, al igual que la pena, implica la privación de ciertos derechos fundamentales (en especial la libertad). A fin de evitar abusos de poder es importante que la medida asegurativa respete las mismas garantías constitucionales que se reconocen para las penas. Las garantías del Estado de derecho y social democrático se han convertido en irrenunciables. Entre ellas destaca la seguridad jurídica, que en referencia a los castigos significa no sólo saber en qué consisten, sino también cuál va a ser su duración real, que no podrá difuminarse por las combinaciones de los conceptos de pena y medida, ni tampoco por la teóricamente necesaria

¹² CIDH, Opinión consultiva n° 11/90 del 10 de agosto de 1990, “Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos”, párrafos 34 y 23, recordada en Fallos, 318:514.

“indeterminación” de todas o algunas de las medidas de seguridad, de las que se predicó que debían durar lo preciso para alcanzar un objetivo, principio del positivismo que ya muy poco defienden. En segundo lugar, el principio de razonabilidad previsto en el artículo 28 de la Constitución Nacional. Para la constitucionalidad de la ley hace falta un cierto contenido de justicia. A este contenido de justicia lo llamamos razonabilidad. Su opuesto es la arbitrariedad. También el artículo 30 del Pacto de San José de Costa Rica dispone: “Las restricciones permitidas, de acuerdo a 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 dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

A pesar de los discursos que le dieron nacimiento y a diferencia de lo que gran parte de la doctrina en la actualidad procura imponer verdaderas reacciones penales de carácter coactivo. Y lo que menos se consigue con ellas es su protección sino que provocan, por el contrario, serios cercenamientos a los derechos de los inimputables, su carácter afflictivo es pues incontrovertible. Es que resulta “irrazonable” que un individuo, al que el Estado no quiere castigar, se vea afectado en sus derechos en una medida mayor de lo que hubiese correspondido en caso de ser condenado como autor responsable. El medio escogido, medida de seguridad de carácter penal indeterminada en su duración, no guarda relación con fin propuesto que es la protección del inimputable y de la sociedad.

“Si mi corazón pudiera hablar, estoy seguro que diría: Desearía estar en otro lado hoy día. Entre estos libros, gran cantidad de conocimiento debe haber pero de qué sirve, cuando son otros los que tienen las llaves del saber”. Cuánta sabiduría existe en estas palabras de Antonio Sánchez Galindo. Y esto es una mínima y, si se quiere, anecdótica muestra de la infinita indiferencia de quienes padecen una alteración mental. Por eso resultan inadmisibles ciertos comportamientos sociales. Pareciera que toda comunidad quiere olvidar a quienes padecen enfermedades mentales. El estado los acoge sin la atención plena que deberían recibir, la cual debe ser cada vez más, dentro del ámbito de los derechos humanos.

La Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización e integración del Código Penal de la nación (Decreto PEN 678/12) presidido por el Dr. E. Raúl Zaffaroni. Entre las distintas propuestas que en el mismo se desarrollan se encuentra el del funcionario judicial Dr. Garaycochea Carlos Norberto de la Defensoría

general de Morón que plantea es limitar al máximo posible el concepto jurídico de peligrosidad del sujetos. Sostiene que las medidas de seguridad para incapaces psíquicos, que siempre encierran en contenido punitivo. No es un dato menor la contradicción teórica que provocan en un derecho penal de acto, pues implican, al menos en su aspecto punitivo, la sanción de una pena sin culpabilidad. Se ha discutido la posibilidad de suprimir esta regulación en atención a la contradicción señalada y a la legislación psiquiátrica, como también a los importantes cambios de perspectiva que se introduce en particular a la desmanicomialización. A su vez el nuevo proyecto instituye la figura de la inimputabilidad atenuada para los casos en los que haya una comprensión parcial del hecho, para lo cual promueve una reducción de la pena y tratamiento. Finalmente para los delitos excarcelables, el anteproyecto prevé que la persona inimputable sea derivada a la justicia civil para que esta actué de acuerdo a la ley nacional de salud mental.

VI - Doctrina a favor de la nueva ley de salud mental:

En esta postura se encuentran distintos fundamentos. Así Magdalena B. Giavarino¹³ invoca que hace énfasis en el individuo como tal, incorporando concepto de leyes internacionales. Beatriz Escudero Quintana¹⁴ alega que importa una igualdad de posibilidades, dado que significó un avance la ley mencionada en materia de protección para quienes padecen de enfermedades mentales o adicciones, para de esta manera, garantizar los derechos humanos de dichos pacientes. En lo que respecta al decreto reglamentario 603/13 de la ley de salud mental, se puede destacar la ratificación de la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de respetar las convenciones internacionales en materia de salud, salud mental y no discriminación, como así también de la incorporación en nuestro derecho impositivo del “softlaw” integrado por los “Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental”, la Declaración de Caracas y los Principios de Brasilia.

¹³ GIAVARINO, Magdalena B., “Hacia un afianzamiento de las medidas de salvaguarda. Un cambio más que positivo”, *DF y P* 01/04/2012, 257 (La Ley Online, p.1).

¹⁴ ESCUDERO DE QUINTANA, Beatriz, “Consideraciones sobre el Decreto 613/13, reglamentario de la Ley de Salud Mental”, *elDial.com* – DC1AF, p.1.

Por su parte Eduardo Sirkin¹⁵, Emilio P. Gnecco¹⁶, Guillermo C. Alonso Sainz¹⁷, Julio C. Rivera e Irene Hoof¹⁸, Carolina G. Cédola y Carina S. Jorge¹⁹ sostienen que adopta un tratamiento con un equipo interdisciplinario, que las internaciones involuntarias son excepcionales y afirman que implica un cambio de paradigma cuyo objeto procesal sea la adopción de medidas de salvaguarda a favor de una persona con enfermedad mental.

VII - Doctrina en contra de la nueva del de salud mental:

La postura mayoritaria encuentra a los que afirman que deja de lado el objetivo principal, que es mejorar la situación del enfermo mental al llevarlos afuera de la institución haciendo que el mismo esté en peores condiciones, lo que conlleva a consecuencias lamentables, no se ocupan de mejorar las condiciones materiales y humanas, objetivos terapéuticos, muestran un desinterés en proteger a dichas personas, produciendo una ausencia de protección, empeorando su situación de vulnerabilidad con una grave deficiencia legal ya que sólo regula la declaración judicial para la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud, ausencia y confusión del texto legal y una marcada falta de equilibrio entre ampliar el marco de su libertad con la necesidad de protegerlo. La igualdad que tienden a establecer es sólo una mera ilusión. A su vez que el presente no se ha resuelto la cuestión ligadas a las personas internadas, especialmente en grandes instituciones, muchas veces, sin un fundamento científico que justifique el encierro compulsivo. La experiencia confirma que las ilegalidades, violencia u arbitrariedades concernientes a la internación psiquiátrica han sido seriamente denunciadas y cuestionadas, sumado que resulta profundamente inconveniente, mas allá de la efectividad de los seguimientos que se prohíjan pues pensamos que debería verse establecido un régimen diverso para la interdicción y la inhabilitación, muy amplio el segundo, en cuanto a las facultades que se le autorizan, más limitado el primero,

¹⁵ SIRKIN, Eduardo, “Algo más sobre la nueva ley de Salud Mental; su incidencia en los Códigos Civil y Procesal”, *elDial.com* – DC15E, p.3.

¹⁶ GNECCO, Emilio P., “Protección del internado con padecimientos mentales o adicciones”, *Sup.* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs As, 23/07/2013, 1; *LA LEY* 2013-D (La Ley Online, p.5).

¹⁷ ALONSO SAINZ, Guillermo C, “Tendencias actuales en la salud mental. La intervención del estado: su necesidad y urgencia”, *elDial.com* – DC196C, p.1.

¹⁸ RIVERA, Julio C. y HOOFT, Irene; “La nueva ley 26657 de Salud Mental”, *SJA* 25/05/2011 (Abeledo Perrot N° 0003/015423, pp.1).

¹⁹ CEDOLA, Carolina G y JORGE, Carina S., “La protección brindada a la persona con enfermedad mental y la tutela del crédito. Un análisis de la vigencia del sistema de los arts. 472 y 473, CCiv., a la luz de las reformas producidas por las leyes 17711 y 26657”, *SJA* 2012/05/09-3; *JA* 2012-11-1222 (Abeledo Perrot N° AP/DOC/174/2012).

teniendo en cuenta la mayor incapacidad de la demencia jurídica aparejó, mas allá de las dudas que nos despierta el posible u efectivo control ulterior en estos casos y en nuestro medio. Aquí se encuentran: Alfredo J. Kraut y Nicolás Diana²⁰, Jorge A. Mayo y José W. Tobías²¹, Luis Alejandro Pérez Dávila²², Carolina L. Finocchio y Fernando Millán²³, María Graciela Iglesias²⁴, Jorge L. Kilmanovich²⁵, Alejandro Morlachetti²⁶, Luis R. Lorens y Alicia B. Rajmil²⁷, Alfredo J. Kraut y Guillermina Leontina Sosa²⁸.

VIII - Jurisprudencia:

En materia de salud mental respecto la persona con discapacidad y al inimputable, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos “Tufano”²⁹, “Hermosa”³⁰, “D., J. A.”³¹, “S., de. B; M del C”³² anteriores al dictado de la nueva Ley de Salud Mental 26.657, observo irregularidades en su tramitación y vulneración de derechos humanos respecto a la correcta protección de las personas con padecimientos mentales internados forzosamente sin tener en cuenta su estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono que en la mayoría de los casos las mismas se encuentran.

²⁰ KRAUT, Alfredo J y DIANA, Nicolás “Sobre la reglamentación de la Ley de Salud Mental”, *LA LEY*, 08/07/2013,1 (La Ley Online, p.28).

²¹ MAYO, Jorge A y TOBIAS, José W “La nueva ley de 26.657 de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil”, *LA LEY* 2011-A, 949; *LA LEY* 14/02/2011; *DF y P* 2011 (La Ley Online, p.10).

²² PEREZ DAVILA, Luis A., “Nueva ley de salud mental N° 26.657”, *Sup. Act.* 05/05/2011,1 (La Ley Online, p.3).

²³ FINOCCCHIO, Carolina L y MILLAN, Fernando, “Régimen de interdicción e inhabilitación a la luz de la nueva ley de salud mental”, *DF y P* 16/09/2011,194 (La Ley Online, p.1).

²⁴ IGLESIAS, María Graciela, “La justicia y la salud mental: La Corte Suprema de la Nación y el camino a seguir”, *LA LEY*, 2008- C, 254.

²⁵ KIELMANOVICH, Jorge L., “El nuevo juicio de interdicción y de inhabilitación (ley 26.657)”, *LA LEY*, 2011-A, 1136; *LA LEY* 17/02/2011, 17/02/2011, 1 (La Ley Online, p.1).

²⁶ MORLACHETTI, Alejandro, “La jurisprudencia de la Corte Suprema y los derechos humanos en el ámbito de la salud mental”, *SJA* 25/6/2008; *JA* 2008-II-121(Abeledo Perrot N° 0003/013886 o 003/013887, p.5).

²⁷ LLORENS, Luis R y RAJMIL, Alicia B, “Mandatos y poderes a cumplir después de la declaración de incapacidad”, *LA LEY* 2012-D, 1005; *LA LEY* 18/07/2012,1 (La Ley Online, p.2).

²⁸ KRAUT, Alfredo J y SOSA, Guillermina Leontina, “Pacientes mentales. Suicidio de un internado: Sistema de puertas abiertas”, *LA LEY* 2013-C, 346; *LA LEY* 24/05/2013, 24/05/2013,5 (La Ley Online, p.2).

²⁹ “Tufano, Ricardo A. s/ internación”, CSJN, 27/12/2005, *Abeledo Perrot* N° FC328-4832 (documento digital, p.1).

³⁰ “Hermosa, Luis Alberto s/insania proceso especial”, CSJN, 12/06/2007, *Abeledo Perrot* N° 4/64144 (documento digital, p.1).

³¹ “D., J. A s/ internación”, CSJN, 05/02/2008, disponible en la web oficial de la CSJN, en: <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=637932> (documento digital, p.1).

³² “R., M. J. s/insania”, CSJN, 19/02/2008, *Abeledo Perrot* N° 4/66519 (documento digital, p.1).

El Alto Tribunal Nacional estableció el piso jurídico con sustento en convenios, principios, normas, informes y precedentes internacionales particularmente en los fallos provenientes del sistema interamericano de derechos humanos, entre los que se encuentran: “Congo”³³, “Ximenes, Lopes”³⁴ y “Porco”³⁵ obligatorios para nuestro país en su condición de estado parte.

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

Más allá de la cuestión de competencia, la Corte advirtió que no podían desconocerse en esta causa la existencia de numerosas irregularidades en su tramitación, que hacían necesario abordar la cuestión incluso en el marco del planteo de incompetencia a la luz de las normas internacionales y nacionales relativas a la correcta protección de las personas con padecimientos mentales internada forzosamente.

La sentencia de la Corte jerarquiza los principios constitucionales de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, igualdad, tutela judicial efectiva y el debido proceso con fundamentales y básicos para la protección de los derechos de los pacientes con padecimientos mentales, particularmente cuando estos están sometidos a internaciones involuntarias. Entre los instrumentos internacionales tenidos en cuenta por la Corte para extraer los derechos mínimos específicos para las personas que padezcan trastornos psíquicos, resalto la aplicación de los “Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental”. Este documento es considerado como el estándar más completo a nivel internacional sobre la protección de

³³ “Congo, Víctor Rosario vs. Ecuador”, CEDHU, 13/04/1999, disponible en la web oficial de la *CIDH*, en: <https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/Ecuador%2011.427.htm> (documento digital, p.1 y ss).

³⁴ “Ximenes Lopes vs. Brasil”, CIDH, 04/07/2006, disponible en la web oficial de la *CIDH*, en: <http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/es/jurisprudencia-oc-simple/38-jurisprudencia/734-corte-idh-caso-ximenes-lopes-vs-brasil-sentencia-de-4-de-julio-de-2006-serie-c-no-149> (documento digital, p.1).

³⁵ “Porco, Marcela Alejandra vs. Bolivia”, CIDH, 04/03/2008, disponible en la web oficial de la *CIDH*, en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/Bolivia11426.sp.htm> (documento digital, p.1).

los derechos a la personas con padecimiento mentales; también ha sido tomada por la Comisión y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como fundamento para decidir en los casos “Víctor Rosario Congo c/ Ecuador” y “Ximenes, Lopes c/ Brasil” anteriormente mencionados.

La Corte estableció que los derechos mencionados con anterioridad fueron violentados en su totalidad en el caso de M. J. R; tanto en el tiempo de su ingreso en una institución psiquiátrica como durante su permanencia. Finalmente, junto con la resolución respecto del conflicto de competencia, la Corte Suprema ordenó por la autoridad correspondiente con carácter de urgente, la realización de un detallado informe científico sobre el estado psicofísico y las condiciones de internación de M. J. R. para que obre en la causa, con expresa observancia de las pautas y principios relevados en dicho fallo. Dejó establecido con claridad que la internación involuntaria por causa mental es siempre una privación de libertad, que si bien puede ser legitimada por necesidad terapéutica, deberá ordenarse siempre que no exista otra medida menos restrictiva de la libertad personal. En esta ideología cita el plexo normativo de derechos humanos, haciendo referencia al caso resuelto, por la Corte interamericana de derechos humanos, Ximenes López contra Brasil del 4 de julio del 2006, donde se señaló la relación existente entre vulnerabilidad y sufrimiento mental, entre malos tratos y padecimiento, condiciones de derecho a la vida, a la integridad, en fin, los derechos de titularidad con padecimiento psíquico para resolver las violación de derecho cometida.

La Corte en los fallos mencionados expresó que no puede olvidarse en este campo el compromiso internacional asumido por la República Argentina, con relación a las 100 Reglas de Brasilia de acceso a la justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad que tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condiciones 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.³⁶

Las 100 Reglas “imponen a los integrantes del poder judicial el deber insoslayable de hacerse cargo de que la edad, el sexo, el estado físico o mental, la discapacidad, la pertenencia a minorías o a comunidades indígenas, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, la privación de la libertad, las condiciones socioeconómicas hacen

³⁶ VILLAYERDE, María Silvia, “Una Nueva Mirada sobre la Discapacidad. Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, publicado en <http://www.villaverde.com.ar/es/assets/publicaciones/varios/nueva-mirada-fundejus%282%29.doc>

vulnerables a millones de personas más allá de que el derecho los declare iguales. Al mismo tiempo recomiendan la elaboración de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de quienes estén en situación de vulnerabilidad. Esas 100 Reglas constituyen nuevas formas de subjetividad y lo hacen a partir de poner al descubierto la discriminación, la fragmentación y la marginalidad. Es tanto como dar vuelta la noción de igualdad que la modernidad consagró para superar las diferencias más terribles que atraviesa el mundo social.³⁷

IX - Postura:

Sostenemos que hay un vacío legal en lo que respecta a la protección y resguardos de los derechos humanos de las personas que fueron declaradas inimputables, por lo que propiciamos una reforma legislativa para que se puedan encontrar en un pie de igualdad con las personas con discapacidad.

Creemos que el camino está demarcado con los cambios más significativos de la ley nacional de salud mental, el nuevo Código Civil y Comercial y el anteproyecto del Código Penal de la nación; falta transitar esta necesaria reforma para lograr establecer la igualdad en derechos y oportunidades de la persona con discapacidad y el inimputable siguiendo el rumbo de la jurisprudencia de la Corte Suprema, el establecido por el orden internacional de los derechos humanos a través de las recomendaciones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y las opiniones consultivas y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del sistema del Pacto de San José de Costa Rica, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en su Protocolo Facultativo, y ahora, en especial con la sanción de la ley 26.657.

Debemos empezar a aceptar a nuestros locos como una parte de nosotros mismos, que nunca dejó de pertenecer a la sociedad y cómo con Don Quijote, sea de paso, no institucionalizado, comprender que su libertad va de la mano de nuestra libertad. Compromiso y comprensión son los pilares que debe sustentarse el proyecto de reforma, sobre los cuales debe sostenerse cualquier programa que pretenda encarar con seriedad el tema. La comprensión es a menudo una manera de acercarse a la solución de los problemas. Creemos que la Argentina es un país viable que puede llegar a contar con

³⁷ RUIZ, A., op. cit; p 14

garantías constitucionales eficaces. Reconocer las causas de las actuales deficiencias es una manera de acercarse a la respuesta deseada.³⁸

X - Conclusión:

Toda esta situación solo podrá tener solución mediante un verdadero acuerdo político que fije la política en salud. Será necesario el compromiso de los que nos conducen, en todo el abanico político y con la participación de la ciudadanía (por sí y por medio de las distintas instituciones) a una serie de pautas que puedan perdurar y progresar en su aplicabilidad a lo largo del tiempo. Es de carácter urgente proteger a los más necesitados por afecciones en su salud mental (personas con discapacidad e inimputable), ya sean pasajeras o definitivas.

Proyectándose en este campo de las afecciones mentales de las personas, hay ciertas posiciones en los tiempos actuales como la idea de la desaparición de los establecimientos neuropsiquiátricos (artículo 27 de la ley 26.657), toda una cuestión con posiciones no siempre coincidentes, y sumado a lo que la misma ley sostiene en cuanto a la internación de los afectados a que hacemos referencia, deberá efectuarse en hospitales generales, contando con lo necesario para prestar en forma apta dicho servicio, cuestión que no siempre ocurre en la realidad.

El artículo 2 de la ley 26.657 establece parte integrante de la misma los principios de las 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 res 46/119 del 17/12/1991; 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 14/11/1990 y los Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas del 9/11/1990, los que consideran como instrumento de orientación para la planificación de políticas públicas. Es una metodología legislativa francamente desafortunada, pues tales declaraciones o principios no son más que eso, carecen por regla general de contenido preceptivo. Por lo demás, su incorporación a la ley misma van a dificultar enormemente su interpretación, sin perjuicio de señalar que al no estar publicados son de dudosa eficacia. Además, ha de tenerse presente que si integra el derecho argentino la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con Discapacidad, y que, por lo

³⁸ NIETO, A., ob. cit; pp. 36-37

tanto, integra efectivamente el plexo normativo; y siendo derecho supranacional, es de aplicación prioritaria a la misma ley. Y que el estado argentino también ha ratificado la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación.³⁹

Por todo lo expuesto, reafirmo mi hipótesis de que el tratamiento de la persona con discapacidad y del inimputable es desigualitario y por ende inconstitucional, vulnerando el principio de igualdad regulado en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Hay que revalorizar el rol de la justicia como garante de la efectivización de los derechos de estas personas. Enfatizar la necesidad de partir del individuo y sus circunstancias, a las cuales ha de amoldarse el ordenamiento jurídico, que para ello ha sido creado, por lo que para ello es de suma importancia que a la brevedad se lleva a cabo una reforma legislativa que los coloque en paridad en sus derechos y garantías. Para lograrlo es necesario que los procesos y sus formalidades, en materia de restricción de los derechos fundamentales del sujeto, deban aplicarse con criterio razonable, práctico y mensurado. Ese es, hoy día, un desafío, al que se enfrenta el Poder Judicial, habituado a moverse dentro de viejas estructuras predeterminadas y muchas veces distantes del supuesto a considerar.

Hay que tener en cuenta que con una reforma legislativa que iguale en sus derechos y oportunidades a la persona con discapacidad y al inimputable no es suficiente, se requiere educación y compromiso de la sociedad en su conjunto para que, tal como lo dispone la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 1, se promueva, proteja y asegure el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertad fundamentales por todas las personas con discapacidad, y el respeto de su dignidad inherente.

El anteproyecto de Código Penal cuya comisión encabezada por Eugenio Zaffaroni propone una serie de cambios importantes en el tratamiento de la inimputabilidad por razones de salud mental. Lejos de lo que mucha gente supone, la declaración de inimputabilidad de una persona que ha cometido un delito suele ser vía hacia el mayor de los castigos y no hacia la impunidad, porque el Código Penal actual le deja al juez un margen de discrecionalidad absoluta para disponer la internación (encierro) de la persona en un manicomio sin límite de tiempo y más allá del tipo de delito en cuestión. La única indicación del texto vigente es que esa internación solo puede concluir si un

³⁹ RIVERA, Julio C. y HOOFT, Irene; “La nueva ley 26657 de Salud Mental”, *SJA* 25/05/2011 (Abeledo Perrot N° 0003/015423, pp.1).

examen de peritos determina que ha “desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.” Suele suceder en particular cuando los involucrados son personas de escasos recursos, que ese momento nunca llegue.

El encierro se termina prolongando “más tiempo incluso del que le había correspondido in abstracto en el supuesto de haber sido condenado a cumplir el máximo de lo previsto para el delito cometido”, según la Corte Suprema advirtió en su fallo “R. M. J S/ insania de 2008.

La condición de ausencia de “peligrosidad” es de cumplimiento imposible, porque nadie puede pronosticar a ciencia cierta la conducta de una persona (tenga o no un diagnóstico por un padecimiento mental). Se actúa por tanto a la defensa, y la defensiva en estos casos al mantener el encierro eternamente.

El encierro que plantea el actual código es que, si bien no sanciona a la persona por el hecho cometido, en el mismo momento en que la define “no punible” automáticamente la ubica en la categoría de “peligrosa”. Los jueces no deben aplicar ciegamente la ley, sino que frente al caso concreto, se encuentran obligados a verificar que la misma respete la constitución nacional. Como dijo la Corte Suprema en su fallo del 5 de diciembre de 1865, “ es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes público.”⁴⁰

La indeterminación temporal de las medidas de seguridad es violatoria de los principios de legalidad y razonabilidad. En lugar de la protección de los inimputables lo que se provoca, por el contrario, son serios cercenamientos a los derechos de los inimputables, ya que su carácter aflictivo es incontrovertible.⁴¹

Amerita resaltar el avance que se obtuvo con la nueva ley de salud mental y el nuevo Código Civil y Comercial de la nación, los cuales no solo enfocan la salud mental desde una mirada interdisciplinaria sino que protegen los derechos de las personas con

⁴⁰ BIDART CAMPOS: op. cit; t. I. p.80

⁴¹ SINGLA, Leopoldo, “Medidas de seguridad para inimputable. La necesaria revisión de los presupuestos que deben concurrir para su aplicación”, *eIDial.com* – DC1206, public. 20/10/2009.

discapacidad mental y promueve que esta sea más justa, más inclusiva, más comunitaria. En síntesis, modificando el antiguo paradigma de asilar e intramuro

La soledad que los pacientes mentales, las personas con discapacidad e inimputables, sufren ante la ausencia de la sociedad, cae sin mayor esfuerzo en su olvido, es decir, en la cesación del afecto y cuidado que se merecen por el solo hecho de formar parte de la sociedad. Nuestro compromiso con el prójimo no es más que nuestro compromiso con nosotros mismos y con un sistema interamericano de los derechos humanos concebido para la tutela especial de la persona y que los estados no pueden desconocer y deben primordialmente garantizar.

Resta aun que el Código, la ley de salud mental y otras regulaciones sean adecuadamente difundidas; que el sistema judicial-jueces, defensores, abogados, profesionales de la salud, médicos forenses, etc., y por supuesto los usuarios los conozcan y apliquen rigurosamente. De esta manera daría lugar a una nueva etapa en pos de la legalidad e igualdad del paciente mental y la deuda legislativa pendiente respecto a las personas declaradas inimputables para luchar en contra de toda vulneración de sus derechos humanos.

Las normas solas no bastan, se requiere una revisión total de las prácticas judiciales y asistencialistas, así como la implementación del paradigma de que la salud mental es una cuestión de derechos humanos. Importa el nacimiento de una nueva etapa histórica para nuestro país cuyo compromiso es garantizar un sistema de salud mental más justa y accesible para todos.

XI - Referencias:

Bibliografía consultada:

- ALONSO SAINZ, Guillermo C., “Tendencias actuales en la salud mental. La intervención del estado: su necesidad y urgencia”, *elDial.com* – DC196C.
- CEDOLA, Carolina G. y JORGE, Carina S., “La protección brindada a la persona con enfermedad mental y la tutela del crédito. Un análisis de la vigencia del sistema de los arts. 472 y 473, CCiv., a la luz de las reformas producidas por las leyes 17711 y 26657”, *SJA* 2012/05/09-3; *JA* 2012-11-1222 (Abeledo Perrot N° AP/DOC/174/2012).
- ESCUDERO DE QUINTANA, Beatriz, “Consideraciones sobre el Decreto 613/13, reglamentario de la Ley de Salud Mental”, *elDial.com* – DC1AF.

- FINOCCCHIO, Carolina L. y MILLAN, Fernando, “Régimen de interdicción e inhabilitación a la luz de la nueva ley de salud mental”, *DF y P* 16/09/2011,194 (La Ley Online).
- GIAVARINO, Magdalena B., “Hacia un afianzamiento de las medidas de salvaguarda. Un cambio más que positivo”, *DF y P* 01/04/2012, 257 (La Ley Online).
- GNECCO, Emilio P., “Protección del internado con padecimientos mentales o adicciones”, *Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs As*, 23/07/2013, 1; *LA LEY* 2013-D (La Ley Online).
- IGLESIAS, María Graciela, “La justicia y la salud mental: La Corte Suprema de la Nación y el camino a seguir”, *LA LEY*, 2008- C, 254.
- KIELMANOVICH, Jorge L., “El nuevo juicio de interdicción y de inhabilitación (ley 26.657)”, *LA LEY*, 2011-A, 1136; *LA LEY* 17/02/2011, 17/02/2011, 1.
- KRAUT, Alfredo J. y DIANA, Nicolás, “Sobre la reglamentación de la Ley de Salud Mental”, *LA LEY*, 08/07/2013,1.
- KRAUT, Alfredo J. y SOSA, Guillermina Leontina, “Pacientes mentales. Suicidio de un internado: Sistema de puertas abiertas”, *LA LEY* 2013-C, 346; *LA LEY* 24/05/2013, 24/05/2013,5.
- LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., “Mandatos y poderes a cumplir después de la declaración de incapacidad”, *LA LEY* 2012-D, 1005; *LA LEY* 18/07/2012,1.
- MAYO, Jorge A. y TOBIAS, José W., “La nueva ley de 26.657 de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil”, *LA LEY* 2011-A, 949; *LA LEY* 14/02/2011; *DF y P* 2011 (La Ley Online).
- MORLACHETTI, Alejandro, “La jurisprudencia de la Corte Suprema y los derechos humanos en el ámbito de la salud mental”, *SJA* 25/6/2008; *JA* 2008-II-121(Abeledo Perrot N° 0003/013886 o 003/013887).
- PEREZ DAVILA, Luis A., “Nueva ley de salud mental N° 26.657”, *Sup. Act.* 05/05/2011,1.
- RIVERA, Julio C. y HOOFT, Irene., “La nueva ley 26657 de Salud Mental”, *SJA* 25/05/2011 (Abeledo Perrot N° 0003/015423).
- SIRKIN, Eduardo, “Algo más sobre la nueva ley de Salud Mental; su incidencia en los Códigos Civil y Procesal”, *elDial.com* – DC15E.

- AA.VV., “Salud Mental: Definición y alcance bajo la ley 26.657. Una visión interdisciplinaria”, *elDial.com*-DC194A.
- ALONSO SAINZ, Guillermo C., “La sana injerencia del estado en las políticas de salud: la urgencia de premisas comunes”, *el Dial.com*-DC1898.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, t.1, 10ª edición, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1991 (1ª reimpresión, 1991, 688 páginas).
- BRUERA, Matilde M. y BRUERA, Hugo A., *Derecho Penal y garantías individuales*, 1ª edición, Rosario Pcia de Santa Fe, Ed. Juris, 1997 (1ª reimpresión, 1007, 144 páginas).
- BURGUEÑO IBARGUREN, Manuel G., “Reflexiones sobre la lesión a la integridad psicofísica y moral”, *RCyS* 2013-II, 122.
- CAGLIERO, Yamila S., “Protección de los insanos”, *DFyP* 2013 (junio), 01/06/2013, 259 (*La ley online*).
- CESANO, José Daniel, “Medidas de seguridad respecto de inimputables adultos por incapacidad mental: principios generales y garantías”, *elDial.com*-DC1020.
- CROVI, Luis D., “Capacidad de las personas con padecimientos mentales”, *La Ley* 25/10/2011, 1; *La Ley* 2011-F, 758.
- DE LA FUENTE, Javier E., Medidas de seguridad para inimputables, en AA.VV., *Cuadernos de Doctrina y jurisprudencia penal*, RIGHI, Esteban y BRUZZONE, Gustavo A. (directores), 1ª edición, Buenos Aires, Ed.AD-HOC srl, 1998, pp.287-324.
- GARAILOCHEA, Mabel K. y FELDMAN, Paula A., “Funciones del curador del inhabilitado luego de la reforma de la ley 26.657”, *DF y P* 2011 (octubre), 06/10/2011, 270 (*La ley Online*).
- GARAY, Oscar Ernesto, “El Derecho a la Salud y la Legislación Sanitaria”, *LA LEY* 05/03/2013, 05/03/2013, 1.
- GIAVARINO, Magdalena y BALMACEDA, Mónica P., “La capacidad con restricciones judiciales específicas en el marco de la ley 26.657”, *elDial.com*-DC164D.
- GUAHNON, Silvia y SELTZER, Martín, “La sentencia en los juicios de insania e inhabilitación a la luz de la nueva ley de salud mental”, *DJ* 29/06/2011, 93 (*La ley Online*).

- OLMO, Juan Pablo, “Comentario a la reglamentación de la ley nacional de salud mental 26.657 (dec 603/2013)”, *DFyP* 2013 (agosto), 172 (AR/DOC/2626/2013).
- PESTALARDO, Alberto Silvio, “El nuevo artículo 152 ter del Código Civil: más dudas que certezas”, *DFyP* 2011 (junio), 179 (La ley Online).
- ROVEDA, Eduardo G., “Derechos humanos de las personas con padecimiento psíquico. Necesidad de revisar el sistema de capacidad del Código Civil argentino”, *DFyP* 2009 (septiembre), 01/09/2009, 178 (*La ley Online*).
- RUGGIERI, Sandra M., “Derecho a la salud: el respeto por la voluntad del paciente”, *elDial.com-DC658*.
- SINGLA, Leopoldo, “Medidas de seguridad para inimputables. La necesaria revisión de los presupuestos que deben concurrir para su aplicación”, *elDial.com-DC1206*.
- VERGARA, Leandro, “Derecho de los pacientes. Especial referencial derecho a la intimidad, al trato digno y al derecho a la confidencialidad de los datos sensibles”, *DFyP* 2010 (junio), 01/06/2010 (La ley Online).
- YUBA, Gabriela, “Derechos de la persona con discapacidad. Observaciones sobre un informe de la Argentina”, *Sup. Act* 04/04/2013, 04/04/2013, 2.
- RIVERA, Julio C y MEDINA, Graciela., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo I, 1ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. La LEY, 2014. (v. 1, 976 paginas).
- PALACIOS, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: Una aproximación la Convencion Internacional sobre lso Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2007.
- TARDITTI, Aida; *Los inimputables adultos: invisibles del sistema juridico*, en Nuevo pensamiento penal y criminologico, Año II, N° 2, Ed. Mediterranea, Cordoba, 2001, p.109.(1ª reimpresión, 1007, 144 páginas).

Jurisprudencia consultada:

- “Congo, Víctor Rosario vs. Ecuador”, CEDHU, 13/04/1999, disponible en la web oficial de la *CIDH*, en:
<https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/Ecuador%2011.427.htm> (documento digital).
- “D., J. A s/ internación”, CSJN, 05/02/2008, disponible en la web oficial de la *CSJN*, en:

<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=637932> (documento digital).

- “Hermosa, Luis Alberto s/insania proceso especial”, CSJN, 12/06/2007, Abeledo Perrot N° 4/64144 (documento digital, p.1).
- “Porco, Marcela Alejandra vs. Bolivia”, CIDH, 04/03/2008, disponible en la web oficial de la *CIDH*, en:
<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/Bolivia11426.sp.htm> (documento digital).
- “R., M. J. s/insania”, CSJN, 19/02/2008, *Abeledo Perrot* N° 4/66519 (documento digital).
- “Tufano, Ricardo A. s/ internación”, CSJN, 27/12/2005, *Abeledo Perrot* N° FC328-4832 (documento digital).
- “Ximenes Lopes vs. Brasil”, CIDH, 04/07/2006, disponible en la web oficial de la *CIDH*, en: <http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/es/jurisprudencia-oc-simple/38-jurisprudencia/734-corte-idh-caso-ximenes-lopes-vs-brasil-sentencia-de-4-de-julio-de-2006-serie-c-no-149> (documento digital).
- “G.M; E y M; L.C”, CN Casación Penal, *sala III*, 11/12/2007, *La ley Online* (AR/JUR/8089/2007).
- “L.C; J.A c OSPERYH y otros”, CNCiv, sala k, 02/07/2009, *La ley Online* (AR/JUR/21250/2009).
- “R; S.A”, CCiv y Cam. Morón, 13/09/2010, *LLBA* 2011 (febrero), 87 (AR/JUR/63689/2010).
- “Ríos, Martín”, CN Casación Penal, 27/04/2010, *Sup. Penal* 2010 (julio), 47; *LA LEY* 2010-D, 452 (AR/JUR/10402/2010).
- “S.V; M.A”, CNCrim y Correc, sala VI, 11/02/1986, *LA LEY* 1986-D, 271, con nota de Gustavo H. Bobbio; Luis M. García; *DJ* 1986-2, 883 (AR/JUR/14221986).