



Buenos Aires 13 de agosto de 2012

Sr. Presidente de la Comisión Bicameral para la Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación

Honorable Cámara de Senadores de la Nación

Sr. Marcelo Fuentes

S / D:

De nuestra consideración:

La Mesa Federal de Salud Mental, Justicia y Derechos Humanos (en adelante “la Mesa Federal”) es un espacio de trabajo intersectorial cuyo objetivo consiste en el impulso a la formulación de políticas públicas en salud mental con perspectiva de derechos humanos. Ello implica propiciar un abordaje integral de la cuestión, lo que necesariamente compromete el trabajo intersectorial e interdisciplinario y convoca a los actores comunitarios y a los familiares y usuarios del sistema de salud mental. La Mesa Federal es coordinada por la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, a través de la Dirección Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad, la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones del Ministerio de Salud de la Nación y el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI). Además, forman parte de este espacio la Asesoría General Tutelar del Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Defensoría General de la Nación del Ministerio Público de la Defensa, la Asociación por los Derechos en Salud Mental (ADESAM), la Asociación argentina de ayuda a la Personas que padece Esquizofrenia y su Familia (APEF), la Red de Usuarios, Familiares y Voluntarios por la

Salud Mental (Red FUV) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Asimismo, la Mesa Federal cuenta con el apoyo técnico de la Organización Panamericana de la Salud (OPS).

La Mesa Federal ha tomado conocimiento del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, remitido el pasado 07 de junio a ese Honorable Congreso para su tratamiento. Reconocemos los esfuerzos desplegados por la comisión redactora para profundizar la igualdad de derechos consagrados mediante distintas modificaciones legislativas de los últimos años, a través de este proceso codificador. Celebramos la voluntad de adecuar las regulaciones propias del derecho privado a los estándares de derechos humanos derivados de los tratados internacionales a los cuales se obligó el Estado Argentino.

En el marco de este proceso y con la clara intención de acompañarlo, la Mesa Federal considera de importancia hacer llegar a la Honorable Comisión Bicameral algunos aportes vinculados a los temas que la conciernen, siempre desde la perspectiva de la garantía de los derechos fundamentales. Estos temas son la capacidad jurídica, el consentimiento informado y las internaciones involuntarias.

Las tres cuestiones tienen como punto en común los derechos fundamentales a la libertad de elección de la persona y su igual reconocimiento ante la ley, reconocidos por nuestro Estado en distintos tratados internacionales. Por lo tanto, una regulación de la capacidad jurídica, el consentimiento informado y las internaciones involuntarias que pretenda limitar el alcance de aquellos derechos, deberá respetar las reglas de restricciones a los derechos humanos derivadas de la aplicación de tratados con jerarquía constitucional como la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH), cuya interpretación debe realizarse a la luz de las obligaciones asumidas con la ratificación de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).¹

Como es de vuestro conocimiento, en los últimos años el paradigma legal respecto de las personas con discapacidad (PCD) cambió sustancialmente a partir de la ratificación de la CDPD, imponiendo una nueva mirada sobre los obstáculos cotidianos que sufren estas personas para acceder a los mismos derechos que las demás. Por ello consideramos de principal trascendencia discutir las regulaciones propias del derecho interno a la luz de este instrumento internacional, teniendo particularmente en cuenta su alto nivel de legitimidad, por haber sido producto de la participación activa de los sujetos de derecho en las discusiones en el ámbito internacional.

La CDPD y su Protocolo Facultativo (PFCDPD) fueron aprobados en el año 2006 por la Asamblea General de Naciones Unidas con la clara intención de poner en la agenda de la comunidad internacional la cuestión de la garantía de los derechos de las PCD. El Estado

¹Cabe señalar que la pauta hermenéutica de rango constitucional, derivada del artículo 29 de la CADH, establece la obligación de aplicar el instrumento internacional que proteja con mayor amplitud el derecho consagrado. En consecuencia, si en el ejercicio de iguales derechos con relación a las personas con discapacidad son aplicables la CADH y la CDPD, debe prevalecer esta última siempre que se trate de la norma más favorable a la persona humana.

argentino ratificó dicha Convención en el año 2008 en una votación parlamentaria unánime,² dando cuenta así de su interés por garantizar los derechos de este grupo social.

La CDPD sostiene los principios de universalidad, inalienabilidad, igualdad y no discriminación, interdependencia, indivisibilidad, pro homine y participación social, los que sirven para su interpretación y aplicación.

A su vez, su fundamento ideológico se encuentra en el “modelo social de la discapacidad”, paradigma que se relaciona íntimamente con valores intrínsecos a los derechos humanos, pues se sostiene en la dignidad humana; la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social, y declamando, entre otros principios, los de vida independiente; no discriminación; accesibilidad universal; y diálogo civil. Por consiguiente, la aplicación adecuada de la CDPD requiere examinar a fondo el marco normativo y las políticas públicas a la luz del instrumento ratificado, y la interpretación de cada derecho en él reconocido debe tener como directriz el sentido integral del instrumento internacional, teniendo como norte sus propósitos y principios generales (CDPD, preámbulo y artículos 1 a 3), siempre en el marco de una concepción integral de los derechos humanos –civiles y políticos, económicos, sociales y culturales- reconociendo su interdependencia e indivisibilidad.

Conforme este nuevo paradigma “no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad, para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad [sean] tenidas en cuenta dentro de la organización social”.³

Esta concepción ha sido plasmada en el artículo 1, 2° párrafo, de la CDPD, que dice:

*Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*⁴

Así, las barreras a las que se refiere la CDPD son sociales, y es a ellas a quienes debe apuntar la política pública (entendiendo como tal también a la legislación) a fin de, mediante su remoción, dar garantía a los derechos de las personas con discapacidad. Respetar el modelo

² Conforme surge de las actas de la 10° Reunión de la 5° Sesión del 126° Periodo Legislativo – Ordinario, llevada a cabo el 21/05/2008. Para mayor información ver expediente 134-S-07 - O.D. 267 sobre debates parlamentarios de la ley n° 26.378, aprobatoria de la CDPD (acta de votación en general y particular).

³ Palacios Agustina, El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, página 103, Colección CERMI N° 36, 2008, Madrid.

⁴ Sobre el particular entendemos necesario señalar la necesidad hermenéutica de ajustar la definición de discapacidad propuesta por el proyecto al modelo social de la discapacidad.

El proyecto considera persona con discapacidad “a toda persona que padece un alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

Mientras esta definición parece ubicar las causas de las desventajas que sufre la persona con discapacidad en la “alteración funcional” que padece, la CDPD pone el acento en las barreras sociales que impiden a la persona con alguna deficiencia física, mental intelectual o sensorial, la participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

social de la discapacidad y asegurar un enfoque de derechos humanos importa reconocer que toda persona es igualmente digna y tiene derecho a ser incluida en la sociedad.

Es en ese sentido que se pronunció el Estado argentino al presentar en el año 2011 su informe de cumplimiento de la CDPD al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU) en el marco de evaluación que actualmente se está llevando a cabo, reconociendo la falta de adecuación de la normativa interna (Código Civil)⁵ al artículo 12 del tratado.

Con posterioridad se sancionó la Ley Nacional de Salud Mental n° 26.657 (LNSM)⁶ incorporando el artículo 152 ter. al Código Civil,⁷ que significó un avance en la limitación legal de la posibilidad de restringir la capacidad jurídica. Sin perjuicio de ese piso mínimo e irrenunciable alcanzado por ese cambio, consideramos que el régimen normativo actual aún mantiene una gran brecha con el modelo social de la discapacidad.

En este contexto de adecuación normativa manifestamos algunas observaciones sobre el concepto de capacidad jurídica de las PCD y su correlación en el derecho a decidir en su propio tratamiento, en lo que refiera al consentimiento informado y las internaciones involuntarias.

Capacidad jurídica conforme el art. 12 de la CDPD.

El artículo 12 establece el derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley de las PDC y expresamente dispone:

- *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.*
- *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.*

Este artículo busca, a través del reconocimiento en forma explícita del derecho a la capacidad jurídica de las PCD en igualdad de condiciones con las demás, la abolición de las prácticas de sustitución de la voluntad de las PCD, que limitan los derechos a la libertad y autonomía y propician un sinnúmero de afectaciones a otros derechos de las PCD (entre muchos otros: contraer matrimonio, dar su consentimiento, o no, para tratamientos médicos, elegir su lugar de residencia).

En este contexto, la unificación de los Código Civil y Comercial de la Nación es una oportunidad única para brindar a las personas con discapacidad un marco legal que permita su

⁵http://www.conadis.gov.ar/doc_publicar/variados/informe_pais_2010.pdf, ver página 42.

⁶Sancionada el 25 de noviembre de 2010 y promulgada el 02 de diciembre de 2010.

⁷ El Art. 152 ter 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 (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.*

autonomía, garantice su libertad de elección y ofrezca un marco de inclusión con igualdad en la sociedad.

No obstante lo expuesto, y en relación con la propuesta de articulado del Proyecto de Código Civil y Comercial sometido a la Comisión Bicameral, puede advertirse que si bien la misma presenta mayor adecuación a los estándares de derechos humanos en materia de capacidad jurídica que el Código Civil vigente, se sigue manteniendo la restricción a la capacidad jurídica de las PCD y el sistema de reemplazo en la toma de decisiones (curatela), llegando incluso al extremo de la incapacitación total.

Al respecto resulta fundamental señalar que la capacidad jurídica es un derecho fundamental de todas las personas, reconocido genéricamente en diversos tratados de derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 16 y Convención Americana de Derechos Humanos, art. 3), pero también con especificidad hacia las PCD en la CDPD (en el citado artículo 12). El sentido de tal derecho, tiene más que ver con la posibilidad o libertad de tomar decisiones, que con el hecho de que efectivamente la persona decida “bien”.

Ello no implica desconocer que algunas PCD pueden tener dificultades en el ejercicio de su capacidad jurídica, pero entonces, teniendo en cuenta los principios que nutren la interpretación y la aplicación de los derechos humanos debe destacarse que la respuesta del Estado debe tender a adoptar medidas que satisfagan integralmente todos los derechos reconocidos, y no a restringir el ejercicio de aquéllos para cuyo goce la persona encuentra obstáculos.

Es decir que “la diversidad funcional, en relación a la toma de decisiones, no justifica excluir a persona alguna del derecho de tomar decisiones sobre su propia vida, o de participar en igualdad de condiciones en la toma de decisiones colectivas. La diversidad funcional significa todo el espectro de las formas en las que los seres humanos toman decisiones, incluyendo las personas con discapacidad intelectual, cognitiva y psicosocial. Puede significar que en una persona existan tanto limitaciones en las habilidades como necesidades particulares de apoyo. La autonomía es un derecho universal que no puede ser restringido por diferencias en la capacidad”.⁸

Por consiguiente, el modelo legal en materia de capacidad jurídica debería basarse en la remoción de barreras sociales y la creación de sistemas de apoyo para que las PCD puedan ejercer su autodeterminación y autonomía en igualdad de condiciones. Además, es imprescindible que prevea las salvaguardias adecuadas para garantizar que la autonomía individual de las personas con discapacidad no sea vulnerada, y armonice esa protección con la de otros derechos como la vida e integridad personal.

No obstante ello y para el supuesto de persistir en el legislador la intención de mantener limitaciones en el texto legal, es importante y necesario destacar que, conforme los estándares de derechos humanos, toda restricción a derechos fundamentales debe ser legítima. Para ello, el artículo 30 de la CADH establece:

⁸ Tina Minkowitz, El Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - Consideraciones para su Implementación, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=1348856

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 leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

A ello debe agregarse que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya en el año 1985 manifestó que “la restricción (de un derecho) debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”.⁹ Ello implica que entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido.

Asimismo, la Corte Interamericana ha dicho sobre la interpretación del alcance de las restricciones legítimas, que para establecerlas se requiere el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:¹⁰

- a. que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;*
- b. que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos;*
- c. que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.*

Sobre el primer requisito exigido cabe señalar que la CADH no prevé limitación expresa cuando dispone en su art. 3 que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Con relación a las persona con discapacidad, corresponde dotar de contenido a este derecho de acuerdo a las prescripciones del artículo 12 de la CDPD, cuya disposición es de aplicación constitucional obligatoria.¹¹

Como se ha dicho, el art. 12 no solo consagra el derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica las PCD en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, sino que, además, impone obligaciones positivas al Estado para asegurar la efectividad de esta igualdad. Está claro que la mencionada norma convencional constituye la capacidad jurídica como la capacidad de actuar y tomar las decisiones que dirijan sus acciones. Para ello será necesario instituir los apoyos necesarios para derribar las barreras sociales y potenciar la capacidad de las PCD. Esta concepción surge en forma palmaria en el tratamiento que se otorgó a la capacidad jurídica tanto en el ámbito internacional como en diversos sistemas legales nacionales.¹² Desde el modelo social de la discapacidad la regulación propuesta en el proyecto,

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas (OC-5/85), párrafo 46

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva sobre La Expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos” (OC-6/86), párrafo 18.

¹¹ Por aplicación de la pauta de interpretación derivada del art. 29 de la CADH.

Además de ello, el incumplimiento de la CDPD – como de cualquier instrumento internacional por el cual se obligó el Estado- importaría responsabilidad internacional de Argentina, conforme las obligaciones asumidas mediante la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados.

¹² OACNUDH, Documento de antecedentes de la Conferencia sobre la Capacidad jurídica, preparado para la 6a reunión del Comité Ad Hoc de la CDPD, disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6documents.htm>.

en tanto puede limitar el ejercicio de la capacidad jurídica en lugar de brindar apoyos para potenciarla, constituye en sí misma una barrera social que coadyuva a construir una discapacidad.

En este contexto, resulta de particular preocupación que el art. 24, inc. "c" del proyecto mantiene la posibilidad de declarar la incapacidad total de ejercicio, lo que en los hechos significa no poder ejercer derechos fundamentales por sí mismo. Conforme lo expuesto, este esquema sustitutivo de la voluntad de la persona es una disposición legal discriminatoria por razón de discapacidad, contraria al artículo 5 de la CDPD.

Aún en el supuesto de que el legislador considere que existen motivos, en algunos casos, para restringir la capacidad jurídica de las personas, el marco jurídico a través del cual eso se habilite debe determinar cuál será el fin legítimo por el cual se podrá establecer la restricción y desautorizar una limitación más gravosa que aquella con la que se lograría el objetivo perseguido. Siguiendo el texto del proyecto, resultaría indispensable que se estableciera la necesidad de fundamentar en la sentencia el recurso al sistema de reemplazo en la toma de decisiones pudiendo utilizarse un sistema de apoyos (regulado en el artículo 43 del proyecto) con plena adecuación a la CDPD.

Sistemas de apoyo.

En cuanto al contenido y alcance del concepto de "apoyos", cabe señalar que se trata de 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 persona¹³ Por ello es que el sistema de apoyo no debe determinarse en función de un padecimiento o limitación, sino construirse en función de lo que la persona quiere para sí misma, su proyecto de vida, tendiendo al fomento de su autonomía y su participación e inclusión en la comunidad, en concordancia también con el art. 75 inc. 23 CN.¹⁴

Un sistema de apoyos debe ser superior de la categoría clásica que considera como criterio para definir la posibilidad del ejercicio de derechos la "aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes". Se trata de entrar en una dimensión activa del hacer cotidiano, que potencie la gestión de todo lo que involucra a su persona, dado que el apoyo en un área particular fortalece integralmente la independencia personal.¹⁵

Teniendo en cuenta esta naturaleza, cualquier persona puede necesitar un sistema de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica. Puede requerirse de manera temporal, por un tiempo muy breve, o más prolongado. En cualquier caso debe ser flexible y modificable en la

¹³ International Disability Alliance (IDA), Principios para la implementación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), Principio 4.

¹⁴ Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

¹⁵ Siguiendo a Paolo Cendon, autor del instituto de la administración de sostén incorporado en el Código Civil Italiano en 2004, sostiene que un sistema de apoyos debe oscilar entre "*non abbandonare e non mortificare*", lo que puede traducirse como "no abandonar y no invadir". "*Rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e abrogazione dell'interdizione e dell'inabilitazione*". BozzaCendon, 2007.

medida que sea necesario. Estrechar la oportunidad que nos ofrece el reconocimiento de la capacidad jurídica y la implementación de sistemas de apoyos a circunstancias ligadas solo a determinados diagnósticos sería desvirtuar la naturaleza del instituto. Es por ello que podemos utilizar este instrumento en diversas circunstancias, por variados motivos, en la medida que nuestra vida cambia y no necesariamente ligado a situaciones de salud.

Cabe señalar que el apoyo deberá garantizar la búsqueda de la voluntad de la persona, lo que hubiera querido, quiere o podría querer, valorando todas las herramientas y referencias posibles sin limitación (preferencias, gustos, opiniones de otras personas conocidas o relacionadas afectivamente, decisiones previas similares o iguales a la que hay que tomar en determinado momento). La información sobre el deseo de una persona que no puede manifestarlo en el presente con la complejidad que amerita determinada decisión a tomar, es información que, de no encontrarse disponible con claridad y directamente por una indicación previa de la persona al respecto, debe construirse con variados elementos, todos los que se nos ocurran, constitutivos de la persona.

Con relación a las Curadurías Públicas y el rol asignado al Ministerio Público Tutelar en los procesos de discusión de la capacidad jurídica, es menester modificar la normativa que regula estas instituciones, partiendo del Código Civil, para adecuar sus funciones al modelo social de la discapacidad y así repensar las funciones en torno los sistemas de apoyos.

La función de representación legal de las personas actualmente declaradas incapaces o inhabilitadas,¹⁶ es incompatible con el actual sistema de apoyos instaurado por la CDPD, puesto que sustituye la voluntad de la persona. Por ende los curadores que se asignen, en forma provisoria o definitiva, deberán de readecuar sus funciones de representación en funciones de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, debiendo brindar proporcionar al sujeto de derecho las herramientas que aseguren su participación en todo acto para el cual se requiera el apoyo.

Resolución Judicial de apoyos con salvaguardias.

En función de lo expuesto en los párrafos precedentes, entendemos que una resolución de determinación de apoyos debería contener, como mínimo: los datos personales del sujeto de derecho y del apoyo elegido; la duración del encargo; los actos específicos para los que deberá prestar asistencia a la persona; los actos que el sujeto de derecho podrá cumplir sólo con la asistencia del apoyo; y las salvaguardias adecuadas, efectivas, proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, sujeta a exámenes periódicos o rendición de cuentas.

Formalidad y procedimiento

Si bien asegurar el acceso a la justicia y la garantía del debido proceso son obligaciones estatales inherentes a todo procedimiento judicial (CADH, art. 8 y 25), entendemos necesario tener particularmente en cuenta algunas formalidades y salvaguardias a lo largo de un proceso de discusión de capacidad jurídica, a fin de que las PCD puedan acceder efectivamente a estos derechos (CDPD, art. 13).

¹⁶conf. art. 59 inc. b Ley 24.946 de Ministerio Público de la Nación.

En primer término, consideramos que el apoyo puede ser establecido por acuerdo privado o acta notarial, entre la persona que lo necesite y el apoyo referido, siempre que esté sujeto a revisión y homologación judicial. También, puede ser otorgado por juez competente en un procedimiento específico.

En cualquier caso, es imprescindible que el proceso cuente con la participación de la persona beneficiaria desde el primer momento, a quien se le notificará de inmediato del inicio del proceso para citarla y luego obtenerse toda la prueba necesaria y escuchar a los sujetos vinculados a la persona. El juicio de determinación de apoyo podrá ser iniciado por la propia persona que lo requiera, por el apoyo postulado o por quién tenga referencias cercanas y directas y mantenga seguimiento del proceso vivencial de la persona, como pueden ser los responsables o equipos de los servicios de salud y/o sociales, quienes deberán elaborar junto con la persona una propuesta de sistema de apoyos.

Además, cuando las personas que requieran apoyos carecieran de bienes para procurarse patrocinio letrado se le debe garantizar el acceso a la defensa pública. La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y tiene derecho a que se le garantice la accesibilidad en todas las instancias del proceso.

Finalmente, es necesario señalar que en aquellas situaciones en las cuales el pedido del apoyo concierne a una persona declarada insana o inhabilitada, la solicitud deberá ser presentada conjuntamente con el pedido de revocación de la insania o inhabilitación, ante el juez competente.¹⁷

Internaciones involuntarias

Con relación al art. 41 del proyecto, que contempla internaciones sin consentimiento, reconocemos el avance que representa la incorporación del concepto de “riesgo de daño cierto de entidad” para la persona protegida o para terceros/as a la situación fáctica que habilita la utilización de este recurso terapéutico. Esta redacción propone un estándar calificable por la gravedad del riesgo de daño sobre la vida y/o integridad personal y la inmediatez del mismo. Además, enmarca la procedencia de esta medida en una esfera extraordinaria que deberá ser evaluada y descripta por un equipo de salud interdisciplinario, tal como lo establece la LNSM en su art. 20. De este modo, la restricción de la libertad ambulatoria procede sólo cuando persiga el fin legítimo de protección de la vida y/o integridad personal, siempre que se constate la proporcionalidad de la medida que implica el fracaso de otros medios menos restrictivos.¹⁸

¹⁷ Tenemos en cuenta para ello no sólo lo dispuesto en el art. 12 de la CDPD, sino también lo dispuesto en la Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad- OEA/Ser. L/ XXIV.3., CEDDIS/RES.1 (I-E/11), 4 de mayo 2011, donde en su punto 3 de la resolución manda “Instar a los Estados parte de la Convención Interamericana a tomar medidas, en consonancia con el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas, para garantizar el reconocimiento de la capacidad jurídica universal, incluyendo a todas las personas con discapacidad, independientemente de su tipo y grado de discapacidad, y en consecuencia con ello, iniciar en el más breve plazo un proceso de sustitución de la práctica de la interdicción, curatela o cualquier otra forma de representación, que afecte la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a favor de la práctica de la toma de decisiones con apoyo.”

¹⁸Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, ONU, principio 9, 1. Este instrumento internacional es parte integrante de la LNSM conforme lo dispone su artículo 2.

En este sentido, la calificación de la internación involuntaria como una medida terapéutica de carácter restrictivo de las libertades fundamentales de la personas, resulta la piedra angular para el posterior desarrollo de los estándares para su implementación. A la luz de la dignidad inherente a la persona humana¹⁹ y a la indivisibilidad de los derechos que la asisten, se desprenden las pautas a seguir para la implementación de la restricción constituida por la internación involuntaria: debe ser empleadas por “el tiempo más breve posible”; debe ser supervisada periódicamente mediante control judicial (LNSM, art. 21), respetando el debido proceso y asegurando la defensa técnica gratuita (LNSM, art. 22). Asimismo, el juez debe verificar el cumplimiento de la finalidad legítima; el agotamiento de medios alternativos menos restrictivos y su fracaso; la duración de la medida; y la periodicidad de su supervisión, que no podrá excederse de los plazos estipulados por la el art. 24 de la LNSM.

Por otra parte, entendemos necesario hacer una observación con relación a la facultad conferida a la autoridad pública para disponer el traslado de una persona que está atravesando una situación de “riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros”, a un centro de salud para su evaluación. En armonía con la redacción del artículo 41 en cuanto a la remisión a la legislación especial, es importante que la norma reafirme los principios consagrados por la LNSM con relación al derecho a recibir una atención sanitaria, social, integral y humanizada; a ser acompañados en toda instancia por referentes afectivos y/o familiares; y a recibir toda la información relativa a su tratamiento (LNSM, art 7). Además, entendemos importante señalar que la redacción del proyecto debería clarificar que la restricción de esta facultad a la autoridad pública está circunscripta al traslado de la persona a un centro de salud para que un equipo interdisciplinario realice la evaluación, lo que no necesariamente determinará una situación de internación.

En líneas generales, si bien celebramos que la doble remisión legal (los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas del propio Código Civil y Comercial) reafirme la vigencia de los estándares para este tipo de restricciones, advertimos la preocupación de evitar contradicciones entre ambos cuerpos normativos. Es necesario que no mantengan incompatibilidades entre sí y se complementen, a fin de evitar futuras confusiones en la implementación normativa que podría dar lugar a decisiones discrecionales que restrinjan en mayor medida que la permitida por la legislación.²⁰

Consentimiento informado.

Si bien art. 59 del proyecto prevé el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud, permite excepción en contrario en caso que la persona no esté en “*condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad*” ni las ha expresado anticipadamente.

¹⁹CADH, art. 5, inc. 1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, Pacto Internacional de los Derecho Civiles y Políticos, art. 10: “La dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana”; Pacto Internacional de los Derechos Económico, Sociales y Culturales, art. 13: “Pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad”.

²⁰ Así, por ejemplo, mientras el inciso “e” del proyecto establece que “la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión”, la ley n° 26.657 deja en claro que el rol jurisdiccional es de revisión y control inmediato de la internación y no de autorización de la misma. Disposiciones de ambos cuerpos legales podrían causar confusiones en cuanto al rol de los jueces en la internación involuntaria.

En primer término nos resulta preocupante la unificación de la regulación sobre la expresión de voluntad para dos actos que persiguen objetivos distintos. Por tal motivo, instamos la necesidad de tratar cada supuesto en artículos separados, toda vez que la información y los presupuestos para conformación de voluntad para la aplicación de actos médicos no son los mismos que para las investigaciones en salud.²¹ La equiparación de ambos supuestos podría llevar a que se intensifique la situación de asimetría entre la persona usuaria del servicio de salud mental y el equipo interdisciplinario tratante, y con ello poner en riesgo derechos fundamentales de la persona como son la vida, la integridad psicofísica y la libertad.

Con relación a las investigaciones en salud, el art. 15 de la CDPD, al proteger a las PCD contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, prohíbe expresamente el sometimiento a experimentos médicos o científicos sin mediar consentimiento libre de la persona. Por lo cual, de acuerdo al estándar convencional, no resulta adecuado que el consentimiento lo otorgue otra persona.

Es importante destacar, a su vez, que en materia de investigaciones biomédicas el Estado Argentino no cuenta con ley interna específica en materia de investigaciones biomédicas. Ello podría permitir un avasallamiento de los derechos de las personas en pos del avance científico. Por ello se estima pertinente considerar que se aumente la protección de los derechos de las personas con discapacidad en este supuesto, lo que podría realizarse, entre otras opciones, a través de la supervisión judicial del otorgamiento de su consentimiento (con o sin apoyos). En concordancia con la Convención, entendemos que ante la negativa de consentir de la persona con discapacidad no se admita la investigación.

De esta manera, la excepción prevista en el art. 59 de proyecto quedaría reducida a la expresión de voluntad para actos médicos. Sin embargo, resulta preocupante que el principio general fundado en el concepto de dignidad humana se encuentre distorsionado por tan amplia excepción.

El consentimiento informado es una dimensión esencial del derecho a la salud reconocido por los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos.²² En este sentido la Observación General 14 del Comité de DESC de Naciones Unidas establece que:

Garantizar el consentimiento informado es una dimensión fundamental del derecho a la salud y exige adoptar políticas y prácticas que respeten la autonomía, la libre determinación y la dignidad humana.

Se observa que este artículo se funda en la idea de un derecho a la salud interdependiente de los restantes derechos fundamentales reconocidos. En el proyecto, la tensión entre el derecho a la salud y la autonomía del sujeto se resuelve en una grave afectación de esta última. Cuando una previsión que debería ser excepcional está dispuesta en términos muy amplios, la discrecionalidad librada a las autoridades que determinan su procedencia puede derivar en

²¹Al respecto resulta una pauta a seguir el Punto 35 a 42 del Informe 2009 del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud: El consentimiento informado.

²² Declaración Universal de los Derechos Humanos “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a toda su familia la salud y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesario” (art.25); Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (art.12)

mayores restricciones de derechos que las contempladas por la propia ley. La principal preocupación es que ante la posibilidad de la que voluntad del sujeto sea sustituida en el supuesto de no estar “en condiciones físicas o psíquicas para expresar su consentimiento”, en la práctica la excepción se convierta en la regla general.

De esta manera, reiteramos la necesidad de adecuar esta redacción a los mismos estándares de derechos humanos desarrollados a lo largo del presente documento, basados en la capacidad jurídica en igualdad de condiciones²³ y a la autonomía personal.²⁴ De ellos se puede colegir que el consentimiento informado debe ser expresado por la persona a quien se hará la intervención y sólo debiera proceder su omisión cuando existieran causas excepcionales configuradas por una situación de riesgo cierto de daño grave para la vida o integridad personal, cuya entidad habilitaría a implementar actos médicos a fin de evitar un mal más grave.²⁵ Sin embargo, se debería hacer la salvedad de que la excepcionalidad de esta acción implica que no se perpetúe en el tiempo y que la persona pueda expresar su voluntad luego de recibir información adecuada y comprensible de su tratamiento, incluso contemplando el uso de apoyos apropiados.

Participación.

Finalmente, entendemos imprescindible hacer algunas consideraciones con relación al correlato necesario de este proceso de inclusión en la comunidad de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones: la participación en las decisiones comunitarias. En este sentido, el texto convencional establece que *“deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente* (CDPD, inciso o del preámbulo).

Por ello, el Estado Argentino se comprometió a celebrar consultas estrechas y a colaborar con las PCD, a través de las organizaciones que las representan *“en la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad”* (CDPD, art. 4, inciso 3). Así, las autoridades estatales están obligadas a crear mecanismos de participación abiertos a la sociedad civil, y en particular las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan, en todos los niveles del proceso de seguimiento de implementación de la Convención, como lo es la adecuación legislativa del Código Civil (CDPD, art. 33, inciso 3).

Con relación al colectivo de personas con discapacidad psicosocial (PDPS)²⁶ es de especial relevancia señalar que el proceso de redacción de la Convención contó con un fuerte

²³ Conf. art. 12 de la CDPD

²⁴ Conf. Preámbulo inc n) y art. 3 inc a) de la CDPD

²⁵En este sentido este estándar es legitimado por el Informe 2009 del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud: El consentimiento informado, que establece “Sólo en una situación de emergencia que ponga en riesgo la vida de una persona y que no haya desacuerdo con respecto a la falta de capacidad jurídica podrá un proveedor de servicio de salud realizar un procedimiento para salvar la vida sin obtener el consentimiento informado” (punto 12).

²⁶Preferimos utilizar el término “discapacidad psicosocial” adoptado por la Red Usuarios y Sobrevivientes de la Psiquiatría en lugar de “discapacidad mental” por entender que este último proviene del modelo médico, mientras que el primero se ajusta mejor al modelo social de la discapacidad, haciendo alusión a la discapacidad que enfrentan

protagonismo del movimiento de activistas por los derechos de los usuarios de los servicios de salud mental, quienes fueron parte de las discusiones previas y pudieron expresar sus necesidades y hacerlos efectivos en la letra del texto convencional. Su reconocimiento como titulares de derechos fue culturalmente más resistido que aquellos cambios referentes a otros tipos de discapacidad. Los logros alcanzados se debieron, en gran parte, al activismo organizado de los usuarios, característica que dotó a este instrumento internacional de fuerza y legitimidad política para funcionar como promotor de cambios culturales en los estados parte, muy difíciles de alcanzar por otros medios.

Por su parte, la Ley LNSM recibió el mandato convencional y estableció que 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 (LNSM, art. 36). Cabe señalar que, en forma similar a lo sucedido en el ámbito internacional, uno de los aspectos distintivos del proceso de sanción de LNSM fue la activa participación de la sociedad civil. La Mesa Federal ha participado activamente en la redacción de dicha norma. En este marco la participación de los usuarios y familiares y de la Mesa Federal en su conjunto, en entrevistas con los diputados y senadores y sus equipos técnicos antes de la discusión en el recinto, así como sus intervenciones en las audiencias públicas, son una puesta en acto de los preceptos de participación contenidos en la CDPD y recuperados por la LNSM.²⁷

También la presencia activa de las organizaciones defensoras de derechos humanos en la difusión de los compromisos tomados por el Estado argentino a través del derecho internacional y su participación en el debate parlamentario rescató y agregó a la discusión la ineludible y olvidada dimensión de la dignidad de las personas usuarias y la importancia de su inclusión en la construcción de una ciudadanía democrática y verdaderamente inclusiva.

Dado que la Mesa Federal es un espacio interdisciplinario e intersectorial de diálogo y trabajo con amplia trayectoria en la adecuación normativa y de políticas públicas y en la construcción de un proceso participativo de las organizaciones sociales, del que forman parte distintas áreas del Poder Ejecutivo Nacional implicadas en las políticas públicas de salud mental; organismos estatales de protección de derechos humanos y representantes de la sociedad civil, quedamos a disposición de la Honorable Comisión Bicameral para lo que estime corresponder.

Sin otro particular, saludamos cordialmente:

Dirección Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones del Ministerio de Salud de la Nación; Asesoría General Tutelar (AGT); Defensoría General de la Nación (DGN); Instituto Nacional Contra la Discriminación la Xenofobia y el Racismo (INADI); Leonardo Gorbacz; Asociación por los derechos en Salud Mental (ADESAM); Red de Familiares, Usuarios, Voluntarios, Estudiantes y Profesionales; y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

las personas con enfermedades mentales por la discriminación y las barreras de la sociedad que les impiden ejercer sus derechos en igualdad de condiciones.

²⁷ CELS, *Derechos Humanos en Argentina: Informe 2012, 1era Edición, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2012, Capítulo VI, "Las personas con discapacidad psicosocial: del estigma y el encierro a la inclusión social plena"*.