

la evolución del marco normativo en discapacidad psicosocial:

el camino hacia
un modelo social
de la discapacidad

Índice

1. Introducción	03
2. Un enfoque evolutivo del marco normativo.....	04
3. Antecedentes normativos	06
3.1. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	06
3.2. La Ley Nacional de Salud Mental en Argentina	08
3.3. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación	11
4. Análisis sobre la evolución de las normativas	12
4.1. De la capacidad como atributo a la capacidad como derecho humano.....	12
4.2. De un modelo tutelar de incapacitación al principio de capacidad	13
4.3. De la sustitución en la toma de decisiones a la primacía de la autonomía.....	14
4.4. De la protección frente al peligro a la dignidad del riesgo	15
4.5. Del encierro como regla a la internación como excepción.....	16
5. Palabras finales	18
6. Bibliografía utilizada.....	19

Íconos



destacado



conclusión



definición



ejemplo



preguntas
para
reflexionar



enlace



cita

la evolución del marco normativo en discapacidad psicosocial: el camino hacia un modelo social de la discapacidad

Joaquín Castro Valdez

1. Introducción

Si los grandes marcos normativos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Constitución Nacional son, en teoría, plenamente aplicables a todas las personas, y dentro de ellas a las personas con discapacidad, entonces:

¿Por qué habría de ser necesaria la creación de nuevas leyes y tratados internacionales que se expresen sobre la importancia de sus derechos fundamentales?



La experiencia nos demostró que, ante la ausencia de instrumentos que defiendan específicamente sus derechos, estas personas quedaron sujetas a la invisibilidad en la sociedad y en situaciones de profunda desigualdad de oportunidades frente al resto de la población. Más aún, en el caso de un grupo tan invisibilizado históricamente como el de personas con discapacidad psicosocial (a veces incluso dentro del propio colectivo de personas con discapacidad en general), urge tener normativas muy explícitas y claras para no caer en la vulneración por omisión, pues se trata de gente que ya de por sí estuvo omitida de prácticamente toda la vida social.

Los debates alrededor del tema de la discapacidad psicosocial cobraron mayor presencia en la vida pública del mundo entero, llegando a ocupar un lugar de especial importancia en las últimas décadas en Argentina. Con el tiempo, el campo de discusión se fue enriquecido y transformado con la adopción de roles centrales por parte de distintos actores: hablamos sobre todo de las personas usuarias de servicios de salud mental, sus familias, y distintas organizaciones de derechos humanos. Esto responde, entre otras cosas, a las diversas luchas por los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, que impulsaron

un cambio de paradigma por el cual puedan participar cada vez más activa y efectivamente de las decisiones que les afectan.

Gracias a esas luchas, las normas no estuvieron exentas de transformaciones, y a lo largo de ese tiempo se fueron modificando, muchas veces acompañando los cambios originados en la sociedad, y otras veces promoviéndolos, evidenciando un largo proceso evolutivo que va desde una doctrina civilista tradicional hacia el derecho internacional de derechos humanos (Fernández, 2015).

Pero, aunque es una cuestión de hacer valer los derechos fundamentales inherentes a todas las personas, este proceso no estuvo libre de obstáculos, retrocesos y amenazas, sobre todo de parte de actores y grupos de poder que se resistieron a los cambios. Al mismo tiempo, incluso cuando implican avances en una misma dirección, no todas las normas vigentes se encuentran siempre en perfecta armonía, y cada norma en sí misma es perfectible.

El presente escrito pretende ser una introducción breve a la evolución del marco normativo en materia de discapacidad psicosocial, como una forma de comprensión de la normativa vigente, centrada en la capacidad jurídica como un derecho humano.

2. Un enfoque evolutivo del marco normativo

En primer lugar, haremos un breve repaso de los antecedentes de los tres órdenes normativos que afectan de manera directa al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad psicosocial en Argentina señalando algunos de los hitos que consideramos más significativos en su desarrollo.

Marco normativo nacional

- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).
- Ley Nacional de Salud Mental (LNSM).
- Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN).

Y luego de eso, centraremos el análisis en la evolución de las normativas en torno a cinco puntos centrales para comprender el cambio de paradigma:

1. De la capacidad como atributo a la capacidad como derecho humano
2. De un modelo tutelar de incapacitación al principio de capacidad
3. De la sustitución en la toma de decisiones a la primacía de la autonomía
4. De la protección frente al peligro, a la dignidad del riesgo
5. Del encierro como regla a la internación como excepción

La principal razón para hacer este análisis con un enfoque evolutivo, es que consideramos que en todos los procesos que involucren la toma de decisiones que afecta a la capacidad jurídica de personas con discapacidad psicosocial, es crucial que se favorezca una interpretación históricamente contextualizada de la normativa, como una forma de promover que se siga el sentido de los profundos cambios de paradigma que las normas actuales encarnan.

Sucedo que las leyes son un fenómeno histórico y social; son un constructo político, cultural, e ideológico. En ese sentido, este marco normativo, como cualquier otro, es el resultado de un modo de conocer, de un conjunto ordenado de ideas y de prácticas que rigen las interpretaciones sobre la realidad humana. Por lo tanto, conocer la evolución de un conjunto de normas es también una forma de aproximarse a una realidad y a un desarrollo histórico. Pero como ya dijimos, no se trata de un proceso lineal, sino que tuvo obstáculos y desencuentros. Si bien para hacer el análisis marcaremos acá los principales puntos como un antes y un después, cuando hablamos de cambios de paradigma hay que recordar que en una sociedad siempre coexisten distintos paradigmas, y que los logros y los avances en una dirección no son inamovibles.



Sin embargo, eso no debe distraernos de la gradualidad inherente a tales procesos de transformación. Dependiendo del punto de observación que utilicemos para el análisis, hemos de ser capaces de notar grandes cambios e incluso rupturas, o bien apreciar continuidades y pequeños movimientos sucesivos.

Si bien en este texto haremos referencia principalmente a los cambios más notables, albergamos la esperanza de que quienes lean este material puedan acompañar el análisis aportando la dimensión más cercana del ámbito de Argentina en el tiempo reciente, a través de sus propias experiencias, su práctica, los casos que conocieron, los cambios que hayan notado y cómo vieron aplicadas (o no) tales leyes y transformaciones más grandes. Pensamos que, así como la forma de entender a la discapacidad tiene una implicancia directa en las leyes y por lo tanto en la práctica profesional, al mismo tiempo la práctica profesional modifica el modo de entender a la discapacidad, y eventualmente la práctica también modifica a la norma. Confiamos en que este escrito ayudará a poner en evidencia ese intercambio.

3. Antecedentes normativos

3.1 La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad



Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)
<http://www.convenciondiscapacidad.es/>



La CDPD (ONU, 2008) marca un antes y un después en materia del derecho internacional de los Derechos Humanos.

Aunque no es algo que apareció de repente, al tratarse de un acuerdo vinculante de alcance global, entró en vigencia de manera casi simultánea en muchos Estados, prácticamente en todos, y empezó a jugar un papel, incluso si es por omisión, porque ahora existe un marco internacional que determina las prácticas que están por dentro o por fuera de ese ordenamiento.

La omisión de ella o de algunos aspectos por parte de cualquier Estado toma entonces materialidad jurídica y política, y ya no puede entenderse como algo fortuito: es una decisión, frente a la que las personas con discapacidad:



pueden decirle a sus gobiernos, ‘ustedes aceptaron estas obligaciones’, e insistir en que sean cumplidas” (MacKay, 2008:2).

No obstante, esto no significa que la CDPD constituya una ruptura absoluta con la normativa previa, porque la necesidad de generar una norma universal jurídicamente vinculante que asegurara los derechos de las personas con discapacidad en todo el mundo se venía planteando desde hacía varios años. La CDPD mantiene una orientación marcada por instrumentos internacionales previos, en cuya evolución es posible notar el cambio de paradigma en cuanto a discapacidad a nivel mundial, y por lo tanto es importante revisar.

A continuación, repasaremos cada uno de los instrumentos internacionales previos a la CDPD.

a) Década de 1970

Durante la **década de 1970**, la ONU elaboró distintos planes y proyectos que pretendían otorgar derechos a las personas con discapacidad, con un principal énfasis en la prevención de las discapacidades y la rehabilitación. En ellos todavía no se abordaban las cuestiones relativas a la facilitación de la participación en la vida diaria como un área de actividad, sino que solo se fomentaba la investigación sobre esos temas (Parra Dussan, 2004).

Esto quedó expresado en cuatro declaraciones internacionales cuyos nombres hoy día resultan anacrónicos:

Declaraciones internacionales

- “Declaración de Derechos del Retardado Mental” (1971).
- “Declaración de los Derechos de los Impedidos” (1975).
- “Declaración sobre las Personas Sordociegas” (1979).
- Declaración Sundberg posterior a la “Conferencia Mundial sobre las acciones y estrategias para la educación, prevención e integración de la población discapacitada” (1981).

Como cierre de ese periodo se celebró el “Año Internacional del Impedido” en **1981**.

b) Años 1982-1992

Al año siguiente, en **1982**, se adoptó el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, y se declaró el Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos (**1983-1992**). La intención de esto fue crear documentos que guiasen esas acciones y que eventualmente fuesen el preámbulo de un gran convenio de protección a las personas con discapacidad.

Cuando se acabó el Decenio, la ONU (**1992**) reconoció que no se cumplieron los objetivos.

Dos razones por las cuales no se cumplieron los objetivos:

por un lado, el deterioro económico y social de muchos países;

por otro, que los programas nacionales en materia de discapacidad, cuando existían, estaban completamente separados de sus políticas socioeconómicas, y que algo parecido sucedía con los tratados internacionales.

De esta forma, se planteó una realidad ineludible:

Los temas de discapacidad ya no debían seguir aislados y desintegrados del resto de la vida política, porque de otra forma no se podrían eliminar realmente las barreras que generan que las personas con discapacidad permanezcan aisladas y desintegradas del resto de la sociedad.

c) Luego del año 2000

El Comité Especial para la revisión de las propuestas relativas a lo que sería la CDPD se reunió por primera vez en agosto de **2002**, y llegó a un acuerdo sobre el

contenido del texto en agosto de **2006**. Esta fue la primera vez en la historia que se contó con una participación tan importante de parte de personas del colectivo en cuestión, que bajo el lema “nada sobre nosotros/as sin nosotros/as” que **agrupó al movimiento internacional de las personas con discapacidad**, jugaron un rol permanente y activo en este proceso en el seno de la ONU.

La intención de la CDPD fue más allá de la sola protección. Se buscó generar un cambio en la forma de considerar socialmente a las personas con discapacidad, y para eso se instruye a los Estados a generar una nueva visión de la discapacidad y los obliga a adecuar su legislación conforme al modelo social de la discapacidad, partiendo por entender que las barreras que sufren las personas con discapacidad son un problema creado por la sociedad.

De ahí que la CDPD no se limite a cuestiones relacionadas con el acceso al entorno físico, sino que plantee determinaciones sobre temas más amplios.

Temas considerados por la CDPD

- la igualdad y la eliminación de obstáculos legales y sociales impuestos a la participación,
- las oportunidades,
- la salud,
- la educación,
- el empleo,
- o el desarrollo personal.



En Argentina la CDPD se promulgó como ley en junio de 2008, con la Ley 26.378, y tiene estatuto constitucional.

3.2 La Ley Nacional de Salud Mental en Argentina



La Ley Nacional de Salud Mental en Argentina (LNSM)

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/175977/norma.htm>

Dos años después, en noviembre de **2010**, fue sancionada la Ley 26.657, la Ley Nacional de Salud Mental, y reglamentada en **2013**, tras un proceso largo de construcción, de avances y obstáculos, que incluyó múltiples actores y referentes del campo de la salud mental y los derechos humanos, tanto nacionales como internacionales. De este modo, la legislación nacional pudo pasar a ser concordante con los principios internacionales de derechos humanos a los cuales nuestro país suscribe.

En ese sentido, la CDPD constituye uno de los principales antecedentes en materia jurídica, pero los antecedentes de la LNSM son muchos, y es necesario

ubicar brevemente algunos de ellos y las transformaciones que fueron implicando, para entender mejor la complejidad de este proceso y las dificultades que tuvo en su construcción, y que sigue teniendo para su plena implementación.

A continuación, veremos los antecedentes jurídicos de la LNSM.

a) Ley 180 “Basaglia”- Italia 1978

Uno de los hechos más significativos para las reformas psiquiátricas a nivel mundial tuvo lugar en Italia con el Dr. Franco Basaglia, un psiquiatra de Trieste que luego de una intensa lucha y de prácticas innovadoras en el abordaje de la salud mental, logró que se promulgue la **Ley 180 “Basaglia”** en su país en **1978**.

Por esta Ley no solo se determinó el cierre de los manicomios, sino que implicó un verdadero cambio en la mirada que se tenía sobre el proceso de locura-enfermedad, pasando de personas “peligrosas” o “incapaces” a **personas** que recibieron **pleno derecho de ciudadanía**.

b) Declaración de Caracas - 1990

A nivel de instrumentos internacionales, en **1990** se produjo la **Declaración de Caracas**, en la que los Estados miembros de la Organización Panamericana de la Salud se comprometieron a la reestructuración de la atención psiquiátrica ligada a la atención primaria de salud, a revisar de manera crítica el papel hegemónico y centralizador del hospital psiquiátrico en la prestación de servicios, y a asegurar el respeto de los derechos humanos y civiles en los tratamientos, favoreciendo la permanencia de la persona en su medio comunitario.

Quince años después, en **2005**, la Declaración de Caracas fue revisada a través de los Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas, que reconoció logros y puntos pendientes, e instó a continuar trabajando en la misma línea.

c) Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental - 1991

Por otro lado, en **1991** se establecieron los **Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental**, los cuales brindan directrices de implementación para los sistemas de salud mental, y remarcan que las personas con padecimientos mentales gozan de todos los derechos y libertades fundamentales contempladas en las convenciones generales de derechos humanos. Estos instrumentos internacionales están incluidos como parte integrante de la LNSM, en su artículo 2º.

d) Reforma psiquiátrica en Brasil - 1990 a 2003

El antecedente más próximo en **Sudamérica** fue la **reforma psiquiátrica en Brasil**, movimiento que se inició a partir de la Declaración de Caracas. Se promulgaron entre los **años 1990 a 2003** una serie de leyes y disposiciones ministeriales, estatales y municipales para crear condiciones e instituir nuevas prácticas con miras a la inclusión de las personas usuarias de salud mental en la sociedad y la cultura, cambiando de dirección el modelo de asistencia

psiquiátrica por uno de desinstitucionalización, con la inclusión en programas de atención extrahospitalaria.

e) Experiencias en Argentina

Dentro de Argentina, podemos mencionar algunas experiencias que comenzaron a ir en este camino:

- **1949:** se creó por primera vez un Ministerio de Salud Pública, a cargo del médico sanitarista Ramón Carrillo, quien comenzó una reorganización de los servicios de internación para que los pacientes estuvieran más cerca de sus comunidades y familias a fin de evitar la cronificación. Propuso dejar de llamar “alienados” a quienes tenían padecimientos de salud mental, y nombrarlos “enfermos mentales” como forma de que se los tratara como a cualquier otro paciente, promoviendo un cambio de un paradigma antiguo a uno posterior, que hoy también quedó atrás (Stolkiner, 2018).
- **1957:** el médico psiquiatra Mauricio Goldenberg en el Hospital de Lanús creó un Servicio de Salud Mental Comunitaria, que produjo una de las reformas más significativas teniendo como eje la descentralización del hospital psiquiátrico, apuntando a la creación de servicios de psicopatología en hospitales generales y a los hospitales de día como modelo de tratamiento ambulatorio. Durante el último golpe cívico-militar, los servicios de salud mental se replegaron a la atención individual, pero con la vuelta de la democracia y con la asesoría de Goldenberg, se volvieron a implementar los lineamientos de un Plan Nacional de Salud Mental con espíritu transformador, creándose dispositivos como las Residencias Interdisciplinarias de Salud Mental.
- **1993:** en San Luis tuvo lugar una experiencia llamada “Plan de Externación” de pacientes que estaban hacía muchos años internados, que fue posible por la apertura del hospital psiquiátrico y la constitución de una red de atención domiciliaria, entre otros cambios.

f) Antecedentes legales en Argentina

Podemos mencionar varios antecedentes legales en Argentina:

- **1991:** en Río Negro se sancionó la **Ley 2440 de “Promoción Sanitaria y Social de las Personas que Padecen Sufrimiento Mental”**, conocida como la “Ley de Desmanicomialización”, la cual promueve la desinstitucionalización de los pacientes y plantea la internación como último recurso, apuntando a la recuperación de la persona en ámbitos comunitarios.
- **2004:** se reglamentó la **Ley 448**, sancionada en el 2000, que es la **Ley de Salud Mental de la Ciudad de Buenos Aires**. Esta garantiza el derecho a la salud mental de todas las personas de su ámbito de aplicación y propone un proceso de desinstitucionalización progresiva, propicia internaciones breves, guardias interdisciplinarias en hospitales generales, hospitales de día, emprendimientos sociales y otros dispositivos sustitutos.

2007: se reglamentó la **Ley 10.772 de la provincia de Santa Fe**, sancionada en 1991, que también va en una línea similar, privilegiando la estrategia de la Atención Primaria de la Salud como eje transversal de los tres niveles de atención.



En el medio de un contexto sociopolítico cambiante, con un sistema de salud fragmentado, con actores corporativos poderosos tales como la corporación médico-psiquiátrica y la industria farmacéutica, con representaciones hegemónicas sobre la locura que seguían siendo afines a la lógica manicomial —lo cual atraviesa a toda la sociedad—, sumado a los prejuicios y desconocimiento de gran parte de la sociedad sobre los padecimientos psíquicos, van apareciendo nuevos actores dentro del campo de la salud mental: las organizaciones de derechos humanos y las de usuarios y familiares, que empiezan a hacer más pujante el debate.

El CELS y el MDRI realizaron el informe “Vidas Arrasadas” (2007) en el que se muestra por, primera vez, la situación de las personas internadas en las instituciones psiquiátricas en el país, revelando las graves violaciones a los derechos que allí ocurrían. Informe disponible en https://www.cels.org.ar/common/documentos/mdri_cels.pdf



2010: año en el que fue promulgada la LNSM. Su promulgación, su reglamentación y su cumplimiento no estuvieron ni están exentas de pujas, luchas y resistencias de todos los actores mencionados.



2017: se intentó modificar la reglamentación de la Ley por medio de un proyecto de decreto, que entre otras pretensiones muy graves de retroceso en materia de derechos e interdisciplina, buscaba reinstalar la lógica del modelo tutelar de sustitución de la voluntad, reconociendo expresamente que una persona podría ser declarada completamente incapaz, en total contradicción con lo que ya disponía el CCyCN, y truncado solamente gracias a la resistencia de quienes defienden la LNSM (CELS, 2107; Stolkiner, 2018).



3.3 El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN)
<http://www.saij.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>



En agosto de **2015** entró en vigencia el CCyCN, reemplazando al código civil redactado en la segunda mitad del siglo XIX por Vélez Sarsfield. A lo largo de sus más de 144 años de vigencia pasó por numerosas modificaciones, y en sus últimos años llegó a ser modificado por la CDPD y por la LNSM, esta última incorporando y sustituyendo artículos enteros al código.

Aunque no entraremos en detalle sobre todos los antecedentes y el desarrollo del CCyCN debido a la amplitud de su alcance, consideramos importante señalar que la CDPD y la LNSM son sus antecedentes directos en materia de

capacidad jurídica y de derechos de personas con discapacidad, y este adoptó tanto las recomendaciones concretas de ambos instrumentos como el espíritu de cambio hacia un modelo social de la discapacidad. En este sentido resalta la introducción del **concepto de régimen de apoyos**, que permitió reemplazar al sistema de curatela por el modelo de apoyo en la toma de decisiones, dos figuras legales antagónicas.

4. Análisis sobre la evolución de las normativas

4.1 De la capacidad como atributo a la capacidad como derecho humano

En el último tiempo, y en especial en el plano jurídico de los derechos humanos, la **capacidad jurídica** pasó a constituirse como un **derecho fundamental**, dejando de ser solamente un atributo inherente a las personas (Fernández, 2015). Aunque pueda no parecer un cambio radical, este hecho constituye una transformación vital para entender la capacidad de las personas con discapacidad.

El antiguo código civil establecía que la facultad para adquirir derechos y contraer obligaciones es un atributo de todas las personas, y agrega que:

“

su capacidad o incapacidad nace de esa facultad que, en los casos dados, les conceden o niegan las leyes” (art. 31).

Se podría decir, sin entrar en demasiados detalles, que según el código civil anterior la capacidad parte de la ley. Esos “casos dados” en los que el atributo de la capacidad les es negado, eran aquellos en los que un juez o una jueza lo declaró a través de una sentencia; estos casos eran principalmente los de las personas declaradas “dementes”, para quienes la incapacidad civil era impuesta como efecto de la discapacidad mental.

Pero de acuerdo con el nuevo paradigma, al no ser solo un atributo sino un derecho fundamental, la capacidad no nace de la ley, sino que nace de la condición humana, y:

“

no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley, o que permita limitar ese derecho” (ONU, 2014:2).

En la actualidad el CCyCN incorpora esta concepción de la capacidad, que ya estaba presente en la CDPD y en la LNSM.

En esta línea, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU resalta que:

“

Históricamente, las personas con discapacidad se han visto privadas en muchas esferas, de manera discriminatoria, de su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso. Esas prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás”. (ONU, 2014:2)

El artículo 12° de la CDPD afirma que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica, en igualdad de condiciones que las demás personas, en cualquier parte y en todos los aspectos de su vida. Esto resulta clave para que las personas con discapacidad puedan tener pleno acceso a la justicia, lo cual sería inconcebible si no se considerase el reconocimiento de esa capacidad de ejercicio amplia de los derechos.

El giro central de la cuestión reside en que, si bien todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica, pueden existir algunos casos en que requieran apoyo para ejercerla, y en esos casos es tarea de la justicia que se disponga de todo apoyo necesario para que ese ejercicio sea pleno.

Pasamos, así, de pensar en “casos dados” en los que la capacidad es suspendida, a pensar en casos en los que se reconoce la **necesidad de apoyos para ejercer un derecho** que, pase lo que pase, no se deja de tener.



4.2 De un modelo tutelar de incapacitación al principio de capacidad

Antes de la vigencia de los órdenes normativos actuales, especialmente antes de la LNSM, las personas con un padecimiento mental grave eran reconocidas legalmente como “dementes”, y una vez dentro de esa categoría se partía de presumir su incapacidad absoluta. Para ser declarada demente una persona era sometida a un “examen de facultativos”, y esto se hacía por pedido de su cónyuge, sus parientes, el Estado, o:

cualquiera persona del pueblo, cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos”. (Código Civil de 1869, arts. 141 a 144)



Luego de un largo recorrido en materia jurídica y en la lucha por los derechos de las personas con padecimiento en su salud mental, hoy en día la capacidad de la persona es presumida siempre por principio, y solo se pueden restringir determinados actos, lo cual eventualmente podría significar alguna reducción específica en sus actos jurídicos disponibles, pero no se la incapacita completamente. La LNSM lo expresa con toda claridad:

Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas”. (art. 3)



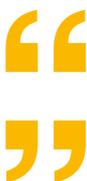
Asimismo, la LNSM exige que se determine de forma concreta **cuáles son los actos jurídicos para los cuales la persona carecería de capacidad**, acorde a este principio de presunción de capacidad, y solo como el resultado de una evaluación de parte de un **equipo interdisciplinario**. A partir de eso las evaluaciones interdisciplinarias sustituyen a todos los exámenes de facultativos, y a dictámenes, informes o certificados relacionados a declaraciones de incapacidad, inhabilitación y procesos de internación (Kraut & Diana, 2013).



Este movimiento hacia una comprensión más amplia e interdisciplinaria de las personas y su capacidad, contribuye a evitar el etiquetamiento y la perpetuidad de una persona en un diagnóstico y su consecuente institucionalización.

El CCyCN se adecúa a estos estándares vigentes de derechos humanos y salud mental, introduce en forma expresa el principio de capacidad de ejercicio de la persona, y determina y especifica mayores exigencias al momento de admitir su eventual restricción.

Sin embargo, un punto central reside en algo que puede parecer paradójico que:



la restricción a la capacidad (...) es con la finalidad de posibilitar y fortalecer el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad".
(Fernández, 2015:55)

Es decir que, la medida de restricción a la capacidad de una persona, debe existir solamente como un medio para asegurar su autonomía, y para esto serán nombrados apoyos y salvaguardias.

Esto puede resultar confuso debido a que la redacción del CCyCN incluye a los sistemas de apoyo refiriéndose a ellos como "restricciones a la capacidad", lo cual va en contra del sentido mismo del **apoyo como un instrumento para el ejercicio de la capacidad y la vida autónoma**.

Al respecto, se señaló que dada la realidad de las prácticas instaladas en el ámbito de la salud y de la justicia en Argentina, esto podría llegar a representar el riesgo de que se entienda a la restricción como la regla en lugar de la excepción, e incluso que la modificación en el Código no alcance a ser una verdadera transformación y sea solo una modificación de términos (Sabin Paz, 2020).

4.3 De la sustitución en la toma de decisiones a la primacía de la autonomía

La dignidad inherente de las personas está en íntima relación con el respeto a la autonomía individual, lo que incluye la **libertad para tomar sus propias decisiones** y la **independencia de las personas con discapacidad**, y la CDPD lo establece como el primero de los principios que la orientan (art. 3). De ahí parte para señalar que es responsabilidad de los Estados tomar medidas que les aseguren la oportunidad para elegir cosas tan fundamentales.



Las personas con discapacidad pueden elegir, por ejemplo, su identidad, dónde, cómo y con quién vivir, a qué dedicarse, y en especial: cómo prefieren que se las apoye para poder ejercer sus derechos.

En la misma línea, la LNSM destaca el derecho de las personas con padecimiento mental a participar en la toma de decisiones sobre sus propios tratamientos, para lo cual es necesario que se les informe de la manera más adecuada sobre las implicancias de tales tratamientos y de las posibles alternativas.

Originalmente el antiguo código civil apuntaba en otra dirección cuando distinguía exclusivamente entre personas capaces e incapaces absolutas, y ubicaba en este segundo grupo a los dementes declarados, quienes quedaban sujetos a curatela para todos los actos de la vida civil (Rivera, 2012). Se partía de la necesidad de sustituir en la toma de decisiones a la persona con discapacidad psicosocial, porque se entendía que era incapaz para dirigirse a sí misma, y por lo tanto debía dejarse las decisiones sobre su vida y sus bienes a cargo de otras personas que sí fueran capaces.

El CCyCN reconoce ahora que no existe tal cosa como la incapacidad absoluta salvo como una excepción en caso extremo a la regla, cuando la persona esté completamente imposibilitada de expresar su voluntad de cualquier modo, por no poder interaccionar de ninguna forma con su entorno, y además se demuestre que los apoyos brindados hayan resultado ineficaces para esto. E incluso en circunstancias como esa, la persona no dejó de tener sus derechos fundamentales; todos estos, incluida la capacidad jurídica, se encuentran plenamente vigentes, y nadie puede sustituir a la persona en ese sentido. Lo que cambia es que las personas pueden necesitar ayuda para poder ejercer esos derechos en igualdad de condiciones que el resto de la población.

Para no sustituir la voluntad de las personas con discapacidad y respetar plenamente su autonomía, se empieza por los procesos de determinación de su propia capacidad. Como ya hemos visto, antes los procesos eran iniciados a pedido exclusivamente de terceros, y consecuentemente la persona, en todo momento llamada “el demente”, era observada y examinada para determinar si debía incapacitársela.

Hoy, según el CCyCN, la persona, ahora llamada “el interesado”, tiene que participar del proceso, y más aún, es la primera considerada como ente legítimo para solicitar una evaluación de su propia capacidad. Durante el proceso se la mantendrá al tanto de todo lo que suceda, y en la medida de sus posibilidades expresará su voluntad y decidirá también sobre lo que, al fin y al cabo, transformará su propia vida.



Y el compromiso con el respeto a la autonomía de la persona continúa aún después, y si se decide designar figuras de apoyo, estas tendrán la función de:

promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona”. (CCyCN art. 32)



4.4 De la protección frente al peligro a la dignidad del riesgo

La vida en sociedad no es siempre predecible. No lo es para ninguna persona, a pesar de que en el mundo actual nos empeñemos en tratar de anticiparnos a

cualquier imprevisto, y que ese principio de anticipación parezca ordenar en gran medida la forma en la que nos relacionamos con otras personas, con nuestros deseos, con nuestras obligaciones y con nuestros proyectos.

El modelo tutelar de incapacitación sobre el que estaba asentado el diseño normativo anterior confinaba a las personas con discapacidad a un estado de pasividad y negaba su voluntad, con la finalidad de protegerlas de los peligros a los que estarían expuestas viviendo en sociedad y tomando sus propias decisiones. La persona con discapacidad era así considerada para el derecho como un objeto de cuidado, y quedaba a cargo de otras instituciones y personas más capaces para asegurar su protección frente al peligro. Por más noble que pudiese ser la intención, el resultado demostró ser humillante, ya que alejó sistemáticamente a las personas con discapacidad de vivir una vida con la dignidad de tomar las propias decisiones y ser responsable por sus consecuencias (Basz, 2014).

La normativa actual, partiendo de los principios de capacidad y de autonomía, permite la creación de condiciones que ayuden a las personas con discapacidad a transitar por el mundo con sus peligros y posibilidades de acuerdo a su propia voluntad y en ejercicio de su capacidad jurídica.



El modelo social de la discapacidad exige que no debe privarse a las personas de la posibilidad de elegir y actuar.

Por supuesto que actuar implica riesgo, pero sabemos que la libertad no nos puede ser dada ni enseñada, sino que solamente puede ser descubierta en la singularidad de los propios actos, “conforme nos adentremos en el mar en el que nos metimos a nadar” (Dufourmantelle, 2019, p. 77). Esto no implica que un Estado deba abandonar a una persona a merced de todos los peligros que puedan existir, porque eso sería cuanto menos una crueldad y, con toda seguridad, un delito.

Antes bien, el cambio de paradigma exige pasar de mirar a la vida desde el peligro a entender al riesgo como una parte de la vida, y una parte fundamental. Visto de este modo, la ausencia de todo riesgo puede ser justamente lo opuesto a la vida, algo incluso mortífero. La pretensión de anticiparlo todo y de frenar lo desconocido, nos llevaría a proteger a una persona de todo ya sea por las buenas o por las malas, persiguiendo una ilusión de seguridad total. Lo que sí requiere ser protegido son sus derechos, su autonomía, su voluntad, y la posibilidad de establecer y buscar desarrollar un proyecto de vida de acuerdo a ella.

4.5 Del encierro como regla a la internación como excepción



Dicho todo esto, ¿qué sucede con las internaciones involuntarias en nuestro país, y cómo entra esto en un paradigma que parte del respeto irrestricto a la voluntad y la autonomía?

Sabemos que la actual configuración normativa en Argentina señala que existen escenarios excepcionales en que las personas se encuentran expuestas a una situación de riesgo tal que amerita otro tipo de intervención, y dispone que en esas situaciones se pueda proceder a una internación a pesar de la voluntad de esa persona. No se trata de cualquier riesgo ni de algo definido arbitrariamente, sino que tiene que ser una situación que, luego de ser evaluada por un equipo interdisciplinario, implique con toda la certeza posible la proximidad de un daño:

proximidad de un daño que ya es conocido como verdadero, seguro e indubitable que amenace o cause perjuicio a la vida o integridad física de la persona o de terceros”. (LNSM, Reglamentación art. 20)

Además, tiene que estar claro que ninguna otra medida menos restrictiva podría resultar efectiva en ese momento.

Es decir que, en teoría, la internación involuntaria aparece como el último recurso, una verdadera excepción y ya no una regla.

Un análisis minucioso de la temática de las internaciones involuntarias excede claramente al propósito de este texto, pero es posible remarcar algunas cuestiones sobre la evolución de la normativa en cuanto a peligrosidad y riesgo.

La **noción de peligrosidad** aplicada a la conducta fue entendida históricamente como un atributo de la personalidad o una cualidad de ciertas personas, a partir de la cual era posible predecir sus actos y por lo tanto era necesario reprimirla. De esta forma, era entendida como algo permanente, una parte del ser.

Por otro lado, la **noción de riesgo** se centra en lo situacional, e incluso en los casos en los que el riesgo es muy grande se trata de un estado al cual se puede entrar y del cual se puede salir.

En ese sentido, pasar a hablar de riesgo grave, cierto e inminente, despojado de toda connotación penal, es un movimiento que ayuda a apartar lo punitivo de la salud y a sacar a la salud de la hegemonía del discurso de la seguridad, y se adecúa al derecho de que un padecimiento mental no sea considerado inmodificable. No obstante, es innegable que esto se encuentra en tensión con un modelo que, como ya señalamos, se asienta en el respeto a la voluntad y la autonomía.

Es por eso que la LNSM intenta ser lo más compatible que se puede con el derecho internacional de derechos humanos, e incorpora a las internaciones involuntarias solamente como último recurso, en situaciones muy específicas, con revisiones constantes de parte de distintos actores, procurando que sea lo más breve posible y que no sea en hospitales monovalentes. Pero, nuevamente, la tensión existe, y el hecho de que en Argentina se haya encontrado esta solución, luego de



tantos años y luchas por el reconocimiento de los derechos de las personas con padecimiento mental, no quita el hecho de que la norma sea siempre perfectible.

Más aún, al revisar las cifras de las personas internadas por motivos de salud mental constatamos que, a diez años de la sanción de la LNSM y a cinco de la entrada en vigencia del nuevo CCyCN, la mayoría de las personas internadas por motivos de salud mental en el país pasa años en instituciones cerradas de manera ilegal (DNSMA, 2019), en donde son víctimas de abusos y de un abandono sistemático que muchas veces concluye con la muerte o al menos un profundo agravamiento de la salud.



Dada esta realidad, revisar la forma en la que el marco legal vigente se está aplicando y cómo es posible mejorar su implementación se convierte en un deber.

5. Palabras finales



Algo que está presente a lo largo de toda la CDPD y que se replica en las normas vigentes a las que hicimos referencia, es la búsqueda de que las personas con discapacidad puedan tomar sus propias decisiones para lograr la igualdad de oportunidades y la igualdad de condiciones con el resto de la población.

A lo largo de las últimas décadas y en un debate que aún sigue vigente, quedó claro que solo se puede llegar a eso a través de la eliminación de las barreras que el medio presenta y que la actitud de la sociedad mantiene (CDPD arts. 1º y 2º).

La discapacidad es un concepto que evoluciona. Al dejar de entenderla como una condición inherente a algunas personas, ya no tiene por qué ser una condición permanente, porque las barreras tampoco tienen por qué serlo. Es una condición que tiene que poder cambiar, y la responsabilidad de eso recae en la sociedad en su conjunto.

Para esto, la participación de las personas con discapacidad en el desarrollo de las normas que les afectan es necesaria. Aunque anteriormente no se tuvieron en cuenta para su desarrollo y fueron históricamente relegadas incluso de las decisiones respecto de su propia vida, hoy día es con ellas y ya no podría ser de otro modo. Así, la atención al cumplimiento de esas normas y el eventual desarrollo de normas más justas no estará exento de retrocesos y obstáculos.



Resulta ineludible que tales obstáculos se sorteen teniendo en el centro de la escena a la experiencia, el saber, el derecho y el deseo de las personas con discapacidad.

5. Bibliografía utilizada

- CELS (2017). *Ley de Salud Mental: Un cambio por decreto de su reglamentación elimina la perspectiva de DD. HH.* Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/2017/11/ley-de-salud-mental-un-cambio-por-decreto-de-su-reglamentacion-elimina-la-perspectiva-de-derechos-humanos>
- Código Civil y Comercial de la Nación (2015). Buenos Aires: Honorable Cámara de Diputados de la Nación.
- DNSMA (2019). *Primer Censo Nacional de Personas Internadas por Motivos de Salud Mental.* Buenos Aires: Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones.
- Dufourmantelle, A. (2019) *Elogio del riesgo.* Buenos Aires: Amalia Federik.
- Fernández, S. (2015). Comentario a los artículos 22° y 23°. En *Herrera, Caramelo y Picasso (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Título Preliminar y Libro Primero.* Ediciones Infojus.
- Kraut, A. y Diana, N. (2013) Sobre la reglamentación de la Ley de Salud Mental. En *Revista Jurídica Argentina La Ley, 8-VII-2013*, pp.1-44.
- Ley 26.657. Ley Nacional de Salud Mental (2010). Publicada en el *Boletín Oficial*, 28 de diciembre de 2006. Argentina. Decreto Reglamentario 603/2013.
- MacKay, D. (2008). *Backgrounder: Disability Treaty Closes a Gap in Protecting Human Rights.* Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/backgrounder-disability-treaty-closes-a-gap-in-protecting-human-rights.html>
- ONU (1992). Salud, Alimento y Nutrición. En *Informe Anual de las Naciones Unidas 1992.* p. 818.
- ONU. Asamblea General (2008). *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo.* Resolución aprobada por la Asamblea General, 18 Marzo 2008, A/RES/62/170. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/47e1275f2.html>
- ONU (2014). *Observación general Número 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU.* Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Disponible en: <https://discapacidadcolombia.com/phocadownloadpap/LEGISLACION/Observacin%20General%20No.%201.pdf>
- Parra Dussan, C. (2004). *Derechos humanos y discapacidad.* Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Sabin Paz, M. (2019). *Entre buenas y malas madres: madres posibles. Las mujeres internadas en el Hospital Dr. Alejandro Korn "Melchor Romero" entre 21 y 50 años desde una perspectiva de derechos sexuales reproductivos y no reproductivos durante el período 2010 y 2019.* Proyecto de tesis. Doctorado Salud Mental Comunitaria, UNLa.
- Stolkiner, A. (2018). Un largo camino hasta la Ley Nacional de Salud Mental. En *Revista Soberanía Sanitaria, año 2 n°4*, pp. 34-38.

www.cels.org.ar

