

Salud mental y derecho

Reflexiones en torno a un nuevo paradigma

Los tiempos actuales presentan los problemas de siempre en muchos campos pero a su vez el avance tecnológico, el progreso científico y tantos otros factores hacen que ellos tomen nuevas dimensiones, nuevos aspectos y nuevos enfoques para enfrentarlos. Eso vale también para el campo de la salud mental y su variante jurídica, y fue eso, precisamente, lo que motivó la puesta en marcha de un espacio propicio para reflexionar a la luz de la interacción de diversos saberes.

Así cobró forma el Seminario Interdisciplinario de Salud "Mental" y Derechos Humanos.

Al calor de los encuentros e intercambios mantenidos entre asistentes y disertantes, se generó una convergencia con suficiente entidad para motivar una versión escrita de aquellas meditaciones discusiones. El producto final de dichas cavilaciones aparece hoy aquí, en el cuerpo de este texto, el cual pone al alcance del lector una construcción discursiva en la que proliferan decires tan particulares como comunes.



Salud mental y derecho Reflexiones en torno a un nuevo paradigma

Salud mental y derecho

Reflexiones en torno a un nuevo paradigma

Andrés Rossetti
Natalia Monasterolo
(Coordinadores)

Isabel Lucía Alem de Muttoni
Iván Ase
Jacinta Burijovich
María Paz Caminada Rossetti
Natalia Fernandez
Rosa Lopez
Natalia Monasterolo
Andrés Rossetti
Solana Yoma



Rossetti, Andrés

Salud mental y derechos humanos : reflexiones en torno a un nuevo paradigma /
Andrés Rossetti ; Natalia Monasterolo. - 1a ed volumen combinado. - Córdoba :
Espartaco Córdoba, 2016.

110 p. ; 22 x 15 cm.

ISBN 978-987-1277-26-1

1. Salud Mental. I. Monasterolo, Natalia II. Título
CDD 362.2

© Editorial Espartaco Córdoba, 2016
Dean Funes 80 - Loc. 10 - Gal. Cabildo
(0351) 4215028 - CP 5000 - Córdoba - Argentina
espartaco.cordoba@hotmail.com

Diseño de tapa: Camilo Serra Di Lollo - 87camilos@gmail.com

ISBN: 978-987-1277-26-1

Libro de edición Argentina
Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723

“Algunos derechos reservados”



Licencia Creative Commons

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución
Sin Obra Derivada 4.0 Internacional.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/>

Impreso en Córdoba, Argentina.

Salud mental y derecho

Reflexiones en torno a un nuevo paradigma

Andrés Rossetti y Natalia Monasterolo
(coordinadores)

Isabel Lucía Alem de Muttoni
Iván Ase

Jacinta Burijovich

María Paz Caminada Rossetti

Natalia Fernandez

Rosa Lopez

Natalia Monasterolo

Andrés Rossetti

Solana Yoma

Rossetti, Andrés
Salud mental y derechos humanos : reflexiones en torno a un nuevo paradigma / Andrés Rossetti ; Natalia Monasterolo.
- 1a ed volumen combinado. - Córdoba : Cijs, UNC-Iifap y Espartaco Córdoba, 2016.
110 p. ; 22 x 15 cm.

ISBN 978-987-1277-26-1

1. Salud Mental. I. Monasterolo, Natalia II. Título
CDD 362.2

Prefacio

Andrés Rossetti y Natalia Monasterolo

1. Introducción

Los tiempos actuales presentan los problemas de siempre en muchos campos pero a su vez el avance tecnológico, el progreso científico y tantos otros factores hacen que ellos tomen nuevas dimensiones, nuevos aspectos y nuevos enfoques para enfrentarlos. Eso vale también para el terreno jurídico-sanitario en el que con motivo de los nuevos marcos normativos proclamados por nuestro Estado en materia de salud “mental” (productos, estos, de una necesaria articulación con los estándares constitucionalmente asumidos), consideramos oportuno poner en marcha en el curso del año 2014 un espacio propicio para reflexionar a la luz de la interacción de diversos saberes.

Así cobró forma, con el auspicio del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales¹, el Seminario Interdisciplinario de Salud “Mental” y Derechos Humanos que fué dirigido y coordinado por quienes suscribimos.

Al calor de los encuentros e intercambios mantenidos entre asistentes y disertantes, se generó una convergencia con suficiente entidad para motivar una versión escrita de aquéllas meditadas discusiones. El producto final de dichas cavilaciones aparece hoy aquí, en el cuerpo de este texto, el cual pone al alcance del lector una construcción discursiva en la que proliferan *decires* tan particulares como comunes.

2. El aspecto mental de la salud en el marco de los Derechos Humanos

Parece oportuno brindar, previo a ahondar en la lectura de cada uno de los textos de la obra una muy breve explicación esquemática de las principales premisas en las cuales, los que formamos parte de esta construcción colectiva, hemos reparado para “decir lo que decimos”.

En efecto, en el marco del seminario de referencia se plasmaron una serie de reflexiones que, a su turno, permitieron tejer discusiones del más variado matiz, y fue allí precisamente, en medio de ese *aporte de muchos*,

¹ Perteneciente a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. (Desde diciembre 2015, Facultad de Derecho).

donde los escritos que ahora se presentan cobraron la forma de este texto.

Toda esa interacción creadora fijó sus bases y retornó siempre a un punto central, esto es, el de los postulados emergentes del modelo jurídico de abordaje del aspecto mental de la salud promovido por el paradigma universal (también jurídico) de protección de la persona humana.

Este modelo, que será sintetizado a continuación, tuvo su punto de origen en el amplio recorrido trazado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; modelo que a su turno fue adoptado por el Estado argentino al punto de adquirir, en algunos casos, visos constitucionales. Como correlato de ello finalmente se sancionaron específicas leyes.

Veamos entonces a continuación, de qué modo el aspecto mental de la salud humana fue tomando forma en la órbita universal y regional de los Derechos Humanos, y cómo decantó, a su tiempo, en las posiciones y creaciones locales afines a dicha postura. Se comprenderá así quizá, porque “pensamos lo que pensamos”.

2.1 Modelo universal y regional del abordaje de la salud “mental” en el marco de los Derechos Humanos. Panorama actual de la normativa argentina

Fue tras la Segunda Guerra Mundial que algunos Estados comenzaron a cavilar acerca de un modo real y concreto de protección de la persona humana. Sin pretender un análisis histórico minucioso de la cuestión que superaría como tal la extensión y el objetivo de este prefacio, baste sólo con señalar que las producciones normativas en tal sentido fueron marcando una suerte de camino que avanzó de lo general a lo particular.

Así, tanto en la órbita universal como en las particulares esferas regionales (para el caso de nuestro país, la americana), desde el origen de aquella senda comenzaron a establecerse una serie de instrumentos de Derechos Humanos concentrados, primero, en la preservación de bienes o calidades generales del sujeto, mas luego, en particulares situaciones o estados de las personas.

En este último trecho se inscribieron las Declaraciones, Principios, Acuerdos, Programas, Opiniones Consultivas y Sentencias ceñidas a la problemática de específicos grupos históricamente vulnerados. De tal guisa, niños/as, mujeres, ancianos, personas privadas de la libertad, y, para el caso, personas afectadas en su salud “mental”, *et. al.*, hallaron expresa protección en el ámbito de Naciones Unidas (N.U.) y, en la esfera de la Organización de los Estados Americanos (O.E.A.).

Así emergió, en medio de un sinnúmero de documentos internacionales de la más variada índole y grado de vinculación, producto -todos ellos-, de un paradigma internacional de protección de la persona humana, el

modelo de abordaje del aspecto mental de la salud.

Pensando entonces en este derrotero de lo general a lo particular, y a partir de allí, resaltando en algunos casos los artículos de uno y otro instrumento concentrados en la materia, podrían enumerarse en orden cronológico y de modo muy sintético y esquemático las siguientes regulaciones (discriminadas por órbita de origen)²:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (N.U. 1948) –artículos 1.2 y 7-
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (N.U. 1966) –artículos 7; 10; 26-
- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (N.U. 1966)-artículo 12-
- Declaración de los Derechos del Retrasado mental- N.U. (1971)-artículos 3, 4, 6 y 7-
- Declaración de los Derechos de los Impedidos-N.U. (1975)- artículos 2 a 5-
- Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes (N.U.1975)
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (O.E.A. 1948) -artículos 1; 2; 11 y 17- Nota: si la enumeración está discriminada por origen (y así se dice) hay que reubicar los textos. Otra opción es “discriminarla” por orden cronológico.
- Convención Americana de los Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (O.E.A.1969) artículos 5.1; 11.1; 24
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes – (N.U.1984) -artículos 1.1 y 2.1-
- Conferencia sobre la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina dentro de los Sistemas Locales de Salud -Declaración de Caracas- (Organización Mundial de la Salud/Organización Panamericana de la Salud 1990³).
- Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el mejoramiento

²Resulta interesante destacar, y será advertido en la discriminación que sigue, que las producciones más genéricas dedicaron algunos de sus artículos a cuestiones directa o tangencialmente vinculadas con la salud “mental”, en tanto al producirse la concentración en particulares problemáticas, este asunto ya no quedó reducido a un cúmulo de normas dentro de un universo general, sino que se tradujo en documentos enteramente ceñidos a la temática.(Año de aprobación del documento).

³ En adelante, O.M.S. y O.P.S., respectivamente.

de la atención de la Salud Mental (N.U.1991) -artículos 1;11.9 y 11.11;16 .1 “a” y 20-

- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (OEA 1999) -artículos 11, 1.2 “b” y 2-

- Principios Rectores para el desarrollo de la atención en Salud Mental en las Américas -Principios de Brasilia- (OMS/OPS 2005).

- Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (N.U. 2006) -Preámbulo y artículos 1/3 , 8,12 y 19-

- Consenso de Panamá (OMS/OPS 2010).

A ello cabría sumar la labor efectuada por algunos Comités, cual órganos convencionales de control (Comité de los Derechos Humanos; Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comité contra la Tortura; Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad)⁴, la tarea realizada y la “jurisprudencia” emanada de la Comisión I.D.H. y de la Corte I.D.H.⁵ (respectivamente), y la labor efectuada por la O.M.S. (y su agencia en Latinoamérica y el Caribe, la O.P.S) a través de diferentes programas de acción destinados a marcar el camino operativo a transitar en el asunto⁶.

Por supuesto que no se acaban aquí las elaboraciones en tal sentido⁷, pero lo expuesto basta para afirmar que en los últimos tiempos de la historia de los derechos humanos se fue tejiendo una red de normas de la más variada intensidad, en la que, todo lo que se ha sumado (conceptualmente afin), comporta un nuevo elemento apuntado en dicha dirección. En última instancia, a fin de cuentas, excepto por un cambio esencial en el asunto,

⁴ Estos comités, creados para analizar el cumplimiento de determinado convenio por parte de los Estados adherentes, pertenecen respectivamente a: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; La Convención contra la Tortura y La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

⁵ Hasta el momento el fallo más emblemático ha sido el que se dictare el 4 de julio de 2006 en el caso “Ximenes Lopes c/Brasil”. El fallo puede encontrarse en la sección jurisprudencial de la página de la Corte Interamericana de Derechos Humanos http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es.

⁶ Pueden mencionarse como algunos de los programas más emblemáticos de los últimos diez años: El Programa de Acción Mundial en salud mental (2001), el Programa Mundial de Acción para reducir brechas en salud mental (2008), el Plan de Acción en salud mental O.P.S. (2009); el Plan Integral de Acción mundial en salud mental, (2013), y el Plan de Acción sobre salud mental O.P.S. (2015-2020) Estos programas pueden ser visualizados en los respectivos sitios de la O.M.S.: <http://www.who.int/es/> y la O.P.S.: <http://www.paho.org/arg/>.

⁷ Podrían mencionarse también las Recomendaciones efectuadas por la Com. I.D.H. el 4 de abril de 2001 en cuanto a la toma de medidas (legislativas, judiciales, administrativas, et. al.) por parte de los Estados para la promoción y protección de las personas con discapacidad, y la Declaración de Montreal sobre la Discapacidad Intelectual (O.P.S./OMS octubre de 2004).

siempre se tratará de otro aporte al modelo internacional de abordaje de la salud “mental”.

Ahora bien ¿Cuáles han sido los efectos de este modelo? ¿Cuál su sentido o enfoque? ¿Qué ha postulado este programa?

Nuevamente el recurso de la enumeración puede aportarnos una sintética respuesta frente a tales interrogantes, en el listado que a continuación se transcribe se resumen los enunciados que reflejan las aristas más básicas (por llamarlas de algún modo) del señalado modelo.

Siendo así, podríamos afirmar que el ideario de salud “mental” propugnado por la normativa internacional ha dejado planteada:

- Una conceptualización integral e integrada de la salud a la par de su central captación por redes de atención primaria.

- La resignificación del sujeto padeciente como contrapartida a una visión puramente objetivista (superación del esquema biologicista por el enfoque psicosocial).

- La erradicación de nominaciones estigmatizantes (v. gr. enfermo, peligroso, incapaz).

- El abandono del modelo de la incapacidad y su correlativa crítica a los institutos jurídicos que lo sostienen (v. gr. Insania, Curatela), en sintonía con su reemplazo por el paradigma de la discapacidad psicosocial y la implementación de sistemas jurídicos de apoyos para la toma de decisiones.

- Un ideario concentrado en la desmanicomialización y como derivación de ello, la admisión de la internación, cual bastión de la lógica manicomial, como un recurso terapéutico de última ratio temporalmente limitado.

- El abordaje en comunidad de aquéllos casos alcanzados por la discapacidad psicosocial o por el padecimiento mental a través de dispositivos terapéuticos variados (v. gr. Hospitales de día, casas de medio camino, red integral para la toma de decisiones con apoyo); y

- La aceptación de las personas con padecimientos y/o discapacidades como concretos actores sociales convocados al ejercicio activo de la ciudadanía, y en este sentido, la procura de su sincera integración laboral productiva.

En este marco, el cúmulo normativo que fija las bases del modelo de mención, ha propugnado como cuestión nodal para la consecución de sus postulados:

La total reestructuración del sistema de salud desde el liderazgo (i.e. Estado).

Es precisamente en virtud de este último enunciado que pueden comprenderse (y reclamarse) las decisiones políticas (*lato sensu*) adoptadas por los Estados, en función de los compromisos asumidos al tiempo de manifestar su expresa adherencia al modelo de mención.

El Estado argentino integra en la actualidad la nómina de los países que han quedado sujetos al esquema de referencia, conclusión que se extrae fácilmente con sólo reparar en la ratificación por parte de este de todos los instrumentos internacionales apuntados supra; instrumentos entre los cuales un número importante ha sido re-categorizado al nivel de la constitución (conf. artículo 75 inciso 22 C.N.).

En medio de este dinámico contexto que imprimen adhesiones como las del tipo⁸, es que fue dictada a su turno la Ley Nacional de Salud Mental N°26.657/2010, dando cuerpo de tal suerte y en el concreto espacio local, al débito adquirido como parte del juego político-jurídico internacional⁹.

Sin dudas que los motivos del texto legal quizá podrán localizarse (y entenderse) mucho más allá de las obligaciones emergentes de uno o varios convenios internacionales, e incluso no sería descabellado especular con explicaciones harto remotas (o ajenas) a la necesidad de cumplir con el mandato constitucional. Empero, sea por razones ideológicas, puramente políticas o meramente político-partidistas¹⁰, la vigencia de la novel norma, junto a su correlato reglamentario (Decreto 603/13) impone obligaciones y a su vez *baja al llano*, puntualmente, los postulados de máxima propugnados por el paradigma al que se viene haciendo mención.

3. El contenido del libro

El presente libro toma en cuenta lo dicho para pensar a la salud “mental” en el espacio de una articulación jurídica entre *lo que había* y *lo que hay*; es decir, entre el derecho antiguo y el nuevo, entre la faceta clásica del ordenamiento normativo argentino y la más moderna o rejuvenecida.

Sabemos que los asuntos concernientes a la salud “mental” del sujeto (y la comunidad como interacción subjetiva) no se reducen a una mera conjunción normativa, aunque sí creemos que una comprensión integral e integradora de la legislación convocada a la materia, permea a fin de cuentas otros saberes que en modo alguno se hubieran imaginado (desde un posicionamiento fragmentado) vinculados al derecho (v. gr. la cuestión clínica, el abordaje social, la veta psicológica, e incluso el ámbito de lo

artístico como uno de los emergentes de la cultura quizá más espontáneos).

Pensamos también que una concepción del aspecto mental de la salud humana tal cual la hemos descripto, no puede quedar amarrada como condición de existencia al solo derecho positivo, máxime cuando éste, indefectiblemente, se encuentra casi siempre liado a los intereses hegemónicos de la elite o de quienes ejercen el poder. Es por tanto interesante tener presente lo dicho al afrontar la lectura de cada uno de los textos que siguen y con ello recordar los diferentes intereses -políticos, económicos, de poder, culturales y tanto más- que se encuentran “camuflados” en las palabras de las normas “formales”, que no siempre persiguen los objetivos que declaman o bien cuando efectivamente lo hacen, no existe “real” intención, incluso de parte de quienes los aprueban o propugnan, de efectivizarlos, actuarlos, implementarlos, darles verdadero cumplimiento.

En relación con el contenido puntual del libro, cabe mencionar que el mismo cuenta con seis capítulos diferenciados. La diferencia se basa, tal como el lector o la lectora podrá comprobar, en el diferente enfoque que cada autor/a propone en su texto, que es escrito por personas de proveniencia profesional diferente (hay abogados/as, psicólogas, trabajadoras sociales y médicos) y de posiciones ideológicas variadas, lo que por cierto no hace más que enriquecer la obra.

En forma sintética, a modo de presentación de toda ella, puede verse que en el capítulo 1 *El marco jurídico y la “limitación” a las políticas públicas. Comentarios en base al derecho constitucional y “convencional” argentino actual*, Andrés Rossetti presenta una visión sobre como el derecho influye y, eventualmente, limita el accionar de los actores políticos y jurídicos para actuar en sus distintas esferas con el fin de ayudar a visualizar esta relación en lo que se refiere a la política (y las políticas públicas) en general. Se concentra, en primer término, en una breve conceptualización sobre lo que se entiende por derecho y su relación con la política, luego analiza los límites que se supone comporta la existencia de una Constitución con la supremacía que ella supone en un ordenamiento jurídico. A continuación analiza, brevemente, el cambio producido en el derecho con la “globalización” y en el caso específico argentino con la incorporación del llamado derecho internacional y regional de los derechos humanos y la aparición del “control de convencionalidad”. Por último presenta algunas reflexiones finales y acompaña la bibliografía citada.

En el capítulo 2 Iván Ase y Jacinta Burijovich en su artículo titulado *-Capacidades estatales y nuevos derechos: El caso de los nuevos marcos normativos en salud mental-*, reflexionan, a partir de tomar como caso de análisis la nueva normativa en materia de salud “mental” dictada en la provincia de Córdoba, sobre los procesos de construcción de la capacidad estatal al servicio de la garantía de derechos sociales y el lugar que ocupan

⁸ Dinámico en tanto supone una constante re-actualización en función de las interpretaciones efectuadas por los órganos llamados a leer el derecho internacional.

⁹ Al igual que otras provincias, en Córdoba, también fue sancionada en octubre del año 2010 una ley de salud enmarcada en el paradigma de mención (Ley 9.848).

¹⁰ Se asume aquí una división entre la política como teoría o ideal y la política únicamente partidaria, lo cual no supone negar la posibilidad de que actúen de manera conjunta.

en ellos la participación ciudadana y los movimientos sociales.

En el capítulo 3, escrito por María Paz Caminada Rossetti, Natalia Fernández Medina y Solana Yoma, cuyo título es *La transformación en salud mental: desde el modelo manicomial al modelo comunitario. El desafío actual de la exigibilidad de derechos*, las autoras analizan algunos ejes relacionados con la transformación del modelo manicomial al modelo comunitario de abordaje en salud “mental”, partiendo para ello de las actuales legislaciones dictadas por nuestro país en la materia. Allí, incorporan la discusión con relación a la necesidad de la construcción de mecanismos de exigibilidad de derechos colectivos cual condición ineludible para la efectivización de las normativas actuales. Así, se proponen compartir reflexiones en torno al rol de la justicia en los desafíos de este campo particular, presentando además algunas experiencias de dispositivos alternativos al modelo manicomial, y analizando a su vez, los facilitadores y obstaculizadores para la concreta implementación del marco normativo actual.

El escrito de Rosa López, *El modelo de la Incapacidad/Discapacidad frente a las personas con padecimientos mentales. El malestar subjetivo y la negación de derechos*, que es el capítulo 4 del libro, persigue inmiscuirse en la problemática en punto a la erradicación de los modelos de incapacidad y discapacidad que siguen planteando a padecientes y familiares, la discriminación y la estigmatización incluso frente a la nueva legislación en materia de salud “mental”. La autora postula lo trabajoso de un cambio en tal sentido en un terreno de resistencias, resaltando al efecto como las normativas actuales de mutuales y obras sociales transforman la atención a sus afiliados en un beneficio cada vez más escaso, al tiempo que obliga a estos a recurrir a los certificados de discapacidad para obtener lo que es su derecho *per se*.

El capítulo 5, elaborado por Isabel Lucía Alem de Muttoni bajo el título *Lenguaje y Derecho. Nuevas normativas en torno a la cuestión de las personas con capacidad restringida*, parte del funcionamiento de la ley como un lexicón, que al igual que un diccionario de términos jurídicos establece los significantes del sistema y tiene por objeto instituir la realidad. Frente a ello, postula la autora que si “instituir” es dar estatuto de real a algo que no existe, la jurisprudencia es quien determina los significados de esos términos (el alcance en el caso concreto), por lo que el discurso jurídico se manifiesta a través de los textos legales y su interpretación se cristaliza en las decisiones judiciales. Bajo estas premisas y asumiendo que nominar las cosas no representa un juego del lenguaje sino también un mecanismo de poder, indaga en el sustantivo “capacidad” y en sus adjetivaciones de “parcial” o “restringida”.

Finalmente, Natalia Monasterolo, plantea en su trabajo, capítulo 6, titulado *Fricciones entre salud “mental” y derecho penal en el esquema de*

la actual ley argentina: Desencuentros en punto a una subjetividad única, el terreno de tensiones que a partir de la nueva legislación en materia de salud “mental” asumida y cristalizada por el Estado argentino, se produce al (des)encontrarse aquél modelo y el derecho penal vigente en ocasión de que una única (y por ello inescindible) subjetividad se encuentra atravesada por un padecimiento psíquico al tiempo de la comisión de un ilícito. Con esto, apunta a develar las vulneratorias inconsistencias que se cristalizan en las respuestas ofrecidas por el Derecho Penal a las personas que irresponsablemente materializan un hecho típico injustificado.

El contenido del libro, tal como puede advertirse, aborda algunos de los problemas actuales vinculados con el llamado derecho a la salud mental en Argentina en general y en la provincia de Córdoba en particular. Los coordinadores creemos que el esfuerzo realizado, con la colaboración de cada uno de los autores, el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la UNC, el Instituto de Investigación y Formación en Administración Pública de la UNC y la editorial Espartaco Córdoba, cumple con los objetivos que nos propusimos al pensar la publicación del libro. Es ahora quien tiene el texto en sus manos -o lo lee en su pantalla debido a que el mismo se encuentra en versión libre digital en internet- quien tiene la palabra sobre el mismo. El aporte realizado busca, como podrá verse, lograr que los derechos muchas veces declamados, se efectivicen, se cumplan, y que aquellas personas con dichos derechos sean “realmente” sujetos de derechos y que por tanto vivan de acuerdo a lo que los derechos les garantizan. Los que deciden, en las diferentes órbitas de lo público -nacional, provincial o municipal- son los primeros a quienes está dirigido, pero también para los que trabajan -y deciden- en la esfera privada el texto puede aportarle herramientas a tener en cuenta en su trabajo. Docentes, investigadores, estudiantes y tantas personas más son lectores bienvenidos al texto. El desafío está lanzado y, esperamos, el aporte realizado. Es hora que lo que se propone en estas páginas empiece a volverse “realidad”.

CAPÍTULO 1

El marco jurídico y la “limitación” a las políticas públicas. Comentarios en base al derecho constitucional y “convencional” argentino actual.

Andrés Rossetti

Sumario: 1. Introducción. 2. El derecho: breve conceptualización y funciones. 3. La Constitución y su supremacía. 4. La obediencia al derecho 5. La supremacía y el control de constitucionalidad en Argentina frente a la aparición del control de convencionalidad. 6. Los organismos universales y regionales de derechos humanos, sus decisiones y su valor en el derecho argentino. 7. El “avance” del control de convencionalidad. 8. Ventajas y riesgos de la “globalización” de los derechos humanos 9. Reflexiones finales. 10. Bibliografía citada.

Introducción

En este texto es mi intención presentar una visión sobre como el derecho influye y, eventualmente, limita el accionar de los actores políticos y jurídicos para actuar en sus distintas esferas con el fin de ayudar a visualizar esta relación en lo que se refiere a la política (y las políticas públicas) en general, que servirán luego en el análisis del libro en relación con el derecho a la salud y más puntualmente la salud mental. Para ello me detengo en primer término en una breve conceptualización sobre lo que se entiende por derecho y su relación con la política, luego analizo los límites que se supone que comportan en lo que se da en llamar un “estado de derecho” la existencia de una Constitución con la supremacía que ella supone en un ordenamiento jurídico, que a su vez limita -o así se supone, máxime en estados con “democracias” estables- el accionar de los diferentes actores que precisamente determinan lo que “es” en relación con el actuar en materia de derechos. A continuación me concentro en analizar, brevemente, el cambio producido con lo que puede darse en llamar la “globalización” y en el caso específico argentino con la incorporación del llamado derecho internacional y regional de los derechos humanos, con el llamado “control de convencionalidad”. Por último presento algunas reflexiones finales y acompaño la bibliografía citada.

2. El derecho: breve conceptualización y funciones

Es muy conocido el dilema que viene desde la antigüedad sobre que es primero si el huevo o la gallina. No pretendo, por cierto, resolverlo en este escrito, pero me sirve para paragonarlo con otro cuya solución parece menos complicada: ¿Que está primero, el derecho o la política? Por cierto, la relación entre estos dos campos es estrecha¹¹ y, para responder el interrogante sería necesario definir claramente lo que se entiende por uno y otro término que son ambiguos y vagos, pero más allá de ello –que excede lo que pretende decirse aquí– parece, en cambio, que para que, en principio, exista el derecho es necesaria previamente la política (en un sentido amplio de ella) y no así viceversa, lo que parece dar preeminencia, al menos temporaria y cronológicamente, a la política por sobre el derecho y que es en base a ella que el derecho empieza a tomar forma. De todos modos, luego existe entre estos dos campos una relación tensa, ya que si bien el derecho “surge” en razón o por impulso de la política, luego con aquel se pretende regular y limitar a aquella, lo que no siempre sucede y ello se vincula con el tipo de sociedad, Estado y sistema político-jurídico que se tenga. Hay, además, un continuo ir y venir (“feedback”) entre los dos campos y se interinfluyen entre sí. Ambos, a su vez, tienen una fuerte relación con otras áreas como la moral, la sociología, la economía, las relaciones internacionales, etc. En realidad, lo que está en juego en esta relación no deja, en buena medida, de estar vinculado con el poder y en base a ello será el mayor o menor éxito del derecho o la política en la relación tensa que los vincula.

Sobre el derecho se ha escrito mucho y no voy a detenerme aquí¹², pero sólo distingo entre lo que se conoce como derecho objetivo –que es fundamentalmente al que nos estamos refiriendo– y el derecho subjetivo. El “objetivo”, regula, en forma directa o indirecta, *todas* nuestras conductas y suele ser considerado como un conjunto de normas que regulan la conducta social (e impone sanciones). Con independencia que esté conformado o no exclusivamente por normas, seguramente presupone dos elementos claves: una autoridad (que puede tener muy variadas características) y la (posibilidad de) coacción (coerción). Puede ser visto y

¹¹ Y no siempre necesariamente, como se sostiene, se han dado, salvo que se tenga una concepción amplísima de ellos, porque se trata de elementos “históricos”. Capella (2008, 50) señala lo siguiente “Donde hay sociedad hay derecho sólo es, sin embargo, una creencia arraigada entre ciertos sectores de juristas. Como veremos, otros de ellos, amparados en el saber documentado de la mayoría de los historiadores, antropólogos y sociólogos considera por el contrario que la existencia de derecho y de poder político es un fenómeno no natural sino histórico. El derecho y el poder -hoy tendemos a decir ‘el estado’, pero el poder político no ha adoptado siempre la forma estatal- tuvieron ciertamente un origen. Sus manifestaciones, las formas jurídico-políticas, son históricas y cambiantes, y también lo son el derecho y el poder político mismos”.

¹² Ver, por ejemplo, Nino (1984).

vivido, por cierto, el derecho desde diferentes perspectivas y cambia dicha visión si uno lo hace como súbdito, juez, legislador, sociólogo, abogado, jurista, filósofo del derecho, etc.

Más allá de lo dicho, cuando usamos el término “derecho” (tomo una postura “convencionalista” en lo que se refiere a los términos, no esencialista), si bien es sabido que se trata de un término vago, ambiguo y con una cierta carga emotiva en principio favorable, podemos estar usándolo desde muchas concepciones. En una enorme simplificación, podríamos seleccionar tres de ellas, que suelen ser las que se enseñan en Argentina:

1. Concepción “naturalista”, cree que el derecho se basa en normas que surgen en base a la razón, a la teología o a la historia.
2. Concepción “positivista”, que cree que el derecho se basa en normas que se obtienen en base a convenciones, aun cuando ellas sean por imposición.
3. Concepción “realista”, cree que el derecho se basa en normas que son las que efectivamente tienen vigencia.

En base a lo expresado parecería -pese a lo ya dicho- que siempre se necesitan normas¹³ que permitan, prohíban, obliguen, restrinjan, etc., para poder pensar “lo jurídico” y ellas emanan de alguna autoridad. Pero: ¿cualquier autoridad? Hay autoridad en los Estados Nacionales, por cierto, pero también la hay en otros grupos humanos, como por ejemplo en una banda de ladrones, la mafia, en organizaciones de narcotraficantes que controlan un determinado territorio, etc. Sin embargo, se considera que sólo el Estado es el que ejerce el “llamado” poder legítimo. Esto daría para una larga discusión sobre el origen de tal legitimidad, dada simplemente por el hecho de ser un Estado reconocido internacionalmente, mientras que otras formas de “legitimación”, de la autoridad y del poder, pasan por criterios muy diferentes y menos formalistas, cuales son el de su origen y ejercicio democrático, por ejemplo, en vez de una cuestión de “poder” y punto. No obstante ello, se entiende al Estado como una particular forma histórica de organización del poder político que ejerce el monopolio de la fuerza en un determinado territorio y se sirve de un aparato administrativo, que no deja de ser una “entelequia” mal llamada “Nación políticamente organizada”. Cuenta, según suele presentarse, con tres elementos o supuestos, a saber: territorio, población y poder o gobierno, y es el que puede determinar el alcance y el ámbito de lo jurídico. En efecto, el Estado está directamente relacionado con el ordenamiento jurídico y lo hace, en

¹³ Dejo en claro que parto de la suposición, mayoritaria en Argentina, que el derecho es un conjunto de normas, pese a que esto puede ser objetado por quienes consideran que, en cambio, el derecho es práctica, práctica social, discurso, práctica discursiva o argumentativa, institución social, etc.

buena medida, desde el dictado de una Constitución y sus posteriores normas jurídicas, pero obviamente hay que ver quien maneja el Estado y el Poder (de hecho puede ser un Estado Autoritario, Democrático, etc.)¹⁴.

Y en base a quien lo maneje, en buena medida se cumplirán en una forma u otra las diferentes funciones que tiene el derecho. Ellas son variadas, pero simplificando podemos señalar tres: 1. Previene conflictos o 2. Facilita la cooperación (Nino, 1984) pero también existen otras opciones “menos buenas”: 3. Mantiene situaciones de dominación (o status quo) e incluso ayuda a que se profundicen, etc.¹⁵. Por cierto, estas diferentes funciones no se dan necesariamente en forma separada, sino que muchas veces los diferentes ordenamientos tienen elementos de cada una de ellas, pero en algunos prevalecen unas y en otros otras.

El Estado, entonces, está directamente relacionado con el Poder, lo que no quita que hoy enfrenta la llamada “crisis de la soberanía estatal” producida por una serie de factores vinculados con las multinacionales, los intereses económicos, las maniobras financieras, etc.¹⁶

3. La Constitución y su supremacía

La Constitución (dentro de un Estado) es la que unifica, individualiza y da pertenencia a un sistema jurídico y las normas que lo conforman, siempre presuponiendo lo jurídico vinculado con normas, las que pueden ser clasificadas como “deliberadas”, entre las que están las leyes (en sentido formal y material), las sentencias y los contratos y “no deliberadas”, la costumbre y la jurisprudencia. Por tanto puede decirse que la Constitución es la que establece el orden jerárquico de las normas jurídicas y da “unidad” a todo el ordenamiento.

Por tanto, la Constitución consagra lo que se da en llamar el principio de supremacía constitucional -que se lo relaciona con el hecho que todo el ordenamiento se debe adecuar a lo establecido en la Constitución- pero para ello es necesario dar por supuesto al menos una serie de cuestiones que a continuación menciono sumariamente. En efecto, hay que tener en claro que debe existir un acuerdo en que el derecho en general o al menos cierto tipo de derecho en particular (es decir con determinadas características) *debe ser obedecido*, sobre lo que vuelvo más adelante. A

¹⁴ Sobre el tema, ver Soriano Díaz (2011). También Rossetti (1983), Nino (1996) o Kymlicka (2002).

¹⁵ Ver Carcova (1991) o Atienza (2001).

¹⁶ El efecto “globalizador”, por darle un término, y el poder cada vez más concentrado hace que los márgenes de decisión de las autoridades estatales sean cada vez más limitados, especialmente por cierto los de los llamados estados periféricos o con menor desarrollo. Sobre globalización en general y del derecho en particular he tratado el tema en Rossetti (2015a). Ver, a su vez, entre otros, Beck (1998), Ferrarese (2000), Bauman (2001) y Singer (2003).

su vez, estoy dando por supuesto -en cualquiera de las posiciones sobre el derecho que se tenga, que fueron ya resumidas con anterioridad.- en que hay acuerdo en que el derecho está compuesto por *normas* y que éste se da en los diferentes Estados impuestas por algún poder o autoridad.

Doy por supuesto, además, en que hay acuerdo en que dichas normas tienen, en su punto más alto, una *norma fundamental* que suele ser llamada “Constitución”, que puede ser de diferentes tipos y haber sido impuesta o establecida de diferentes formas. Por ello, en Argentina existe un sistema jurídico que tiene una Constitución que debe ser respetada y cumplida. Esa Constitución sería, en principio, la sancionada en 1853 con sus modificaciones de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994.

Si damos por supuesto todo esto -lo que no está exento de fuertes polémicas que exceden el tratamiento sintético que pretendo desarrollar en este breve espacio- la Constitución tiene “supremacía. Este principio aparece conjuntamente con el surgimiento del constitucionalismo y su objetivo central, se afirma, pretende ser el de “limitar el poder”¹⁷ y supone el establecimiento de una *gradación jerárquica* y de *coherencia* de las normas en todo el sistema jurídico. El problema puede trasladarse al concepto de Constitución, pero no me detendré aquí sobre el mismo¹⁸. Suele afirmarse, de todos modos, que la supremacía se da, en relación con algunas de los criterios clasificatorios de las constituciones, en las llamadas constituciones “rígidas” y “escritas” pero cabe reconocer que prácticamente en la actualidad no existen constituciones “no escritas” y tampoco aquellas que no tengan algún grado de rigidez.

En Argentina en el texto normativo de la “norma suprema”¹⁹, podemos decir que la supremacía constitucional puede visualizarse en diferentes artículos de ella, a saber: en lo que respecta a la supremacía del ordenamiento jurídico federal sobre los provinciales encontramos, principalmente, los artículos 5, 31 y 128. En lo que se refiere a la supremacía de la Constitución por sobre la “legislación” nacional basta ver el artículo 28. En cuanto a los tratados, pueden verse los artículos 27 y 75 incs. 22 y 24, más allá de lo que se dirá en breve. La supremacía sobre los “poderes constituidos” se vislumbra claramente de los artículos que regulan el juramento de estos, es decir los arts. 65, 93, 112. La

¹⁷ Y no es el caso aquí analizar la tensión que puede existir entre la supremacía constitucional, la rigidez constitucional y la concepción democrática. Ver al respecto Holmes (1988) y Gargarella (2008).

¹⁸ Sobre el concepto de “constitución” la literatura es sumamente extensa. Remito, en particular, a los siguientes textos breves: Sartori (1992, 13-25), Nino (1992 Capítulo 1) y Vanossi (1987, Capítulo 1).

¹⁹ Las demás fuentes del derecho permanentemente hacen referencia al principio de supremacía constitucional. Baste ver, por ejemplo, las sentencias de los tribunales de justicia, en particular cuando resuelven casos vinculados con el “control de constitucionalidad”.

enumeración precedente es solamente ejemplificativa²⁰.

Si bien todos los artículos mencionados son importantes, los dos artículos centrales en relación con el tema tratado son el 31 y el 75 inciso 22, sobre los que me detengo a continuación.

El artículo 31, primera parte, dice: *“Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella...”*.

La segunda norma señalada como trascendente en relación con la supremacía constitucional es el recientemente incorporado en 1994 artículo 75 en su inciso 22 de la Constitución Nacional que dice: *“Corresponde al Congreso:... 22) Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

Este segundo texto plantea una serie de aspectos que problematizan lo dicho en el artículo precedentemente citado y obligan a pensar el esquema de la gradación de normas desde perspectivas diferentes y quedaría conformada de la siguiente manera: Constitución y tratados de derechos

²⁰ Por ejemplo, Sagüés incluye también los artículos 30 “Si hay rigidez, hay supremacía”, y el artículo 43, ya que al permitir al juez que decida un amparo declarar la inconstitucionalidad de normas, da a entender que la Constitución es ley suprema (Sagüés 2007, 163).

humanos con jerarquía constitucional, tratados de integración, demás tratados y concordatos, normas que derivan de los organismos creados por los tratados de integración, ley nacional y constituciones provinciales con más, en algunos casos, los decretos de necesidad y urgencia y los decretos delegados, etc.

Otro aspecto de trascendencia, muchas veces descuidado por los “expertos”, es el lugar que ocupan, en la “pirámide jurídica” las demás *fuentes del derecho*. Es decir, las fuentes apenas citadas se asocian con la “ley”²¹ pero existen otras fuentes del derecho²² cuales la costumbre, la jurisprudencia, la sentencia y el contrato que también son fuentes de derecho²³ pero que no suelen –en muchos casos– colocarse en relación con la “pirámide jurídica” y la gradación jerárquica de las normas relacionada con el principio de supremacía constitucional. En efecto, las fuentes del derecho pueden ser clasificadas como “formales” e “informales”. Las primeras se vinculan con la idea fuerza de ley (en sentido amplio) mientras que las segundas son las que surgen del “derecho consuetudinario y derecho repentino”²⁴. A su vez, pueden distinguirse entre fuentes *primarias* (constitucionales) y *secundarias* (infraconstitucionales), con lo que nos permite visualizar una serie de alternativas. Podría decirse, entonces, que podemos realizar el siguiente cuadro simplificador²⁵ de las distintas fuentes del derecho en el sistema argentino:

Fuentes	Formal	Informal
Primaria	Lo que comunmente llamamos “Constitución”, es decir el texto actual de la Constitución Argentina (con, por cierto, como ya hemos visto, los documentos de derechos humanos con jerarquía constitucional).	La costumbre “constitucional”, la “jurisprudencia” constitucional, las sentencias “constitucionales” y, más polémico en Argentina, los “contratos” constitucionales ²⁶ .
Secundaria	Los demás tratados y concordatos, las leyes, los decretos, las Constituciones Provinciales, etc.	La costumbre, la jurisprudencia, las sentencias y los contratos que no tienen “jerarquía constitucional”.

²¹ Ver Nino (1984, 148).

²² Para una buena síntesis de las “fuentes del derecho” ver Guibourg (2000).

²³ Las sentencias y los contratos también en la categoría de fuentes “deliberadas”, mientras que la costumbre y la jurisprudencia como fuentes espontáneas (Nino, 1984, 148 y sgtes.).

²⁴ Ver Sagüés (2007, 51 y sgtes.) Coloco, como hace éste autor, al resto de las fuentes “no legales” como informales, aún cuando ello puede ser discutido, ya que, por ejemplo, una sentencia tiene “formalidad” clara, o sea es “deliberada” para seguir la terminología ya citada de Nino (ver nota anterior).

²⁵ El cuadro es meramente didáctico ya que faltan muchos elementos a considerar, por ejemplo los ordenamientos municipales, pero un análisis exhaustivo me llevaría demasiado tiempo y seguramente comportaría perder el núcleo central del discurso que se pretende realizar.

Existen, por tanto, fuentes formales e informales con jerarquía constitucional. En efecto, baste pensar, por ejemplo, con respecto a las segundas, las diferentes “costumbres” constitucionales en lo que se refiere a la reforma formal de la constitución en virtud de lo “no dispuesto” expresamente en el artículo 30 CN que no parece dejar dudas, entre los doctrinarios, en que la mencionada reforma deba hacerse por una Convención elegida por el pueblo, entre otros aspectos ya consolidados, precisamente, por la “costumbre constitucional”.

De lo dicho, parece entonces que junto a la ordenación jerárquica “formal” de las normas debe existir una “pirámide informal”²⁷, que contempla, entonces, las demás fuentes del derecho y que seguramente genera “menos objetividad” desde el punto de vista de la previsión, pero mas “realidad” desde el punto de vista de lo que sucede en relación con el “derecho” argentino.

Por tanto, un cuadro, si bien simplificado, de las fuentes del derecho argentino y su gradación jerárquica puede ser el siguiente:

Fuentes	Formales	Informales	
Primarias	La Constitución + los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.	La costumbre, la jurisprudencia, la sentencia y los contratos “constitucionales”.	
Secundarias	Los tratados internacionales y los concordatos (con la aclaración que esto es desde la perspectiva del “derecho constitucional argentino”).	La costumbre internacional (en relación con todo el resto de los tratados que no tienen “jerarquía constitucional”) y las demás fuentes “informales”. La costumbre a nivel legal y las demás fuentes “informales” en relación con este nivel.	
	Las normas que derivan de los órganos creados por los tratados de integración.		
	La ley, los decretos con fuerza de ley (DnyU y Delegados, con las excepciones señaladas).		Las Constituciones Provinciales y el resto de las normas provinciales.
	Los demás decretos del Poder Ejecutivo.		Idem a nivel provincial.
	Resoluciones, etc.	Idem a nivel provincial.	

²⁷ En realidad no deberían estar separadas, pero aquí lo presento de esta forma con fines explicativos.

Una vez aclarado, en forma general, cómo se estructura la “supremacía constitucional” y el orden jerárquico de las normas que de ella deriva (ahora incluyendo las demás normas jurídicas que no son “legales”), cabe preguntarse: ¿para que sirve todo esto? ¿Qué sucede si no se cumple lo dispuesto en relación con la supremacía constitucional, es decir si, por ejemplo, una ley se sanciona, promulga, publica y entra en vigencia pero se trata de una ley abierta y claramente inconstitucional, en su contenido: ¿Tiene valor, debe cumplirse y respetarse?

Los sistemas jurídicos dentro de los estados de derecho constitucional, con características distintas, han previsto diferentes mecanismos de *control de constitucionalidad* que son, precisamente, los que resguardan la Constitución y permiten que se cumpla –al menos en principio- con ella y su supremacía. Sobre el tema vuelvo en el punto 5.

4. La obediencia al derecho

El derecho, se supone, debe ser obedecido, pese a que, huelga decirlo, muchas veces es incumplido. Esto suele suceder en algunas sociedades más que en otras. Las razones son variadas²⁸.

Malem entiende que si estamos o no constreñidos a obedecer el derecho es un problema de tipo moral²⁹. Al respecto afirma “*El derecho sería superfluo en la medida en que si prescribe acciones éticamente debidas, el ciudadano las realizará no por razones jurídicas, sino morales. Si por el contrario el derecho establece la ejecución de acciones inmorales, el ciudadano deberá desobedecerlo, ya que el orden jurídico no ofrece razones independientes moralmente justificatorias*” (Malem, 2000, 534). Puede afirmarse, en realidad, que es más bien un deber jurídico: es decir,

²⁸ Por ejemplo, García Villegas (2011, 162) en referencia a América Latina señala tres razones del incumplimiento de las reglas: 1. Estratégicas, “*la gente incumple luego de calcular los costos y beneficios de la obediencia*”; 2. Culturales, “*supone la razón por la cual no se actúan las reglas estriba en que los valores que estas transmiten son considerados menos importantes que otros, como por ejemplo los valores religiosos, sociales o familiares*”; y Políticas, “*supone que las personas incumplen las reglas como un acto de resistencia contra la autoridad*”.

²⁹ Malem (2000). Este autor sostiene que hay diferentes teorías que justifican la obediencia al derecho. Ellas fundamentalmente son: Teorías **voluntaristas**, que se distinguen según el **modo** y por tanto hay Consentimiento expreso o Consentimiento tácito; o bien según los individuos y hay por tanto Consentimiento unánime o Consentimiento por mayoría; Teorías **teleológicas**, que se vinculan con el utilitarismo y sus consecuencias; o bien Teorías **deontológicas**: que pueden basarse en el llamado Derecho natural; o bien en la idea de Juego limpio – fair play (*si uno se beneficia de un estado cooperativo, debe asumir simultáneamente las cargas que ese esquema comporta*) o en la posición del apoyo de instituciones justas. Singer (1985, 11) dice “*Nuestra obligación fundamental de obedecer la ley es una obligación moral y no una obligación legal. No puede ser una obligación legal, porque esto nos llevaría de regreso al infinito: puesto que las obligaciones legales se derivan de leyes, tendría que haber una ley que dijese que debemos obedecer la ley. ¿Qué obligación habría, entonces, de obedecer esa ley? Si fuera una obligación legal, entonces tendría que haber otra ley..., etcétera. Si hay alguna obligación de obedecer la ley, debe ser en última instancia una obligación moral*”.

podría decirse que se trata de un deber jurídico basado o “influenciado” supuestamente en pautas morales. Por cierto, siempre aparece el problema de la determinación de esas pautas morales y los acuerdos al respecto, que no son para nada simples, a lo que se suma la cuestión del llamado (y tantas veces existente) “derecho injusto”: ¿debe ser obedecido?. Con independencia del problema de la definición de justicia, parece claro que existen muchas situaciones en las que hay razones para “resistir” el derecho, pero la profundidad del tema requiere un debate que excede estas páginas³⁰.

Es decir: ¿Que actitud adoptar frente al derecho “injusto”, opresor, autoritario, discriminador? Aquí también, por supuesto, la determinación de si el derecho entra o no en alguna de esas categorías no tiene respuestas unánimes y la dosis de subjetividad es siempre alta.

Con el objeto de seguir pensando el tema, y sin llegar necesariamente a situaciones muy conflictivas o extremas, planteo dudas con respecto a nuestras conductas cotidianas en relación con “nuestro” actual derecho con preguntas simples:

¿Por qué respetamos el Código Penal y no matamos o lesionamos a otras personas que no soportamos, que consideramos malvadas o violentas, en el caso que deseáramos hacerlo? ¿Lo hacemos por una razón “prudencial” (no recibir el castigo, la cárcel o la sanción que fuere) o bien por una razón “moral (se cree que es “correcto” cumplir con el derecho, por ejemplo)?

La misma pregunta puede hacerse con relación a los impuestos: ¿Por qué pagamos impuestos –y doy por supuesto que así es pese a que los números en materia de evasión impositiva en Argentina podría hacer suponer que quien lee este escrito no se encuentra en esa categoría- y no evadimos? ¿Por una razón prudencial o por una razón moral? Téngase presente, por cierto, que la recaudación impositiva tiene una importancia gravitante en la realización de las políticas públicas y en el reconocimiento de derechos³¹.

¿Por qué frenamos y detenemos nuestro auto cuando el semáforo está en luz roja? ¿Por una razón vinculada con la eventual sanción o bien porque creemos que hay que obedecer y por tanto es moral hacerlo? Por cierto, y para aprovechar el ejemplo, cabe preguntarse: ¿Es lo mismo frenar ante el semáforo en rojo cuando se circula en la intersección de dos avenidas en momentos de tráfico intenso que hacerlo en medio de la noche en una arteria secundaria, sin ningún vehículo circulando en las cercanías? ¿Y deben tenerse en cuenta los riesgos que puede comportar obedecer el derecho, por ejemplo el hecho que si detengo mi vehículo

puedo ser objeto de algún asalto? Las preguntas y la casuística son interminables, pero es interesante plantearse la cuestión. Y, por cierto, si hay dudas con respecto a estas situaciones, no es difícil imaginarse como aumentan cuando las normas jurídicas son más “injustas”, opresoras, autoritarias o discriminadoras.

Cabe, a su vez, interrogarse: ¿Tiene la misma obligación de obedecer el derecho un indigente que tiene hambre que un rico que vive en la opulencia? ¿Por qué? ¿Se debe “castigar” a quien roba para comer por más que esté previsto normativamente así? ¿Y a quien corta una ruta para protestar porque no tiene que comer? He trabajado estos temas en otros contextos, por lo que aquí sólo dejo planteada la duda y remito a los textos respectivos³².

La obediencia al derecho parece vincularse con los tipos de sociedad de la que se trate: en efecto, como regla, podría decirse que no parece ser exactamente lo mismo obedecer el derecho que surge en una sociedad “democrática” que hacerlo en relación con un derecho proveniente de una sociedad autocrática, pese, por cierto, a los muchos matices y elementos aditivos que deben considerarse en relación con esta afirmación general³³. En la primera, hay posibilidad de derogación, de cambio por métodos legales³⁴ mientras que en la segunda, dependiendo por cierto de los grados, la desobediencia al derecho suele ser la principal forma para lograr un cambio en ella. Por cierto, estoy presentando la cuestión en relación con dos modelos extremos mientras que la realidad se mueve por las alternativas intermedias. También puede pensarse la cuestión de la obediencia al derecho en relación con una sociedad igualitaria o una libertaria, a lo que pueden imaginarse distintos tipos de sociedades y alternativas que llevan a que, según los casos, las circunstancias y demás, puedan encontrarse mejores o peores razones para fundar la obediencia o no del derecho.

5. La supremacía y el control constitucionalidad en Argentina frente a la aparición del control de convencionalidad

Ya se dijo que la supremacía constitucional implica que todas las “normas” deben adecuarse a lo que dice la Constitución. Por cierto, la determinación de lo que es Constitución, no es fácil, por los márgenes difusos en relación con la interpretación del texto lingüístico y a ello se

³² Ver Rossetti (2013) y (2015b).

³³ Por cierto, estoy pensando en sociedades democráticas, o no, desde su perspectiva del derecho interno, pero sucede que una gran parte de las “democracias” actuales, los países centrales, aceptan una conformación del mundo que poco tienen que ver con un concepto razonable de democracia. Sobre las muchas variantes posibles en relación con lo que es la democracia, ver Held (2001).

³⁴ Ver Singer (1985).

³⁰ A modo de un buen panorama introductorio de la cuestión ver Gargarella (2005).

³¹ Al respecto, ver, por ejemplo, Holmes y Sunstein (1999).

agrega su relación con las demás fuentes del derecho³⁵.

Se define la adecuación de las normas (y demás fuentes) a la Constitución mediante diferentes actores y mecanismos. Es el llamado “control de constitucionalidad” el que termina definiendo esta cuestión. En Argentina el mismo es realizado, en definitiva, por todos los jueces, quienes se pronuncian, en casos concretos, sobre la constitucionalidad o no de las normas, actos, hechos o incluso omisiones que no se ajustan a la Constitución. El efecto de estas decisiones también vale, exclusivamente y en principio, para ese caso concreto, por lo que la norma, cuando de ella se trata, no se elimina del sistema sino que no se aplica para ese caso. Esto, sin embargo, tiene diversas dimensiones ya que los fallos se incorporan como fuente y por tanto pueden ser seguidos, máxime cuando son dictados por tribunales de alzada o la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), la que tiene dicho que su propia jurisprudencia debe ser seguida por los tribunales inferiores salvo que den razones fundadas de su no acatamiento. El sistema de control de constitucionalidad -en Argentina judicial “difuso” frente a otras alternativas como el judicial concentrado o el político que se dan en otros países- es clave en el funcionamiento del sistema jurídico de un determinado Estado, ya que se vincula, directamente, con el tipo de Constitución que éste tiene y su grado de cumplimiento y si bien el mismo pretende revestirse de una calidad “técnico-jurídica”, pocas dudas existen que -en la mayoría de los casos en los que se tratan “inconstitucionalidades”- las decisiones se vinculan, en buena medida, con aspectos políticos, económicos o morales y no necesariamente jurídicos, pese a la estrecha vinculación entre ellos. En Argentina es particularmente problemático ya que al realizarlo todos los jueces y no existir reales límites en relación con los parámetros jurisprudenciales fijados por la CSJN cada juez tiene un poder muy grande en particular por la potestad que tienen, a su vez, de dictar medidas cautelares preventivas que posibilitan que puedan frenarse decisiones, incluso muy mayoritarias o hasta hipotéticamente unánimes, por la decisión de un sólo magistrado incluso de primera instancia y de jurisdicción federal o provincial. Las diferencias de interpretación y aplicación del derecho contribuyen, por cierto, a que la variedad de decisiones sea muy notoria creando desigualdades que afectan gravemente la previsibilidad que todo ordenamiento jurídico, en principio, se supone debe garantizar.

Cabe recordar, a su vez, que desde la vuelta a la democracia a fines de 1983 se produce una “internacionalización” del derecho fundamentalmente a través de la incorporación de nuevas fuentes provenientes del derecho internacional y regional que tiene una fuerte vinculación con la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad. En efecto, Argentina y su

³⁵ Para un análisis interesante de la relación entre Constitución, sus conceptos y la interpretación ver Comanducci (1998).

gobierno decidieron, desde el primer momento de asumir, incorporar a su derecho los diferentes tratados y documentos de derechos humanos. Así en marzo del año 1984 se ratifica la Convención American sobre Derechos Humanos y con posterioridad se van incorporando los principales tratados en la materia. Esto, frente a las flagrantes violaciones masivas de derechos humanos vividas en la dictadura que terminaba, parecía, sin dudas, una decisión no solo difícil de cuestionar, sino que hasta casi obligatoria. La decisión se inserta en la llamada “globalización” que, si bien siempre existió, a fines del siglo pasado tomó un impulso notable en muchos campos, donde el de “lo jurídico” no ha sido la excepción. Los efectos que esto genera, se acrecientan día a día³⁶. Los cambios en lo jurídico se están produciendo en forma notable en muchos aspectos, entre los que destacan dos efectos centrales en relación con el ordenamiento jurídico nacional: en primer lugar, el vértice más alto de la llamada “pirámide jurídica” se “alarga” y diversifica, y a su vez, segundo, los “órganos supremos” de control de “constitucionalidad” -en cierto sentido- se amplían³⁷. El resultado de ello, es que el sistema de fuentes crece en forma sideral (hay, además, un claro proceso de “constitucionalización” del ordenamiento jurídico³⁸) y el derecho, por tanto, se vuelve menos determinado y determinable y más turbulento e incontrolado, pero a su vez más rico y amplio. Súmese a lo dicho, lo referido antes en relación con el control de constitucionalidad y el panorama se complejiza aún más. Si se agrega el “control de convencionalidad”, más aún. Se trata del mecanismo que permite hacer efectiva la supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros documentos de derechos humanos, dentro del sistema de derechos humanos americano. Se asemeja al mecanismo de control de constitucionalidad en la esfera interna ahora llevado a la esfera regional³⁹ pero también aplicable en el plano interno, aunque la “norma” suprema es otra vez de otro. Con esto, lo que se podría denominar el “viejo” esquema de supremacía constitucional que supone la “Constitución” como norma suprema y que todo el resto del ordenamiento debe adecuarse a ella entra en crisis ya que parece consolidarse, mientras los estados permanezcan en la esfera del sistema regional de protección de los derechos humanos, la supremacía convencional.

³⁶ Ello sucede en todos los campos, no sólo el jurídico. Pero este escrito solo se detiene en el aspecto jurídico. Para una visión general del tema pueden verse los autores ya citados en la nota 16 de este escrito.

³⁷ En referencia al primer aspecto, cabe manifestar que ahora la norma formal suprema en Argentina ya no es más solamente el texto de la CN, sino que es ella con más los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Ver, por ejemplo, Manili (2003) y Gialdino (2013). A su vez, la supremacía suele ser analizada desde una óptica “legal” y sin considerar las demás fuentes del derecho como la costumbre, jurisprudencia, etc. Ver Rossetti (2010).

³⁸ Ver Guastini (2001, especialmente capítulos XII y XIII). En Argentina, el nuevo Código Civil y Comercial que entró en vigencia el 1 de agosto del 2015, especialmente se adapta a esta nueva tendencia.

³⁹ He trabajado la cuestión en Rossetti (2010).

El derecho regional e internacional de los derechos humanos y las nuevas fuentes que de ellos derivan –en particular los documentos del sistema interamericano de derechos humanos que pueden tener un eventual carácter obligatorio– se han ampliado, entonces, enormemente, y también la cantidad de derechos reconocidos explícitamente. En Argentina, es claro, no todas las decisiones de los órganos que monitorean el cumplimiento de los tratados tienen el mismo valor, pero igualmente son *fuentes* de derecho en su ordenamiento jurídico. Sobre esta cuestión me concentro en el punto siguiente.

6. Los organismos universales y regionales de derechos humanos, sus decisiones y su valor en el derecho argentino

Sobre el particular⁴⁰ frente a la aparición de este enorme caudal de fuentes “externas” emanadas de órganos externos cabe cuestionarse cuál es el valor de dichas decisiones en lo que se refiere a la repercusión que tienen en el derecho interno. Las decisiones judiciales provenientes del derecho interno producidas por los órganos internos en Argentina son obligatorias para las partes involucradas, cuando quedan firmes, ello con independencia que luego se cumplan o no, que sean “realmente” ejecutables/das o no. A su vez, las decisiones de los tribunales “sientan jurisprudencia”, es decir se vuelven fuente de derecho y por tanto sirven como precedente para futuras decisiones. En relación con las tomadas por la CSJN, ella tiene dicho que sus sentencias deben ser respetadas, a más que los jueces inferiores no pueden –salvo que den razones justificatorias– dejar de seguir la jurisprudencia por ella sentada⁴¹, tal como ya se señaló.

Las otras decisiones, tomadas ahora de organismos supra-nacionales como la Cor. IDH, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y los demás “comités” que monitorean los diferentes tratados de derechos humanos que Argentina ha ratificado⁴² tienen diferente valor y efecto. Por cierto, debe tenerse presente la adecuación, posición y respeto que de ellas hacen los órganos que deciden en el Estado parte y analizar las eventuales “tensiones” que pueden suscitarse. En Argentina, la CSJN (máximo intérprete de la CN, según reiterada jurisprudencia del mismo tribunal) no ha tenido una posición única sobre el punto, pero puede afirmarse que existe una “tendencia” a darle

⁴⁰ He trabajado el tema en Rossetti (2011) y allí remito.

⁴¹ Ver Sagüés (2007, 176/7).

⁴² También hay órganos que monitorean documentos que no son ratificados, como por ejemplo el Consejo de Derechos Humanos (creado en 2006, en reemplazo de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas) en relación con la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Asimismo, hay muchos órganos que también monitorean el respeto de los derechos humanos en distintas formas (piénsese por ejemplo en el Comité de Libertad Sindical de la OIT), pero su función no proviene de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional en Argentina y no los trataré aquí.

cada vez mayor lugar y peso a las decisiones de los órganos del derecho universal y regional de los derechos humanos. Podría decirse que la regla es que se deben respetar todas las decisiones de todos los órganos que monitorean el cumplimiento de los derechos humanos, pero deben señalarse diferencias entre los muy variados y distintos pronunciamientos posibles.

Al respecto, hay que distinguir entre dos grandes grupos de decisiones: las que son “obligatorias” y vinculantes, en sentido fuerte y definitivo, de las que no lo son⁴³.

a) El primer grupo está conformado por las decisiones “obligatorias” (en sentido fuerte del término, o sea que deben ser cumplidas y respetadas por una obligación jurídica clara) y vinculantes. Aquí entran solamente las decisiones de la Cor. IDH cuando ellas recaen en forma directa en un caso en el que el Estado Argentino es llevado ante ella en forma contenciosa y el Tribunal dicta sentencia⁴⁴ (de fondo, reparaciones o resoluciones de ejecución de sentencia) o medidas provisionales⁴⁵ en su contra. Las decisiones de la Cor. IDH deben ser obedecidas porque Argentina ha aceptado su competencia y se ha comprometido al cumplimiento de sus decisiones, las que además son inapelables⁴⁶. A su vez, existen mecanismos frente a la misma Corte para reclamar por la falta de ejecución (o defectuosa ejecución) de las sentencias por los Estados parte de la Convención y que han aceptado la competencia

⁴³ Y aquí hay un problema terminológico en relación con los términos “obligatorio” y “vinculante” que puede tener consecuencias “teóricas” y “prácticas” que deben ser consideradas. Denomino *obligatorias* las decisiones que deben, sí o sí –con independencia de los problemas de ejecutabilidad y otros– ser cumplidas y respetadas por el Estado, mientras que las demás pueden ser consideradas como recomendaciones, debido a su falta de “obligatoriedad” –por la imposibilidad de reclamo o ejecución en caso de incumplimiento– para el/los Estado/s involucrado/s. Sin embargo, la “obligatoriedad” o “vinculatoriedad” de las decisiones puede referirse a si ellas tienen o generan vínculos, y en realidad *todas* las decisiones de estos organismos de control, en mayor o menor medida, generan algún tipo de vínculo jurídico, más allá que sea seguida o no y que pueda exigirse jurídicamente ello. Por tanto, podrían redimensionarse los términos “obligatorio” y “vinculante” ya que todas las decisiones en realidad lo son. Lo que sucede es que la doctrina suele usarlos en el sentido que le doy en el texto. En realidad, puede decirse que hay dos niveles de obligatoriedad y vinculatoriedad: uno “fuerte” y que debe ser cumplido porque se ha aceptado ese compromiso a nivel internacional (sentencias de la Cor. IDH contra un país que ha aceptado la competencia de aquella) y otro “debil” que también “debiera” ser cumplido porque emana de una fuente de derecho incorporada a nuestro ordenamiento pero si ello no sucede no existe forma de exigir el cumplimiento y no hay un compromiso jurídico de aceptar esas decisiones.

⁴⁴ Con independencia de la indiscutida obligatoriedad jurídica, no siempre todas las decisiones de la Cor. IDH se cumplen puntualmente. Al respecto, con referencia al caso argentino, ver, por ejemplo, González-Salzberg (2011).

⁴⁵ Estas incluso pueden ser dictadas cuando la denuncia se encuentra en trámite en sede de la Comisión, pero a pedido de ésta la Corte las dicta y, en ese caso –siempre que se trate de un Estado que ha aceptado su competencia– son obligatorias para el Estado en cuestión.

⁴⁶ Dice el Art. 67 Conv. Am. DH “*El fallo de la Corte será definitivo e inapelable.....*” y el 68 “*1. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes...*”.

de la Cor. IDH (Argentina se encuentra entre ellos).

b) El segundo grupo, mucho más amplio que el anterior, está formado por las decisiones que suelen calificarse como “no obligatorias”⁴⁷, o sea aquellas decisiones cuyo cumplimiento el Estado no se ha comprometido necesariamente a respetar, pese a que se supone que debiera hacerlo, por eso podrían ser calificadas como obligatorias en sentido débil, ya que la idea es que deben ser respetadas. En efecto, este tipo de decisiones, si bien deben ser tomadas en cuenta al momento de decidir las políticas públicas y las controversias en los casos judiciales -y debieran ser seguidas- se dice que no son “obligatorias” porque carecen de “coerción” ya que no se ha tomado el compromiso pleno de cumplirlas siempre y, si no son respetadas, no hay mecanismos jurídicos que permitan su exigencia o actuación obligatoria frente a su incumplimiento. Dentro de este grupo, cabe distinguir distintos y variados tipos de decisiones. Las principales -presentadas en forma decreciente en relación con su eventual impacto vinculado con su cumplimiento- son las decisiones de la Cor. IDH en casos contenciosos que no se refieren a Argentina sino a otros países⁴⁸; las decisiones de la Cor. IDH que no son casos contenciosos, es decir cuando se trata de *Opiniones Consultivas*, que son una suerte de “interpretación auténtica” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los demás documentos referidos a ellos⁴⁹; las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relacionadas con Argentina en casos “cuasi-judiciales”⁵⁰; las decisiones de la Com. IDH en los diferentes casos “cuasi-judiciales” que no se relacionan con Argentina sino con otros Estados; decisiones “generales” de la Com. IDH que incluyen diferentes informes que ella realiza, sobre aspectos generales, temáticos o bien puntuales sobre países, en el que puede estar incluida Argentina, en los que se señala la posición de la Comisión en diferentes aspectos; decisiones de los distintos Comités de los Tratados de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Existen tanto el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como otros Comités que monitorean los demás tratados: de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para la

⁴⁷ O bien obligatorias en sentido débil, tal como se señaló en la nota 43.

⁴⁸ En efecto, Hitters (2013) considera que tienen prácticamente un efecto “erga omnes”, mientras que Bianchi (2010) entiende que si bien se deben tener en cuenta, se debe evaluar si corresponde o no la aplicación de los precedentes.

⁴⁹ Al respecto, dice Hitters (2008, 150) “En síntesis, puede sostenerse que esta específica alta función interpretativa que cumple el cuerpo de marras, si bien no es vinculante en sentido propio, su fuerza –como vimos- se apoya en la autoridad científica y moral de la Corte, y tiene efectos jurídicos innegables para todo el modelo regional, y en particular para el Estado que lo solicitó”.

⁵⁰ Se suele distinguir entre casos “judiciales” (con decisiones obligatorias), “cuasi-judiciales” (que tienen un procedimiento similar a los anteriores, pero cuyas decisiones no son obligatorias) y “políticas” (que emanan de órganos “menos técnicos” y con visión política de la cuestión).

Discriminación contra la Mujer, de la Tortura, del Niño, etc. Al respecto, las decisiones relacionadas directamente con Argentina, pueden ser, al menos, de dos tipos: a) una en un caso “cuasi-judicial”⁵¹ en el que la resolución contraría si bien no es obligatoria se supone que debe ser respetada y b) en relación con las *Observaciones Generales* que los Comités dictan para interpretar los tratados o las *Observaciones Conclusivas* que los Comités adoptan periódicamente en donde evalúan la evolución, cada 4 o 5 años, en relación con los derechos humanos que se monitorean y en las que cada Comité formula una serie de recomendaciones que también se supone que el Estado debe respetar, más allá de la falta de coerción y, por último, estos mismos tipos de decisiones pero relacionadas con otros países que comportan precedentes (en sentido amplio del término).

El recorrido precedente, que no pretende ser completamente exhaustivo ni analítico⁵² nos muestra la gran variedad existente en relación con las fuentes y su diferente “valor”. Por cierto, al ser tantas, los “conflictos” de fuentes se amplían. En lo que sigue, paso a analizar la “irrupción” de la doctrina del control de convencionalidad y su relación con lo dicho hasta aquí.

7. El “avance” del control de convencionalidad

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos las decisiones de la Cor IDH son obligatorias como ya se vió y ella tiene dicho que los jueces de los Estados Parte deben realizar un “control de convencionalidad” al momento de aplicar las normas en sus respectivos procesos, es decir deben merituar si la norma (o lo que sea objeto de control) es acorde o no con la Conv. Am. D. H. y con otros documentos del sistema, y de no serlo no deben aplicarla⁵³. Nuestra CSJN ha aceptado no sólo esta posición sino también, con jurisprudencia hoy en vías de consolidación, la que exige tomar en cuenta lo decidido por los demás órganos que monitorean los tratados de derechos humanos⁵⁴. Sobre el “control de convencionalidad” la CSJN ha fallado acorde con la interpretación hecha por la Cor. IDH en casos relacionados con otros países americanos, aceptando que su jurisprudencia debe ser seguida⁵⁵.

El “afianzamiento” del llamado “control de convencionalidad” en el sistema interamericano (y en Argentina) hoy es notable. Si bien este control

⁵¹ Pero no todos los Comités tienen el sistema de peticiones individuales.

⁵² He trabajado el tema en Rossetti (2011) y Rossetti (2015a).

⁵³ Ver Albanese (2008), Hitters (2009), Bianchi (2010) y Bazán (2012).

⁵⁴ En efecto, existe una interesante y amplia jurisprudencia de nuestra CSJN al respecto. Ver Sagúés (2003), Bazán (2007), Gil Domínguez (2007) y Gialdino (2013).

⁵⁵ Sobre el tema ver Bazán (2007), Gil Domínguez (2007) y Hitters (2013).

podía considerarse “posible” desde el inicio mismo de la actividad de la Cor. IDH, en los últimos tiempos se está avanzando mucho en el tema. En el caso argentino –al estar “constitucionalizada” la Convención- el impacto es “menos fuerte” que en otros países del continente que han ratificado la Convención y aceptado la competencia de la Corte regional de derechos humanos. La Cor. IDH en el caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*” (26 de Septiembre de 2006) invoca explícitamente este tipo de control⁵⁶. Esta posición se repite en los casos “*La Cantuta vs. Perú*” (29 de noviembre del 2006, punto 173), en “*Boyce y otros vs. Barbados* (20 de noviembre de 2007, punto 78)⁵⁷, y en “*Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*” (24 de noviembre de 2006⁵⁸) donde dice que debe incluso ser realizado el control de oficio.

En el caso “*Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*”, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), punto 339 *in fine* reafirma que al realizar su tarea: “... el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

El caso “*Gelman vs. Uruguay*” del 24 de Febrero del 2011 (Sentencia de fondo y de reparaciones), confirma lo ya dicho pero aquí la Cor. IDH incluye a todos los órganos del Estado en el control de convencionalidad al decir “que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” (párrafo 239) y en “*Gelman vs. Uruguay*” del 20 de Marzo del 2013 (Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia) sostiene que el control de convencionalidad debe hacerse tanto para la

⁵⁶ En el punto 124 la Corte exactamente dice: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Conv. Am. D. H. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. En el punto siguiente, 125, invoca la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de Naciones Unidas (de 1969) y la obligación de respetar los pactos (principio de buena fé y el pacta sunt servanda).

⁵⁷ En este caso sostiene que la inconvencionalidad comporta, en el caso concreto, la inaplicación de la norma objetada por carecer de efectos jurídicos

⁵⁸ En el punto 128 dice: “En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control debe ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones”. Ratifica esta posición en “*Raxcacó Reyes vs. Guatemala*” (9 de Mayo de 2008, pto. 63), entre otros fallos.

emisión como para la aplicación de las normas.

Cabe recordar, luego de esta rápida descripción de los principales casos en los que se ha tratado el tema del control de convencionalidad por la Cor. IDH, que el derecho internacional y regional tiene lo que se da en llamar “*carácter subsidiario*” con respecto a los derechos nacionales pero esto puede considerarse en un momento de cambio. En efecto, hoy la cantidad de casos que son llevados a los organismos supra nacionales aumenta día a día y, a su vez, la participación de esos organismos –como acaba de mostrarse- es cada vez más “invadente” en relación con los asuntos internos de cada Estado parte.

Parece que, al menos en algún sentido, estamos pasando -como ya se señaló- de tener una Constitución *Nacional* a una Constitución convencionalizada o *Convencional*, al menos en relación con el abarcativo campo de los derechos humanos. La pregunta a formularse sería: ¿es esto bueno? O mejor dicho: ¿Cuáles son las ventajas y desventajas desventajas de esto? En lo que sigue, reflexionaré al respecto.

8. Ventajas y riesgos de la “globalización” de los derechos humanos

La introducción del derecho internacional y regional de los derechos humanos en los ordenamientos internos es un proceso que se visualiza en prácticamente todos los países. Ello, unido a una serie de otros fenómenos vinculados con la llamada “globalización”, como los cada vez más intensos procesos de integración entre países, las corrientes migratorias y sus efectos en relación con el multiculturalismo o el pluriculturalismo, los cambios en campos como la economía, la tecnología, la comunicación o las relaciones internacionales, por citar sólo algunos ejemplos, influyen directamente en el derecho y generan cambios –lógicos e inevitables pero cuyos efectos son difíciles de prever anticipadamente- en él. Ello obliga a repensar y reacomodar muchas cuestiones vinculadas con el derecho, como por ejemplo su mismo rol, como así también –con la “ayuda” de éste- el rol del Estado, del gobierno, de las instituciones, de la democracia pero también de actores no institucionales.

La estructura *formal* jurídica en países como Argentina con la incorporación de las normas regionales y universales de derechos humanos ha reforzado el cúmulo de derechos protegidos normativamente en forma explícita aunque su reflejo concreto en la realidad es aun escaso y en buena medida depende de la voluntad de las autoridades de turno. Las perspectivas y los balances no son fáciles de hacer ya que hay ventajas y riesgos. Lo que se aspira, se supone (y esta afirmación es porque hay muchos elementos para dudar) es lograr, frente a esta nueva circunstancia, un país mejor y un mundo mejor, con cada vez más derechos para todos y no sólo para algunos. El avance incesante del

derecho internacional y regional de los derechos humanos es “un hecho” que parece “irrefrenable” y “produce”, en cierto sentido, una “dependencia” cada vez más marcada del ordenamiento interno con respecto a ellos. Esto, y otras cuestiones, hace que se sostenga la existencia de un “*imperialismo de los derechos humanos*” ya que mediante su exigencia “se impone” una dependencia no sólo en relación con los derechos sino con una serie pautas que –escudadas en ellos- “justifican” interferencias, presiones o hasta intervenciones (en el peor de los casos armadas) en su nombre, que muchas veces generan incluso mayor violación de ellos⁵⁹. En el caso del sub-continente latinoamericano las perspectivas son alternantes y depende, como ya dije, de la voluntad de los gobiernos y las clases dirigentes de cada Estado quienes por cierto actúan bajo presión externa de actores -Gobiernos, multinacionales y grandes grupos económicos y vinculados con la comunicación, FMI y Banco Mundial, ONG’s etc.- que no siempre se preocupan, realmente, por los derechos humanos. El panorama en el campo interno también es variable por la presencia, siempre, de actores que presionan, muchas veces, para mantener sus privilegios y en contra de los derechos, pese a que existen también protagonistas que buscan actuarlos.

Entre las “ventajas” de la “internacionalización” del derecho se suele mencionar, si es que se considera tal⁶⁰, que hay mayor cantidad de derechos reconocidos normativamente (derechos que tienen, en general, un “tinte occidental”) o bien una mayor cantidad de órganos de control, en principio ajenos a la “pelea” política interna que, se supone, permite mayor objetividad, etc. Sin embargo, hay también una fuerte resistencia debido a sus riesgos, como la “pérdida de la soberanía estatal” y, particularmente, la intromisión de factores de poder “externos”, a más de los diferentes tribunales, comités, organismos y cuya legitimidad es “discutible”, frente a decisiones que pueden ser tomadas en situaciones de democracias eventualmente⁶¹ estables en el plano local, a lo que puede agregarse –vinculado con lo último- la siempre válida objeción “contramayoritaria” relacionada con el rol de los jueces a nivel interno que se plantea, incluso reforzada, en relación con las potestades de los diferentes organismos de monitoreo universales o regionales en materia de derechos humanos⁶². Estos “riesgos” se acrecientan frente a posibles situaciones que se

pueden verificar en democracias que producen cambios que generan beneficios para su pueblo pero que pueden ser frenados por esas decisiones “minoritarias” de órganos de monitoreo externo eventualmente influenciados por intereses del poder económico y político internacional⁶³. La evolución que se visualice en relación con esta doctrina del control de convencionalidad que está imponiendo la Cor. IDH señalará una parte del éxito de esta internacionalización y de la globalización del derecho, pero ello, en buena medida, dependerá –y si por éxito se entiende no su imposición sino su aceptación- del grado de “democraticidad” y de reconocimiento de derechos para todos que lo jurídico tenga a nivel local y la relación armónica de éste con ello tanto a nivel regional como global. El presente es un fracaso y las perspectivas no parecen muy alentadoras.

9. Reflexiones finales

La globalización exige que el “derecho”, y los intereses directamente vinculados con éste, deban continuamente adaptarse a los cambios que aquella produce. El rol de lo jurídico no varía -aun cuando de lo que se trate sea de derechos (humanos)- y por tanto sigue usándose como el “instrumento” que es en relación con la lucha por el poder en la que se encuentran los seres humanos. En ella se mezclan también lo político, lo económico, lo informativo y tantos elementos más que influyen en la construcción de las sociedades, para mejorar o empeorar, según los casos. La reflexión a realizar es la de visualizar si los derechos humanos -con sus diferentes mecanismos internacionales, regionales y locales pero también en el plano discursivo y político- cumplen su declamado objetivo de garantizar derechos en particular para los más vulnerables o si, en cambio, sirven para lo contrario, es decir como excusas para hacer creer que todo cambia o puede cambiar para que nada cambie. Pueden pensarse un buen número de posiciones intermedias que es lo que parece que sucede (así según diferentes estudios que han analizado los efectos de la ratificación de tratados en las realidades internas de los países⁶⁴). Y es claro que el enorme aumento de normas, tratados, órganos y demás, no han traído una real mejoría en el goce de los derechos humanos a una enorme cantidad de seres humanos titulares de ellos. A esto se suma

⁵⁹ Ver por ejemplo Gambino (2001), Douzinas (2006) y Zolo (2011).

⁶⁰ Y no me detengo aquí a analizar la discusión vinculada con el minimalismo de los derechos humanos, sus ventajas y riesgos. Ver, por ejemplo, Mazzaresse (2006).

⁶¹ Y digo “eventualmente” porque los intentos de desestabilizar las democracias en los países latinoamericanos son constantes tal como puede verse en el caso de Honduras en el 2009, a lo que se agregan -con características distintas a las llevadas a cabo en los 70 mediante feroces y sanguinarias dictaduras cívico-militares- nuevos mecanismos de alteración de un concepto fuerte de democracia con concentración en pocos medios de comunicación, económicas y otro tipo de presiones que debilitan las ya precarias formas democráticas existentes en los países de la región.

⁶² Ver Fernandez Valle (2008, en especial páginas 1069-1071).

⁶³ El caso de Venezuela puede ser citado en este sentido. Este país presentó su denuncia, el día 10 de septiembre del 2012, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El peso de esta denuncia formulado por un país de las características que tiene ese Estado, ha generado, por cierto, visiones disímiles y encontradas en referencia a lo político e incluso lo “constitucional”, pero leyendo la nota depositada no parecen quedar dudas que el Gobierno al hacerlo parece tener razones para tomar esta decisión, basándose en la que invoca como visión parcial y política en el tratamiento de los casos por parte de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a ese Estado en particular y en relación con el trato con otros Estados. Las denuncias de Estados Miembros a la Convención comportan el fin del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, si se concretan en un buen número.

⁶⁴ Ver, por ejemplo, Kennedy (2002).

lo visto, en el sentido de preguntarse si el avance “globalizador” ayuda, o bien mantiene el *status quo* o sirve incluso para dominar y someter más. La evaluación que se pretende no tiene una respuesta fácil y concluyente. El objetivo debiera ser lograr el pleno cumplimiento de todos los derechos humanos para todos los seres humanos pero esto está lejos de lograrse. Esto es así, y en Argentina pese a que la CN y los tratados de derechos humanos regulan, con limitaciones, en una forma que puede considerarse acertada la protección de los derechos, ellos siguen, en muchos casos, igualmente sin cumplirse en forma plena –las ciudadanías, por ejemplo, aparecen como un obstáculo importante- y por eso hay que continuar bregando por ellos hasta lograrlo. No obstante lo dicho, esta “lucha” se desarrolla, principalmente, en el campo de lo local y hasta lo individual –pero sobre lo que tanta influencia tiene lo determinado por lo regional y global- empezando por núcleos sociales pequeños que luego pasan a concentrarse en los Estados. Lo que sucede es que las normas internacionales, regionales o locales sólo pueden, eventualmente, ayudar, pero mientras se mantenga la estructura actual del poder internacional (pero también local) con el derecho internacional y regional de los derechos humanos que no deja de, en algún sentido, avalarlo, poco podrá lograrse, porque desde esa misma estructura que pone a los Estados como sus sujetos principales⁶⁵ ya se genera una situación de desigualdad entre los mismos Estados y también entre los seres humanos. No parece razonable pensar que con esto se pretenda, realmente, cambiar. La declamada universalidad de los derechos, con sus problemas de tipo teóricos y prácticos, se vuelve retórica y sin posibilidades serias de concretizarse.

Sin embargo, pese al pesimismo reflejado en el párrafo precedente, es deseable, paradójicamente, que mediante los mecanismos, argumentos, fuentes y herramientas que hoy existen y que proporcionan tanto los derechos nacionales como los derechos regional e internacional de los derechos humanos, breguemos para que cada uno de los seres involucrados, cada persona en concreto, cada titular directo de los derechos consagrados, pueda gozar de todos ellos.

En definitiva, los derechos humanos –su práctica y su discurso, como también “su realidad”- pueden ser vistos y usados como un elemento de cambio pero también como una especie de pantalla, de cortina de humo que termina haciendo creer que la realidad puede cambiar, o mejor dicho está cambiando, cuando no es así. En efecto, no da lo mismo referirse a ellos en contextos diferentes, ya que una cosa es si se lo hace en un contexto democrático o bien en una dictadura, en un contexto de capitalismo o bien en otro tipo de régimen económico, en una realidad donde el índice de Gini es altísimo o no, donde la tasa de discriminación contra la mujer es alta o no, donde existen ricos y opulentos que concentran casi toda la riqueza de un país y una masa enorme

pobre y sojuzgada, etc. Hay fuertes diferencias, y la universalidad que se pregona de los derechos humanos no ayuda al real cambio y parece hasta cubrir, en cierto sentido, el que puede calificarse como “holocausto cotidiano” que mata a pobres e indigentes continuamente por razones fácilmente evitables en las condiciones actuales. Creo, por tanto, que es importante ver esta cuestión de la relación entre los derechos humanos protegidos en la esfera internacional, regional o local como una disputa en la que existe una fuerte tensión que lleva, muchas veces, a resultados “dudosos” para el efectivo ejercicio y cumplimiento de los derechos. Es fundamental, por tanto, empezar a pensar cambios y reformas para que la pregonada universalización, al menos en algún sentido del término, pueda empezar a vislumbrarse. Hoy sigue pareciendo importante en relación con la defensa y protección de los derechos humanos ser parte de los tratados de derechos humanos, pero como ya se dijo, dependerá de como evolucione lo externo y lo interno, como cambien las composiciones de los órganos y sus decisiones, de como evolucione nuestra democracia y sus decisiones, para poder evaluar si lo dicho sigue siendo válido. Y por cierto, el derecho no deja de ser un instrumento de lucha y los derechos humanos son usados en ella. Puede(n) ser usado(s) para igualar y para liberar a todos, en especial a los más oprimidos, olvidados e invisibles, como deseo, o bien para oprimir, mantener privilegios y discriminaciones, con sus muchas posiciones intermedias.

Tengo la esperanza que este texto les sirva a los encargados -y demás actores- de realizar las diferentes políticas públicas -en el campo de la salud y de la salud mental en particular en relación con el libro en que el artículo se inserta- para poder actuarlas en el máximo respeto de todos los derechos humanos. El marco jurídico presentado se supone que no sólo las limita -en relación con las violaciones- sino que exige el máximo respeto de los derechos humanos. De todos modos, como ya se señaló, lo jurídico cuenta –en buena medida como argumento- pero la cuestión pasa, fundamentalmente, por otro lado y la determinación en un sentido o en el otro la toma cada uno -pese, por cierto a que algunos tienen una capacidad de incidir mucho mayor- de nosotros día a día con sus decisiones y conductas.

10. Bibliografía citada.

ALBANESE, SUSANA, coordinadora (2008) *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires.

ATIENZA, MANUEL (2001) “*Las funciones del derecho*”, capítulo 6 del libro del mismo autor, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, pp. 145-171.

BAUMAN, ZYGMUNT (2001) *La globalización. Consecuencias humanas* FCE, México (traducción al castellano de su original en inglés de 1998 de Daniel Zadunaisky).

BAZÁN, VÍCTOR (2007) “*La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina*” en *Estudios Constitucionales*, Año 5, Número 2, pp. 137-183.

_____ (2012) “*El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas*” en *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011*. Bazán, Víctor y Claudio Nash, editores Konrad-Adenauer, Bogotá, pp. 17-55.

BECK, ULRICH (1998) *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la Globalización*, Paidós, Barcelona (traducción al español de su original en alemán del 1997 de Bernardo Moreno y María Rosa Borrás).

BIANCHI, ALBERTO B. (2010) “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’” en *Sup. Const.* (septiembre), 23/09/2010, 15 - LA LEY2010-E, 426.

CAPELLA, JUAN RAMÓN (2008) *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Trotta, Madrid, 2008.

CARCOVA, CARLOS M. (1991) *Acerca de las funciones del derecho*, en Enrique Marí y otros, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo Perrot, Bs. As., pp. 203-218.

COMANDUCCI, PAOLO (1998) “*Interpretazione della costituzione*”, Cap. 8 del libro, del mismo autor, *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Turín, pp. 97-123. Hay traducción al español en distintos textos, por ejemplo en *Modelos e interpretación de la Constitución*, cap. 8 del libro *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, edición a cargo de Rafael Escudero Alday, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010 o en Isabel Lifante Vidal (ed.) *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, Palestra, Lima, 2010, pp. 93-145.

DOUZINAS, COSTAS (2006) *El fin(al) de los derechos humanos en Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época. Vol. 7. T. 1. pp. 309-340.

FERNANDEZ VALLE, MARIANO (2008) “*Corte Suprema, dictadura militar y un fallo para pensar*” en Gargarella, Roberto (coordinador) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2 tomos, Tomo II, pp. 1061-1082.

FERRARESE, MARIA ROSARIA (2000) *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bolonia.

GAMBINO, ANTONIO (2001) *L'imperialismo dei diritti umani. Caos o giustizia nella società globale*, Riuniti, Roma.

GARCIA VILLEGAS, MAURICIO (2011) “*Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento de reglas en América Latina*”, capítulo 7 del libro *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, César Rodríguez Garavito (coordinador) Siglo XXI, Buenos Aires, pp. 161-184.

GARGARELLA, ROBERTO (2005) *El derecho a resistir el derecho*, Miño y Dávila, Buenos Aires.

_____ (2008) *Constitucionalismo versus democracia en*, del mismo autor (coordinador), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo 1, pp. 22-40.

GIALDINO, ROLANDO E. (2013) *Derecho internacional de los derechos humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones*, Abeledo-Perrot, Bs. As..

GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS (2007) *La regla de reconocimiento constitucional argentina*, Ediar, Bs. As..

GONZÁLEZ-SALZBERG, DAMIÁN A. (2011) “*La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*” en *Sur*, v. 8, n. 15, diciembre de 2011, pp. 117-135.

GUASTINI, RICCARDO (2001) *Lezioni di teoria costituzionale*, Giappichelli, Turín 2001.

GUIBOURG, RICARDO A. (2000) “*Fuentes del Derecho*” en Garzón Valdés, Ernesto y Francisco J. Laporta (editores) *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid 2000, pp.177-197.

HELD, DAVID (2001) *Modelos de democracia*, Alianza, Madrid (traducción de su original en inglés de 1996 de Teresa Alberó).

HITTERS, JUAN CARLOS (2008) “*¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)*” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Num. 10, julio-diciembre 2008, pp. 131-156.

_____ (2009) “*Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*”, en *Estudios Constitucionales*, Año 7, Número 2, 2009, pp. 109-128.

_____ (2013) “Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencia de la Corte Interamericana” en *Pensamiento constitucional* No. 18, 2013, pp. 315-329.

HOLMES, STEPHEN (1988) *Precommitment and the paradox of democracy* en Jon Elster y Rune Salgstad (editores) *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, capítulo 7, pp. 195-240.

HOLMES, STEPHEN Y CASS R. SUNSTEIN (1999) *The Cost of Rights. Why liberties depends on taxes*, W.W. Norton, Nueva York.

KENNEDY, DAVID (2002) “The international human rights movement: part of the problem?” en 15 *Harvard Human Rights Journal*, 101.

KYMLICKA, WILL (2002) *Contemporary political philosophy. An introduction*, OUP, Oxford 2da. edición.

MALEM SEÑA, JORGE F. (2000) La obediencia al derecho en Ernesto Garzón Valdes y Francisco J. Laporta (editores) *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid 2000, pp.521-536.

MANILI, PABLO L. (2003) *El bloque de constitucionalidad*, La Ley, Bs. As. 2003.

MAZZARESE, TECLA (2006) “Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?” en *Ragion Pratica* 26, Junio 2006, pp. 179-208.

NINO, CARLOS S. (1984) *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2da. Edición.

_____ (1992) *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires.

_____ (1996) *La Constitución en la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona (traducción de su original en inglés de 1996 de Roberto Saba).

ROSSETTI, ALFREDO C. (1983) *Introducción al estudio de la realidad estatal* (Academia Nacional de Derecho, Córdoba).

ROSSETTI, ANDRÉS (2010) “Reflexiones sobre la supremacía y el control de constitucionalidad en Argentina” en Víctor Bazán (coordinador) *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, Abeledo-Perrot, Bs. As. 2010, 2 tomos, en Tomo 1, páginas 331-352.

_____ (2011) “Sobre el valor de las decisiones de los organismos universales y regionales de derechos humanos en el derecho argentino” en *Anuario XII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Facultad

de Derecho y Cs. Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, La Ley, Buenos Aires, páginas 123 - 136.

_____ (2013) “El derecho frente a la protesta social”, capítulo 10 y “La protesta social y los derechos: los fallos ‘Argañaraz’ (2010) y ‘D’Elia’, capítulo 13, en el libro Andrés Rossetti y Magdalena I. Alvarez (coordinadores) *Derecho de Huelga y Derecho a la Protesta Social. Un análisis desde el método de casos*, Cijis, UNC – Advocatus, Córdoba, pp. 351-366 y 455-498, respectivamente.

_____ (2015a) *Globalización, derechos humanos y control de convencionalidad: efectos en el sistema jurídico argentino*, en *Tratados de derechos humanos y su influencia en el derecho argentino*, Silvia B. Palacio de Caeiro (Directora), La Ley, Buenos Aires, pp. 195 - 211.

_____ (2015b) “Derecho(s) y pobreza. Reflexiones sobre una relación problemática” en Andrés Rossetti y Magdalena I. Alvarez (coordinadores) *Derecho y pobreza. Un análisis desde el método de casos* (Advocatus-Cijis, UNC, Córdoba, capítulo 3, pp. 101-122.

SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO (2003) *Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica* en *Ius et Praxis*, Talca 2003, Año 9, Número 1.

_____ (2007) *Manual de derecho constitucional*, Astrea, Bs. As.

SARTORI, GIOVANNI (1992) *Constitución*, Capítulo 1, del mismo autor, *Elementos de Teoría Política* (Alianza Editorial, Madrid, 1992, traducción de su original en italiano de Ma. Luz Morán, pp. 13-25).

SINGER, PETER (1985) *Democracia y desobediencia*, Ariel, Barcelona 1985, traducción de su original en inglés, de 1973, de Marta Guastavino.

SINGER, PETER (2003) *One world. L’etica della globalizzazione*, Einaudi, Turín 2003, (traducción al italiano de su original en inglés del 2002 de Paola Cavalleri).

SOLA, JUAN VICENTE (2006) *Control judicial de constitucionalidad*. Ed. Lexis-Nexis/Abeledo- Perrot, Bs. As, 2da. edición actualizada.

SORIANO, RAMÓN LUIS (2011) *Derecho y Estado. Relaciones Derecho-Estado y modelos de estado*, en Ramón Luis Soriano Diaz y Juan Jesús Mora Molina *Teoría y fundamentos del derecho. Perspectivas críticas*, Tecnos, Madrid, pp. 52-72.

VANOSSI, JORGE R. (1987) “Constitución y constitucionalismo” capítulo del libro del mismo autor, *El estado de derecho en el constitucionalismo social*,

Eudeba, Bs. As.

ZOLO, DANILO (2011) I diritti umani, la democrazia e la pace nell'era dell globalizzazione en www.juragentium.org/topics/wlgo/it/braga.htm

CAPÍTULO 2

Capacidades estatales y nuevos derechos: El caso de los nuevos marcos normativos en salud mental

*Iván Ase
Jacinta Burijovich*

Sumario: 1.Introducción. 2. El enfoque de derechos. 3. La capacidad estatal. 4. Nuevas leyes y nuevos derechos en salud mental. 5. Hacia una nueva institucionalidad en el campo de las políticas públicas de salud mental. 6. Incidencia de la acción colectiva en las capacidades estatales. 7. Estrategia legal y activismo constitucional. 8. Monitoreo de las políticas públicas y contraloría social. 9. Movilización social en el espacio público. 10. Conclusiones. 11. Bibliografía.

1. Introducción

La crisis, a principios del siglo XXI, del modelo “fundamentalista” de mercado impulsado por el Neoliberalismo en América Latina, en general, y Argentina, en particular, generó un espacio ideológico, conceptual, político y social proclive a reconsiderar el rol del Estado en nuestras sociedades. Como consecuencia de esto, fueron apareciendo, en los últimos 15 años, experiencias políticas a lo largo del continente que, con sus matices y diferencias, reivindican el componente “bienestarista” del estado.

En este contexto, Argentina es un caso paradigmático de la producción de un conjunto de nuevas normas que, en el marco del enfoque de derechos humanos de política pública, refuerzan el rol del Estado como garante de viejos y nuevos derechos sociales. Pero, de igual forma, es ejemplo de las dificultades que el Estado tiene para plasmar de manera efectiva, a través de políticas públicas y dispositivos institucionales, la “promesa” expresada en los citados marcos normativos. El problema de la capacidad estatal adquiere aquí relevancia.

Así, la problemática de la recuperación o ampliación de derechos ha cambiado el eje de los debates con relación al Estado, si se lo compara con lo sucedido en las décadas del 80 y 90 del siglo pasado. En ese

entonces, las organizaciones estatales estuvieron sometidas a un brutal cuestionamiento debido a su supuesta “casi natural” incapacidad para funcionar en niveles de máxima eficiencia en tiempos de globalización e “hiper-competitividad” de las economías del planeta. El achicamiento del Estado y los procesos de reforma que tenían como único norte el logro de la tan ansiada eficiencia fueron la respuesta natural para resolver los problemas existentes en el marco de estos planteos. Las discusiones estuvieron centradas en su tamaño, funciones, costo e impactos (Martínez Nogueira, 2013).

De esta forma, se sucedieron las políticas de reforma de primera y segunda generación, la aparición con aires modernizadores de la denominada Nueva Gerencia Pública, la promoción de una administración pública post-burocrática y del Estado “reinventado”. Todos sub-productos de un paradigma de política pública (el neoliberal) que se adueñó, hasta inicios del actual siglo y enfrentando aisladas resistencias, de los ámbitos académicos y de decisión en relación a la gestión pública.

Los resultados finales de este “experimento” político, social, económico y administrativo son conocidos. Solo bastaría decir que, el énfasis exclusivo en lo fiscal y financiero sirvió sólo para “desguazar” al Estado, descapitalizarlo de sus mejores recursos humanos, aumentar su desvalorización social y diezmar su infraestructura. Ni siquiera fue útil para alcanzar la tan deseada “eficiencia estatal” a favor del funcionamiento de los mercados.

La crisis argentina del 2001/02 puso en cuestión, en particular en América Latina, el modelo hegemónico⁶⁶ debido a su incapacidad para convertir sus promesas en realidades tangibles para la mayoría de la sociedad. Crisis que abrió el espacio político e intelectual para volver a plantearnos el rol del Estado, su necesaria intervención en la sociedad y los mercados y recuperar tradiciones “garantistas” en el terreno de los derechos sociales.

Sin embargo, que las crisis recientes y los cambios en los contextos nacionales e internacionales nos hayan abierto esta “ventana de oportunidad” para volver a pensar la política pública en términos de garantía de derechos y construcción de ciudadanía, que la política social pueda volver a pensarse en su función “inclusiva” e “igualadora” en lugar de hacerlo en su función “compensadora” y “amortiguadora”, no debería confundirnos con relación a las reales posibilidades que tiene el Estado, hoy, para cumplir con estas premisas.

Las reformas pro-mercado de finales del siglo veinte han provocado efectos de largo plazo sobre las estructuras estatales que le

⁶⁶ Crisis de paradigma que en la actualidad no es posible visualizar en la mayoría de los países desarrollados que, azotados por la crisis financiera desatada en 2007, sólo atinan a instrumentar como solución nuestras ya padecidas recetas de ajuste y vulneración de derechos colectivos.

imposibilitan recuperar de manera inmediata algunas de sus funciones y responsabilidades perdidas. Hoy, a pesar del cambio de los discursos, tenemos un Estado que a duras penas y con enormes dificultades va recuperando sus estructuras y herramientas luego de años de achicamiento y desguace. Aun habiendo logrado superar, en los últimos años, ciertas estrecheces fiscales, el Estado sigue siendo impotente ante la necesidad de recuperar “viejas” funciones y asumir algunas “nuevas”, propias del actual mundo interdependiente y globalizado.

Por lo tanto, como dijimos antes, pensar el Estado en relación a sus posibilidades efectivas de garantizar derechos a través de políticas públicas con enfoque de derechos humanos implica abordar el tema de la capacidad estatal.

El presente texto pretende reflexionar, a partir de tomar como caso de análisis la nueva normativa en materia de salud mental en la provincia de Córdoba, sobre los procesos de construcción de capacidad estatal al servicio de la garantía de derechos sociales y el lugar que ocupan en ellos la participación ciudadana y los movimientos sociales.

2. El enfoque de derechos

En el marco de la hegemonía del pensamiento neoliberal el Estado dejó de ser considerado como garante de los derechos sociales, sino que, por el contrario, se considera que su responsabilidad se limita a ofrecer servicios mínimos a los más pobres de manera transitoria y compensatoria hasta que estos puedan volver a reinsertarse en el mercado de trabajo. En una sociedad de mercado el bienestar es una responsabilidad individual que depende del lugar que cada uno tiene en el mercado y en donde el Estado no debe intervenir. Así, las desigualdades son consideradas como “naturales” y la intervención pública es de carácter “compasivo” y disciplinador en la medida que sirve para minimizar el conflicto social.

El enfoque de derechos humanos implica una ruptura radical con este paradigma en la medida que pretende recuperar el rol garantista en materia de derechos sociales para el Estado. La recuperación de la idea de derechos obliga al Estado a recuperar y desarrollar la orientación universalista e igualitarista de sus políticas.

En este marco, la adopción de un enfoque de derechos humanos tiene como idea esencial que las políticas e instituciones, cuya finalidad es garantizar derechos sociales, se deben basar explícitamente en las normas y principios establecidos en el derecho internacional sobre derechos humanos⁶⁷.

⁶⁷ Abramovich V. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo de América Latina (en línea) Banco Interamericano de Desarrollo 2004 (fecha de acceso 22 de agosto de 2008) URL disponible <http://www.iadb.org/sds/doc/SOC-unaaproximacionalenfoque.pdf>

Hasta hace muy pocos años, el discurso de los derechos humanos en este campo aparecía más como un discurso ético y moral, que como una propuesta para la formulación de políticas, la construcción de herramientas concretas de gestión y el desarrollo de modelos que permitirían cumplir con el compromiso estatal en materia de derechos sociales.

En los últimos años, los principios, reglas y estándares que componen el derecho internacional de los derechos humanos ha fijado no sólo las obligaciones negativas sino también cuáles son las obligaciones positivas del Estado. Lo que significa que ha definido no sólo aquello que el Estado no debe hacer, a fin de evitar violaciones, sino también aquello que debe hacer en orden a lograr la plena realización de los derechos civiles, políticos y, también, económicos, sociales y culturales (Abramovich, 2006).

Los Tratados Internacionales brindan un marco normativo para que los diferentes actores locales y nacionales se articulen en torno al diseño de las estrategias de desarrollo social. De esta manera, los derechos humanos actúan como un programa que puede guiar u orientar las políticas públicas de los Estados.

Conscientes de las limitaciones reales de recursos que afectan a la realización plena de los derechos sociales, se plantean una obligación básica en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC): "Los Estados Parte tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto...".

Esto implica una visión de integralidad de los derechos, ya presente durante todo el proceso en el que se redactó y aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Un paso importante se dio con la Declaración de Viena (1993), que afirmó la igualdad en importancia de todos los derechos humanos, declarando que eran 'universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados'.

Estos nuevos mandatos dirigidos al Estado no sólo determinan que éste sea objeto de demandas concretas y específicas, sino también hacen punibles sus deficiencias, dado que se empieza a reconocer que los problemas relacionados con las políticas públicas conllevan perjuicios para las personas y la población. Este reconocimiento establece nuevas relaciones de poder: desde esta perspectiva, todas las personas deben contar con garantías que las posicionan de manera distinta respecto a quienes controlan el Estado.

Por otra parte, el enfoque de derechos considera que la garantía de contenidos esenciales de los derechos no puede estar limitada por la escasez de recursos. El Estado se compromete a cumplir con el nivel esencial de cada uno de los derechos reconocidos y no restringirlos, cualquiera sea la situación por la cual se esté atravesando. No puede

excusarse en la falta de recursos y sólo aparece como un piso a partir del cual se va desarrollando el más alto nivel de satisfacción del mismo, a diferencia de lo que sucede con el paradigma neoliberal en donde el contenido de las políticas sociales siempre aparece como un "techo".

Aquí, aparecen dos principios centrales que conforman el enfoque de derechos: la realización progresiva y la prohibición de regresividad. El enfoque de derechos considera las limitaciones de recursos y propone una realización progresiva y gradual de los derechos a través del tiempo. También establece prioridades entre los derechos tomando en cuenta que no todos pueden asegurarse. Esta gradualidad debe darse bajo ciertas condiciones:

Con los recursos existentes, se debe dar inmediato cumplimiento a las obligaciones de respetar. En las obligaciones de proteger y cumplir que implican recursos se debe garantizar su uso más eficiente.

Si los derechos se van a cumplir de manera gradual, debe establecerse un plan de acción y, por lo tanto, fijar plazos y metas para medir sus avances en el corto y mediano plazo.

Definir un contenido esencial no excluye la prohibición de regresividad. Si un país ha garantizado determinados contenidos sólo le está permitido avanzar hacia sus mejoras.

La prohibición de regresividad (o prohibición de retroceso) en su interpretación normativa significa que cuando se modifica o sustituye una norma anterior por una posterior, ésta no puede limitar o restringir derechos o beneficios concedidos (Courtis, 2006). La exigencia de respetar un contenido mínimo de cada derecho se complementa con la obligación que posee el Estado de utilizar, para la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, el máximo de los recursos disponibles.

Ahora bien, ¿Se encuentra el Estado nacional en condiciones de dar cumplimiento a las exigencias que emanan del nuevo paradigma de política pública y que aparecen planteadas en las nuevas normas que recuperan y/o amplían derechos y que fueron producidas en la última década? ¿Los Estados provinciales disponen de las capacidades, recursos y herramientas necesarias para garantizar los derechos sociales de manera amplia y universal? ¿Están los gobiernos locales en condiciones de asumir el desafío de transformar sus servicios públicos en función de este nuevo paradigma?

3. La capacidad estatal

Luego del fracaso de los modelos de reforma estatal de tinte "gerencialista" y tecnocrático, centrados exclusivamente en la búsqueda de la eficiencia y el ajuste del gasto, en el campo de la gestión pública se

ha instalado con fuerza el debate en torno a las capacidades estatales.

Esto, no podía ser de otra manera, ya que, como dijimos antes, la posibilidad de rediscutir un nuevo rol para el Estado que implique una ampliación de sus niveles de intervención en la sociedad y el mercado, que signifique la recuperación de su lugar como garante de derechos universales y constructor de ciudadanía, requiere de un enorme esfuerzo técnico-político para dotarlo de los instrumentos y herramientas necesarias para mejorar sus niveles de eficacia con relación a los objetivos detallados. Los cambios puramente discursivos que no van acompañados de un compromiso explícito y duradero con un esfuerzo como el señalado aquí difícilmente posibiliten ir más allá de los cambios cosméticos o las readaptaciones oportunistas y/o pragmáticas.

Así, son diversas la definiciones de capacidad estatal que pueden encontrarse en la literatura especializada. Para Grindle (1996) la capacidad estatal es *“la habilidad de las organizaciones de desempeñar sus tareas de manera eficaz, eficiente y sostenible”*.

Pero, además, es posible agregar que, en tanto que organismos concretos las capacidades de las organizaciones son de tres grandes tipos: las capacidades institucionales (reglas, normas y leyes), los recursos materiales y los recursos humanos. En esta dirección, las capacidades estatales, según Rose (1998), *“dependen de tres tipos de recursos: i) los recursos institucionales (reglas formales e informales) ii) los recursos materiales (cantidades y características técnicas) y iii) los recursos humanos (sistemas de incentivos y capacidades técnicas)”*. Acuña entiende por capacidad la habilidad de comportarse de una manera, de cumplir una función o tarea y/o alcanzar un objetivo, mientras que por recursos entiende a los bienes materiales, simbólicos, organizacionales, políticos y humanos que son necesarios para generar capacidades. (Acuña, Carlos, 2013). En esta conceptualización capacidades y recursos hacen al poder de un actor.

Ahora bien, el punto de partida para analizar las capacidades estatales es la delimitación de lo que se quiere o se debe hacer con ellas. Por consiguiente es preciso definir la función o el objetivo central de la organización y los destinatarios de esas funciones. *“Los indicadores de (capacidad) solo pueden ser operativos cuando están en relación con determinados objetivos (capacidad para qué) y en referencia a los actores concretos en función de los cuales se realizan los proyectos (capacidad para quién)”*. (Mizrahi 2003).

Por lo tanto, podríamos afirmar que las capacidades no son neutrales en el sentido de entenderlas como funcionales a cualquier tipo de objetivo o, en última instancia, modelo de Estado. Contrariamente, dados determinados objetivos de política pública se hará necesario el desarrollo

de determinadas capacidades estatales.

Desde el plano de los valores, la capacidad estatal no implica “capacidad para hacer cualquier cosa”, sino un atributo de intervención en las cuestiones públicas que debiese ayudar a satisfacer las demandas y necesidades del conjunto de la población, priorizando a los sectores menos favorecidos en pos de la reducción de las desigualdades y el mayor desarrollo social.

Capacidades, objetivos y actores involucrados forman un triángulo clave a la hora de pensar la gestión pública desde la perspectiva de sus capacidades. La construcción de capacidades estatales es por lo tanto una tarea eminentemente política que implica, en primer lugar, una batalla por llevar a la práctica los objetivos propuestos. Por lo tanto, además de la adhesión a una orientación de políticas se debe llevar adelante la tarea de movilizar las capacidades institucionales y los apoyos sociales para iniciar las transformaciones y disminuir las resistencias que se oponen a ellas. Es preciso destacar aquí que las capacidades institucionales condicionan las posibilidades de acción del gobierno, no son estáticas y se constituyen a partir de la interacción de los actores estatales y no estatales.

Según Repetto (2003), se entenderá la **capacidad estatal** como *“la aptitud de las instancias de gobierno para plasmar, a través de políticas públicas, los máximos niveles posibles de valor social, dadas ciertas restricciones contextuales y según ciertas definiciones colectivas acerca de cuáles son los problemas públicos fundamentales y cuál es el valor social específico que en cada caso debiese proveer la respuesta estatal a dichos problemas”*.

La capacidad estatal se observa, por lo tanto, en el grado en que las organizaciones estatales consiguen resolver las cuestiones socialmente problematizadas que componen su agenda. Su análisis implica considerar un aspecto técnico instrumental, pero también la distribución de recursos de poder al interior del aparato estatal.

Los componentes de la capacidad estatal son dos:

- **Capacidad administrativa:** Hace referencia a la capacidad del aparato estatal, a los técnicos y a la burocracia. Se resaltan en este punto los factores organizativos y la relación con la dirigencia política. Dentro de la evaluación de la capacidad administrativa deben revisarse los siguientes aspectos: 1) Proceso de planificación; 2) Organización interna y distribución de funciones; 3) Disponibilidad de recursos físicos y financieros necesarios; y 4) Capacidad de los actores responsables. En este punto, debe decirse que, la posibilidad de contar con instituciones de calidad, procedimientos claros y carreras basadas en el mérito, se presenta como la garantía más sólida para el logro de la equidad.

- **Capacidad política:** Hace referencia a la lógica de los actores del sector y al tipo de interacción política que establezcan los actores del Estado con los diferentes sectores de la sociedad. Evalúa la posibilidad de las instancias gubernamentales de problematizar las demandas de los grupos mayoritarios a los fines de procesarlas, lograr coaliciones y tomar decisiones que expresen intereses agregados.

Debe agregarse además que, las instituciones constituyen un aspecto central en la construcción de la capacidad estatal observada desde el prisma de los ciclos de políticas públicas, sea para identificar problemas, sea para diseñar y gestionar una política pública donde participen una multiplicidad de actores y en la cual la interacción institucionalizada entre estos marque el tono del proceso: quiénes son aliados y quiénes oponentes, cómo se articulan las coaliciones y cómo se modifican o se sostienen a lo largo del tiempo, qué tan creíbles y objeto de cumplimiento son los acuerdos a los cuales se arriba (Repetto, 2000)

El marco institucional permitirá entender la estructura de oportunidades con la que se enfrentan individuos y grupos para interactuar guiados por identidades propias. Remarcar el papel de las instituciones se vuelve central en tanto las mismas rigen y orientan la acción de los actores, ayudando a estos a crear recursos políticos: qué se discute y qué se acepta como dado o inmutable, cuáles son los compromisos, procedimientos, premios y castigos.

En suma, el papel de las instituciones respecto a la capacidad estatal resulta al menos bifronte: por un lado, enmarca el accionar de los actores que pugnan por darle cierto carácter y dirección a las decisiones y acciones de quienes ejercen el manejo del Estado; por el otro, cristaliza (según áreas, sectores o jurisdicciones) formas múltiples de los dos componentes fundamentales de la capacidad estatal: la capacidad administrativa y la capacidad política.

Ahora bien, si entendemos que los marcos institucionales (reglas, normas, leyes) apuntan a resolver, no sólo, problemas de coordinación, sino también, conflictos distributivos en una sociedad, pues comprenderemos también que, los mismos, distribuyen poder y recursos entre los diversos actores de un campo. Poner el acento en esta cuestión nos permite abordar los conflictos distributivos asociados a las nuevas instituciones, tanto en su origen como en su proceso de despliegue. Es por esto que afirmamos que las instituciones son determinantes de las capacidades y los comportamientos de los actores. Regulan el accionar de los sujetos pero a la vez son su resultado (Acuña, Carlos, 2013).

Aquí, coincidimos con Acuña (2013) en que *“el mejoramiento de las instituciones y de las políticas públicas en una dirección sociopolíticamente inclusiva no resultará en menor sino en mayor conflicto hasta que*

se alcance el equilibrio de una nueva distribución de poder. En otras palabras, encaminada a ampliar la inclusión política y/o social implicará inevitablemente un conflicto entre aquellos actores o grupos sociales en proceso de inclusión con aquellos que inevitablemente perderán posiciones de influencia y realización de intereses. En este sentido, los caminos de mejoramiento y profundización de la institucionalidad democrática no avanzan hacia puntos en los que algunos ganan sin que nadie pierda. Siempre alguien pierde y paga costos...por lo que dará pelea para que la institucionalidad pública y sus políticas no cambien. Por ello, los desafíos de mejoramiento institucional y de las políticas públicas no sólo enfrentan problemas de coordinación, sino también resisten.”

Así, a partir de entender que la eficacia de la gestión pública está asociada al proceso de desarrollo de las capacidades necesarias para la consecución de determinados objetivos, se hace imperioso avanzar con el diagnóstico de lo que llamaremos *las brechas de capacidad estatal*. Esto es así ya que en el momento en que se detecta una brecha en la capacidad estatal, deben movilizarse los actores políticos dispuestos a transformar esta situación a los fines de darle viabilidad a las acciones emprendidas (Palermo, 1998).

Aquí el concepto de brechas (Cohen y otros, 1998) se define como *“la distancia existente entre un objetivo deseado-posible y lo realmente alcanzado”*.

Por su parte, y siguiendo con la lógica del razonamiento, debe decirse que las brechas de capacidad estatal están motivadas por diferentes tipos de obstáculos que impiden el cumplimiento de la tarea. A estos obstáculos los llamaremos déficit de capacidad estatal y, además, llamaremos senderos estratégicos a las acciones principales propuestas a fin de acercarse a los objetivos deseados.

Llegados a este punto consideramos pertinente utilizar el modelo conceptual de las capacidades estatales para analizar un caso particular en el campo de la política pública: la salud mental. En este punto señalaremos los desafíos que implican para nuestras organizaciones estatales impulsar eficazmente una política de salud mental con enfoque de derechos humanos y el lugar que podrían ocupar los movimientos sociales en el proceso de construcción de las capacidades necesarias para tal fin.

4. Nuevas leyes y nuevos derechos en salud mental

Tanto la ley nacional N° 26657, así como, la ley provincial N° 9848, a pesar de las diferencias que tienen entre sí en la materia de garantizar el derecho a la salud mental, son un paso de suma importancia en el objetivo de lograr para nuestro país una política de estado en salud mental que

esté apoyada sobre tres ejes: enfoque de derechos, atención primaria de la salud y desmanicomialización. Ejes que implican un salto de calidad en lo que han sido las políticas sanitarias en la materia en los últimos años pero que también significan un enorme desafío para una gestión pública que trabajosamente intenta reconstruirse luego de años de asfixia fiscal y deslegitimación social.

El primer desafío que plantean ambas leyes es el de retomar un sendero de política pública en el campo de la salud de carácter universalista. Estas implican una ruptura con la tradición “focalizadora” o “residual” en el campo de la política social, hegemónica en las últimas décadas, y a la que en los últimos años los diversos gobiernos nacionales y provinciales adhirieron con fervor.

Las normas son ampliatorias de los derechos de los ciudadanos al inscribirse de manera expresa en el denominado Enfoque de Derechos en el campo de las políticas públicas. Establece la garantía estatal de un derecho para todos/as los ciudadanos/as del país. Transforma el acceso a los servicios de salud mental en un nuevo “título”, en una nueva “acreencia” que los/as ciudadanos/as tienen en relación al Estado, por lo que convierte al mismo en “reclamable” hasta judicialmente. Son leyes de tipo universalista e igualitarista que rompen, como dijimos arriba, con la tradición legislativa en la materia de los últimos años.

No son leyes dirigidas a los pobres, grupos vulnerables o excluidos del sistema. No lo son, tampoco, para quienes transitoriamente deben ser asistidos con parámetros mínimos mientras se promueve su reinserción en el mercado laboral, único ámbito moralmente reconocido como fuente de satisfacción de las necesidades individuales de manera permanente. Por el contrario, son leyes que construyen ciudadanía política y social.

Pero además de enmarcarse en el Enfoque de derechos, las nuevas leyes tienen dos claros ejes orientadores de la política de salud mental: desmanicomialización y atención primaria de la salud (APS).

En relación al primer punto, se trata, ni más ni menos, que del reemplazo del viejo paradigma psiquiátrico manicomial, centrado en el criterio de peligrosidad e irreuperabilidad y en la lógica tutelar, por otro, centrado en la comunidad, en la lógica de la rehabilitación e inclusión y garante de los derechos de los sujetos. Cambio que implica un enorme esfuerzo de transformación de nuestras instituciones y de revisión de prácticas y procesos de trabajo al interior de nuestro campo. Desmanicomializar no es más que abrir nuestras instituciones a la comunidad y crear nuevos dispositivos terapéuticos rehabilitadores que tengan como centro el respeto a los derechos humanos.

En cuanto al segundo aspecto debe decirse que el concepto APS ha sido objeto de intensos debates y resignificaciones casi desde el

momento de su aparición en los documentos de los organismos sanitarios internacionales. Así, durante el tiempo de la hegemonía neoliberal en el mundo y en la región, el concepto fue perdiendo alcance y amplitud y fue limitándose a una mera política sanitaria destinada a los pobres. Esta resignificación implicó el abandono de una perspectiva integradora de la política sanitaria, así como, el abandono por parte del Estado de su responsabilidad como garante del derecho a la salud de manera universal.

Que los nuevos marcos normativos en materia de Salud Mental vincule APS con el Enfoque de Derechos, implica plantearse desde el Estado un intento de revertir la concepción anterior y recuperar la idea de una APS como estrategia integral de transformación del sistema de salud al servicio de la garantía del derecho a la misma.

Ahora bien ¿Está en condiciones el Estado, actualmente, de asumir semejante desafío? Promover el debate en relación a las capacidades estatales y las posibilidades de que éstas posibiliten políticas públicas garantes del derecho a la salud y a la salud mental, implica realizar un aporte al proceso de reconstrucción del Estado en materia sanitaria.

En este sentido, las leyes de Salud Mental se encuadran en el objetivo de construir una política pública de Salud Mental desmanicomializadora, encuadrada en la estrategia de APS y garante del derecho al acceso a los servicios de salud mental, en todo el territorio provincial, cada una de las provincias argentinas, a todos/as los ciudadanos/as .

Ahora bien, intentar cumplir con estos propósitos políticos ¿Qué desafíos implican para el sector, en particular, y para la gestión pública provincial, en general? Un listado provisorio de objetivos estaría integrado por los siguientes:

Conformar una red provincial de dispositivos alternativos (no manicomiales) en salud mental.

Transformar las viejas instituciones asilares respetando los derechos laborales de sus trabajadores.

Priorizar el primer nivel de atención en salud mental, así como, los servicios de salud mental en hospitales generales.

Lograr mecanismos de coordinación intersectorial e interjurisdiccional.

Dotar de los recursos presupuestarios, tanto a nivel provincial como municipal, acorde con los estándares internacionales.

Fortalecer los mecanismos regulatorios del estado dirigidos tanto a efectores estatales como privados.

Promover el fortalecimiento de la sociedad civil en el campo mediante la creación de organizaciones públicas no estatales conformadas

por pacientes, ex - pacientes, familiares o personas en general que aboguen por la defensa de los derechos humanos en el sector.

Transformar los dispositivos de formación del RRHH (grado, postgrado) acorde con los principios de la política a impulsar.

Habilitar mecanismos de participación social en las instancias de diseño, implementación y evaluación de las políticas de salud mental.

Construir herramientas de producción y difusión de información epidemiológica en salud mental.

Elaborar indicadores de medición de derechos en el sector.

Apoyar la aparición de una fuerte cultura sanitaria pública entre los actores más relevantes del campo.

Estimular procesos de revisión de toda la normativa legal contradictoria aún con la nueva ley.

Establecer equipos interdisciplinarios de salud mental en toda la provincia.

Integrar la política de salud mental a la estrategia de atención primaria de la salud en la provincia.

Definir una política de acceso universal y gratuito a los medicamentos definidos como esenciales.

Definidos los objetivos que deben ser alcanzados para lograr avanzar con una política de salud mental como la que hemos señalado, es decir, anclada en el enfoque de derechos, la desmanicomialización y la estrategia de atención primaria de la salud, ahora se hace necesario determinar los déficit de capacidades estatales que se opondrían a que las acciones que deben ser emprendidas efectivamente se concreten y logren los objetivos esperados.

5. Hacia una nueva institucionalidad en el campo de las políticas públicas de salud mental

Luego de transcurridos algunos años de la sanción de las leyes de salud mental y en virtud de los pocos avances alcanzados, es necesario identificar algunos de los déficit de capacidad estatal que están dificultando la tarea. En este punto debemos resaltar que, históricamente, las políticas de salud mental han llevado adelante intervenciones que han tenido efectos contingentes, efímeros o de poco impacto y otras cuyas manifestaciones han perdurado. Entre estas últimas, las prestaciones en instituciones monovalentes y las prácticas manicomiales tienen una alta capacidad de autopreservación y regeneración. Es por esto que la implementación

de una política de salud mental de acuerdo a las leyes vigentes implica un enorme esfuerzo de desarrollo de capacidades técnicas y políticas que permitan avanzar sobre el "statu quo" vigente y los actores que lo sostienen.

En materia de déficit de capacidad estatal es posible realizar algunas primeras consideraciones:

- Leyes, reglas, normas y "reglas de juego"

El campo de la salud mental en la actualidad se rige por dos normas, una nacional y otra provincial, que tienen características diferenciales aunque complementarias, pero que generan controversia sobre la preeminencia de una sobre otra. Debate en torno al entramado legal vigente que adquiere relevancia ya que condiciona el tipo de respuestas y la asignación de prioridades.

Si se compara la institucionalidad de la ley nacional con la de la ley provincial se observa en primer lugar que, la local, carece de un mecanismo de control básico como el órgano de revisión ni cuenta con una unidad de letrados. A su vez, la ley provincial incorpora un consejo consultivo y un comité interministerial cuyo funcionamiento, hasta el presente, ha sido deficitario.

Interesa remarcar aquí que el énfasis puesto en las instituciones tiene que ver con la consideración de que las mismas pueden moldear comportamientos en la dirección deseada, desnaturalizar prácticas muy arraigadas con comprobados efectos iatrogénicos y redistribuir poder al interior de organismos donde las relaciones son profundamente asimétricas. Un cambio en la matriz institucional en clave de derechos que implique ampliar la participación de grupos que tradicionalmente han sido excluidos y restringir el margen de decisión de los que hasta ahora han concentrado las decisiones en este sector. Que esto efectivamente ocurra dependerá también de la manera en que los diferentes actores interactúen en ellas.

- Coordinación interjurisdiccional

La sanción de la ley provincial de salud mental fue un hito muy importante pero se asienta en una matriz sanitaria estatal previa que es producto de la descentralización de la mayoría de los efectores de salud desde la provincia hacia los municipios. La casi totalidad de los efectores de salud del primer nivel son de jurisdicción municipal, lo cual hace que persistan en la provincia heterogeneidades en términos de accesibilidad a los servicios entre el conjunto de los municipios y comunas del interior. Esta institucionalidad afecta los márgenes de la acción gubernamental de la autoridad de aplicación definida en la ley y profundiza las desigualdades en términos de capacidades estatales de la gestión local.

La descentralización exige el desarrollo de políticas de coordinación y también intervenciones compensatorias entre las distintas regiones por parte de las autoridades centrales provinciales. Como consecuencia de esta, el Estado debe producir una política provincial de salud -salud mental, que evite la desarticulación y la fragmentación. También se debería inducir la transformación de los modelos de gestión promoviendo la inclusión de los equipos de salud mental de manera integrada en el primer nivel de atención.

En relación a los diferentes niveles de gobierno, si bien la ley establece sus responsabilidades no está claro quién hace qué entre provincia y municipio. Esto coloca en el primer plano el reto de revisar las relaciones intergubernamentales y sus ámbitos de articulación. No hay un espacio de coordinación intermunicipal ni de articulación municipios-provincia. A esta complejidad en el vínculo provincia-municipio se suma, además, la muy desigual capacidad de gestión técnica y el margen fiscal de cada una de las jurisdicciones locales. Se remarca la ausencia de una política de fortalecimiento institucional en este campo centrado en mejorar la capacidad de intervención municipal.

- *Coordinación intersectorial*

El Comité Interministerial es el espacio gubernamental previsto para la coordinación de la política de salud mental. Este espacio debería funcionar como una mesa de diálogo, negociación y monitoreo de lo que ocurre en la cotidianeidad de las instituciones y avanzar en el abordaje multidimensional de los problemas del padecimiento mental. Este ha tenido un pobre desempeño, en la función de ordenar a un conjunto amplio de agencias relacionadas con la intervención en el campo de la salud mental. Esta situación puede ser explicada porque su coordinación está a cargo de la autoridad de aplicación que carece de la posibilidad de ejercer un activo rol de articulador entre los diversos ministerios. Muchos de los más graves problemas sociales que implican una visión transversal de la salud mental (consumo problemático, violencia de género, medicalización de la niñez, por citar solo algunos) responden a múltiples causas y demandan la articulación y sinergia de las diversas áreas del Estado provincial. Intervenir de modo coordinado para generar respuestas integrales es un gran desafío porque las culturas de gestión actuales han consolidado la lógica de compartimentos estancos, muy lejos de la colaboración interorganizacional. El reto estratégico de la política de salud mental debe transitar hacia su integralidad. Para lograr estos objetivos, se deben poner en marcha, entre otros, programas de acompañamiento para la inclusión laboral, para el acceso a una vivienda, programas específicos de provisión de DNI.

- *Garantía de protección*

Otro déficit importante en la institucionalidad para la implementación de la ley de salud mental en Córdoba es la dificultad para, en el caso de las internaciones involuntarias, designar un abogado, o contar con uno designado por el Estado.

A partir de la sanción de la ley nacional 26657 y en virtud de dar cumplimiento al artículo 22, el Ministerio Público de la Defensa crea la Unidad de Letrados que tiene por objetivo brindar el servicio de defensa técnica para personas mayores de edad, internadas en forma involuntaria por razones de salud mental, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

Con la creación de la Unidad se apunta a garantizar a las personas el goce de sus derechos mientras dure la internación, así como la inmediatez en la cobertura del servicio mediante el contacto rápido y directo con la situación, materializando el derecho a ser oído y el acceso a la justicia de estas personas en especial situación de vulnerabilidad.

Para ello, los abogados defensores podrán –respetando la voluntad y las preferencias de la persona, sin conflicto de intereses- oponerse a la internación o solicitar la externación, controlar las actuaciones e impulsar que las internaciones sean lo más breves posible.

Ante la comunicación -ya sea de parte de un juzgado, de una clínica u hospital, o de familiares y allegados- de que una persona mayor de edad ha sido internada sin su consentimiento en la Ciudad de Buenos Aires, por razones de salud mental y en los términos de la ley 26657, y no ha designado un abogado particular, la Unidad le proporciona un abogado defensor gratuito, para que la asista jurídicamente mientras dure el proceso de internación, controlando que éste sea lo más breve posible, y haciendo valer sus derechos humanos, pudiendo requerir mejoras en las condiciones de internación o solicitar la externación en cualquier momento, siempre de acuerdo con su voluntad.

Desde que se recibe la notificación de la internación, el objetivo es lograr la primera visita lo más rápido posible, dentro de la primera semana de recibido el aviso. En todos los casos se supervisan las historias clínicas de los defendidos/as, se procura la comunicación personal con los equipos tratantes en la institución, se realizan visitas y entrevistas periódicas de seguimiento y se mantienen contactos con los familiares de las personas internadas.

En el caso de nuestra provincia, si bien el Tribunal Superior de Justicia dictó una Acordada⁶⁸ a los fines de acercar el desempeño de los asesores letrados al cumplimiento de esta norma, la misma es insuficiente. Esto es así porque no son defensorías públicas especializadas en salud mental,

⁶⁸ Acordada 1122 serie "A" del 02/10/2012.

con recursos humanos suficientes y capacitados. Al contar con pocos recursos, no pueden garantizar su presencia en las instituciones y no cuentan con la experticia necesaria para evaluar si la internación se ha realizado como medida terapéutica excepcional de mayor beneficio.

- La restricción presupuestaria

A pesar de la sanción de la Ley de Salud Mental 9848, el gobierno provincial sigue manteniendo la asignación para el sector de manera inmodificable en torno al 6% del total para salud, inclusive, según el año, con una leve tendencia a la baja.

El presupuesto destinado a la salud mental es un indicador significativo a atender, ya que sus carencias, resultan una importante barrera en la implementación de políticas. Los estándares internacionales establecen que el 10% del presupuesto de salud debe destinarse a salud mental⁶⁹. Si se consideran los últimos ejercicios presupuestarios (a partir de la sanción de la ley en el año 2010) ninguno alcanza este objetivo y, por el contrario, el presupuesto de salud mental ha disminuido.

Frente a los reclamos por más presupuesto, las autoridades provinciales suelen afirmar que la provincia no dispone, en el corto plazo, de los recursos necesarios para llevar adelante los desafíos de la Ley 9848.

Ahora bien, como dijimos antes, resolver los déficits de capacidad estatal implica definir una estrategia de mediano y largo plazo que posibilite la construcción de las capacidades técnicas y políticas necesaria. Proceso que implica la movilización de actores y recursos con el fin de modificar las relaciones de poder en un campo determinado de la política pública.

En este sentido, si entendemos al Estado como una arena de conflictos en donde se da la disputa por el sentido y la orientación de las políticas, disputa de la que participarán actores estatales y no estatales, entonces, una reflexión sobre el lugar que ocupan en estos procesos los actores sociales se vuelve imperiosa.

La política de salud mental en Argentina, en general, y Córdoba, en particular, a partir de la sanción de los nuevos marcos normativos es un ejemplo ilustrativo en este sentido, tanto, en el proceso de sanción de las leyes, así como, en el monitoreo del proceso de implementación de las mismas.

6. Incidencia de la acción colectiva en las capacidades estatales

En este punto, nos interesa señalar las oportunidades que tienen las

⁶⁹ El art. 32 de la Ley Nacional de Salud Mental establece la obligación de incluir en los proyectos presupuestarios un incremento de las partidas destinadas a salud mental hasta alcanzar un mínimo del 10 % del presupuesto total desaluden el ámbito nacional y la labor de promover que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adopten el mismo criterio.

distintas instancias de organización de la acción colectiva para incidir en la política pública y, sobre todo, lograr avances en las capacidades políticas de los actores estatales. En la literatura sobre el tema, hay autores que profundizan sobre el alcance que los aspectos cognitivos-sistemas de creencias (valores, creencias, argumentos) tienen sobre los procesos de tomas de decisión de los actores gubernamentales, otros hacen eje en las redes organizacionales, pero la mayoría entiende que el resultado de la política pública es el producto de la interacción y de las relaciones de fuerza entre los diferentes actores implicados. Algunos cambios en políticas públicas ocurren cuando los ciudadanos afectados presionan y promueven soluciones. En este sentido, la sociedad civil organizada puede servir como un vínculo entre los ciudadanos y el sistema político, pues es una forma en que los individuos unen esfuerzos para comunicar sus necesidades, ya sea pidiendo que el Estado cumpla con sus responsabilidades o proponiendo nuevas y mejores soluciones a los problemas públicos.

La participación de expertos en la interpretación de las demandas; los profesionales y académicos que portan saberes sobre los asuntos puestos en discusión en los reclamos y contribuyen y facilitan su traducción política; la experiencia de los usuarios y trabajadores enriquece y complejiza tanto la reflexión sobre los problemas como el tipo de respuestas que se brindan. Estas acciones permiten “encuentros” entre los sujetos afectados en sus derechos y sus intérpretes, defensores y, también, con los sectores estatales responsables. Como ejemplo de este tipo de iniciativas podemos observar la intervención activa de los miembros de la sociedad civil junto a los especialistas en instancias parlamentarias y judiciales, que por su parte se presentan como garantía de una más amplia participación ciudadana y una mayor transparencia en los procesos de toma de decisiones (audiencias públicas en el ámbito de ambos poderes, reuniones de comisiones legislativas con inclusión de listas de oradores activistas y expertos, formación de consejos consultivos para políticas públicas específicas) que viene potenciando un formato deliberativo para la discusión de derechos y políticas, que es institucionalmente mediado, pero abierto a las partes implicadas y a las distintas posiciones. (Delamata, 2013).

Las acciones desarrolladas en los últimos años por los actores de la sociedad civil que participan del campo de la salud mental han abierto una oportunidad para favorecer las capacidades políticas y aporta a avanzar en la constitución de una alianza estratégica entre actores estatales proreforma y representantes de la sociedad civil con voluntad transformadora.

7. Estrategia legal y activismo constitucional

Desde el advenimiento de la democracia, salvo un corto período de tiempo entre 1983 y 1989, el problema de la salud mental ha estado muy poco presente en la agenda pública y en la agenda de gobierno tanto a nivel nacional como a nivel de la provincia de Córdoba. Es en el año 2007, a partir del Informe Vidas Arrasadas elaborado por el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) que esta problemática se instala entre las preocupaciones a atender y las deudas que aún debe saldar la democracia argentina. Ni el año (2007) ni el organismo que lo produce (CELS) son casualidades. En estos años adquiere centralidad el discurso de los derechos humanos, se revitalizan estrategias de movilización legal de los grupos sociales hasta este momento postergados y el tratamiento jurídico de algunos casos aparece con fallos paradigmáticos para algunos campos de disputa que hasta este momento aparecían alejados de las discusiones sobre la ciudadanía y los derechos. Se construyen consensos en torno a la universalidad y multidimensionalidad de derechos de las personas. A través de distintas iniciativas se logra incidir en la elaboración de nuevas políticas sociales, que han transformado (parcialmente) el modo de entender el derecho a la seguridad social desde una perspectiva antidiscriminatoria, que contribuyó a redefinir la igualdad en distintas áreas de la vida social (Delamata, 2013).

En nuestro campo específico, este discurso y este clima social repolitiza las discusiones al ampliar la necesidad de la transformación, entendida como algo que trasciende una mera reforma sanitaria, y acerca actores que, hasta este momento, se encontraban alejados del tema. En este contexto, se conforma la Mesa de Trabajo Permanente en Salud Mental y Derechos Humanos (MTPSMYDDHH) (colectivo conformado por una pluralidad de profesionales y organizaciones del campo) que pone como centro de su accionar una estrategia de movilización legal dirigida a sancionar una ley provincial de salud mental y derechos humanos.

La nueva legitimidad que las políticas de ampliación de derechos adquieren en la democracia argentina son el marco que incide en la decisión de los actores que confluyen en la Mesa para desarrollar un anteproyecto de ley que se enmarca en el enfoque de derechos.

Esta agenda recibe un fuerte espaldarazo institucional cuando en los últimos meses de 2010 se sancionan tanto en Córdoba como a nivel nacional sendas leyes de salud mental que reconocen igualdad de derechos a todas las personas con padecimiento mental.

La ley en Córdoba fue el correlato de un activismo que con escasa movilización en el espacio público fue logrando el apoyo de diversos sectores sociales, académicos y políticos, y resultado de argumentos tales como igualdad y no discriminación, no estigmatización, autonomía

personal, desarrollo de capacidades apoyados por la normativa constitucional e internacional que derrotaron las visiones conservadoras ligadas a la peligrosidad, la incapacidad, la exclusión, entre otras. Se entiende que tanto la Constitución como todo el entramado normativo de los Derechos Humanos, “*protege el diseño y la realización de planes de vida autónomos, o decididos autónomamente, y ello significa que no se tolera ninguna imposición externa respecto a cómo debe ser vivida la vida de cada una de las personas, impidiendo al Estado identificar planes de vida ideales y pretender plasmarlos en la legislación general*” (Dellamatta 2013). Se entiende que la estigmatización de un diagnóstico de enfermedad mental configura una restricción intensiva de la autonomía y una negación del trato igual. Esta restricción resulta ilegítima e incompatible con la igual dignidad y capacidad de las personas para realizar su plan de vida.

El proceso político que culminó con la garantía de derechos para todas las personas con padecimiento mental y la obligatoriedad de abandonar la exclusión como su alternativa de atención estuvo signada por la efectividad que tuvieron las estrategias utilizadas: la construcción de consensos, la búsqueda de apoyo al interior del campo de la salud mental y la incidencia experta sobre la legislatura. Se contó, además, con el fallo de la Corte Suprema de Justicia que reconoció los derechos de las personas que están afectadas por internaciones psiquiátricas involuntarias y en donde se señala el carácter excepcional de las internaciones psiquiátricas y la obligación de que el estado garantice que las mismas se ajusten a los mandatos constitucionales en materia de derechos humanos.⁷⁰

Tanto el activismo que se movilizó para la sanción de la ley como los legisladores que trabajaron en la misma, entendieron que garantizar derechos a las personas con padecimiento mental es una obligación con rango constitucional según Tratados de Derechos Humanos incorporados a la Constitución y la jurisprudencia de la Corte. Algunos autores le han llamado activismo constitucional a la apelación a la Constitución por parte de los movimientos sociales⁷¹.

8. Monitoreo de las políticas públicas y contraloría social

- *Observatorio de salud mental y derechos humanos*

Luego de la sanción de la ley provincial, la MTPSMYDDHH, decide

⁷⁰ R.M.J. s/ insanía” Corte Suprema de Justicia de la Nación 19/02/2008

⁷¹ Esto quedó expresado en la Ley 9848 a través de su Artículo 9º.- Protección por discriminación. El Estado Provincial asegura la protección de los individuos que requieran servicios de salud mental frente a cualquier tipo de discriminación, en el marco de la plena vigencia de la Constitución Nacional, de los Tratados Internacionales que por su imperio integran el Bloque de Constitucionalidad Federal y de las disposiciones de la Constitución de la Provincia de Córdoba aplicables al efecto. Este punto, también, quedó plasmado en las intervenciones de los legisladores que defendieron en la sesión el ante-proyecto de ley tal como se evidencia en la versión taquigráfica de la misma.

crear el Observatorio de Salud Mental y Derechos Humanos, teniendo entre sus objetivos el monitoreo de las políticas de salud mental que se llevan adelante en la Provincia de Córdoba y controlar el efectivo cumplimiento de las nuevas leyes de salud mental sancionadas a fines de 2010. Ante la invitación de la Comisión de la Memoria de la Provincia de Córdoba para la redacción de un informe sobre la situación de los derechos humanos en los lugares de encierro, el Observatorio se sumó a esta iniciativa produciendo los capítulos específicos tanto del Informe Mirar tras los Muros tanto del año 2013, como del 2014 y 2015. Actualmente se encuentra en elaboración el Informe 2016. El Observatorio nace de la necesidad de contar con un sistema de información que permita conocer la transformación de los servicios de salud mental en la provincia de Córdoba a partir de la sanción de Ley 9848 de Salud Mental en el mes de octubre de 2010. Una vez logrado este objetivo legislativo, se pretende monitorear la gestión con la formulación de los siguientes interrogantes:

- ¿a través de qué indicadores medir, evaluar y monitorear si la producción de los servicios de salud mental se llevan adelante desde la perspectiva del enfoque de derechos sancionada en ambas leyes?
- ¿cuáles son los indicadores que la ciudadanía debe reclamar a los fines de monitorear el cumplimiento de dichos compromisos?
- ¿cómo utilizar esta información con el propósito de incidir en la agenda, el financiamiento, el desempeño y los resultados de la política de salud mental, teniendo a la vista el ejercicio o ampliación de los derechos de ciudadanía?

La puesta en marcha del Observatorio de Salud Mental y Derechos Humanos permite analizar las políticas y programas de salud mental desde la perspectiva de los derechos humanos y avanzar en el monitoreo de la producción de los servicios de salud mental y las prácticas de los distintos actores de este campo. El éxito de esta contraloría se logrará con la posibilidad de articular diferentes estrategias de incidencia que van desde la intervención judicial, el monitoreo, la movilización, la sensibilización, la capacitación y las campañas de opinión pública. La capacidad de estas estrategias de incidencia se relaciona directamente con su asunción como derecho ciudadano que refiere a la fiscalización de las acciones del Estado a los fines de que éste exprese los intereses públicos y aporte a la construcción de ciudadanía. En síntesis, ante la omisión o la insuficiencia estatal, es necesario activar procesos participativos de control y toma de decisión de políticas públicas, impulsar reformas de los marcos institucionales y rediscutir su orientación. Para llevar adelante estos procesos se deben fortalecer a los actores sociales involucrados, participar en el diseño de propuestas concretas y articular múltiples estrategias de reclamo y denuncia.

9. Movilización social en el espacio público

- *Marcha por el derecho a la salud mental*

El 10 de octubre de 2014, convocados por la Mesa y otros actores sociales que se sintieron interpelados por la problemática de salud mental provincial, un número muy importante de personas, grupos, organizaciones sociales y políticas se apropiaron del espacio público para manifestarse por el derecho a la salud mental. Bajo la consigna “*porque hay exclusiones, exigimos derechos*”, se intentó en primer lugar, visibilizar la situación de los usuarios de la salud mental y, en segundo lugar, interpelar al Estado a que dé respuestas. Un colectivo históricamente postergado se reapropió y resignificó tanto física como simbólicamente el espacio público.

Desde los estudios de la acción colectiva, el espacio público se ha comprendido tradicionalmente como el escenario en el que tienen lugar las disputas por la legitimidad de las demandas colectivas. Sabemos que lo que sucede en el espacio público tiene una conexión directa con lo que sucede en el espacio privado. Hasta la sanción de las leyes de salud mental, el padecimiento subjetivo era del orden de lo privado. La movilización del 10 de octubre conectó muy diversas individualidades, reclamos y padecimientos. Se constituyó una red social que permitió una “privacidad” compartida que se hizo visible en el espacio público. El propósito de esta movilización fue exigir derechos y poner en cuestión los límites de las políticas y las prácticas institucionalizadas.

Las tres modalidades de acción colectiva reseñadas hasta aquí, si bien han sido presentadas en distintos momentos en los últimos años, no se suplantaron una por la otra. La estrategia legal sigue siendo una opción importante. En la actualidad se está evaluando la posibilidad de presentar nuevamente un proyecto de ley (o una ampliación de la ley 9848) que incluya la creación de un órgano de revisión local, una unidad de letrados tal como la prevista por la ley nacional en su artículo 22 y un fondo de financiamiento específico para los municipios. El logro de estos tres instrumentos permitiría modificar efectivamente los mecanismos institucionales y las prácticas con las que el Estado atiende el derecho a la salud mental. El monitoreo y la contraloría social señalan cuál es la agenda pendiente y la movilización en el espacio público afianza y consolida un actor colectivo que disputa la orientación de las políticas en el campo de la salud mental.

10. Conclusiones

Hemos vivido en América Latina una larga década de políticas reparatorias que intentaron revertir de manera radical la devastación generada por las políticas Neoliberales. En este contexto, se impulsaron

políticas inclusivas, generadoras de ciudadanía, que apuntaron a recuperar la garantía estatal de viejos derechos y asegurar la de algunos nuevos.

En el caso argentino, esta tendencia se expresó mediante la sanción de nuevos marcos normativos, en diferentes campos de política pública, que pretendieron institucionalizar o re-institucionalizar a los mismos. El caso de las nuevas normas referidas al derecho a la salud mental es paradigmático de este proceso.

Pero hay que decir también, que estos logros, legado ineludible de la década, sirvieron para poner en tensión la gestión pública y evidenciar las debilidades estructurales de la misma. La garantía universal de derechos sociales requiere más que “buenos” marcos normativos. Sin desconocer el valor de estos, se necesita, además, un Estado que disponga de las capacidades tecno-políticas adecuadas para implementar políticas públicas que puedan poner “en movimiento” las prescripciones legales.

Es por esto que el debate en torno a la construcción de capacidades estatales pasa a ser crucial. Debate que deberá otorgar, imprescindiblemente, un lugar al rol que deben jugar la participación ciudadana y los movimientos sociales al respecto. Y en este punto, la experiencia reciente en el campo de la salud mental vuelve a ser paradigmático.

Hemos afirmado en otras ocasiones (Ase, 2009), que el proceso de reconstrucción del Estado en materia de derechos sociales debe ir acompañado, simultáneamente, de un proceso de democratización del mismo. Un Estado más fuerte deberá ser un Estado más democrático (Iazzetta, 2007).

Implementar políticas inclusivas, como hemos dicho, implica modificar las relaciones de poder existentes en cada campo de política pública. Significa enfrentar los intereses corporativos o sectoriales beneficiarios del orden pre-existente. El involucramiento ciudadano, de las organizaciones de la sociedad civil o de los movimientos sociales en defensa del interés público es parte sustancial en este proceso. Única manera de romper con la lógica “cooperativa” de políticos, burócratas y representantes corporativos que, en muchas ocasiones, apropiándose de los espacios de decisión estatal, sacrifican el interés público a favor de los intereses particulares o de sector.

La lucha por los derechos es, por esta razón, una tarea técnica y, sobre todo, política. La participación activa de ciudadanos, grupos o movimientos sociales es lo que permitiría evitar la lógica predatoria y corporativista con la cual se ha manejado en muchos momentos de nuestra historia el Estado y para lo cual se hace imprescindible encarar un proceso de construcción institucional que perfeccione sus componentes universalistas en detrimento de su colonización por intereses privados o sectoriales.

Una nueva alianza entre actores estatales comprometidos con la construcción de ciudadanía y actores sociales con voluntad transformadora permitiría “republicar” (Cunill Grau, 1997) los espacios decisorios del Estado. Las políticas públicas gozarían, así, de una fortaleza que descansaría en una nueva legitimidad. Esta es la tarea pendiente.

11. Bibliografía.

ABRAMOVICH V. 2006. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. Revista de la CEPAL N° 88 .

ACUÑA, CARLOS, (comp.) 2013 ¿Cuánto importan las instituciones? Gobierno, Estado y actores en la política argentina. Siglo XXI Editores.

AGUILAR VILLANUEVA, LUIS 2008 Gobernanza y gestión pública. Fondo de Cultura Económica,.

_____ 2009 El futuro de la gestión pública y la gobernanza después de la crisis. Ponencia presentada en el V° Coloquio Regional del IIFAP (UNC): Entre el intervencionismo y el mercado: ¿Qué tipo de estado abonan las transformaciones del nuevo siglo? Córdoba.

ASE, IVÁN 2009 Capacidades institucionales para el fortalecimiento de la primarización de la atención en salud en Córdoba. En: Jefatura de Gabinete de Ministros, Presidencia de la Nación. *II° Premio a la Innovación y Mejoramiento de las Políticas Públicas*. Buenos Aires: INAP; pp. 163-279.

_____ 2010 Algunas reflexiones en torno al “retorno del Estado”. Un nuevo Estado para más Democracia. En La Serna, C., Ase, I. y Peón, C. (comp); Frente a la crisis, ¿Qué hacer con el Estado? IIFAP-SAAP. pp. 107 al 129.

_____ 2013 “Capacidades estatales, APS y Derecho a la Salud Mental”. Ponencia presentada en Jornadas Nacionales de Atención Primaria en Salud Mental, Mendoza.

ASE, I. Y BURIOVICH, J. 2009 La estrategia de Atención Primaria de la Salud: ¿progresividad o regresividad en el derecho a la salud? Revista Salud Colectiva Número 1 Volumen 5, Buenos Aires.

BERTRANOU, JULIÁN 2013 Capacidad estatal: aportes al debate conceptual. Ponencia presentada al Séptimo Congreso Argentino de Administración Pública. Mendoza.

BURIOVICH, JACINTA 2015 “Hacia una nueva institucionalidad en el campo de las políticas públicas de salud mental”. En Bonafé, L. et al; Mirar tras

los muros: situación de los derechos humanos de las personas privadas de libertad en Córdoba (Segundo Informe Provincial Año 2014). Editorial de la UNC.

CAO, H. Y LAGUADO DUCA, A. 2014 La renovación en las ideas sobre el Estado y la Administración Pública en Argentina. Revista del CLAD Reforma y Democracia N° 60. .

COHEN, ERNESTO; TAPIA, LEONEL; NAVARRETE, CECILIA; GIL, CARLOS; FANTA, GLORIA 1998 *Gestión de programas sociales en América Latina. Metodología de análisis de programas sociales*, (Volumen 1 y 2), CEPAL, Serie Políticas Sociales N° 25, Santiago de Chile.

CUNILL GRAU, NURIA 1997 “Repensando lo público a través de la sociedad. Nuevas formas de gestión pública y representación social”. CLAD – Nueva Sociedad.

DELAMATA, GABRIELA 2013 Movimientos sociales, activismo constitucional y narrativa democrática en la Argentina contemporánea. Sociologías Vol. 15 N° 32. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

GRINDLE, MARILEE 1996 *Challenging the state*. Cambridge University Press, Gran Bretaña.

LAZZETTA, OSVALDO 2007 *Democracias en busca de Estado. Ensayos sobre América Latina*. Homo Sapiens Ediciones.

MARTÍNEZ NOGUEIRA, R. 2015 “La gestión pública durante el kirchnerismo”. En Gervasoni, C. y Peruzzotti, E. (Editores); *¿Década ganada? Evaluando el legado del kirchnerismo*. Editorial Debate, Buenos Aires.

MIZRAHIL, Y. 2003 Capacity Enhancement Indicators: Review of the Literature. Evaluation Studies N° EG03-72. World Bank Institute, Washington DC .

OSZLAK, OSCAR Y ORELLANA, E. 2000. El análisis de la capacidad institucional: aplicación de la metodología SADCI. Biblioteca Virtual. www.top.org.ar

PALERMO, VICENTE 1998. *Estudio sobre el estado del Estado en Argentina. Una herramienta de evaluación de las capacidades del sector público*. Buenos Aires, Fundación Carlos Auyero.

REPETTO F. 2003. Capacidad estatal: requisito necesario para una mejor política social en América Latina. Ponencia presentada en el VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá.

ROSE, R. 1998. *El Gran Gobierno*. Fondo de Cultura Económica, México.

TOBELEM, A. 1992. *Institutional capacity analysis and development system (ICADS)*, citado por Oszlak y Orellana (2000).

CAPÍTULO 3

La transformación en salud mental: desde el modelo manicomial al modelo comunitario. El desafío actual de la exigibilidad de derechos

María Paz Caminada Rossetti

Natalia Fernández Medina

Solana María Yoma

Sumario: 1. El campo de la Salud Mental. 2. Rol de la justicia: ¿un actor con poder de veto? 3. Del manicomio a las comunidades: una transformación estructural. 4. Prácticas alternativas: un eje central en la transformación. 5. Bibliografía.

1. El campo de la Salud Mental

Resulta importante dejar en claro a qué nos referimos cuando hablamos del Campo de la Salud Mental. Según Spinelli, la noción de Campo es entendida como “...la convergencia de actores, recursos, problemas, e intereses que conforman una red de relaciones, con autonomía relativa, en el que los diferentes agentes luchan por la consolidación y el predominio de uno o más capitales (...) Capital económico; capital social; capital cultural y capital simbólico” (Spinelli, 2010:276).

Así, un campo está caracterizado por el producto de las acciones de los actores, en sus posiciones particulares dentro del mismo, con intereses, recursos y capacidades específicas que se ponen en juego para incrementar y/o adquirir capitales.

En este sentido resulta crucial poder pensar cuáles son los actores intervinientes en el campo de la salud mental y cuál es su dinámica interna; es decir, la trama de relaciones, alianzas o disputas en torno a la disputa de capitales que los sitúan en una u otra posición dentro del mismo. Así mismo, desde el marco conceptual de las políticas públicas (Alonso, 2007; Ase, Burijovich, & La Serna, 2007), los actores que intervienen en las distintas etapas de la misma detentan una serie de **CAPACIDADES** (Negociación, Interpretación del Contexto, Representación, Movilización social, Acción Colectiva) y **RECURSOS DE PODER** (Estructural

Económicos, Organizacionales, Político Institucionales, Información). Es esta relación entre capacidades y recursos de poder la que permite a los actores consolidar una posición de influencia y legitimidad en el campo.

2. Rol de la justicia: ¿un actor con poder de veto?

En *El Derecho a la Locura: desafíos en los actuales procesos de transformación en el campo de la salud mental* (Fernández, Mecca y Pinto, 2013) se define la configuración del campo de la salud mental en Córdoba y se realiza un mapeo de actores del mismo, focalizando en su posición obstaculizadora o facilitadora para la implementación de las actuales normativas en salud mental. Sin embargo, entendemos pertinente aquí puntualizar en la justicia como actor particular para analizar el rol que ha venido ejerciendo.

La justicia ha sido caracterizada como un actor obstaculizador que, a partir del despliegue de un recurso de poder político institucional que reposa sobre sus capitales simbólico, social y cultural, ha ejercido una influencia negativa en el proceso político de implementación de las normativas actuales en salud mental. Por su parte, también influye sobre esta caracterización el poder de la justicia y el carácter punitivo y represivo que la misma reviste. Siguiendo los planteos de Gorbacz (2011), estos mecanismos desplegados responden a un sistema más amplio que ha operado fuertemente en el sector de la salud mental y se han sostenido en los pilares del encierro, judicialización y medicalización.

Así, la negatividad o poder obstaculizador de la justicia se define, entre otras, a partir de:

*La resistencia a efectivizar aquellos principios contenidos en la serie de instrumentos internacionales a los que el país se ha adherido (Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -ONU, 2006-; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes -ONU, 1987-, etc.)

*La imposibilidad de realizar el pasaje de sujeto de tutela a sujeto de derechos de los/as usuarios/as de los servicios de salud mental.

*Su poder punitivo y represivo que se traduce en nuestro campo en el encierro como modo privilegiado de atención a la salud mental, judicialización del padecimiento mental, y medicalización como única alternativa terapéutica.

* Su "Poder de Veto" que oficia en una intervención restrictiva en cuanto a la autonomía de los/as usuarios/as y a los equipos intervinientes en salud mental, lo que termina por judicializar abordajes atendibles desde la salud.

Ante este estado de situación cabe destacar que la intervención de la justicia con sus procedimientos coercitivos restringe y cuando no, priva a los sujetos usuarios de salud mental del ejercicio y respeto de sus derechos más elementales.

Sin embargo, no sólo es posible, si no que es estratégico y necesario revertir la negatividad de su rol. En este sentido, retomamos dos premisas fundamentales de las "100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad" que entendemos deberían constituirse en los pilares del accionar de la Justicia; por un lado, el ACCESO EFECTIVO QUE PERMITA EL PLENO GOCE DE LOS SERVICIOS DEL SISTEMA JUDICIAL, y por el otro, la PROMOCION Y ACOMPAÑAMIENTO EN LA AUTONOMIZACIÓN DE LOS SUJETOS PARA LA EXIGIBILIDAD DE SUS DERECHOS.

Esos principios serían posibles sólo si la justicia, como un campo en sí mismo, tomara la tarea de repensarse a sí misma. En esta línea, las propuestas se dirigen a:

*Discusiones paradigmáticas en el propio campo: necesidad de replanteos acerca de categorías que influyen negativamente en las transformaciones propuestas en salud mental tales como la Incapacidad Civil, Insania y Peligrosidad entre otras.

*Interdisciplina e Intersectorialidad vs. Relaciones Corporativas: reconocer los saberes de cada actor en el campo y potenciar las relaciones de los mismos en un horizonte que tenga en primer plano la dignidad y autonomía de las personas con padecimiento subjetivo. El reconocimiento a los equipos tratantes interdisciplinarios como un actor de peso para la toma de decisiones sobre el tratamiento dada su relación cotidiana con los/as usuarios/as.

*Construcción de capacidades de acción colectiva y movilización del actor "Justicia": como actor fundamental la justicia debería encabezar la construcción colectiva en el campo de la salud mental de reclamos en torno a una serie de dispositivos judiciales que son necesarios poner en marcha para la efectivización de la ampliación y garantía de derechos que las normativas actuales proponen. El órgano de revisión, como mecanismo de control, monitoreo y fiscalización sobre las condiciones de internación y tratamiento; la unidad de letrados propuesta en el Art. 22 de la Ley Nacional de Salud Mental y Adicciones cuyo objetivo es la asistencia jurídica gratuita en caso de internaciones involuntarias para hacer valer los derechos de los/as usuarios/as de salud mental; la generación de una estructura pública que permita a los usuarios/as de salud mental el acceso a efectores judiciales que puedan litigar y llevar adelante sus causas.

Así, avanzar en las transformaciones propuestas por nuestras

normativas, exige de los actores intervinientes en el campo de la salud mental un debate serio y complejo acerca del necesario rol que la justicia debe ejercer, que tal como menciona Gorbacz (2011) implica una intervención que tenga como horizonte promover y acompañar la autonomización de los sujetos y la exigibilidad de sus derechos aun en las condiciones de vulnerabilidad que supone el padecimiento subjetivo.

3. Del manicomio a las comunidades: una transformación estructural

La transformación del modelo manicomial al modelo comunitario, se encuadra en primera instancia en el marco normativo actual, tanto a nivel nacional con la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657, como a nivel Provincial con la Ley Provincial de Salud Mental N° 9848⁷². Mas allá de las limitaciones o diferentes especificidades que en cada una de ellas se puedan encontrar, ambas presentan un punto central en los procesos de transformación de las políticas en salud mental, enmarcadas en un paradigma de derechos humanos. En este sentido Rotelli (2013) afirma:

*“Ustedes tienen un mérito extraordinario, la ley Argentina (de salud mental) es la única que habla de cerrar hospitales psiquiátricos y construir derechos civiles reconociendo a las personas como sujetos de derecho; no hay en el mundo una ley que diga estas cosas”*⁷³.

En este sentido, hay una serie de principios que ordenan toda la estructura normativa y que tienen que ver con esto, con el fin de los manicomios antes del año 2020 donde se propone como sustituto de la atención en hospitales e instituciones monovalentes a servicios de atención con base en la comunidad desde un enfoque de derechos, además se propone la inclusión de los servicios de salud mental en los hospitales generales. *“Los manicomios pueden y deben terminar a causa de su ineficacia terapéutica, de su papel de prescripción de la custodia y de la exclusión, de la lesión grave a los derechos ciudadanos, de su inequidad social.”* (Rotelli, 1993:2)

El Modelo de Salud Mental Comunitaria, plantea a modo general: la radicación territorial de los servicios de atención, es decir la sustitución del manicomio por dispositivos anclados en la comunidad; no centrarse en la *enfermedad* sino apuntar al abordaje integral y complejo en el padecimiento subjetivo y el funcionamiento social; la articulación y fortalecimiento de redes institucionales, organizacionales, organismos, etc.; enfatizar el lazo social; promover cambios en las estrategias de abordaje: de lo biológico

⁷² Existen algunas diferencias entre las leyes nacional y provincial, por un lado en cuanto a la posibilidad de monitoreo, supervisión, seguimiento y evaluación de las transformaciones y por otro lado, en cuanto a la planificación presupuestaria en salud mental y la redistribución de recursos. Estas discusiones merecerían un análisis aún más extenso.

⁷³ Rotelli, F. (2013) <http://www.telam.com.ar/notas/201309/31376-rotelli-la-ley-de-salud-mental-argentina-es-la-mejor-del-mundo.html>.

a la salud integral; diseñar políticas sociales intersectoriales, así como un corpus de derechos formales y normas jurídicas administrativas (Rotelli, op. cit).

Para esto deben producirse además cambios en varios niveles:

- A nivel Institucional: generar e incorporar dispositivos sustitutivos al sistema manicomial; promover la internación, como último recurso, en hospitales generales; realizar una derivación de recursos hacia el primer nivel de atención; fortalecer la articulación intersectorial/interjurisdiccional, garantizar la accesibilidad a los servicios de atención, accesibilidad a los psicofármacos y tratamientos adecuados; fortalecer y continuar la formación en los equipos del campo de la salud que promuevan el trabajo interdisciplinario; atender a la urgencia de la necesidad de redistribución en el presupuesto.

- A nivel Socioestructural: sustitución del paradigma tutelar al enfoque de derechos, incorporar la necesidad de formación en el nuevo paradigma desde una perspectiva interdisciplinaria, participación de familiares y usuarios, etc. El modelo comunitario hace énfasis en la restitución del lazo social de las personas en lo que hace al mantenimiento de vínculos y redes comunitarias y a la posibilidad de constituirse como actores sociales, restituir la condición de ciudadanía, *ser sujetos de derechos*.

Ahora bien, sostenemos que para que pueda darse un proceso real de transformación y cambio de paradigma, no alcanza con cerrar o tirar abajo las instituciones hospitalarias manicomiales. La existencia de los manicomios se contextualiza en una época histórica donde la constitución y creación de los mismos daban respuesta a la justificación del encierro compulsivo de las personas consideradas delincuentes, pobres, marginados, locos, bajo un argumento legal y científico que apuntaba a un disciplinamiento de los *anormales*, donde el loco pasó a considerarse un objeto de la medicina, objeto científico, objetivable ante la justicia bajo un tratamiento moral y de disciplinamiento, la *domesticación del alienado*. Es esta noción, la que a lo largo de la historia se continuó perpetuando entorno a la locura y su abordaje. Es por eso que en el sostenimiento de los manicomios se articulan diversas variables donde subyace la lógica manicomial que atraviesa los diferentes campos, el jurídico, el de la salud, educación, los ámbitos institucionales, los espacios académicos y científicos, la comunidad, los imaginarios instituidos acerca de los padecimientos mentales y por lo tanto la justificación del encierro. Se insiste en que la desinstitucionalización no implica cerrar los hospitales para reducir el gasto público, abandonando en el territorio a quienes en él estaban internados y cuyos derechos civiles nadie va a garantizar; no significa desplazar a los “encerrados” a otros lugares con lógicas totalizantes similares pero con nombres diferentes; no significa añadir al manicomio otras instituciones-

filtro (complementarias y no sustitutivas) más humanas en el territorio (Evaristo, 2000). Consideramos, que la discusión no se debería instalar de manera tautológica en una polarización de discusiones de “psiquiatría si o psiquiatría no”, “justicia si o justicia no” “medicación si o no”, ni de categorizar en abstracto las disciplinas intervinientes. Quedaríamos en este sentido entrampados en la invisibilización del padecimiento mismo, tampoco el cierre de los manicomios implica traspasar las lógicas manicomiales a las comunidades como “pequeños manicomios”, sino la intención es poder introducir estas discusiones orientadas a la transformación pensada en clave de enfoque de derechos y desde la salud integral lo cual posibilita y propone un trabajo interdisciplinario, un trabajo a nivel intersectorial, es decir que las problemáticas no tienen que ver solo con el ámbito de la salud, sino que son de salud, trabajo, educación, justicia, etc.

En este sentido, la lógica manicomial instituida, el paradigma social que atravesó todas las épocas, se inscribe en los cuerpos y atraviesa los actores en juego y *hace* que se siga perpetuando esta lógica, es por eso que justamente planteamos en este *hacer* la potencialidad de poder incidir en el cambio de paradigma manicomial al comunitario desde un enfoque de derechos. Es a través de la practica misma, de las practicas cotidianas en todos los campos que se involucran, en el encuentro con el otro, con los otros, que sostenemos la posibilidad de transición del cambio de paradigma, y en donde hoy somos todos actores y parte del mismo.

4. Prácticas alternativas: un eje central en la transformación

Llegados a este punto, cabe explicitar que las experiencias transformadoras en salud mental no emergen como una novedad inusitada a partir de los nuevos marcos normativos, sino que, por el contrario, en muchas ocasiones lo preceden e incluso han resultado inspiradoras de algunos de sus postulados. Entendemos así a las leyes no como transformadoras natas e inmediatas de la realidad, que tras su aparición la modifican de una vez y para siempre, sino como un instrumento de lucha y de disputa, del que podrán valerse los actores involucrados en este proceso de transformación del campo de la salud mental.

En Córdoba, el reconocimiento y revalorización que otorgan los nuevos marcos normativos a las prácticas alternativas al manicomio, aún no ha encontrado su correlato en la creación de políticas activas que estimulen su expansión, desarrollo y fortalecimiento. Por el contrario, estas prácticas generalmente se sostienen a partir de voluntades individuales de trabajadores comprometidos con esta problemática. La mayor parte de las veces, se encuentran en una situación de precarización, sin recursos estatales que permitan cubrir los insumos y honorarios exigibles para su sostenimiento. A su vez, aquellas que funcionan en el interior del manicomio,

carecen de un reconocimiento institucional formal, lo que las posiciona en una situación de cuasi-clandestinidad y las lleva a desplegar múltiples estrategias de resistencia para no ceder ante la censura, el silenciamiento y las lógicas de control propias de las instituciones psiquiátricas.

Caracterizar la diversidad de prácticas y experiencias que se encuentran enmarcadas en los llamados “dispositivos alternativos” excedería los alcances de esta publicación, ya que se trata de prácticas que van desde el arte, la cultura y la comunicación, a la vivienda, el trabajo y la salud. Prácticas que transcurren a un lado y a otro de los gruesos muros del hospicio: en el núcleo duro de la internación, en instituciones intermedias de salud y en una diversidad de espacios comunitarios que, sin encontrarse directamente relacionados al “mundo” de la salud mental, lo rebasan y la promueven. Experiencias que se desarrollan muchas veces en los bordes, o en las grietas del sistema de salud mental, no por opción, sino por falta de voluntades políticas que propendan a su fortalecimiento y consolidación.

A modo de ejemplo, y para delinear someramente algunos de los aportes que hacen estas experiencias al proceso de transformación en salud mental, vamos a citar el caso del Frente de Artistas del Borda de Buenos Aires, y de Radio Los Inestables de Córdoba.

Ambas experiencias trabajan con los usuarios y usuarias de los servicios de salud mental desde el interior del manicomio, pero con una fuerte apuesta de atravesar los muros, de expandirse hacia la comunidad y de promover espacios -alternativos y “alterativos”- tendientes a favorecer una vida digna, ciudadana, y en libertad.

En una investigación realizada por Caminada Rossetti y Donadio (2011), se indagó acerca de las narrativas sobre la locura que se producían y circulaban desde usuarios y trabajadores en una experiencia alternativa desmanicomializadora como es el caso del Frente de Artistas del Borda. En este sentido, el relato narrativo de los propios sujetos abría la posibilidad de que la propia enunciación rompiera con la práctica habitual de “ser hablados por otros”, por las instituciones (judiciales, científicas, médicas, académicas). En el trabajo realizado, se pudo visibilizar que en un espacio donde se promueve una práctica alternativa a la lógica manicomial, articulada a partir del arte y en un trabajo colectivo, se producen significaciones emergentes y diferentes sobre la locura, que rompen con representaciones sociales instituidas, como así también transformar las modalidades tradicionales y hegemónicas de abordar la locura en el campo de la salud mental.

Sin embargo, se encontró también, que persistían ciertas lógicas manicomiales y hegemónicas en los relatos de los trabajadores y usuarios, que se reproducían constantemente en un auto-estigma de nombrarse

como enfermos, anormales, excluidos. La lógica manicomial trasciende los muros físicos de los hospicios y coloniza los cuerpos, las subjetividades y los discursos de las personas que los transitan.

Con relación a ello, trabajar con el imaginario social sobre la locura reviste una importancia central, ya que sobre él se asientan toda una serie de prácticas manicomiales que arrasan con los derechos y las subjetividades. Para afrontar esta labor, el Frente de Artistas del Borda toma al arte como una herramienta de transformación institucional, social y subjetiva, no desde una concepción terapéutica, sino política, promoviendo que las personas puedan posicionarse activamente desde otro rol, ya no como locos sino como artistas.

Radio Los Inestables, por su parte, toma como herramienta a la comunicación comunitaria, para promover el ejercicio de derechos y la recuperación de la ciudadanía, a partir de la participación de los usuarios en espacios colectivos de circulación y apropiación de la palabra. En tanto medio de comunicación alternativo, pretende contribuir a la visibilización de las problemáticas en Salud Mental, y a romper con el imaginario social de la locura, promoviendo modos alternativos de abordaje basados en el reconocimiento de las personas como sujetos de derecho (Bertorello, Del Carpio, Forneris y Yoma, 2014).

Aunque se encuentren invisibilizados a nivel de las políticas, estas prácticas alternativas promueven incesantes avances en la implementación de las nuevas leyes de salud mental, en tanto crean nuevos paisajes de lo posible -que aún en y desde el manicomio- se expanden hacia el abordaje territorial e inauguran nuevas formas de habitar los espacios, de nombrarse y de relacionarse, indispensables para cimentar las bases de la vida en comunidad. Estas prácticas alternativas se presentan como “*experienciaros*” (Fernández, 2011) de otras formas de trabajar en salud mental, en tanto constituyen espacios-tiempos de experiencia y no son formas institucionales establecidas “*van inaugurando un modo territorial de estar-hacer-habitar distinto. Abren campos existenciales y políticos que habilitan otras formas del socius y otros modos de subjetivación.*” (Fernández 2011:70)

Por lo reseñado hasta aquí, consideramos que el cambio de paradigma en salud mental debe darse a varios niveles; que comprenden lo socio-estructural, las acciones tendientes a la transformación institucional, pero también –y de manera insoslayable- en el trabajo diario con los/as usuarios/as, para poder desmontar esas subjetividades alineadas a la lógica manicomial, y crear condiciones para el ejercicio efectivo de sus derechos, en que los usuarios y usuarias puedan constituirse en protagonistas de este proceso de transformación en salud mental, y en actores centrales de este campo.

5. Bibliografía

ALONSO, G. V. (2007). *Capacidades estatales, instituciones y política social*. Prometeo Libros. Buenos Aires, Argentina.

ASE, I; BURIJOVICH, J Y LA SERNA, C. (2007). *Programa de Capacitación en Análisis e Implementación de Políticas de Atención Primaria de la Salud*. Unidad Temática 2. Políticas Públicas. Córdoba, Argentina.

BERTORELLO, E; DEL CARPIO, S; FORNERIS, M. Y YOMA, S. (2014) *Radio Los Inestables*. Prácticas Inclusivas en Salud Mental y Adicciones con Enfoque de Derechos Humanos. Buenos Aires: INADI.

CAMINADA ROSETTI, M. Y DONADIO, N. (2011) *Narrativas sobre la locura en una experiencia de desmanicomialización: el caso del Frente de Artistas del Borda*. Tesis de Licenciatura. Facultad de Psicología. Universidad Nacional de Córdoba.

EVARISTO, P. (2000) Cap. 1: Historia de la institución psiquiátrica. En *Psiquiatría y salud mental*. Trieste: AsteriosDelithanassisEditore. Recuperada de <http://www.triestesalutementale.it/spagnolo/01-historia.htm>, el 4 de Julio de 2012.

FERNÁNDEZ, A. (2011) *Política y subjetividad. Asambleas barriales y fábricas recuperadas*. Buenos Aires: Biblos

GORBACZ, L. A. (2011). *Ley 26.657: El desmontaje del sistema represivo en salud mental*. Revista Salud Mental y Comunidad. Ediciones de la UNLa. Buenos Aires, Argentina.

ROTELLI, F. (1993) 8 + 8 principios para una estrategia de psiquiatría comunitaria, colectiva, territorial (versus salud mental). En Proyecto PaRI “Participación, reforzamiento institucional e innovación” Asistencia técnica y soporte formativo para la aplicación de la ley de reforma en Salud mental en Argentina. Recuperado de <http://conferenciabasagliargentina.org/wp-content/uploads/2012/11/Principios.pdf> el 20 de Octubre de 2012.

SPINELLI, H. (2010). *Las dimensiones del campo de la salud en Argentina*. SaludColectiva. Buenos Aires, Argentina.

CAPITULO 4

El modelo de la Incapacidad/Discapacidad frente a las personas con padecimientos mentales. El malestar subjetivo y la negación de derechos

Rosa López

Sumario: 1. Introducción. 2. Un poco de historia: Desde la salud mental. 3. Por el lado de la discapacidad. 4. Bibliografía.

1. Introducción

Los modelos de la discapacidad y de la incapacidad frente a las personas con padecimientos convergen en varios puntos y de hecho es una tenue línea la que las separa.

Es tan tenue que sus mismas definiciones se confunden. Desde que se le adjudica ese apelativo el eje está puesto en caracterizar a esa persona como careciente. Y si miramos a la persona como careciente, si ella y su familia y la sociedad toda la mira desde ese lugar, la posibilidad que tiene de pensarse como sujeto de derecho es casi inexistente.

Nos proponemos analizar entonces la intersección del ámbito llamado de la discapacidad y el de la salud mental, por qué fue creado este andamiaje, cuál es su necesidad, por qué discapacitar el padecimiento subjetivo, cuáles son sus consecuencias. Es desde ya una situación difícil de zanjar y de disolver.

Están vigentes los derechos de los discapacitados a través de la ley pero es muy difícil devolverle la carta de ciudadanía a aquél que desde joven o a veces desde niño ha pasado a ser estigmatizado como discapacitado, porque frente a la familia, a la sociedad y a él mismo, ese estigma significa la pérdida paulatina o drástica de la capacidad de tomar decisiones; primer gran derecho que es extremadamente difícil de volver a poner en pie. Por la familia, por el sujeto y por el conjunto de la sociedad.

Lamentablemente el modelo de la incapacitación y de la discapacitación es una herramienta que tanto familiares, padecientes y profesionales proponen para lograr cobertura en salud mental, obtener un magro subsidio que se denomina pensión asistencial, etc.

Pertenezco al Centro de Atención Psicosocial Casandra y la cuestión de la discapacitación es una problemática con la que nos encontramos en el camino de querer brindar un lugar que opere como alternativa a la lógica manicomial, ofreciendo un espacio que propicie la integración social y familiar. Esto no nos ha resultado nada fácil. La casa que creamos para tal efecto y que es uno de nuestros dispositivos se denomina oficialmente Centro de Día. Esta denominación acarrea algunos inconvenientes ya que la casa debe ajustarse a normas de funcionamiento que no contemplan particularidades.

Sin embargo, tener en cuenta la particularidad de cada sujeto que llega a la casa es nuestra principal herramienta de trabajo. Porque nos planteamos un trabajo acompañante para la persona que llega a nosotros para que pueda lograr una cierta autonomía y una posibilidad de hacerse cargo de sus expectativas y deseos. Esto nos ha conducido a intervenir en otras áreas tales como la promoción social y la defensa de los derechos de estas personas caratuladas como discapacitados. La casa fue creada con estos objetivos. Pero para recibir a nuestros primeros huéspedes debimos obtener una categorización en una dependencia del Ministerio de Desarrollo Social, en el que Salud no tiene la menor injerencia y que se titula "Dirección de Discapacidad".

Siempre nos preguntamos: ¿Cómo lograr cambios, transformaciones en el ámbito de la salud mental, cómo hacer para "desmanicomializar" si lo que le ofrecemos al sujeto es clasificarlo y categorizar a la casa que lo va a recibir, dentro del marco de la "discapacidad"? ¿Cómo producir cambios dentro de este contexto?.

Y siempre sostenemos que discapacitar el padecimiento subjetivo es una forma más de marginación.

2. Un poco de historia: Desde la salud mental

Los cambios en las relaciones de fuerza del poder ocurridos a partir de la industrialización y la tecnologización a que dio lugar, trajeron aparejadas según Foucault políticas que determinaron el encierro y hacinamiento en grandes nosocomios, de aquellos que no eran útiles al campo productivo: locos, linyeras, viejos pobres, mendigos. Se los puso a partir de allí en manos de la medicina, en su rama más joven, la psiquiatría. Ésta se dedicó a clasificarlos y determinar el grado de "patología" de cada "enfermedad".

Esta situación ha llegado a un grado superlativo en nuestros días y conforme ha ido creciendo la industria monopólica de psicofármacos, con el DSM IV; un manual de clasificación y calificación de enfermedades mentales exigido por organismos oficiales para diagnóstico y tratamiento de dichos pacientes.

"Muchos problemas laborales y jurídicos se resuelven ahora en el

campo de la psiquiatría. Se determina desde allí el grado de incapacidad o de responsabilidad que ese sujeto tiene y muchas veces comporta la muerte civil de la persona en cuestión. De esta manera o queda encerrado en un hospital psiquiátrico donde perderá cada vez más las condiciones de civilidad: vivirá en grandes dormitorios con montones de otros locos, sin intimidad, trabajando más miserablemente que afuera para obtener como paga si se presta a ello, tabaco y yerba. O con su familia pero en posición de parásito no productivo"⁷⁴.

Como bien dice Vezetti: *"El valor de la salud como categoría que organiza el nuevo discurso y experiencia médica, hace estallar los límites corporales según un movimiento de la higiene que extiende indefinidamente su mirada, que recorta y reconstruye cada síntoma de acuerdo con una especialización social de la enfermedad"⁷⁵.*

La manicomialización fue un instrumento organizado en el siglo XVIII para excluir y recluir en un solo golpe a personas que no encajaban en la norma social.

El manicomio de Oliva, en la provincia de Córdoba, fue en su momento el más importante de Sudamérica y fue creado por Domingo Cabred. Hoy lamentablemente seguimos conservando el espíritu de Cabred quien creía que los locos tenían que estar en manicomios, en colonias con laborterapia, lejos de los grandes centros urbanos. La Colonia de Oliva se creó el 10 de diciembre de 1908 para descomprimir los otros grandes manicomios ya existentes en el país. Hoy sigue funcionando así, descomprimiendo el Neuropsiquiátrico creado en 1890 y la Colonia Santa María creada durante la dictadura de Onganía. Sus habitantes provienen de familias y comunidades de muy bajos recursos.

La provincia de Córdoba estuvo adherida a la ley nacional 22.914 a través de la ley 8.028 hasta la promulgación de la ley 9.848. La primera es una ley nacional sancionada y promulgada el 1 de diciembre de 1982, es decir durante la última dictadura militar. Esta ley de internación psiquiátrica tuvo vigencia en la Capital Federal y los llamados "Territorios Nacionales".

La ley 22.914 más que una ley de salud mental es una ley que rige las internaciones de pacientes en establecimientos públicos y privados de salud mental –en realidad manicomios-.

La situación de la locura en la ciudad de Córdoba es particularmente alarmante pensando que a la fecha de elaboración de este capítulo hace casi 4 años de la vigencia de la ley 9.848 y no ha habido cambios al respecto. A nivel estatal existe el Hospital Neuropsiquiátrico, en el que teóricamente los pacientes no permanecen demasiado tiempo internados.

⁷⁴ Lopez R. Trabajo y Creatividad trabajo presentado en la Universidad de Villa María, Córdoba, Año 1989.

⁷⁵ Vezetti H. La locura en la Argentina Editorial Paidós, 1985 pp. 30.

Pero existe una puerta giratoria para muchos de ellos, amenazados desde ese momento con pasar a otros hospicios, fundamentalmente al asilo de crónicos de la ciudad de Oliva. Se les ofrece desarraigo, encierro, exilio interior, deshumanización.

Actualmente al fuera de la norma se lo tolera, porque también es cierto que una parte de la población transita en general en el espacio recortado de la familia con controles mensuales de medicación muchas veces realizado por el familiar. Largas recetas de psicofármacos con varias tomas diarias es el tratamiento indicado. No hace falta que esté internado para ello. Se transforma en una internación domiciliaria sin ningún trabajo psicoterapéutico y mucho menos redes sociales o laborales.

Esta parte de la población, la mutualizada, mientras le cubra -descontando las familias de alto poder adquisitivo- debe limitarse a elegir entre tres grandes clínicas que son las que han firmado contrato de exclusividad con la gran mayoría, entre ellas PAMI y AProSS esta última responsable de la cobertura de los empleados de toda la provincia.

Para PAMI, la atención ambulatoria y supuestamente alternativa en salud mental está en manos de estas tres clínicas que monopolizan la atención. Los mismos sanatorios que internan, utilizan electroshock y chalecos químicos, desconociendo al sujeto, su historia y su palabra, son los que están autorizados por PAMI y/o AProSS; para hacerse cargo de las prácticas alternativas a la internación, las que no gozan del reconocimiento de casi todas las mutuales.

Si pensamos que Córdoba es una ciudad de más de un millón de habitantes en una provincia de más de tres millones, éstos son datos preocupantes.

El panorama lamentablemente no cambió desde la vigencia de la ley provincial de salud mental, ley que adolece de algunos importantes detalles problemáticos, que la enfrentan o no siguen el espíritu de la ley nacional.

Por ejemplo, se habla de población y no de sujeto, padecimiento de orden emocional u orgánico y no subjetivo, de aptitud humana, individuo. No determina por ley el recurso presupuestario destinado a la Salud Mental -10% del presupuesto de salud dice la Ley 26.657-. En el Comité Intersectorial Permanente no figura el Ministerio de Trabajo. No hay un organismo de contralor independiente. Su reglamentación a través del decreto 1.022 del 24 de junio de 2011 también marca una incoherencia fundamental con la ley nacional cuando dice:

Artículo 37°.- *La prohibición a la que se refiere el artículo 37, no alcanza a la creación o sostenimiento de unidades dinámicas de internación de pacientes cuya desinstitucionalización o externación no sea posible, en particular en población de niños, adolescentes, adictos y pacientes bajo*

proceso judicial. La autoridad de aplicación determinará los estándares asistenciales de dichas unidades de atención, y los protocolos de actuación del equipo de salud que las integre.

Con estas importantes salvedades de todas maneras representa en sí un avance al tener ahora un instrumento legal para la exigencia de derechos y de un plan provincial de salud mental que muestre la proyección de la transformación institucional que exige la ley. Pensamos que si no existe una auténtica intencionalidad acompañada de una decisión política clara y contundente se puede convertir esta ley en letra muerta como ocurrió con la ley de salud mental 448 de la CABA, sancionada en el año 2000, reglamentada en 2004 y que aún no ha entrado en vigencia

*“El 25 de noviembre de 2010, el Poder Legislativo sancionó la Ley Nacional de Salud Mental que lleva el N° 26.657, con carácter de orden público siendo su cumplimiento obligatorio, sin necesidad de adhesión de las jurisdicciones”*⁷⁶ según figura en el Plan Nacional de Salud Mental que vio la luz el 29 de octubre de 2013. El 28 de mayo de 2013, a través del Decreto N° 603/2013, la presidenta Cristina Fernández de Kirchner reglamentó la Ley Nacional N° 26.657. Tardó tres años en reglamentarse y en elaborarse un Plan Nacional.

Lo que el Decreto reglamentario N° 603/2013⁷⁷ hace más evidente, y que ya formaba parte del cuerpo de esta Ley, es que todas las gestiones transformadoras ya no son tareas de un solo Ministerio sino de todos los organismos competentes del Estado nacional.

Para la implementación de la Ley, el citado Decreto establece la creación de:

1. La Comisión Nacional Interministerial en Políticas de Salud Mental y Adicciones, presidida por el ámbito de aplicación de la Ley;
2. Un Consejo Consultivo de carácter honorario formado por organizaciones de la comunidad que tengan incumbencia en la temática, en particular de usuarios y familiares, y de trabajadores;
3. Un Órgano de Revisión, en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa, con el objetivo de proteger los Derechos Humanos de los usuarios de los servicios de Salud Mental.

El Decreto establece, además, que tanto en las provincias como en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, deben ser creadas instancias equivalentes.

En su artículo 4 esta reglamentación dice:

“Las políticas públicas en la materia tendrán como objetivo favorecer el acceso a la atención de las personas desde una perspectiva de salud

⁷⁶ Plan Nacional de Salud Mental en www.msal.gov.ar

⁷⁷ Decreto Reglamentario ley 26657 en [Infoleg www.infoleg.gob.ar](http://Infoleg.www.infoleg.gob.ar)

integral, garantizando todos los derechos establecidos en la Ley N° 26.657.

Entiéndese por “servicios de salud” en un sentido no restrictivo, a toda propuesta o alternativa de abordaje tendiente a la promoción de la salud mental, prevención del padecimiento, intervención temprana, tratamiento, rehabilitación, y/o inclusión social, reducción de daños evitables o cualquier otro objetivo de apoyo o acompañamiento que se desarrolle en los ámbitos públicos o privados⁷⁸.”

A partir de las nuevas leyes de salud mental y las normativas vigentes a nivel internacional con respecto a derechos humanos de personas con padecimientos mentales surge la problemática de erradicar los modelos de incapacidad y discapacidad que siguen planteando a padecientes y familiares la discriminación y la marca. Dicha erradicación parece ser trabajosa ya que al mismo tiempo están en juego en la misma derechos de los padecientes con relación a lo laboral o con relación a su salud, según los casos.

Las normativas actuales de mutuales y obras sociales transforman la atención de la salud mental de sus afiliados en un beneficio cada vez más escaso y obliga a los mismos a recurrir a los certificados de discapacidad para obtener lo que es su derecho.

La aberración que significa que las obras sociales que fueron creadas para y por los trabajadores para poder contar con una amplia cobertura de salud, entre las que se cuentan las que abarcan mayor cantidad de afiliados como PAMI, las provinciales como AProSS en Córdoba y las grandes obras sociales nacionales como Empleados de comercio, Camioneros, etc, tercerizan sus obligaciones prestatarias de salud mental en las grandes corporaciones que históricamente defienden la medicalización de la salud mental.

Todo lo que antes era propender al bienestar de los afiliados a los gremios y sus importantes mutuales es ahora tercerizado a grandes Clínicas y Sanatorios cada vez más complejas, convertidos en grandes monopolios que venden servicios supuestamente de salud.

Esto aún no cambió a partir de la reglamentación de ambas leyes, PAMI y AProSS deberían ya por decisión política haber hecho la punta y sin embargo ambas están, bajo el sistema de capitación, a merced de las grandes clínicas que monopolizan la salud mental con un criterio mercadadamente mercantil y psicofarmacológico. Sus afiliados no tienen la libertad y por ende el derecho de elegir dónde atenderse.

Decimos con E. Galende (2004:55) que: *“El retiro del Estado y el avance de la privatización está reforzando las respuestas asistenciales de las demandas que reciben los servicios con el agravante de que la primacía de la respuesta asistencial lleva a sobremedicación psicofarmacológica y a*

*las internaciones evitables. Todo aquello que era atendido solidariamente por el Estado se está transformando en un campo más para la inversión y la renta económica. La salud pública se está transformando en una mercancía gerenciada por grandes grupos económicos que la colocarán como una mercancía más en las góndolas para que cada uno compre la salud que pueda pagar”*⁷⁹

Pero, como todas las cosas que ocurren, lo que pasa en Salud o en Desarrollo Social, que es política del Estado, no ocurre separado de toda la política y por lo tanto de los dictados de la OMS, de lo que los que ponen la plata para que sigamos endeudados cada vez más, haciendo todos los deberes que nos piden, que nos dicen cómo quieren que manejemos la salud, nos lo dicen también en el ámbito de la discapacidad. Por supuesto que el lugar de la locura es totalmente marginal dentro de este ámbito, que es al que tienen que recurrir para que el Estado “proteja y decida por ellos” y las mutuales le den una cobertura que desgraciadamente es la que han determinado que necesitan a través de despersonalizantes y engorrosos trámites que en general realizan solo los familiares.

Para los grandes monopolios del capital que subsidian, la locura no está contemplada como tal. O sí pero como consumidores de grandes cantidades de psicofármacos que minan aún más las posibilidades de esos sujetos desde el punto de vista social, laboral y personal. La industria psicofarmacológica mueve los hilos de las decisiones estatales en materia de políticas públicas en salud mental. Allí va a parar gran parte del magro presupuesto que se destina a salud mental.

La posibilidad de que el sujeto pueda desde su lugar, construyéndolo, fabricar sus propios lazos y diga qué es lo que quiere hacer, no es tema que les interese. Claro la locura como siempre habla allí donde se callan otros. Es difícil que quieran escuchar lo que tienen para decir cuando pueden crear este espacio.

Como dice Maud Mannoni (1995:14) *“Al serle quitada al sujeto, en la realidad cotidiana, toda posibilidad de soñar con otra parte, se priva de un motor fundamental a su deseo de crear y trabajar. El sujeto queda reducido a la condición de robot. No tiene más opción que permanecer inmóvil en el sitio en el que la administración lo ‘fija’”*⁸⁰.

El hecho de que los Ministerios de Salud y de Desarrollo Social se distribuyan la atención de las personas que sufren perturbaciones psíquicas, y esta no esté aún en manos de la Dirección Nacional de Salud Mental en la que Desarrollo Social participe, ejecutándose políticas claras verdaderamente integracionistas, deja la atención de estas personas en manos de la acción proteccionista que asume el gobierno. Acción que

⁷⁹ Galende E. “Situación Actual de la Salud Mental en Argentina” citado en Anuci L. “La institucionalización de la locura” Editorial Espacio Año 2005

⁸⁰ Mannoni M. Qué ha sido de nuestros niños “locos”? Nueva Visión 1995.

⁷⁸ Ibid.

crea una grilla donde el supuesto “discapacitado mental” junto con los “prestadores de servicios” deben encajar, engrillándose con ello a través de la actual legislación para discapacidad. Así se está entendiendo la política social en este campo a nivel nacional y provincial. No se adecua a la realidad de cada sujeto y de los que tratan de brindar una atención acorde a la misma.

3. Por el lado de la discapacidad

Por lo tanto hay una manera de institucionalizar discriminatoriamente la locura, que a veces no se tiene en cuenta. La de la discapacidad del sujeto. La atención de la salud mental está catalogada como una práctica especial para obras sociales y prepagas, no necesaria o excepcional, por la que un sujeto debe prescindir de su “beneficio” pasado cierto tiempo estimado por las mismas, salvo que pase a engrosar la lista de discapacitados.

¿Qué dice el Estado frente al PAMI por ejemplo que considera la salud un “beneficio” y no un derecho? Hay cuestiones de fondo a cambiar entonces para poner en marcha otra política de salud.

Para que una persona reciba, y su mutual o el Estado cubra psicoterapia por todo el tiempo que le haga falta, atención psiquiátrica, acompañamiento terapéutico –este último no reconocido como práctica de salud mental por la mayoría de las mutuales en la provincia de Córdoba-, acompañamiento en la inserción social y laboral, psicoterapia familiar, talleres de arte y oficios, debe obligatoriamente obtener del estado un certificado de discapacidad.

El problema es aún mayor y el discurso sumamente engañoso, ya que por un lado se dice que se discrimina menos a los discapacitados, pero en realidad cada vez son más las personas, niños, jóvenes y adultos, con problemas mentales, con problemas en su integración social y/o familiar que pasan a engrosar las filas de discapacitados. Los organismos estatales creados a tal efecto están entregando certificados de discapacidad a niños “difíciles”, adolescentes que no encajan en el colegio, diagnosticados apresuradamente con un rótulo que autoriza que sean medicados y sobremedicados de allí en más.

El organismo que tiene a su cargo regular y reglamentar la entrega de los certificados es el Servicio Nacional de Rehabilitación que pertenece a la Secretaría de Programas Sanitarios dependiente del Ministerio de Salud. Se encarga, a través de Juntas Médicas, de dar los Certificados de Discapacidad de acuerdo a la ley 22.431 y 24.901. Está facultado para otorgarlo a solicitud de la persona, de un familiar o de un profesional, pero al menos en la Ciudad de Córdoba no tiene ninguna injerencia con respecto a los prestadores que se harán cargo de las prestaciones que

esa persona necesita, ni brindan ningún asesoramiento y/o capacitación a los mismos, ni realizan seguimiento alguno de la persona declarada discapacitada mental; a partir del otorgamiento del Certificado en Córdoba, queda en manos del Ministerio de Desarrollo Social.

¿Cómo se explica que el Ministerio de Salud, que el Servicio de Rehabilitación, lo único que haga sea renovar cada 5 años ese certificado?

¿Para qué se da?

¿A qué política social y de salud responde esto?

¿Tendría algún sentido que exista este certificado si la salud fuera un derecho para todos y donde el sujeto tenga la posibilidad de elección?

Por otro lado, el Ministerio de Salud de la Nación a través de la Resolución 1328/2006 también rige para los establecimientos dedicados a personas declaradas por ellos mismos discapacitadas, encargándose al mismo tiempo de reglamentar las prestaciones que recibirán de acuerdo a una minuciosa discriminación según su patología que no deja de ser un manual como otros para no tener en cuenta proyectos innovadores para los sujetos concretos teniendo en cuenta sus particularidades.

Así hay por ejemplo Centros de Día discriminados de Centros Educativos terapéuticos. Esta resolución está regida por la ley 24.901 promulgada el 2 de diciembre de 1997.

Dice en sus fundamentos que: “*Las políticas de salud tienen por objeto primero y prioritario asegurar el acceso de todos los habitantes de la Nación a los Servicios de Salud, entendiéndose por tales al conjunto de los recursos y acciones de carácter promocional, preventivo, asistencial y de rehabilitación, sean éstos de carácter público estatal, no estatal o privados; con fuerte énfasis en el primer nivel de atención*”, y que *En el marco de las políticas del MINISTERIO DE SALUD se desarrolla el PROGRAMA NACIONAL DE GARANTIA DE CALIDAD DE LA ATENCION MEDICA, en el cual se agrupan un conjunto de acciones destinadas a asegurar la calidad de las prestaciones en dichos servicios*⁸¹.

El antecedente del Servicio Nacional de Rehabilitación es la creación en 1956 de la Comisión Nacional de Rehabilitación **al lisiado**. Fue en épocas difíciles de epidemia de poliomielitis a nivel nacional, fundamente en Buenos Aires y a nivel mundial. Es en 1969 que pasa a ser Servicio Nacional de Rehabilitación. En 1976 es Dirección, en el 1991 Departamento hasta que **en 1995** aparece en su nombre la palabra discapacidad: Servicio Nacional de rehabilitación y promoción de la persona con discapacidad. La CONADIS (Comisión Nacional de Discapacidad) fue creada en 1987.

¿A qué política de salud responde este cambio? ¿Cómo comenzó todo esto?

⁸¹ Ley 24901 en www.conadis.gov.ar

En el año 1980 la OMS publica la **Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías**, allí se define a la discapacidad como **“toda restricción o ausencia (debido a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano”**⁸². Vemos que aparece la norma, rigiendo la definición que ha dado origen a la creación de todo este andamiaje en el cual circula una gran cantidad de funcionarios y presupuesto. Cabe por supuesto la pregunta: ¿Normal para quién, de acuerdo a qué parámetros?

Es en las Segundas Jornadas Nacionales organizadas por el Servicio Nacional de Rehabilitación en Jujuy en el año 1972 que se oficializa el uso del término discapacidad, con el mismo espíritu de la clasificación de la O.M.S. La visión es siempre la misma, puesta en la incapacidad, en lo que le falta para llegar a la normalidad, la mirada puesta en las limitaciones, siempre aclarando, después de toda esta terminología abusiva, que no se niega las capacidades.

Nuevas clasificaciones no nos trajeron por supuesto buenos aires. En el año 1992 la American Association of Mental Retardation (Asociación americana del retrasado mental) nos regala una nueva definición del retraso mental supuestamente más abarcativa de la problemática, en la que se contemplan: Funcionamiento intelectual y habilidades adaptativas; consideraciones psicológicas y emocionales; consideraciones físicas, etiológicas y consideraciones ambientales. En el 2002 agregan, participación, interacción y roles sociales.

Estas modificaciones tienen relación con que en el año 2001 la O.M.S lanza otra clasificación de la discapacidad en la que supuestamente no tienen en cuenta solamente al individuo, sino apuntan a lo biopsicosocial.

He utilizado el término apuntan porque realmente ahora la mira está dirigida también a lo social; ¿O no se habla de familias disfuncionales? Lo social también desde la norma: desadaptado, disarmónico, etc. El problema de la pobreza, el hambre y la desnutrición que juegan un papel capital en la problemática de la salud mental que se juega en lo que hoy se aparta y se nomina discapacidad, no tiene cabida ni en las políticas de salud, ni en las grandes campañas donde circula el dinero de multinacionales y organismos internacionales.

Ahora ese Servicio de Rehabilitación vuelve a ser sólo Servicio Nacional de Rehabilitación

Teniendo en cuenta la estructura normativa, organizacional y cultural del organismo, sus antecedentes y la experiencia transmitida por sus autoridades, puede colegirse que el Servicio Nacional de Rehabilitación

⁸² OMS “Clasificación Internacional Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías” IMSERSO España. 1997

tiene como propósito: **“constituirse en el principal organismo en lo que hace a la prevención, rehabilitación, integración y promoción de la persona con discapacidad en el ámbito nacional.”**, siendo su misión: **“promover y facilitar la efectiva implementación de programas que fomenten la prevención, rehabilitación, integración y promoción de la persona con discapacidad”**⁸³.

Como se puede observar la cuestión de la discapacitación de las personas es un tema bastante reciente, y no se puede separar de las políticas que los grandes monopolios tienen reservados a la salud y la educación que deberían ser pilares de una población libre y responsable, pensada desde una política de derechos que no debería ser dictada más que por nuestras propias autoridades.

¿Cuál es por lo tanto la lógica que rige para el marco básico de las prestaciones para las personas con discapacidad y para la discapacitación de las personas? ¿No es la misma lógica manicomial que estigmatiza al sujeto, lo discrimina, lo aparta?

La resolución establece las Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad: de Rehabilitación, Terapéutico-Educativas, Educativas y Asistenciales del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral en favor de las Personas con Discapacidad⁸⁴.

Está absolutamente guiada por la rehabilitación que es a la vez segregación y marginación, y no por el primer nivel de atención como reza la ley. En esa resolución no se contempla el acompañamiento terapéutico por ejemplo.

Franco Rottelli dice: **“...un derecho es un bien universal que pertenece a todos sin distinción de clase, de sexo, de raza, de edad, de condición de salud y que nadie le puede ser negado un derecho considerado universal y constitutivo de la plenitud de la ciudadanía. (...) La acción habilitadora debe consistir en hacer que las personas sean capaces de ejercitar sus derechos plenamente si todavía no lo son o si han perdido esa capacidad, y en volver real y posible el ejercicio de un derecho arbitrariamente negado o aún no sostenido por la realidad de las cosas”**⁸⁵.

El problema del que así pasa a ser “discapacitado mental” es la particular discriminación social que sufre. Las personas consideradas discapacitadas son supuestas impedidas, adolecen de alguna capacidad que les imposibilita desarrollar con normalidad su vida diaria. No se tiene en cuenta que el ser humano tiene la posibilidad de crear otras capacidades que sustituyan el supuesto impedimento.

⁸³ Servicio Nacional de Rehabilitación www.snr.gov.ar

⁸⁴ Resolución 1328/2006 Ministerio de Salud Modificación del Marco Básico de Organización y Funcionamiento de Prestaciones y Establecimientos de Atención a Personas con Discapacidad, el que será incorporado al Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica.

⁸⁵ Rotelli F. “Re-habilitar la re-habilitación” en www.conferenciabasagliaargentina.org/proyectopari

Las personas que tienen problemas mentales pueden tener dificultades –no discapacidad- que quizá sean absolutamente momentáneas para continuar las actividades que venían realizando y en cambio sí pueden realizar otras. Sin embargo difícilmente sean contempladas en el área laboral. Es tanto el trajinar y la falta de una respuesta oportuna y adecuada que termina en la cronificación de la demanda y de la respuesta.

Es importante que tengamos en cuenta todas las formas de marginación. Para el sujeto con dificultades mentales, la discapacidad significa la muerte como sujeto y con ello, la muerte civil, social, laboral.

A pesar de que la ley 24.901 dice en su artículo 9 -definiendo a qué personas está destinada esta ley-: *“Entiéndese por persona con discapacidad, conforme lo establecido por el artículo 2º de la ley 22.431, a toda aquella que padezca una alteración funcional **permanente o prolongada**, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables en su integración familiar, social, educacional o laboral”* (resaltado de mi pertenencia); en la práctica se discapacita supuestamente para que el sujeto obtenga los “beneficios” de la ley porque el derecho a la salud está cercenado. Lógica manicomial pura.

Y desde ya que habría que ver qué se entiende por permanente o prolongada porque cabe preguntarse prolongada por quienes. Es el mismo problema de la cronificación de la persona con padecimiento subjetivo en los manicomios o tratamientos ambulatorios.

En Córdoba la Dirección de Salud Mental no tiene ninguna injerencia en el tema de la discapacidad de las personas con problemáticas psicosociales, sus reglamentaciones, el tratamiento que se les otorga, la atención de sus familias, de sus comunidades; pero los equipos de salud mental de los hospitales tramitan y aconsejan certificados de discapacidad, con lo cual los sujetos pueden ir a parar después de unos meses de internaciones en el hospital, de internaciones cortas y recurrentes, al hospicio privado.

En el ámbito de la discapacidad existe una marcada lógica manicomial –no solamente por la existencia de hogares, pequeños hogares, donde los sujetos discapacitados pasan desde su internamiento el resto de sus vidas- sino porque se pretende reglar las prácticas desde la estigmatización y diferenciación.

Convengamos que esta palabra *Discapacidad* no es la más apropiada toda vez que sostenemos una concepción no discriminatoria, posibilitadora, abierta y cautelosa del papel que nos cupe acompañando el proceso en el que estos sujetos están abocados para lograr ser ellos mismos. Una concepción donde el saber y la dirección del trayecto que hay que realizar la va a dar el sujeto a quien humildemente ofrecemos

nuestra compañía comprometida.

No va a ser a través de esta etiqueta que lo van a lograr.

Porque esta ley proteccionista de la persona con discapacidad tiene en la ley 25.504 su marca en la que el estado no es el encargado de proteger la persona de cualquier intento de ser considerado objeto –de protección, de cuidado, de vigilancia- sino que se coloca de lleno en ese espíritu con respecto a las denominadas de allí en más personas con discapacidad. La mencionada ley 25504 dice por ejemplo en su artículo 1:

“El Ministerio de Salud de la Nación certificará en cada caso la existencia de la discapacidad, su naturaleza y su grado, así como las posibilidades de rehabilitación del afectado. Dicho ministerio indicará también, teniendo en cuenta la personalidad y los antecedentes del afectado, qué tipo de actividad laboral o profesional puede desempeñar.” *“El certificado que se expida se denominará Certificado Único de Discapacidad y acreditará plenamente la discapacidad en todo el territorio nacional en todos los supuestos en que sea necesario invocarla.”*

Debería ahora crearse un mecanismo que proteja a estas personas del Estado que piensa, sabe, elige, dictamina y se da el lujo de discriminar espacios bajo la suposición de que es el que sabe y elige en lugar del sujeto caratulado como discapacitado. Precisamente esta ley está hecha para crear los organismos estatales que garanticen esto a través de un certificado de discapacidad con la que signan el porcentaje de dicha discapacidad, lo que ellos consideran que este sujeto –que ya con esto no es más sujeto, sino objeto de esta maquinaria creada que decide de allí en más por él- debe hacer, para qué está apto. Además, el certificado termina siendo el documento nacional de identidad para esa persona, más importante que el otro.

Entonces, para tomar la ley Nacional de Salud Mental que dice:

Artículo 5: *“La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad lo que sólo podrá deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado”.*

y

Artículo 15: *“En ningún caso la internación será indicada o prolongada para resolver problemáticas sociales o de vivienda, para lo cual el Estado deberá proveer los recursos adecuados a través de los organismos públicos competentes.*

Y si:

Artículo 27: *“Queda prohibida por la presente ley La creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados”*

Entonces no se puede dejar afuera de estos postulados el tema de la discapacidad mental de las personas.

La salud es un derecho social, por ende abarca a todos los integrantes de la sociedad. Un certificado de discapacidad para acceder a los servicios de salud no tiene por qué existir.

4. Bibliografía

GALENDE E. (2004). "Situación Actual de la Salud Mental en Argentina" citado en Anuci L. "La institucionalización de la locura" Editorial Espacio.

LÓPEZ R. (1999) "Trabajo y Creatividad" presentado en Universidad de Villa María Córdoba Inédito pp 4 ss.

MALDONADO A.; PEDRAZA G.; NAIDES E. (2001) "El Asilo" Memorias de la vida cotidiana Hospital Dr. Emilio Vidal Abal Oliva Córdoba 1914- 2001 Editado en 2002.

MANNONI M. (1995) "¿Qué será de nuestros niños locos? Editorial Nueva Visión.

OMS (1997) "Clasificación Internacional Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías" IMSERSO España.

ROTELLI F. "Rehabilitar la re-habilitación" recuperado de: www.conferenciasbasargliaargentina.org.proyectorpari.

VEZZETTI H. (1985) "La locura en la Argentina" Editorial Paidós

CAPÍTULO 5

Lenguaje y Derecho. Nuevas normativas en torno a la cuestión de las personas con capacidad restringida

Isabel Lucía Alem de Muttoni

Sumario: 1. Introducción. 2. Lenguaje y derecho. 3. ¿Qué se entiende por significante y significado? 4. Discurso jurídico. 5. Bibliografía.

1. Introducción

El presente artículo se corresponde con la exposición realizada el 13 de noviembre de 2014, en el marco del Seminario Interdisciplinario de Estudio y Reflexión, "Salud Mental" y "Derechos Humanos: Algunos Problemas Actuales", con el auspicio del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, llevado a cabo desde el mes de setiembre a noviembre de 2014. En el mismo intervinieron como expositores profesionales del derecho y la psicología.

La elección del título de la exposición: "LENGUAJE Y DERECHO. NUEVAS NORMATIVAS EN TORNO A LA CUESTIÓN DE LAS PERSONAS CON CAPACIDAD RESTRINGIDA", se fundamenta en la percepción de darle a la misma un contenido interdisciplinario cumplimentando el objetivo del seminario, relacionando el objeto de análisis "la capacidad jurídica como atributo de la persona física", denominada en el Código Unificado sancionado en el año 2014, "persona humana", que pertenece al derecho civil, con otras áreas del conocimiento en especial con la lingüística que, desde su lugar, ha dado nuevos significados a las palabras del lenguaje jurídico.

2. Lenguaje y derecho

En la exposición, centramos la atención en un aspecto valorativo, al sostener una igualdad real entre las personas con plena capacidad y aquellas que sufren discapacidad física o mental, lo que significa un cambio de paradigma. Sostenemos la capacidad jurídica universal, la no

discriminación de las personas con capacidades diferentes, instituyendo el derecho a la salud como un derecho humano.

Los técnicos del derecho en la elaboración de las leyes, no emplean los términos arbitrariamente sin tomar en consideración los permanentes reclamos que se hacen desde la lingüística a los modismos arcaicos y poco claros del sistema jurídico, omitiendo a veces que sus resoluciones afectan a todos los ciudadanos por igual. El primer paso para el cambio del paradigma es estudiar al lenguaje, cómo se utilizan las palabras en el discurso jurídico como discurso especializado; como utilizamos las palabras sea para excluir o integrar a la sociedad a las personas con capacidad plena, parcial o restringida

Se ha sustituido en los textos jurídicos las denominaciones tales como: demente por “personas que por padecer enfermedades mentales”, o “eventual incapaz”; retraso mental por “discapacidad intelectual”; y pericia médica psiquiátrica: “evaluación interdisciplinaria”; encierro por “internación involuntaria” entre otras.

El lenguaje acontece “se juega”, la misma apertura e historicidad de lo humano se traslada al lenguaje, trae nuevos significados que se manifiestan conforme a la realidad que se quiere describir. La lengua es un sistema de signos, una red de usos y sentidos, y es también un sistema de reglas. Esta actividad es llevada a cabo mediante el uso de palabras y oraciones. El filósofo austriaco Ludwig Wittgenstein, desde su disciplina la filosofía, desarrolla una interesante teoría: *“Sostiene que para entender un lenguaje hay que comprender cómo funciona. Lo fundamental es el modo de usarlo ya que, para él, el lenguaje es una trama de significaciones integrada con la trama de la vida de quienes lo usan y es también un complejo de actividades regidas por “reglas de juego”. Describir un objeto, informar sobre un acontecimiento, formar y comprobar una hipótesis, resolver un problema, dar órdenes, preguntar, agradecer, son “juegos de lenguaje” que obedecen a reglas. Las palabras se consolidan comunicativamente siempre desde un uso, una praxis, una acción lingüística. Si un signo no tiene significado, es porque no tiene uso o lo ha perdido. De allí que determinados términos caen en la inactividad y el olvido, para ser sustituidos por otros en razón de las necesidades⁸⁶ comunicativas o las circunstancias humanas”*.⁸⁷

La elección de la teoría de que el lenguaje es un sistema de signos, una

⁸⁶ BELLUSCIO Augusto, Director, “Técnica Jurídica para la Redacción de Escritos y Sentencias”, Introducción, autor: Gómez, Albino Klíx, Berrotarán, Clara Publicado en: Sup. Esp. Técnica Jurídica red.esc. y sent BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA. <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com>.

⁸⁷ ALEM de MUTTONI, Isabel Lucía, “¿Es posible la declaración de capacidad parcial” Comentario a fallo, publicado en Sección Jurisprudencia .Revista de la Facultad Volumen II N°1. Nueva Serie II, Editorial La Ley, Bs. As., Año 2011.

red de usos y sentidos no es caprichosa ya que en el lenguaje científico se han planteado recomendaciones explícitas en las disciplinas involucradas en la salud mental, sobre el uso del lenguaje para referirse a las personas con capacidad restringida, lo esencial es sustituir la denominación “personas incapaces” por “personas con capacidad parcial o restringida⁸⁸.”

La capacidad parcial o restringida son nominaciones, -nombres-significantes- con que la ley se refiere a personas con discapacidad, dicha denominación ha sido receptada por el nuevo Código Civil y Comercial, artículos 31 al 50, aunque el mismo no ha abandonado la denominación “incapaz” y “persona con incapacidad” en su articulado.

La ley funciona como un Lexicón, al igual que un Diccionario de términos jurídicos, establece los significantes del sistema, y tiene por objeto instituir la realidad. Decimos que instituir es dar estatuto de real a algo que no existe, la jurisprudencia es quien determina los significados de esos términos, vale decir, el alcance de cada uno en el caso concreto.

El discurso jurídico se manifiesta a través de los textos legales y su interpretación se cristaliza en las decisiones judiciales. El ponerle nombre a las cosas, no solo son juegos del lenguaje sino mecanismos de poder ya que la posibilidad de elegir entre dos o más palabras para dar entidad a una situación jurídica determinada desde el lenguaje es dar significado a una situación determinada. El sustantivo “capacidad” es el objeto y los adjetivos son “parcial o restringida” como cualidades de ese objeto. La lingüística como disciplina nos enseña el uso del lenguaje.

Para Austin y su seguidor Searle, un discurso es un acto de habla, y por tanto consta de los elementos de todo acto de habla: en primer lugar, un acto locutivo o locucionario, es decir, el acto de decir un dicho (texto) con sentido y referencia; en segundo lugar, un acto ilocutivo o ilocucionario, o el conjunto de actos convencionalmente asociados al acto ilocutivo; finalmente, un acto perlocutivo o perlocucionario, o sea, los efectos en pensamientos, creencias, sentimientos o acciones del interlocutor (oyente).

En la forma republicana de gobierno el Poder Legislativo mediante el lenguaje dicta leyes, se mueve en el mundo del deber ser, su lenguaje es descriptivo pero a la vez prescribe. Es lo que también denominamos discurso normativo, a través del mismo se origina la redacción de las leyes que junto con el discurso parlamentario hace que los agentes intervinientes produzcan sus argumentos para defender o refutar la sanción de las leyes. El Poder Ejecutivo promulga las leyes, hace que las mismas se cumplan, habla por decretos leyes, se expiden órdenes manifiesta la voluntad del Estado, a través de la política hace una construcción ideológica. El Poder

⁸⁸ (Dictamen del Asesores de Menores de Cámara) Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil, sala A. Fecha: 7/10/1992, La Ley 1993, DJ 1993-1, 647. Partes C. J. F.

Judicial a través de la sentencias interpreta la ley, la aplica al caso concreto, concede y amplía derechos, condena, absuelve, priva de la libertad, anula determinados actos, confirma actos. Ese carácter perlocutivo del discurso se manifiesta en los fallos de la Corte Suprema de Justicia a través de sus sentencias logra el objetivo, habla y hace que la sociedad haga lo que la ley dice que “debe hacer”, y toman fuerza de antecedentes jurisprudenciales de aplicación obligatoria por parte de los Tribunales inferiores.

El discurso que se produce en el ámbito de la administración de justicia, abarca el discurso de las partes que se manifiesta a través de fallos y sentencias, es el discurso de poder institucionalizado del campo de la justicia, es donde los operadores del derecho actúan sobre la realidad, en el caso de análisis, “capacidad jurídica”, se trata de adjudicar facultades, permitir realizar determinados actos, decidir sobre la autonomía personal, sobre su propio cuerpo, en definitiva que se respete su dignidad personal centrando la valoración en la capacidad y no en las limitaciones, en casos extremos es útil señalar lo siguiente: *“Para el incapaz lo más importante no es el dictado de la sentencia de incapacidad, sino la posterior actividad de control sobre su persona y la de su curador, que debe realizar el juez, con la concurrencia del Ministerio de Incapaces”*⁸⁹.

El Derecho siempre ha sido un mecanismo de opinión, de opresión, de control, y también de poder, en el caso de personas con capacidad restringida, primero estuvo en manos de los médicos psiquiatras exclusivamente, hoy la evaluación interdisciplinaria nos da una visión más completa de la persona de valoración obligatoria para el juez que dicta la sentencia.

La interpretación de la ley hace al concepto de “otredad” que pertenece a la sociología, a través de ella decimos quienes son los “otros”, quienes son las personas capaces y quienes son las personas incapaces. Rescatamos de Literas cuando dice *“la otredad es una condición normal en toda convivencia social, sin embargo, la distancia con ese ‘otro’varía sencillamente desde la convivencia efectiva a la intolerancia”*⁹⁰. Debemos dejar de usar denominaciones que estigmatizan, que deshumanizan, que discriminan, debemos llamar al “otro como persona”, reconocer al otro como igual, simplemente como persona, y suprimir definitivamente las palabras, “loco”, “demente”, “incapaz”, “enfermo mental”, “alienado”, “peligroso”, ya que el uso de dichas denominaciones ha tenido el efecto de hacer a esas personas con padecimientos mentales invisibles, de marginación en la sociedad por parte de las personas “sanas”.

⁸⁹ Literas Rondon Luciano, “Poder simbólico y realidad social”. DIALNET, Nómadas: Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas, N° 10, Año 2004.

⁹⁰ Recuperado de: http://cvc.cervantes.es/ensenanza/biblioteca_ele/diccio_ele/indice.htm.

3. ¿Qué se entiende por **significante** y **significado**?

Para entender el uso del lenguaje en el discurso jurídico es útil repasar conceptos básicos que nos vienen de la Lingüística como disciplina estructural, es el “léxico”, que nos da la connotación a lo que la palabra se refiere, es la relación entre la palabra y su significado de acuerdo a ciertas experiencias y al contexto. A su vez la semántica, semiología o semiótica, que etimológicamente nace de “semantikos”, lo que significa, lo que tiene significado, es la materia que se ocupa de la significación de las palabras. Es la rama de la Lingüística que tiene por objeto la evolución del significado de las palabras y las causas que lo han determinado. Es la ciencia de la significación, es el estudio del significado en el contexto de expresiones lingüísticas perteneciente o relativo a la significación de las palabras, la codificación del significado en el contexto de las expresiones, se ocupa de la producción social del sentido de precisar lo que llamamos “concepto”⁹¹.

El concepto es la representación mental de algo que es comprendido, conocido como el resultado de un proceso de reflexión, forjar conceptos acerca de algo.

El **significante** es lo que dice la ley, como el diccionario, una vez sancionada pasa por el proceso de evolución social, ese proceso de aceptación por parte de la sociedad es la eficiencia. El **significado** es lo que da la jurisprudencia, es lo individual, es la aplicación de la ley al caso concreto⁹². Necesitamos un nuevo lenguaje, un nuevo vocabulario, la capacidad jurídica como un atributo de la personalidad jurídica.

Ahora cabe preguntarnos: ¿Cuándo somos plenamente capaces? ¿Cuándo dejamos de serlo?

Esto está en íntima relación con dos conceptos contrapuestos uno de “**TUTELA**” en donde otra persona sustituye a otra en la toma de decisiones, hay una acción que se hace “**por**” y “**para**” otro, el presunto incapaz. En cambio tenemos en el polo opuesto a la “**AUTONOMIA**” donde la persona tiene la posibilidad de autogestión, es “**con**”, “**junto a**”, este es el nuevo paradigma, el nuevo significado dado en la Ley de Salud Mental y Código Unificado, las características del modelo es aceptar que las personas con capacidad restringida gozan de igual valor en dignidad que el resto, y lo que puedan aportar a la sociedad se encuentra relacionado con la inclusión y la aceptación de la diversidad. Gozan del derecho a la toma de decisiones en lo que atañe a su desarrollo y a su independencia personal⁹³.

⁹¹ SUAREZ MANSILLA María de las Mercedes, Apuntes del Seminario Discurso Jurídico, Carrera de Abogacía, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC., Año 2009. 2010.

⁹² YANKOVIC , Bartolomé, Profesor Guía, Delgado Gladys, Guzman Consuelo, Naguil Katherine, Palma Stefanie, Urcelay Maite, “Seminario, La Discapacidad en el cine: un estudio descriptivo”, Universidad Mayor, Santiago de Chile, 2008.

⁹³ Aprobados por Res.46/119 Asamblea ONU A-46-49-1991-N° 49, anexo 188-192

Los fallos de la CSJN: Tufano, (Fallos: 328: 4832, Sent. 27-12-2005), Hermosa, (Fallos: 330: 2774, Sent.12-6-2007) y R.M.J (Fallos: 331: 211, Sent. 19-2-2008), enunciaron los principios rectores en materia de restricciones a la capacidad, los que fueron incorporados en la legislación especial. Esos principios son: debido proceso, inmediatez y economía procesal, también esta jurisprudencia reparó en Los Principios para la protección de los enfermos mentales y mejoramiento de la atención de la salud mental⁹⁴. Así, el juez del domicilio debe ser quien se ocupe de la tutela efectiva, adoptando medidas de protección inmediata para los más vulnerables, en el caso de internación debe ser ordenada por el tiempo mínimo indispensable, revisada periódicamente para que ésta sea preventiva y no significar una auténtica privación de la libertad.

Los fallos de la CSJN le dan a los problemas de la salud mental un nuevo significado en el considerando 4°): *“personas que por padecer enfermedades mentales, o ser alcoholistas crónicos o toxicómanos sea restringida en su libertad”... “asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable...”;* *“vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono”;* *control por parte de los en los procesos donde se plantea una internación psiquiátrica involuntaria o coactiva es esencial el respeto a la regla del debido proceso en resguardo de los derechos fundamentales”* (Tufano, Ricardo 328:4832 27/12/2005)

Hay palabras o frases de los fallos de la CSJN utilizadas en la Ley de Salud Mental como:

- Derecho humano conforme al derecho convencional
- Construcción social
- Comunicación de la internación al juez.
- Revocar o confirmar.
- Control de legalidad en el caso de la internación involuntaria.
- Ordenar la internación como detención provisional o de forma preventiva.
- Derecho a ser oído, con participación del interesado-paciente en el proceso médico a través del consentimiento informado y en el proceso judicial con el nombramiento de un defensor.
- Dictar sentencia conforme a un dictamen independiente interdisciplinario.

Dichos significantes fueron analizados por parte de los participantes en el seminario a través de la lectura previa de los fallos seleccionados.

El orden jurídico estructura el discurso jurídico para resolver un conflicto en este caso para limitar la capacidad de personas que padecen trastornos

mentales. A partir del año 2005 los fallos de la CSJN, en nuestro país, han contribuido de manera efectiva contra la desigualdad social y han dotado de derechos a quienes carecían de ellos, tales como la capacidad jurídica universal, el derecho a ser oídos, de nombrar un abogado, la representación a través de la tutela solo en casos excepcionales. Además las internaciones deben ser excepcionales de corta duración, revisadas por el Juez del domicilio y la sentencia que limita la capacidad deben ser revisada periódicamente.

Cuando hablamos de personas con capacidad restringida debemos recurrir al discurso médico, éste es el que resuelve cuestiones de salud-enfermedad, podemos definir a la salud como el estado de completo bienestar, físico, mental y social.

Al referirnos a la discapacidad mental la conceptualizamos como una limitación importante en el funcionamiento intelectual, significativamente inferior a la media, originado durante el período de desarrollo y asociado a un déficit en la conducta adaptativa.

En este caso el discurso jurídico le va a preguntar al discurso médico con toda su especialidad e interdisciplinariedad cuando una persona puede ser limitada en su capacidad jurídica. Los nuevos protocolos desde 1992, señalan que deben suprimirse del lenguaje médico las denominaciones: retrasado mental, manicomio, celdas de aislamiento entre otras. Rescato para el análisis de la bibliografía con la que se trabajó en el seminario, el siguiente párrafo *“El trabajador de la salud es un trabajador del conocimiento y por ende del lenguaje, -verbal y no verbal, es central en su proceso de trabajo. El trabajador de la salud, en tanto trabajador del conocimiento hace cosas con palabras, y cuando trabaja se comunica, expresando así la potencialidad del lenguaje como constructor de la realidad”*⁹⁵

Hoy la tarea de los médicos es de evaluación del contexto, deben hacer un juicio clínico integral para una comprensión del funcionamiento humano y la provisión de apoyos individualizados. Esos apoyos los van a encontrar en quienes tienen el contacto directo con la persona sujeta a evaluación, es decir psicólogos, psicoterapeutas, trabajadores sociales, acompañantes terapéuticos, quienes a través del lenguaje propio de cada disciplina han modificado técnicas y modalidades de intervención en el campo de la salud mental.

4. Discurso jurídico

La sanción en diciembre de 2010 de la Ley de Salud Mental 26.657/ D.R.603/2013 ha revitalizado una temática sensible que involucra los principios relativos a la capacidad de las personas y la especial característica

⁹⁴ Aprobados por Res.46/119 Asamblea ONU A-46-49-1991-N° 49, anexo 188-192

⁹⁵ SPINELLI, Hugo, “Las dimensiones del campo de la salud en Argentina”, 6(3); 275-293. Instituto de Salud Colectiva, Universidad de Lanús, Bs. As, Setiembre – Diciembre 2010.

tuitiva de sus disposiciones cuando se trata de limitarla, que no se ciñe ya que trasciende más allá de las limitaciones que el plexo normativo impone en materia de interdicciones, (incapacidades absolutas), inhabilitación, (capacidad parcial), relativa a las causales que determinan su extensión.

Desde su nacimiento toda persona es titular de un conjunto de atributos que forman parte de los derechos humanos que están garantizados a través de un entramado de normas regulatorias que garantizan su ejercicio; así la persona satisface sus necesidades materiales y espirituales en el ámbito familiar y sus integrantes gozan de asistencia recíproca y cumplen los roles de protección y cuidado, constituyendo de ese modo la base celular de la estructura social.

Por ello, la doctrina ha sido unánime en el sentido de que la protección no se refiere sólo al ejercicio de esa capacidad para evitar actos perjudiciales para la persona o bienes del presunto incapaz, sino que también involucra a quienes padecen de por su embriaguez habitual o por uso de estupefacientes, o se encuentran disminuidos en sus facultades mentales sin llegar a ser dementes, o a también a los pródigos, (Art 152 bis, inc1, 2, y 3 CC), otorgándoles la debidas salvaguardias sin coartar su autonomía.

En definitiva, las disposiciones del Código Civil reposan en el paradigma de la protección que enlaza a todos los miembros de la familia y los terceros miembros de la comunidad para evitar daños a la persona y patrimonio de los supuestos incapaces.

El Código Unificado no ha sustituido el término “incapacidad”, incorporó “restricciones a la capacidad” y “personas con capacidad restringida y con incapacidad”, Artículos 31 y siguientes.

El análisis que se efectuó durante el Seminario, se hizo bajo la advertencia de que el tema a tratar relativo a las personas con capacidad restringida, se encuentra contenido en el Código Civil y Comercial, en el Libro Primero, Parte General, Título I: Persona Humana; Capítulo 2: Capacidad, Sección 3°: Restricciones a la Capacidad, Parágrafos 1° a 5°, se realizó con la certeza de que su sanción era inminente y comenzaría a regir a partir del año 2016, plazo que se redujo al 1° de agosto del corriente año.

Se describió su impacto con la legislación especial sobre el tema a la que remite: Ley de Salud Mental 26.657/10; Ley de Identidad de Género 26.743/212; Ley de Muerte Digna 26.742/12 y ésta última armonizada con la Ley de los Derechos del Paciente 26.529/09.

Se explicitaron los fundamentos de la reforma propuesta:

1°) En su aspecto valorativo sosteniendo una **igualdad real** entre las personas con plena capacidad y aquellas sufren discapacidad física o mental. Lo que significa un cambio de paradigma, es decir **la**

no discriminación de las personas con capacidades diferentes, instituyendo el derecho a la salud como un derecho humano.

En los Arts 48 y 2448 del código unificado, se da una definición de discapacidad como la *“alteración funcional permanente o prolongada, física, mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”*, la norma abarca a la persona en toda su dimensión teniendo en cuenta la inserción familiar, social, educacional y laboral.

Siguiendo a los profesionales de la salud, se sostiene que la invalidez se relaciona, cualquiera sea la causa generadora, con una disminución de uno ó más de los sistemas que componen el cuerpo humano, (ej: locomotriz, digestivo, respiratorio, cardiovascular, nervioso, cerebral, etc.) lo que normalmente se estima en más de las dos terceras partes de la capacidad profesional o laboral en general.

En cambio el discapacitado es aquel que habiendo sufrido una merma en uno o más de los sistemas que componen el organismo, ya sea secuela de un accidente o de una enfermedad, o que tenga origen congénito, dicha disminución no alcanza a los niveles mencionados, evaluando sus aptitudes profesionales, su capacidad intelectual para emprender alguna tarea acorde con la capacidad restante, teniendo en cuenta edad, fuerza espiritual, y ambiente en el que se desenvuelve, estos han sido los aspectos tenidos en cuenta en la reforma sancionada. Asimismo la Organización Mundial de la Salud define a la discapacidad como *“la pérdida de la capacidad funcional secundaria, con déficit en un órgano o función, y que trae como consecuencia una minusvalía en el funcionamiento intelectual y en la capacidad de afrontar las demandas cotidianas del entorno social”*.

2°) El código unificado distingue la capacidad de derecho de la capacidad de ejercicio, adecuándola a los patrones de **capacidad jurídica universal** flexibilizando las normas para ajustarlas a la Convención de los Derechos del Niño y a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, y de conformidad a la nueva Ley de Salud Mental .

En cumplimiento del **artículo 12 de la Convención de los Derechos de las personas con discapiciad (CDPD)**, de jerarquía constitucional (Conf. Ley N° 27.044 promulgada el 11/12/ 2014), que recomendó a los países a realizar los ajustes razonables en cuanto a la capacidad jurídica, para dar un concepto más amplio, el código unificado regula la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones y la capacidad de ejercicio de esos derechos. Señala disposiciones importantes tales como: posibilidad de contraer matrimonio previa dispensa judicial; mejora de la porción disponible a favor del heredero con discapacidad; validez del testamento otorgado por quien ha sido declarado incapaz pero tiene discernimiento en

el acto de testar; subsistencia de los legados hasta recuperar la capacidad; uso del fideicomiso testamentario a los fines de asegurar la asistencia médica, cuidados hasta la rehabilitación; responsabilidad intra vires en caso de aceptación de la herencia, entre otras.

3°) Se reserva el instituto de la **representación** para casos excepcionales y extremos de absoluta falta de habilidad para dirigir su persona o administrar sus bienes, es decir que las restricciones están legalmente previstas, (artículos 22, 23, 32 segundo párrafo).

4°) El código unificado, con relación al derecho interno, señala las **reglas generales a observarse en toda decisión judicial que limite la capacidad de ejercicio de las personas** y cuáles son las facultades del juez para determinar las restricciones prescriptas artículos 23 y 32 primer párrafo .

5°). Se integra una nueva categoría, la de los adolescentes que comprende a las personas de 13 a 16 años. El artículo 26 del código unificado, en armonía con la Ley del Paciente, Ley N° 26.529 /09 y modif., en su artículo 2 inciso “e”, considera capaz al adolescente a partir de los 16 años para **decidir sobre su propio cuerpo**.

La Ley de Identidad de Género Ley 26.743/12, en su artículo 4 mantiene la edad mínima de 18 años, para solicitar la **registración de cambio de sexo y nombre**.

La Ley de Muerte Digna, Ley 26742/12, en su artículo 11, atribuye a la persona capaz mayor de edad la facultad de **disponer directivas anticipadas sobre su salud**, y el artículo 5 establece “*voluntad suficiente efectuada por el paciente*”. Sostengo que habría que armonizar las edades para no tener una mirada discriminadora sobre las personas presuntamente incapaces, ensamblando las leyes especiales con el código unificado y así poder hacer efectivos los derechos de capacidad universal que se proclaman con relación a la autonomía en la toma de decisiones.

6°) En las personas legitimadas para el proceso incluye el código al **propio interesado en concordancia con la LSM**, y la obligación para el juez de la entrevista personal con quien está implicado en el proceso de restricción o incapacidad jurídica, (Arts.35CU,7 LSM)

7°) Establece un **régimen de la prueba, siendo obligatorio el informe interdisciplinario y puede ser aportado por el propio interesado**, (Art.36 CU, 22LSM).

8°) Reconoce nuevas figuras como las **redes de apoyo que prioriza los aspectos personales, sociales y familiares por sobre los patrimoniales**. Los apoyos y el establecimiento de salvaguardias

evitaran los excesos que los representantes o terceros pudieran cometer en perjuicio de las personas con capacidad restringida. Acá se plantea un régimen de protección mixto, por un lado se establece la autonomía personal y por el otro la colaboración en la toma de decisiones, tal como lo presenta el código en el artículo 32, párrafo 4°, correlativo con el artículo 43, y concordante con artículo 7 inciso g) LSM; el propio interesado puede proponer el nombramiento de una o varias personas.

La sentencia debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y puede ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (Art 38 CU).

El sistema ha sido tomado del derecho francés que en la última reforma ha incorporado el procedimiento de salvaguardias, que son personas elegidas por un consejo de familia; tal como está planteado en el código unificado nos deja un interrogante para el futuro.

Es importante en el nuevo código la incorporación de la atribución por parte persona presuntamente incapaz para poder designar los apoyos para que en el futuro junto a la misma es decir “con”, colaboren en su desempeño personal, se deben especificar los actos jurídicos u operaciones para las que están facultados eligiendo abogados, notarios, contadores, médicos y asistentes.

9°) El código fija pautas para las **medidas cautelares** que deben tener una finalidad de garantía y no de desapoderamiento para “**para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona**”(Art 34 CU).

10°) Con relación a **la sentencia se determina la extensión de la misma respetando la autogestión y vida independiente**, regulando su inscripción para hacerla oponible a terceros. Fija la **temporalidad de la sentencia** en tres años en consonancia con la LSM, lo que en la práctica traerá innumerables inconvenientes. El límite temporal no ha sido puesto con relación a los límites de cinco a diez años que prescriben las leyes provinciales que rigen la materia. Con relación a los traslados e internaciones se regularon en consonancia con lo prescripto por la LSM y los Protocolos de la OMS., a los que remite expresamente, (Arts.38 CU, 42 LSM que incorpora el art. 152 ter del Código de Vélez).

11°) Creo oportuno extenderme en una cuestión importante. Una de las consecuencias relativa a la sentencia está regulada en artículo 41 CU, Internación. “*La internación sin consentimiento de una persona tenga o no restringida su capacidad, procede solo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección*”.

En particular:

Debe estar fundada en una **evaluación de un equipo interdisciplinario** de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 41, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva

de su libertad. Este artículo tiene sus correlatos en el artículo 14 de la LSM, en cuanto dispone: “*la internación es considerada como un recurso terapéutico de carácter restrictivo, solo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos*”. El artículo 15 de dicha ley, señala: “*la internación debe ser lo más breve posible, en función de criterios terapéuticos interdisciplinarios*”. Ambos artículos de la LSM son concordantes con el artículo 16 de la misma que enumera los requisitos que deben cumplirse dentro de las 48 hs de ordenada la internación, los que tienen su fuente material en los fallos de la Corte Suprema ya mencionados, y se refieren a los principios de razonabilidad, proporcionalidad, igualdad, y previsibilidad respetando la autonomía de los pacientes.

Sigue diciendo el artículo analizado en su inciso “b” “*sólo procede ante la existencia de riesgo cierto de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros*.” Este inciso se refiere a la internación involuntaria del artículo. 20 de la LSM donde ha sido reemplazado el término peligrosidad, por “situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros”. Se suprime el término peligrosidad por la connotación excluyente y discriminadora sobre la persona.

Continúa el artículo 41, inciso “c” “*es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente*”; tiene su correlato en el artículo 14 de la LSM explicado en el párrafo anterior.

Siguiendo con el análisis expresa el inciso “d” “*debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica*”. En consonancia con el artículo 22 de la LSM, referido a la necesidad de nombrar una defensa técnica en el proceso, teniendo en cuenta además los códigos procesales de cada jurisdicción, en cuanto al Asesor Ad hoc.

El último inciso prescribe: “e” “*la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión*.” Este inciso es correlativo al artículo 38 del código unificado cuando habla del alcance de la sentencia y está íntimamente relacionado con los artículos 20 y 21 de la LSM, en especial este último in fine, cuando otorga al juez la facultad de ordenar la internación cuando el equipo de salud se negase a realizarla.

La OMS pregona que la internación debe ser el último recurso que deba adoptarse en casos extremos de padecimiento mental procurando socializar a la persona y evitar su aislamiento

12°) El código sistematiza las normas sobre **validez y nulidad de los actos celebrados por las personas con capacidad restringida** siguiendo el régimen de Vélez Sarsfield, incorporando en el artículo 46 una prohibición para los herederos de impugnar los actos del causante

luego de su fallecimiento, para evitar que éstos inicien acciones en contra de presuntos incapaces. En ese caso habrá de estarse a la prueba de ausencia de lucidez, aunque observe que la muerte dificultará la sentencia.

13°) El código **se reserva la figura de la inhabilitación para el supuesto de prodigalidad** en protección del patrimonio familiar, artículo 48, y trae una definición de discapacidad que se reitera idéntica en el artículo 2448 del mismo. Se plantea la duda de qué pasará con los actos conservatorios del patrimonio ejecutados por el mismo; podrán ser un elemento revelador para pedir su rehabilitación, teniendo en cuenta que al ser transitoria la sentencia la ejecución de esos actos pueden ser aptos para pedir la rehabilitación.

14°) El Código Unificado prevé el cese de la incapacidad y de las restricciones a la capacidad, prescribe: “*Procedimiento para el cese. El cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad debe decretarse por el juez que la declaró, previo examen de un equipo interdisciplinario integrado conforme a las pautas del artículo 37, que dictamine sobre el restablecimiento de la persona. Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador o apoyo.*”

La norma transcripta nos establece el mecanismo del cese de la incapacidad y de las restricciones a la capacidad, que deberá ser decretado por el mismo juez que la declaró, previo examen del equipo interdisciplinario y si no es total la recuperación, debiendo establecer en la sentencia cuáles son los actos a los que está habilitado el interesado a ejecutarlos, sea por sí mismo o con ayuda de un curador, apoyo o asistente. Este precepto tiene como punto de partida la presunción de capacidad de todas las personas y la posibilidad de la misma de recuperación.

Del análisis realizado podemos inferir que en el código unificado queda asegurada la **presunción de capacidad** y como consecuencia de la misma, **la validez de los negocios jurídicos**, la **autonomía en la toma de decisiones**, el **debido proceso con defensa en juicio**, como postulado fundamental para la decisión judicial que limite la libertad de las personas. El código está sujeto a los presupuestos ya consagrados en los fallos que a partir de 2005 ha dictado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fuente hermenéutica obligatoria conforme lo establecido en el Título Preliminar⁹⁶.

Rescatamos para el análisis el valor del significado de las palabras y el contexto ya que el mismo Título Preliminar del nuevo Código dice “*la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades,*

⁹⁶ ALEM de MUTTONI, Isabel Lucía, “LA CAPACIDAD RESTRINGIDA EN EL PROYECTO DE CODIGO UNIFICADO”, ANUARIO XIV (2012), CIJS, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC. Ed. LL, Bs. As. 2013.

las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.” El precepto evidencia la constitucionalización del derecho privado ya que se ha incorporado el derecho convencional a nuestra constitución nacional a través de las diferentes leyes de adhesión por parte de nuestro país.

En esta labor se pretende declarar la extensión significativa del término capacidad/incapacidad, como oportunamente se señalara, acorde al sistema jurídico nacional e internacional a partir de una interpretación homocéntrica. La evolución del progreso científico y social, como asimismo el avance de la técnica, que obliga muchas veces a dar a un concepto la denominación de otro. Propongo, en este caso, en adelante, la denominación a utilizar de “capacidad parcial o restringida”.

Esta nueva denominación tiene que ver también con la Ley de Salud Mental, que se denomina de “Salud Mental”, ya no de enfermos mentales, ni de discapacitados mentales; se trata de realizar un desplazamiento de un modo anterior de significado en el que han contribuido varios factores por ejemplo el progreso científico y leyes internas de orden afectivo, que no siempre pueden ser formuladas⁹⁷.

Al realizar un análisis del discurso de los fallos de la CSJN referenciados supra y los autos: “M., S.O.Y.A., E.S. p/su hija menor M.P.A. solicita p/ medida autosatisfactiva” Cámara de Flia de Mendoza. PSJ 07/06/2012, LL Gran Cuyo 2012, (agosto 2013)⁹⁸, se proponen tres preguntas:

¿Cuál es la situación de nuestra legislación con relación a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad?

¿Existe en nuestra realidad cotidiana un sistema de apoyos?

¿Es incompatible el art. 12 de la CDPD con relación a la incapacitación que trae el CU, se van a hacer efectivos los postulados de la Convención?

⁹⁷ VILCHES ACUÑA, Semántica Española, Aceptaciones primitivas y cambio de significado en las palabras españolas. Ed. Kapeluz- 1954 pag.16,

OROZ, Rodolfo, La vida de las palabras, en Conferencia de divulgación científica, Universidad de Chile, 1930

⁹⁸ En síntesis : De los hechos resulta que los progenitores de la menor M. que padece una debilidad mental, pero no fue declarada judicialmente insana, promovieron una medida autosatisfactiva a fin de que se autorizara la práctica a aquélla de una ligadura de trompas de Falopio. De los autos resulta que las condiciones de vida de la menor son paupérrimas toda vez que vive en una situación de pobreza estructural con hacinamiento crítico y cohecho, además de que se encuentra inserta dentro de un grupo familiar numeroso de quince hijos, con antecedentes de abuso sexual. El juez de autorizó la práctica, pero ante la apelación de la Asesora de Menores, la Cámara decide finalmente revocarla. La Asesora de Menores ataca la resolución que da lugar al pedido de los padres de M.P.A., menor de edad con padecimiento mental, para que se le practique ligadura de trompas de Falopio expresando los siguientes agravios: Invoca los derechos reconocidos a los niños y enfermos mentales y personas con discapacidad que se verían afectados con dicha medida, toda vez que el Art.3 de la ley 26.130 exige que al tratarse de la solicitud de la medida por parte de una persona con discapacidad debe ser declarada judicialmente tal medida deberá

La reforma legislativa en su ingreso al sistema produce un cambio de paradigma respecto a la valoración social del discapacitado.

De las respuestas que demos a los interrogantes planteados con anterioridad podremos determinar si a partir de la sanción de la legislación de reformas podemos dejar de lado la dicotomía sano/insano, prevista en el plexo normativo vigente en el derecho argentino, como en su momento se suprimió la denominación de adulterinos, incestuosos, sacrílegos, para referirse a los hijos extramatrimoniales, que fueron estigmatizados en la sociedad de su tiempo.

Esperamos que el análisis del discurso que pretendemos hacer desde este lugar contribuya de manera efectiva contra toda desigualdad social, a fin de que el uso del lenguaje pueda dotar de poder a quienes carecen del mismo, y que las leyes, **-significantes-** a través de las sentencias contribuyan a dar el verdadero **significado** a la capacidad jurídica en el caso concreto, ampliándolas para asegurar la autonomía personal en toda su dimensión.

5. Bibliografía

ABRAHAM TOMÁS (1982) *Ley Mayor, El Discurso Jurídico, perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, obra colectiva, Hachette, Ed. Artes Gráficas, Bs. As, 1982.

ALEM DE MUTTONI, ISABEL LUCÍA (2012) *La capacidad restringida en el proyecto de Código Unificado*, ANUARIO XIV, CIJS , Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC. Ed. LL, Bs. As. 2013

ser autorizada judicialmente y en este caso particular la menor M. no ha sido declarada incapaz. Considera conculcado el derecho a la salud reproductiva, de conformidad a las previsiones que en relación al matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales contenidas en el Art. 23 de la CDPD, en especial el derecho de las personas con discapacidad, incluidos los niños y niñas de mantener su fertilidad en igualdad de condiciones que los demás.-Por ultimo exige que previamente a resolver sobre la ligadura de trompas tanto su defendida como sus padres deben ser informados de la alternativa de colocarle un DIU como método de contracepción, señalando de M. no presenta un enfermedad mental grave y que tampoco se ha probado la urgencia en realizar una ligadura tubaria, tal requisito da cumplimiento a las exigencias del consentimiento informado. De las deliberaciones rescato para el presente análisis el voto de la Dra. Zanichelli: Desde un principio advierte que el recurso debe prosperar y para denegarse la autorización solicitada, principalmente porque tal medida fue solicitada por la progenitora de una joven menor de edad que no ha sido declarada judicialmente incapaz. La ley 26.130 en reemplazo de la ley 17.132 no considera como requisito para acceder a la ligadura de trompas la “indicación terapéutica precisa”, ya que incluye esta práctica dentro del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, y requiere el consentimiento libre e informado del paciente, salvo en incapaces declarados judicialmente en donde se exige la autorización judicial. Considera que la nueva ley ha representado un gran avance en el reconocimiento legislativo expreso de los derechos sexuales y reproductivos, derivados de los derechos constitucionales a la salud, la igualdad y a la autodeterminación personal. El fallo hace referencia a la Ley 26.529 sobre Derechos de los pacientes, y sobre la interpretación restrictiva en cuanto al consentimiento informado, que debe ser proporcionado a todas las personas en igualdad de condiciones, y bajo el principio de reserva que consagra el art. 19 CN.

_____ (2013) Proyecto de tesis doctoral: *La capacidad parcial o restringida, efectos jurídicos de la alternancia etimológica* Expediente N° 15047/2011, 30 de marzo de 2011, Secretaría de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

AUSTIN, JOHN LANGSHAW (2006). *Cómo hacer cosas con palabras y acciones* Bs. As Paidós 2006.

_____ (2005) *Cómo hacer cosas con palabras*, Cambridge (Mass.) 1962 - Paperback: Harvard University Press, 2nd edition, ISBN 0-674-41152-8.

BAJTIN MIJAIL M. (1990) *Estética de la creación verbal*, 10ª. Edic . México, Siglo XXI Editores; 1990

BORUDIE PIERRE (1987) *Cosas Dichas*. Barcelona: Gedisa.

BELLUSCIO AUGUSTO C. (2011), *Técnica Jurídica para la redacción de escritos y sentencias* B.J.A. Suplemento espacial de LL (16/01/2011)

BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia (2013) *Manual de Derecho Privado I, Parte General*, Advocatus, Córdoba.

BIHR PHILIPPE, BIHR MARIE-HÉLENE (2013) *Droit Civil Général*, 19 edition- Série Droit Privé- Dalloz- paris.

BREÁL MICHEL (1904) *Ensayo de Semántica: Ciencia de las significaciones*. Ed. La España Moderna. España.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO (2009), *La protección de las personas incapaces*, Colección Conoce tus derechos, Julio 2009. Madrid. España.

BUTELER JOSÉ A. (2000) *Manual de Derecho Civil - Parte General*, Advocatus, Córdoba.

CALERO CARLOS MARÍN (2012) *Los apoyos a la Capacidad Jurídica de obrar de las Personas con discapacidad. Capacidad Jurídica Discapacidad y Derecho Humanos*. Ediar

CIFUENTES, SANTOS (1999) *Elementos de derecho civil*, Editorial Astrea, Bs.As.

_____ (2005) *Código Civil Comentado*, Editorial La ley, Bs.As.

COURBE PATRICK (2009) *Les personnes, la famille, les incapacités*, Droit Civil- Mementos Dalloz- 7ma éditon.

CUBO DE SEVERINO LILIANA, PUIATTI HILDA, LACÓN NELSI (2012) *Escribir una tesis. Manual de estrategias de producción, Colección Lengua y discurso*, Ed. Comunicarte. Córdoba.

FAMA, MARÍA VICTORIA (2005) “Salud Mental y Derechos Humanos hacia un sistema de gradualidad de capacidades”, *Derecho de Familia*, N° 31,

LexisNexis.

FAMA, MARÍA VICTORIA; HERRERA, LUZ; PAGANO, MARÍA (2008) *Salud Mental en el Derecho de Familia* Ed. Hammurabi. Bs. As.

FENOUILLET, DOMINIQUE (2009) “Le mandat de protection future ou la double illusion” *Reportoire du notarial Defrenois* 30 de enero de 2009.

FETERIS EVELINE T. (2007) *Fundamentos de la Argumentación Jurídica*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

FOUCAULT MICHEL (1999) *Los anormales*, Curso lectivo 1974 y 1975, Ed. Fondo de la Cultura Económica, Bs As.

_____ (2000) *La verdad y las formas Jurídicas*, Ed. Gedisa, Barcelona.

IGLESIAS MARÍA G. (2012) “Capacidad Jurídica: restricciones a la capacidad en el Anteproyecto de Código Civil. Entre la incapacidad y los apoyos”, *Jurisprudencia Argentina, Número Especial, El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil, -II*, Ed. Abeledo Perrot.

GALLASH SOLANO ELISA (2010) “Abordaje Psicosocial de personas con enfermedad mental severa de la cronicidad a la recuperación”, Editorial Intersalud, Valencia. ISBN 978-84-614-3028-4

GHIRARDI, JUAN CARLOS (1991) *Inhabilitación Judicial*, Ed. Astrea, Bs As.

GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio (2010), “Algunas consideraciones acerca de las respuestas que debe brindar el estado frente a las personas con discapacidad”. *Rev. Derecho de Flia. y de las Personas. La Ley* N° 8, Set/ 2010.

_____ (2013) “La capacidad jurídica analizada a la luz del Proyecto de reforma al Código Civil y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿capacidad de ejercicio o restricción a la capacidad?”, *Rev de Derecho de Familia*. 2013-II, Ed. Abeledo Perrot

GIAVARINO, MAGDALENA BEATRIZ (2010) *La autonomía de Gestión patrimonial. Variable en relación “curador” “curado”*, LL, N° 11, Dic/ 2010.

HABA ENRIQUE PEDRO (2006) *Metodología Jurídica Irreverente, Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*, Instituto de derecho Humanos Bartolomé de las casas, Universidad Carlos III de Madrid, Ed. Dykinsos, Madrid.

IGLESIAS MARÍA G. (2012) *Capacidad Jurídica: restricciones a la capacidad en el Anteproyecto de Código Civil. Entre la incapacidad y los apoyos*, *Jurisprudencia Argentina, Número Especial, El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil, 2012-II*, Ed. Abeledo Perrot

KRAUT, ALFREDO JORGE (2006) *Salud Mental. Tutela Jurídica*, Rubinzal Culzoni, Bs.As.

_____ (2010-3) *Derechos específicos de las personas con trastornos mentales* RDP RubinzalCulzoni.

KRAUT ALFREDO Y DIANA NICOLÁS (2012) *Un breve panorama de la Legislación la Jurisprudencia y el Proyecto de Código Civil y Comercial, Una imprescindible relectura del status jurídico de las personas con discapacidad mental*. RDPC. RubinzalCulzoni.

KIELMANOVICH, JORGE L. (2011) “El nuevo juicio de interdicción y de inhabilitación (ley 26.657)”, La ley 17/02/2011 Bs. As, 2011. está publicado on line.

LAPESA MELGAR RAFAEL (1968) *Introducción a los Estudios Literarios*, Ed. Anaya S.A. Madrid.

LITERAS LUCIANO, Poder simbólico y realidad social. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas ISSN 1578-6730

LORENZETTI, RICARDO L. (2012) Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Publicado en: LA LEY 23/04/2012,

LLOVERAS NORA Y SALOMÓN MARCELO (2009) *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad.

MAYO, JORGE – TOBIÁS, JOSÉ W. (2011) “La Nueva ley 26.657 de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil”. Revista de Familia y de las Personas - La Ley Número 2 – Año 3- Bs As.

MAGARIÑOS DE MORETIN (1982) *El signo. Las fuentes teóricas de la semiología: Saussure, Pierce y Morris*. Colección Hachette Universidad dirigida por Elvira Arnoux, Bs As.

MARTINES ALCORTA, JULIO A. (2013) “Ejercicio de la capacidad jurídica en el Proyecto de Código- D F y P”. La ley, enero-febrero 2013

MENDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA (2005) *Derecho de Familia*, LexisNexis, N°31, 2005.

MERLO LEANDRO MARTÍN (2012) “La mejora estricta para los herederos con discapacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial. D F y P”, La Ley, julio 2012.

MONSERRAT PEREÑA, VICENTE (2010) “La Convención de Naciones Unidas y la Nueva visión de la capacidad jurídica, Derecho. Minorías y grupos vulnerables otra mirada a la discapacidad”. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Año IV, N°26, Julio-Diciembre de 2010

pag.69-78

OEA. Acción para el Decenio de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad, 2006-2016.

OROZ, RODOLFO (1930) *La vida de las palabras*, Conferencia de divulgación científica, Editorial Universidad de Chile.

OSORIO, MANUEL (1994) *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Ed. Heliastas, Bs. As.

PAGANO, MARÍA LUZ (2010) “Las personas con discapacidad y sus familias bajo el prisma de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad” IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Año IV, N°26, Julio-Diciembre de 2010 pag.79-96.

PÉREZ BUENO, LUIS CAYO (2009) *Hacia un Derecho de la Discapacidad*, Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo, Fundación Academia Europea de Yuste, Ed. Thomson Reuters, Pamplona 2009.

PÉREZ RÍOS, JOSÉ LUIS (2010) “El procedimiento en los juicios de inhabilitación del art.152 bis del Código Civil”, Rev. Derecho de Flia y de las Personas, La Ley, N° 6, Julio 2010.

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL de la República Argentina, AbeledoPerrot – 1999.

RIVERA, JULIO CÉSAR (1994) *Instituciones de Derecho Civil*, Parte General, Tomo I, Abeledo-Perrot, 1994.

REVISTA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS UNIVERSIDAD DE CALDAS, Manizales, Colombia, Vol 6 N° 1, enero-junio 2009, Ed. Universidad de Caldas.

ROVEDA, EDUARDO G. (2009) “Derechos humanos de las personas con padecimiento psíquico. Necesidad de revisar el sistema de capacidad del Código Civil Argentino, Derecho de Flia y de las Personas”, La Ley, N° 1, set.2009.

ROSALES PABLO OSCAR (2013) Coordinadores JORGE EMILIANO JOSÉ, GERARDO ANDRÉS D´UGO, “Discapacidad, Justicia y Estado”, Vol 3, diciembre 2013 Ed. Infojus, Bs. As.

SEARLE J.R. (1990) *Actos del habla: ensayo de filosofía del lenguaje*. Ediciones Cátedra. Madrid.

SPINELLI, HUGO (2010) “Las dimensiones del campo de la salud en Argentina”, 6(3); 275-293. Instituto de Salud Colectiva, Universidad de Lanús, Bs. As, Setiembre – Diciembre 2010

STAKE, ROBERT E. (1998) *Investigación con estudio de casos*. Ed. Morata, Madrid.

SUÁREZ MANSILLA, MARÍA DE LAS MERCEDES (2009) *Apuntes del Seminario Discurso Jurídico, Carrera de Abogacía, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC*. 2010

TOBIAS, JOSÉ W. (1992) *La inhabilitación en el derecho civil*, Astrea, Bs. As.1992.

_____ (2012) “La persona Humana en el Proyecto” en *Derecho de Familia y de las Personas* La Ley, Julio 2012.

TOULMIN, STEPHEN. “Los usos de la argumentación”, Ed. Península, Barcelona, 2007.

TRIGEUD JEAN MARC (2000) *Dialectique et Demonstration dans Le Raisonnement Juridique*, (Burdeos Francia), publicado en obra colectiva El siglo XXI y el razonamiento forense , Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Olsen A. Ghirardi , Director, Ed. Advocatus, Córdoba.

VAN DIJK, TEUN A. (1999) *El análisis crítico del discurso*, Antropos. Barcelona. pp.23-36.

VILCHES ACUÑA (1930) *Semántica Española, Aceptaciones primitivas y cambio de significado en las palabras españolas*. Ed. Kapeluz- 1954 pag.16, Oroz Rodolfo La vida de las palabras, en Conferencia de divulgación científica, Universidad de Chile. Chile.

VERSIÓN TAQUIGRÁFICA, CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN, Reunión de la Comisión de Salud y Deporte, Salón “Eva Perón” — H. Senado de la Nación. 24 de noviembre de 2009. Presidencia de la señora senadora Giri. 24/11/2009 Reunión de la Comisión de Salud y Deporte . — Juan Carlos Stagnaro, director del Departamento de Salud Mental de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires.

WITTEGENSTEIN L. (2006) *Investigaciones Filosóficas*, Buenos Aires; Paidós.

CAPÍTULO 6

Fricciones entre salud “mental” y derecho penal en el esquema de la actual ley argentina: Desencuentros en punto a una subjetividad *única*

Natalia Monasterolo

Sumario: 1. Introducción y aclaraciones preliminares. 2. La ley argentina entre el Derecho a la salud “mental” y las medidas de seguridad curativas. 3. Reflexiones finales: ¿La paradoja de lo irreconciliable? 4. Bibliografía.

1. Introducción y aclaraciones preliminares

Tal como fuera expuesto al tiempo de explicar la estructura normativa que cimienta las diversas creaciones agrupadas en esta poligrafía⁹⁹, a su turno y por diversas razones, el Estado argentino se fue sujetando legislativamente a un particular modelo de abordaje de la salud esencialmente afincado en una ideología humanista¹⁰⁰.

Desde esta conceptualización de la salud humana, como también ha quedado reflejado a su turno, las cuestiones relativas a la psique ya no pudieron ser visualizadas de manera fragmentada, cual cuestiones privativas de una salud distinta a la que clásicamente se conoció como salud; i.e. la salud física. Ahora, mejor, ya no cabe admitir una salud mental apartada, sino una salud integral en la que lo mental representa uno de sus diferentes (pero no por ello desvinculados) aspectos.

Con esto, desde el plano de un paradigma protector de la persona humana, la argentina ha asumido, al menos en la letra de la ley, la concretización de un modelo de abordaje del aspecto mental de la salud afincado en un constructivismo subjetivista, diametralmente opuesto a la concepción biologicista propia del clásico pensamiento biológico-organicista.

⁹⁹ V. Prefacio.

¹⁰⁰ Se prefiere el término humanista y no humanitario, en tanto, tomando las explicaciones brindadas por Paulo Freire (2008:49 y ss), el humanitarismo hace uso de una filantropía concentrada en mantener la subyugación de oprimidos por opresores, en una deliberada intención por asumir posturas benevolentes que no admiten la igualdad de los hombres como sujetos de derecho. Por el contrario, el humanismo repara en estas desigualdades y pretende la superación de las diferencias negativas a partir de una relación dialógica entre los hombres como pauta nodal para emerger del dualismo opresores/oprimidos.

El salto colosal se encuentra encarnado en el paso que supone correrse de un diseño manicomial, fuertemente sostenido por la lógica totalitaria del asilo, para dar lugar a un esquema antimanicomial, amarrado a la idea del tratamiento comunitario hasta la completa desaparición de la cultura manicomizante¹⁰¹.

En esta inteligencia, las afecciones de la psique ya no son exclusivamente visualizadas como enfermedades mentales, apegadas a un ideario en el que se conjugan lo inmodificable e insuperable como pilares de diagnósticos deterministas. Es allí, precisamente, donde cobraron mayor fuerza los discursos peligrosistas de la defensa social y el rol hegemónico otorgado a la psiquiatría clásica; ambos, muñidos del perfecto instrumental controlador del movimiento y la libertad del espíritu (i.e. manicomio y medicamento).

Empero, para la corriente contraria (desde donde argüimos contra lo que no ha mutado), el concepto de enfermedad cede paso al de padecimiento subjetivo, en un terreno de inter-juegos entre medio e individuo donde todo se construye y de-construye, justamente ahí, en la comunidad, lugar en el que estriba el abordaje correcto de la dolencia psíquica del sujeto.

Con esto, aparece un campo de múltiples operatorias disciplinares (psiquiatras, psicólogos/as, trabajadores sociales, médico/s, terapistas, etc), actuando desde el nivel primario de la salud con clave en una de las unidades iniciales de desarrollo comunitario (v.gr. el vecindario). Mas también, se diluyen los diagnósticos meramente concentrados en lo patológico del individuo, se desvanecen las supremacías del saber, y se re-definen los privilegios históricamente otorgados a la terapia medicamentosa.

Al final, el objeto de poder pierde sentido frente al sujeto de derecho, o más prístino aún, el insano peligroso es reemplazado por el ciudadano con padecimientos subjetivos.

No es este el lugar para profundizar la cuestión y deslindar hasta donde llegan las resultas de tales postulaciones, pero tómese lo expuesto (que reproduce en parte lo plasmado al explicitar el prisma desde donde ha partido este libro) para plantear de entre tantas cuestiones, aquélla que se suscita cuando la persona con padecimientos psíquicos se enfrenta a una expresión del derecho eminentemente represiva: El derecho penal.

El meollo del asunto puede graficarse con una sencilla pregunta formulada del siguiente modo: ¿Qué ocurre jurídicamente cuando una

¹⁰¹ Se prefiere la expresión cultura manicomizante antes que el señalamiento de la disolución del sistema hospitalo-céntrico, en la convicción de que no sólo en el espacio cerrado del asilo impera y se sostiene la lógica manicomial. La construcción de identidades dentro y fuera del manicomio, junto al manejo de poder que este tipo de estructuras supone, no concluye con el derrumbe de los "museos de la locura humana", sino que reclaman genuinas adhesiones, tanto como para permitirse la purificación de toda forma de verticalismo arquetípico del hospicio.

persona con padecimientos subjetivos comete una conducta que el derecho penal considera, *prima facie*, reprochable?

Este interrogante, cuya respuesta nos traslada al subsiguiente punto, reclama realizar algunas aclaraciones preliminares¹⁰² a fin de delimitar no sólo el análisis que allí ha de realizarse sino también dar sentido al título de este artículo.

Sabido es que la ley, al menos en el esquema de nuestra democracia representativa actual, constituye un producto razonado emanado de uno de los poderes del Estado específicamente dispuesto para ello. Así, ley, es el instrumento escrito que tras cumplir un proceso determinado por parte de los integrantes del congreso y recibir la aprobación pertinente desde la órbita del ejecutivo, se encuentra llamada a *decir* el derecho en punto a la regulación de las relaciones inter-subjetivas. Esta dinámica encuentra sustento constitucional.

Se advierte claro entonces que cuando aquí hablamos de ley, no lo hacemos en términos de leyes naturales o morales, sino más bien, en atención a leyes positivas (aunque estas puedan motivarse en leyes naturales, morales, o de cualquier otro tipo).

Claro que, a esta primera aclaración, corresponde efectuar algunos agregados que quizá tomen cierta distancia (no demasiada como para suponer incongruencias) con la representación concreta que guardamos de ley en clave territorial.

Así, para lo que aquí interesa, "ley argentina" se asume como una expresión lo suficientemente abarcativa como para contemplar todo instrumento normado que haya sido adoptado o creado por el Estado argentino, con adecuada capacidad para irradiar sus efectos a toda la ciudadanía que en él habita.

Con esto, frente a la temática que nos convoca (i.e. salud "mental" y derecho penal), la constitución nacional, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado argentino¹⁰³, y las leyes dictadas por el congreso aprobadas como leyes de la nación (entre ellas el código penal), conforman un constructo legislado al que se ha optado por nominar en este texto como "ley argentina".

Finalmente, aceptando que un individuo encarna una convergencia de múltiples circunstancias donde toman forma factores endógenos y exógenos (entre estos últimos *otras* subjetividades)¹⁰⁴, he aquí la única

¹⁰² Aclaraciones en punto a qué se toma aquí por ley (en función del título del presente) y en dónde corresponde ubicar la "única subjetividad".

¹⁰³ Reparando en el mecanismo de creación de la ley explicitado, no debe olvidarse que los documentos internacionales también adquieren vigencia en nuestro Estado a través de una ley.

¹⁰⁴ Subjetividades que, pese a su otredad, bien pueden operar internamente mediante el cálculo subjetivo, donde la palabra y la recepción en el diálogo obran como una forma de crear subjetividades. V. Percia (2002).

subjetividad que ocupa el núcleo de la pregunta que centraliza el objeto de análisis de este artículo (efectuado supra y desmenuzada en el siguiente punto); esto pues, el ser que resulta captado por el derecho penal en torno a un injusto cometido en el marco de su padecimiento mental. De esta forma, quedan delimitadas las expresiones centrales vertidas en el título de este artículo, por lo que corresponde avanzar entonces al siguiente punto.

2. La ley argentina entre el Derecho a la salud “mental” y las medidas de seguridad curativas

Haciendo uso de un lenguaje característico del positivismo criminológico, y en medio de un conglomerado de causales que, por diversas razones dogmáticas, obran como aspectos negativos de la punibilidad, el artículo 34, inciso 1°, del actual código penal argentino (texto de 1921) establece que no será punible:

“El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”

Tras cartón, describe en los subsiguientes enunciados el reservorio de vigilancia que se procura el Estado mediante un elenco de consecuencias jurídicas igualmente alienantes. Así preceptúa:

“En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieron peligroso”.

De esta forma, a través de tres extensos párrafos, estableció el legislador de su época los estándares que obran como fundamento de la irresponsabilidad penal por padecimiento mental (inimputabilidad), y el modo de operativizar las medidas de seguridad curativas (o la forma más emblemática de estas) como baluartes de la otra forma de consecuencias jurídico penales diferentes (sólo en términos pseudo-argumentales) a la pena.

En este terreno, no resulta dificultoso identificar y al mismo tiempo anotar que:

-El derecho penal estipula la irresponsabilidad subjetiva por afección psíquica legitimando en punto a esta calidad (i.e. la de individuo

responsable) una división muy potente entre actos de la vida civil y conductas eventualmente delictivas.

-En esta división, niega la existencia de responsabilidad a quien obra de modo típico y antijurídico, y en ese camino, donde la negación de condición de persona (*en* o *para* el derecho) pasa casi inadvertida¹⁰⁵, focaliza el meollo en el no merecimiento de la pena mediante el discurso de la injustificación del reproche.

-Sin embargo, al mismo tiempo, a través de la carta de la “peligrosidad”, se asegura un espacio donde resulte plausible mantener la hegemonía del control, y entonces, para quien así resulte definido, inventa con escasa explicitación un sistema de perfecto dominio y alienación, afincado sobre una lógica punitivo-manicomial, sólo asequible, y quizá por ello incuestionable, frente a un modelo estatal totalitario y utilitarista. En este diseño, sanos y productivos deben ser protegidos a cualquier coste de las molestias originadas por sus pares defectuosos, en tanto estos, al encarnar lo indeseable, se constituyen sin hesitación en enemigos sociales para quienes luce incuestionable su castigo.

-Con todo, habilita finalmente un confinamiento *sine die*, que ni aún eventualmente limitado mediante la estipulación de plazos concretos (i.e. dispuesto por la misma norma) o inferidos (i.e. razonablemente extraídos de otras normas), logra zafarse de la dinámica (¿O acaso estática?) asilar.

Sin dudas que todas estas aseveraciones reclaman una explicación más detenida y elaborada, e incluso puede intuirse que, de seguro, no han de hallarse exentas de cuestionamientos en el marco de un debate más profundo. Empero, al margen de esto, aún frente a las adhesiones más tímidas, luce incuestionable una suerte de dicotomía entre lo que se expuso supra, que bien podría nominarse “sistema de medidas de seguridad curativas previsto por el artículo 34, inciso 1°, del código penal argentino”, y la Constitución Argentina. Veamos:

Retomando una vez más aquello que fuera graficado al comienzo de este libro, existe un modelo de abordaje del aspecto mental de la salud (emergente de un paradigma universal de protección de la persona humana), al que el Estado argentino viene adhiriendo desde no hace poco tiempo.

Partiendo de esta premisa y desandando el camino recorrido para construirla, sólo baste señalar que nuestra Constitución, de histórica filiación humanista, reconoció desde sus orígenes la necesidad de preservar los bienes supremos individuales como modo de garantizar el

¹⁰⁵ Si para el derecho la conceptualización de persona se encuentra necesariamente anclada al reconocimiento de responsabilidad, cabría pensar hasta qué punto la absoluta negación de responsabilidad penal por padecimiento mental no termina por espetar al sujeto la legalizada sentencia de no-persona, sin reparar en la construcción que posibilitó el acto, y, en esta línea, propiciando el quiebre de su subjetividad.

respeto por las personas humanas. En este marco, el cuidado de la salud, o mejor, el respeto por ella, ha sido siempre un bien individual garantizable.

Cuando en la esfera de las producciones jurídicas universales y regionales (para este último caso, panamericanas) comenzaron a elaborarse documentos concentrados en el resguardo de asuntos relativos al ser humano, la Argentina (sea por razones ideológicas, particularmente políticas, o ambas), develó su adhesión a tales instrumentos. Más tarde, decidió otorgar rango constitucional a un número importante de ellos y reconocer primacía sobre toda ley a tratados internacionales que versaren sobre Derechos Humanos (conf. art. 75 inciso 22 C.N.).

Ya advertimos que en este cúmulo de elaboraciones emanadas de esferas supranacionales convergen normas¹⁰⁶ de la más variada índole. En efecto, mientras que algunas se encuentran *constitucionalizadas* y otras no ostentan este rango pero si priman sobre la ley territorial, existen en el medio “producciones derivadas” que obran como correlato de unas u otras, y por ende, conservan de algún modo (como una suerte de plusvalía) el rango de aquéllas.

Allí es donde deben ser colocados los documentos de Derechos Humanos creados en el contexto de algún convenio emblemático en determinado asunto (constitucionalizado o no), las recomendaciones efectuadas por los órganos intra-convencionales, y, sin dudas, las decisiones que emanan de los Sistemas Internacionales de protección de los Derechos Humanos (v. gr. opiniones y sentencias).

En esta senda, todo ese conglomerados de producciones encuentra un capítulo particular en la preservación del aspecto mental de la salud humana, capítulo que como se mencionara, propugna un modo de abordaje desmanicomizador y subjetivante.

A fin de evitar la reiteración de los postulados esenciales de dicho modelo, y en el afán de circunscribir el análisis a la temática específica de este artículo, serán mencionados a continuación los puntos neurálgicos que surgen de la contraposición entre dicho paradigma y las secuelas destacadas supra en torno al sistema de medidas de seguridad curativas previsto por la norma local penal vigente.

No obstante debe advertirse, que aún prescindiendo de dicho esquema particular (concentrado en las implicancias del modelo de abordaje de la salud “mental” pro humanista), el sólo andamiaje garantista normativamente proclamado por el Estado argentino vía Constitución, descubre una *insoportable* fisura en punto a la neutralización subjetiva y el castigo velado de quien comete el injusto en el marco de un padecimiento mental. Ahora sí, ciñéndonos a los puntos de conflicto anunciados,

¹⁰⁶ La expresión “norma” se utiliza para dar alguna nominación al conjunto de instrumentos confluyentes, sin por esto pretender efectuar afirmaciones de tipo jusfilosófico o estrictamente ceñidas a la lógica deontica.

podríamos esquematizar (de manera bastante sintética) que:

-Si el sistema previsto por el artículo 34, inciso 1°, del Código Penal argentino, legitima un régimen de responsabilidad que aniquila la faz personal del padeciente valiéndose de una metodología que desintegra su subjetividad, el modelo de abordaje de la salud “mental” constitucionalmente adoptado, postula la unidad del sujeto como réplica de la armonía cuerpo-mente- medio, y desde dicho trinomio, afirma en el plano de lo jurídico la vigencia pro-activa de su ciudadanía como una forma de reconocerle existencia cual persona en el derecho.

-Asimismo, si el mencionado sistema aprueba la alternativa asilar como una forma de saneamiento social oculta bajo los ropajes opresores pseudo-filantrópicos de la cura, y, con ello, sostiene el funcionamiento de la lógica manicomial junto a la confinación perpetua, por el contrario, el paradigma constitucionalizado clama por los tratamientos en comunidad, en los que la internación hospitalaria aparece como un recurso excepcionalísimo, en vías de extinción, y, mientras se admita, temporalmente limitado.

-Por último, y en esta inteligencia, si del ordenamiento penal decantan importantes distinciones entre quien infringe la norma penal a razón de su padecimiento psíquico y quien no lo hace (pese a dicho padecimiento), del modelo de referencia se deriva la inconsistencia de dicha discriminación, en tanto, no pueden admitirse represalias en el terreno de las afecciones mentales.

He aquí entonces los puntos de convergencia que traducen desencuentros entre: la sistemática impuesta por el artículo 34, inciso 1°, del Código Penal argentino, y el programa de abordaje del aspecto mental de la salud humana previsto por el paradigma internacional que nuestro Estado ha constitucionalizado.

Ahora bien, no termina allí la controversia, puesto que la sola afirmación, y evidencia, de una contradicción de tal envergadura, revela casi como *un inevitable* la existencia de otros frentes de choque, reflejando así la neuralgia del asunto.

En efecto, durante los tiempos más recientes de nuestra historia nacional, comenzaron a materializarse una serie de producciones legislativas encaminadas a dar concreto cuerpo territorial a los compromisos internacionales *vestidos* de Constitución.

De tal guisa, estimulada por un colectivo de actores con incidencia política¹⁰⁷ y auspiciada por una coyuntura estimuladora, la materia relativa

¹⁰⁷ El uso del sustantivo “colectivo” es utilizado para conglomerar a diferentes actores que, aunque no siempre reunidos formalmente como colectivo, cimentaron con sus acciones militantes buena parte del esquema en el que luego vino a escribirse la ley. Podría admitirse que este actuar conjunto se originó diverso, y hasta quizá impensado, mas en un momento histórico determinado, a razón de diferentes factores, se constituyó en una única fuerza organizada que aunque compuesta por las más variadas individualidades lograron identificarse en un objetivo común.

a la salud “mental” encontró palpable desembocadura en la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 promulgada a comienzos de diciembre del año 2010.

La ley en cuestión postuló decididamente el ideario antimanicomial¹⁰⁸, incorporó como parte de su articulado los instrumentos internacionales más emblemáticos relativos a la atención del padecimiento mental (tanto emanados de la O.N.U como de la O.P.S¹⁰⁹), y, en el plano de la normativa vigente, al tiempo de introducir cambios al código civil respecto al régimen de las insancias, inhabilitaciones, curatelas e internaciones, derogó el antiguo régimen de internaciones previsto por la Ley N° 22.914¹¹⁰. Tres años después, su decreto reglamentario (603/13) clarificó conceptos que se dibujaban en la ley como meras abstracciones químéricas.

Sin pretender realizar un desmenuzado análisis de su texto (también descripto al enmarcar teóricamente los textos aquí reunidos), no pueden eludirse las preguntas respecto hacia dónde apunta la ley, qué es lo que está mirando, y, en dicha dialéctica, al mismo tiempo definiendo.

Así, como producto de un modelo con derrotero internacional, la ley corre el foco de atención de la enfermedad mental hacia la salud cual concepto holístico de manifestación diversa; conceptualización en la que la faz mental del individuo resulta visualizada como un confluir de diversos factores que reclaman armonía (en la idea de sostener un equilibrio saludable). Con esto, el instrumento legal piensa en la salud y su conservación antes que en su pérdida y consecuente “limpieza”.

Por ello, la ley asume a la comunidad como un terreno en el que las subjetividades son colocadas en escena, y entiende que allí, donde el Estado está llamado a colaborar con la puesta de sentido social, la sanidad de la mente encuentra un modo certero de preservación. Cuando esto no sucede y la salud “mental” se debilita, o fractura, es la misma ley la que plantea respuestas eminentemente focalizadas en ese tejido social, admitiendo que ahí, en ese espacio donde el individuo se definió como ser social, es donde debe encauzar sus dolencias para encontrar un lugar que le permita una vida más estable, retornando al escenario en el que habrá de re-encontrarse.

En esta lógica constructivista, los dogmas de la naturaleza ceden

¹⁰⁸ En esencia todo su texto, empero, el artículo 27 puede tomarse como claramente representativo de ello al prohibir la apertura de nuevos manicomios y la transformación -en un plazo que el decreto reglamentario extiende hasta el 2020 (en congruencia con el Consenso de Panamá)- de los ya existentes.

¹⁰⁹ En el primer caso, Los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, y en el segundo caso La Declaración de Caracas y los Principios de Brasilia (artículo 2°). En esta última línea (i.e. producciones a partir de Caracas dispuestas por O.P.S.) el decreto reglamentario de la ley agregó el Consenso de Panamá en punto a los plazos límites para la desaparición de monovalentes (artículo 27 dec. 603/13 cit. nota al pie anterior).

¹¹⁰ Artículos 42 a 44 respectivamente.

terreno para enfilarse junto con otros factores que actúan y son actuados por la unidad cuerpo-mente, y es en esa instancia donde el instrumento legal piensa en la dialogicidad de saberes, la retroalimentación de experiencias, y la concreta admisión del sujeto con padecimientos mentales como un sujeto de derecho.

De tal suerte, los abordajes se re-aprenden desde el lugar protagónico del padeciente, el discurso interdisciplinario gana locaciones como una conjunción de conocimientos, el saber psiquiátrico teje el lazo junto con las otras disciplinas, lo psicofarmacológico pierde predilección ante lo psicosocial, y, el manicomio, como modelo que supera ampliamente lo arquitectónico-institucional, redonda en un complejo que transita hacia la extinción.

Es ante este contexto jurídico, sin dudas local¹¹¹, donde se teje y espeta casi con una evidencia insoslayable, el otro frente de choque con el sistema de medidas de seguridad curativas previsto por la norma penal actual; frente que como bien se expusiera, antes que una otredad parece mejor una extensión (o derivación) de la fuente motivadora del problema (i.e. el primer antagonismo señalado supra en punto a la Constitución).

Y es que:

-La admisión del padecimiento mental como situación modificable no impeditiva *per se* de derechos (y reconocimientos jurídicos de subjetividad) -artículo 7, particularmente inciso “n”-

-La prohibición de valoraciones diagnósticas afinadas en la sola patología -artículos 3, inciso “d” y 7 inciso “i”-

-La exigencia de análisis interdisciplinarios e integrales del sujeto de cara a su padecimiento -artículo 8-

-La necesaria existencia de riesgo cierto e inminente de daño grave cual justificativo de la internación involuntaria, entendida siempre como recurso excepcionalmente viable en caso de idoneidad, mas también, temporalmente reducido -artículos 14, 15 y 20-; y

-La reubicación del rol a desempeñar por clásicos operadores de la salud y por tradicionales operadores jurídicos en un juego de libres decisiones y control de garantías -artículo 8 en adelante-

En modo alguno pierden aplicabilidad (como suele pretenderse) frente a lo dispuesto por el artículo 23 de la ley, cuando al tiempo de colocar en exclusiva cabeza del equipo de salud las decisiones relativas a permisos, altas o externaciones (con la sola obligación de informar al órgano judicial en algunos supuestos), excluye de dicho espacio deliberativo a las personas internadas en virtud del artículo 34, inciso 1°, de nuestro código penal.

¹¹¹ Quizá por resultar notoriamente más asequible que las expresiones constitucionales.

Así, aunque la novel norma impide un avance sobre lo históricamente exigido respecto al cese de medidas de seguridad curativas, se permite incidir en otras aristas también vinculadas a dicho universo penal (v. gr. modo de analizar el padecimiento mental, manera de abordarlo, metodología de indagación, construcción del juicio valorativo, exigencias con relación al mismo, et. al.), tanto como para inscribir en el ordenamiento jurídico una trama de pautas que parecen marcar un rumbo distinto.

De tal guisa, develada la pregunta inicial, el planteo crucial gravitará pues en torno al interrogante de si puede admitirse acaso que la regulación prevista por la letra del artículo 34, inciso 1°, del código penal argentino, haya resultado parcialmente trastocada por el texto de la ley 26.657 (atendiendo a la idéntica jerarquía normativa de ambos constructos jurídicos), que, por su parte y como fuera explicitado, representa una clara ramificación local concreta de un bloque normativo con reconocimiento constitucional.

Quizá el asunto, aunque así planteado no lo parezca, esté sujeto a más de una discusión.

Habrán quienes adhieran a la lectura transfigurada del tipo penal en cuestión, mientras que otros, optarán por un apego difícilmente inconvencible, recurriendo, tal vez, a los argumentos más sofisticados (o no) para sostener la inmutabilidad de un texto que parece haberse conmovido¹¹².

No obstante ello, y pese a la dicotomía de una y otra postura (si de este modo pueden llamarse), lo que ninguna de ellas logrará develar (y justificar) es una pregunta de sentido, interrogante que fuera deslizado en líneas anteriores y en torno al cual gravita lo insólito que se torna en el marco de un modelo discursivamente garantista aplicar una consecuencia penal a quien nada cabe reprocharle. Salvo que admitiéramos y probáramos la benevolencia del derecho penal para quien resulta captado por sus consecuencias jurídicas.

3. Reflexiones finales: ¿La paradoja de lo irreconciliable?

Con el breve análisis hasta aquí efectuado, y, como se expusiere, asumiendo la conveniencia de mayor profundización, pueden anotarse las siguientes conclusiones:

-El código penal argentino estatuye en el artículo 34, inciso 1°,

¹¹² En agosto del año 2015, la Comisión Nacional Interministerial en Políticas de Salud Mental y Adicciones (CoNISMA), creada por el mismo decreto que vino a reglamentar la Ley Nacional de Salud Mental 26.657, elaboró una serie de recomendaciones a fin de facilitar la armonización (y articulación de actores) entre la mencionada ley y los supuestos de personas declaradas inimputables en virtud del artículo 34, inciso 1°, del Código Penal. Amén de las observaciones de fondo que puedan efectuarse respecto a este documento se recomienda su lectura, a la cual puede accederse en: http://www.jefatura.gob.ar/documentos-y-normas_p189.

las bases de un sistema que se activa cuando una persona con afecciones mentales comete una conducta típica. Allí, define los juicios de responsabilidad y erige un programa de consecuencias jurídicas en derredor de un concepto incierto y maleable (i.e. peligrosidad), admitido incluso, a costa de la "dignidad del riesgo"¹¹³.

-En esta lógica, permeado por un patriarcalismo ancestral, asume el modelo enajenante-asilar, y, mediante un discurso con visos eugénicos, replica los modos de la Defensa Social.

-Sin embargo, admitiendo que el derecho es acto y no ser, es dinámico y no estático, decanta como un efecto difícilmente rebatible (pero no por ello imposible) la transfiguración sin derogación del texto de este tipo penal, en tanto, en un contexto de tensiones con la Constitución y sus derivaciones (Ley Nacional N° 26.657), los frentes de choque bien pueden suavizarse apelando a una lectura conglobada de toda la normativa en juego.

-Así, al aceptar que el modelo de abordaje del aspecto mental de la salud humana adoptado por nuestra Constitución Nacional y concretizado aun más por la ley de mención, suponen una remozada lectura de las palabras del texto penal, muchos puntos neurálgicos se desinflan. Con ello, aunque la esencia del conflicto no desaparece alguno de sus efectos podrían resultar aventados, al tiempo de contar con mejores posibilidades de visualizar con claridad la contradicción y los problemas de fondo.

-Esta contradicción redundante en una pregunta de sentido, y es aquella que se impone cuando se asume que el derecho penal implica castigo *per se*, que el castigo supone una aflicción, y que ello, en un Estado garantista y amén de los discursos resocializadores, sólo puede ser admitido frente a quien ha ofendido, pudiendo evitarlo, la norma de convivencia.

-Entonces, el interrogante toma forma y bien puede formularse como un cuestionamiento hacia el sistema mismo, preguntando, en una síntesis de ideas ¿Cómo se justifica desde una visión humanista la captación punitiva de un padecimiento mental?

-Pero incluso si se encontrare alguna salida para sostener la penalización del sujeto padeciente, aun no podría superarse la irrazonabilidad de atrapar a quien no merece reproche (al menos en un sistema de códigos manejado por la media social) en un universo construido en clave punitiva.

-Finalmente, superado el escollo y aceptada la necesidad de profundo cambio, la creación de un nuevo sistema diferente al penal debiera establecer *ab initio* los seguros necesarios para evitar un embuste de etiquetas. Con ello, la devolución de protagonismo, los abordajes inter

y trans-disciplinarios, la fijación de límites temporales concretos de cara a injerencias coactivas, y la asunción de quien padece como parte de una comunidad inclusiva, entre otras, se muestran como premisas ineludibles para la arquitectura de una esfera que aspira a irreplicar el ser de lo *manicomial*.

4. Bibliografía:

BLEICHAMAR, SILVIA (1997) "Acerca del 'malestar sobrante'" Recuperado de: <http://www.topia.com.ar>

CELS (2012) *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2012*. Siglo veintiuno. Buenos Aires. Argentina.

FERRAJOLI, LUIGI (1995) *Derechos y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta. Madrid España.

FREIRE, PAULO (2008) *Pedagogía del oprimido*. Siglo veintiuno. Buenos Aires. Argentina.

GALENDE, EMILIANO (2012) "Consideración de la subjetividad en salud mental" *Revista Salud Mental y Comunidad*. Año 2, n° 2, Dic./2012. Universidad Nacional de Lanús. Buenos Aires. Argentina.

LÓPEZ ROSAS, JOSÉ RAFAEL (2011) *Historia Constitucional Argentina*. Astrea. Buenos Aires. Argentina.

PERCIA, MARCELO (2002) *Una subjetividad que se inventa. Diálogo, demora recepción*. Lugar. Buenos Aires. Argentina.

ROSSETTI, ANDRÉS (2010) "Reflexiones sobre la supremacía y el control de constitucionalidad en Argentina" *Derecho procesal constitucional americano y europeo* Victor Bazán (coordinador) Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina (En 1° Tomo, pp.331-52).

VILLÁN DURÁN, CARLOS (2002) *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Trotta. Barcelona. España.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ARNEDO, ALFREDO MIGUEL (1996) *Digesto de codificación penal argentina*. AZ. Buenos Aires. Argentina

Normativa utilizada y consultada

Código Civil Argentino (ley n° 15 y sus modificaciones por ley n° 17.711)

Código Civil Argentino (ley 26.994).

Código Penal Argentino.

Constitución Argentina.

Dec. Reglamentario Ley Nacional de Salud Mental 603/13.

Ley Nacional de Salud Mental 26.657.

Régimen legal de internaciones en Establecimientos Asistenciales Ley 22.914.

Sitios web visitados

<http://www.who.int/es/> (O.M.S.)

<http://new.paho.org/arg/> (O.P.S.)

http://www.jefatura.gob.ar/documentos-y-normas_p189 (CoNISMA)

Datos biográficos de las autoras y los autores

ISABEL LUCÍA ALEM DE MUTTONI

Abogada UNC. Profesora Adjunta de Derecho Privado I y Derecho Privado VIII en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Profesora invitada en la Facultad de Derecho de Villa Mercedes (FICES). Coordinadora de Extensión del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) de la Facultad de Derecho UNC. Profesora invitada de Bancos y Bolsas en la Carrera de los Negocios, curso de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Coordinadora del Programa de Estudios Interdisciplinarios desde el año 2008 en el CIJS, UNC. Doctoranda en la Facultad de Derecho y Cs. Sociales, UNC. Tutora en proyectos de investigación.

IVÁN ASE

Médico. Magíster en Administración Pública. Jefe de Sección del Programa Socio Laboral del Centro de Rehabilitación Socio Laboral dependiente del Ministerio de Salud de Córdoba. Docente e Investigador del Instituto de Investigación y Formación en Administración Pública de la UNC. Profesor Adjunto a cargo de las asignaturas Teoría de la Administración Pública I y II y del Seminario de Reforma del Estado en la Licenciatura en Ciencias Políticas de la UNRC. Docente invitado a diversos programas de formación de posgrado en universidades nacionales sobre la temática administración pública, políticas públicas y políticas en salud.

JACINTA BURIJOVICH

Licenciada en Psicología FFYH, UNC. Mater en Administración Pública, IIFAP. Docente investigadora adjunta semi-dedicación IFFAP. UNC. Consultora CEPAL, UNIFEM, OPS, FLACSO, OEA, PNUD en temas vinculados con construcción de indicadores para el monitoreo de políticas públicas, evaluación de programas, capacitación, formulación y diseño. Coordinadora del Observatorio de Derechos Humanos de la Secretaría de Extensión Universitaria U.N.C, del Observatorio de Salud Mental y DDHH, Córdoba y del Área de Investigación del Hospital Neuro-psiquiátrico de la ciudad de Córdoba.

MARÍA PAZ CAMINADA ROSSETTI

Licenciada en Psicología U.N.C. Adscripta a la docencia en la Cátedra: Estrategias de Intervención Comunitaria, U.N.C. Miembro del Observatorio de Salud Mental y DDHH. Córdoba. Beca de Iniciación en Salud Pública. Comisión Nacional Salud Investiga. Ministerio de Salud de la Nación. Coordinadora Psicológica: Frente de Artistas del Borda. Área Programática, Hospital Municipal José T. Borda. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Realización de tesis de investigación

NATALIA FERNANDEZ

Licenciada en psicología U.N.C. Miembro del Observatorio de Salud Mental y DDHH. Córdoba. Referente de la Secretaría de DDHH de la Nación. Delegación Córdoba.

ROSA BEATRIZ LOPEZ

Licenciada en Psicología. U.N.C. Psicoanalista. Presidenta de la Asociación Civil Casandra. Directora del Centro de Atención Psicosocial Casandra.

NATALIA MONASTEROLO

Abogada U.N.C. Diplomada en Derecho Penal, Procesal Penal, Ejecución Penal e Internacional Penal. U.E. S. XXI. Doctoranda Facultad de Derecho y Cs. Sociales. U.N.C. Adscripta Derecho Penal I. Facultad de Derecho y Cs. Sociales U.N.C. Miembro del Observatorio de Salud Mental y DDHH. Córdoba. Miembro de la Comisión de Salud Mental. Observatorio de Salud Mental y DDHH. Colegio de Psicólogos. Córdoba.

ANDRÉS ROSSETTI

Abogado, UNC. Diploma en Derechos Humanos en el Instituto Europeo Universitario, Florencia, Italia, 1999. Magister en International Human Rights Law en la Universidad de Lund, Suecia, 2000. Doctor en Derechos Humanos en la Universidad de Palermo, Italia, 2007. Catedrático de Derecho Constitucional y Profesor Adjunto por concurso de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Nacional de Córdoba. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la misma universidad. Correo electrónico: andresarg@hotmail.com

SOLANA YOMA

Licenciada en Psicología U.N.C. Becaria doctoral del CONICET. Adscripta a la docencia en la Cátedra Estrategias de Intervención Comunitaria, de la Facultad de Psicología U.N.C. Presidenta de Alma Patio Asociación Civil. Coordinadora de Radio Los Inestables del Hospital Neuropsiquiátrico Provincial de Córdoba. Miembro del Observatorio de Salud Mental y DDHH Córdoba.

Índice

Prefacio, por Andrés Rossetti y Natalia Monasterolo	3
Capítulo 1. <i>El marco jurídico y la “limitación” a las políticas públicas. Comentarios en base al derecho constitucional y “convencional” argentino actual, por Andrés Rossetti.</i>	13
Capítulo 2. <i>Capacidades estatales y nuevos derechos: El caso de los nuevos marcos normativos en salud mental, por Iván Ase y Jacinta Burijovich.</i>	41
Capítulo 3. <i>La transformación en salud mental: desde el modelo manicomial al modelo comunitario. El desafío actual de la exigibilidad de derechos, por María Paz Caminada Rossetti, Natalia Fernández Medina y Solana María Yoma.</i>	65
Capítulo 4. <i>El modelo de la Incapacidad/Discapacidad frente a las personas con padecimientos mentales. El malestar subjetivo y la negación de derechos, por Rosa López.</i>	75
Capítulo 5. <i>Lenguaje y Derecho. Nuevas normativas en torno a la cuestión de las personas con capacidad restringida, por Isabel Lucía Alem de Muttoni.</i>	89
Capítulo 6. <i>Fricciones entre salud “mental” y derecho penal en el esquema de la actual ley argentina: Desencuentros en punto a una subjetividad única, por Natalia Monasterolo.</i>	109
Datos biográficos de las autoras y los autores	123

