

Vulnerabilidad y salud mental en el derecho argentino

Claudia E. Zalazar*

Sofia Puccio**

Resumen: A los fines de abordar este tema partimos de dos premisas: primero, que el derecho a la salud es un derecho humano; y segundo que el paciente de salud mental necesita mayor protección por ser una persona vulnerable. Los derechos a la salud y a su preservación tienen anclaje constitucional ya que están reconocidos de modo implícito en el art. 33, y de manera explícita en el 75 inc. 22, que recepta los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Todo esto nos lleva sin lugar a dudas a una tesis de mínima: el paciente merece una amplia protección ya que como paciente es una persona vulnerable. A ello debemos sumar que como paciente con padecimiento mental también debe considerárselo como una parte débil, lo que lo vuelve doblemente vulnerable o personas hipervulnerables o de alta vulnerabilidad, el que sin ninguna duda debe ser protegido por el Estado.

Resumo: Para abordar esta questão, partimos de duas premissas: primeiro, que o direito à saúde é um direito humano; e segundo, que o paciente de saúde mental precisa de mais proteção porque é uma pessoa vulnerável. Os direitos à saúde e sua preservação têm âncora constitucional, uma vez que são implicitamente reconhecidos no art. 33, e explicitamente em 75 inc. 22, que recebe tratamento de direitos humanos com hierarquia constitucional. Tudo isso sem dúvida nos leva a concluir que: esse paciente merece ampla proteção, pois, como paciente, é uma pessoa vulnerável. A isto devemos acrescentar que, como paciente com doença mental também deve ser considerado como a parte fraca da relação jurídica, o que o torna duplamente vulnerável ou hipervulnerável ou altamente vulnerável, e que sem dúvida deve ser protegido pelo Estado.

Introducción

A los fines de abordar este tema partimos de dos premisas: primero, que el derecho a la salud es un derecho humano; y segundo que el paciente de salud mental necesita mayor protección por ser una persona vulnerable.

Los derechos a la salud y a su preservación tienen anclaje constitucional ya que están reconocidos de modo implícito en el art. 33, y de manera explícita en el 75 inc. 22, que recepta los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional¹. De ello cabe inferir que en la Argentina el derecho a la salud posee tutela constitucional y se erige en un derecho fundamental del ser humano, que excede y supera la distinción entre derecho público y privado pues cruzan transversalmente todo el ordenamiento jurídico.

De manera preliminar debemos subrayar que, conforme a los “Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental” (en adelante Principios de Salud Mental), adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su

*Abogada y Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales (UNC); Presidenta de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ, UBP). Investigadora y Evaluadora del Ministerio de ciencia y Tecnología de la Provincia de Córdoba. Magistrada de segunda instancia del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Miembro del Comité Ejecutivo de la Red Iberoamericano de Derecho Sanitario y de la Red Argentina de Derecho Sanitario.

** Abogada, Especialista en Derecho Sanitario recibido en la Universidad de FIOCRUZ (Fundación Oswaldo Cruz, Ministerio de Salud de Fiocruz) en el año 2014. Empleada del Poder Judicial de Córdoba. Miembro de la Red Argentina e Iberoamericana de Derecho Sanitario.

Resolución N° 46/119 del 17 de diciembre de 1991, una persona puede ser admitida como paciente involuntario cuando queda acreditado que padece una enfermedad mental grave, que su capacidad de juicio está afectada y el hecho de que no se la admita o retenga en una institución psiquiátrica pueda acarrearle un gran deterioro de su condición (Principio 16, inciso 1).

En nuestro país (Argentina) según el art. 18 de la Carta Magna, la libertad sólo puede restringirse por orden de una autoridad competente, siendo importante destacar que, de acuerdo a los tratados internacionales sobre derechos humanos – de jerarquía constitucional y complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22 – dicha prerrogativa se erige como uno de los derechos esenciales del hombre.

Como consecuencia de esta legislación y de las normas reglamentarias que fueron dictándose a los fines de implementar el sistema de las llamadas “intervenciones judiciales involuntarias”, el número de pacientes institucionalizados por orden judicial creció sensiblemente; sea porque la orden de internación provino de una denuncia formulada ante un tribunal o bien por el hecho de que las iniciadas como voluntarias, policiales o de urgencia, necesariamente se convertían luego en judiciales.

En el contexto expuesto, se suscitó un arduo debate acerca de la compatibilidad entre la desjudicialización de las internaciones y la protección del paciente institucionalizado, finalidad ésta última que ha sido consagrada por la legislación internacional vigente en nuestro país², habiendo propuesto algunos sectores la creación de órganos de revisión específicos compuestos por profesionales del derecho, de la salud y miembros de la comunidad que no revistan dichas calidades³.

Ahora bien, la desjudicialización no debe desprenderse de la doctrina judicial sustentada por el Máximo Tribunal Nacional que establece que “*el derecho debe ejercer una función preventiva y tuitiva de los derechos fundamentales de la persona con sufrimiento mental, cumpliendo para ello un rol preponderante la actividad jurisdiccional*”⁴.

Teniendo en miras la situación descripta, resultaba necesario precisar el rol que desempeñaba el Poder Judicial en los procesos de internaciones psiquiátricas involuntarias, determinando si tal función cumplimentaba los requerimientos impuestos por la normativa tuitiva de los derechos fundamentales de las personas internadas - la que debe ser interpretada de un modo integral – o en su caso, la necesidad diseñar un nuevo sistema que brindara dicha protección.

Todo esto nos lleva sin lugar a dudas a una tesis de mínima: el paciente merece una amplia protección ya que como paciente es una persona vulnerable. A ello debemos sumar que como paciente con padecimiento mental también debe considerárselo como una parte débil, lo que lo vuelve doblemente vulnerable o personas hipervulnerables o de alta vulnerabilidad, el que sin ninguna duda debe ser protegido por el Estado.

El derecho a la salud como derecho humano

El derecho a la salud es un derivado esencial y sustancial del derecho a la vida y a la dignidad de los seres humanos que se debe entender desde dos aspectos: a) el derecho universal (constitucional) a la salud y b) el derecho personalísimo a la prestación de salud.

Lorenzetti señaló que la norma constitucional reconoce el “derecho a la salud” como uno de goce directo, y el “derecho a las prestaciones de salud” como indirecto pues encomienda al legislador la implementación efectiva de este recurso escaso⁵.

El reconocimiento internacional oficial de la salud como un derecho se encuentra en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (Adoptada por la Conferencia Internacional de la Salud, celebrada en Nueva York en 1946), en la que se estipula que: “...*el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social*”, con la que se reconoció por primera vez, por los Estados, el derecho de las personas a poseer el grado más alto de salud, bajo los parámetros de universalidad e igualdad, y es el criterio con el que operan las normas internacionales dedicadas a la materia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el año 2018 se ha pronunciado por primera ocasión respecto el derecho a la salud de manera autónoma, como parte integrante de los DESCAs, como un derecho justiciable a la luz de la Convención Americana. Concretamente, la Corte resolvió que

...la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente¹⁶⁷, entendida la salud¹⁶⁸, no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también a un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. El Tribunal ha precisado que la obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud¹⁶⁹, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población⁶.

El derecho a la salud, a diferencia de otros derechos sociales, no tuvo un adecuado tratamiento constitucional en la República Argentina. La primera referencia se encuentra en el texto de la reforma constitucional de 1957, en el art. 14 bis, que lo menciona de manera indirecta al consignar que el Estado debe otorgar: “*los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable*”, y el establecimiento de un “*seguro social obligatorio*”. Es decir, no existía una garantía expresa a la salud como derecho, sino que la disposición se relaciona con la cobertura de contingencias sociales vinculadas a la inserción laboral formal y asalariada.

Es recién a partir de la reforma constitucional de 1994 cuando se reconoce la tutela y la protección de la salud por diversas vías. Una primera referencia explícita se encuentra en el art. 42 que reconoce el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios a la: “*protección de la salud y seguridad*” en la relación de consumo. La segunda vía protectora, y de mayor alcance, se logró al otorgar jerarquía constitucional a once declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos en el art. 75 inc. 22 de la CN.

Específicamente, como consecuencia del art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que define a la salud como: “*el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”, el Estado queda jurídicamente obligado a garantizar el contenido mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales, y no puede escudarse en la falta de recursos disponibles para justificar su incumplimiento. Por su parte, el art. 25 de la Declaración de los Derechos Humanos dispone que *toda persona tiene derecho a*

un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. Asimismo, el art. XI de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivencia, la asistencia médica correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad; entre otros.

El derecho a la salud está íntimamente vinculado al derecho a la vida y éste ha sido reputado por la Corte como el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos 323:3229; 330:4647); haciendo hincapié en el principio “**pro homine**”. Este principio en el ámbito de los derechos humanos implica generar una presunción asegurando a la persona humana la prevalencia por sobre cualquier otro principio. Así se ha dicho que: “El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a sus suspensión extraordinaria”⁷.

Ergo, no hay duda que dentro del amplio espectro de los derechos humanos, se debe velar y proteger el derecho a la salud, ya que ella hace a la vida misma del ser humano. Al respecto y con una visión desde la bioética se señaló que:

...la salud no solo debe ser garantizado porque es un derecho que está positivizado (...) sino porque es antes que ello, un objetivo de derecho natural confiado a la custodia del Estado. Huelga decir que es tal: derecho natural; por ser sin más él mismo, una clara extensión prolongación, derivación o corolario -del mismo derecho a la vida. El derecho a la salud en definitiva no puede ser pensado disociadamente del derecho a la vida; la ausencia de salud es primero enfermedad y finalmente no vida; obviamente que también entre nacer y morir, el mencionado derecho a la salud se interrelaciona con una totalidad de otros derechos, que hacen seriamente pensar que sin salud aunque ontológicamente es antes siempre sin vida -resulta inaccesible gozar de otros derechos...⁸.

En esta línea argumental es clara la consigna que el **Estado Federal es el primer garante del sistema de salud**, independientemente de la existencia de obligaciones en cabeza de otros sujetos o los llamados servicios complementarios. En Argentina debemos distinguir, por un lado, el servicio de salud pública, prestado por el Estado; y por otro el sistema de las obras sociales (con clientes cautivos que son los empleados de determinado sector – salvo los adherentes voluntarios –) junto con los organismos privados como son las empresas de medicina prepaga en las cuales sus afiliados se adhieren al sistema, constituyendo sin duda, un típico caso de contrato de consumo.

Lorenzetti señaló que el legislador puede establecer un sistema público o privado de salud y que esta es una elección legítima, pero en el último caso hay un piso mínimo que debe garantizar pues pueden existir desigualdades en la asignación de los servicios médicos como derecho fundamental⁹; a tal fin el Estado creó el Sistema Nacional Integrado de Salud “*a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país*” (art. 1 de la ley 23.661).

En este sentido, la ley 23.661 regula el Sistema Nacional de Seguro de Salud, colocando como agentes del mismo a las obras sociales (OS), las asociaciones de OS, todo bajo la supervisión de la Administradora Nacional de Servicios de Salud (ANSAL). Se considera que las obras sociales

han sido las primeras prestadoras de medicina en todo el país a raíz de la insuficiencia y crisis de la política hospitalaria nacional y provincial¹⁰.

Gueiler y Alou explicaron que las **Obras Sociales** gremiales, reguladas por la ley 23.660, se caracterizan por la afiliación obligatoria y perseguir una finalidad de bien común; están obligadas a cumplir con el Programa Médico Obligatorio (PMO) y sus recursos se forman con el aporte de sus trabajadores y la contribución patronal, lo que constituye una clara proyección de los principios de solidaridad y justicia social.

Por otro lado, las autoras citadas señalaron que las **Empresas de Medicina Prepaga** reguladas por ley 26.682 y decretos reglamentarios 1991/2011 y 1993/2011, actúan en el ámbito privado, asumen el riesgo económico y la obligación asistencial de prestar servicios de cobertura médico sanitaria a los individuos que voluntariamente contratan con las mismas, obligándose como contra-prestación, al pago de una cuota conforme al plan de salud elegido.

Además, la ley 24.754 determina el piso mínimo de prestaciones obligatorias para las empresas de medicina prepaga, como modo de garantizar el servicio básico de salud.

De igual modo, existe el Plan Médico Obligatorio (PMO) que consiste en una “*canasta básica de prestaciones a través de la cual los beneficiarios tienen derecho a recibir prestaciones médico-asistenciales*” y que fue establecido por Resolución del Ministerio de Salud 938/2000, el que es meramente enunciativo y que establece prestaciones mínimas necesarias pero no excluye otras¹¹.

En definitiva, el derecho a la salud impone obligaciones positivas y negativas al Estado, no sólo sobre otros entes estatales (políticas de salud pública), sino también sobre organismos privados que son prestadores de salud, como las prestadoras de medicina prepaga, ya que insistimos aquél es el primer garante del sistema de salud.

En Argentina -justamente debido al sistema federal –, existe gran **dispersión legislativa**, que muchas veces tiende a incidir negativamente al momento de brindar una cobertura o prestaciones médicas.

Ello es así, ya que se trata de una materia reservada por las jurisdicciones locales, por lo que a la par de normas constitucionales – operativas – existen leyes nacionales, algunas de las cuales requieren adhesión de las provincias a lo que se suman las constituciones provinciales y las leyes provinciales¹². A modo de ejemplo en Córdoba, la temática se regula en el art. 59 de la Constitución de la Provincia, y también coexisten regulaciones provinciales y nacionales de Salud Mental, protocolos de abortos no punibles, la muerte digna, etc.

Sin embargo, con la sanción del CCCN se creó un denominado “**núcleo duro de salud**”, conforme al cual las directivas establecidas por esta última normativa de alcance nacional debe ser respetada por todos sus habitantes; sin perjuicio en su caso de la aplicación de las legislaciones especiales (vgr. en caso de silencio de las normas en el código fondal). A ello debemos sumarle que dicha normativa sustancial legisla no sólo sobre las cuestiones patrimoniales sino también las extrapatrimoniales, haciendo especial hincapié en los derechos de las personas desde su nacimiento hasta su muerte, regulando así el cuidado del cuerpo, de la salud, etc y dedicándose de manera primordial a la protección de la salud mental.

Así las cosas, debe ponderarse en el espíritu del CCCN lo relativo a la tutela de la persona humana: la construcción de una esfera de la individualidad personal es un aspecto central en el

Código, lo cual se verifica en numerosos aspectos, entre los que se menciona: el reconocimiento expreso de los derechos personalísimos (arts. 51 y ss.) que incluyen la inviolabilidad de la persona (art. 51), la regulación de la investigación en seres humanos (art. 58), la exigencia de consentimiento informado (art. 59), el reconocimiento y respeto a la dignidad humana (arts. 51, 52, 279, 1004), etc.

En definitiva, es dable señalar que el Estado está facultado a imponer obligaciones a sujetos privados, como a las obras sociales y a las empresas de medicina prepaga, en materia de salud, y que los prestadores privados tienen obligaciones especiales de cuidado hacia sus clientes y usuarios, que exceden el carácter de mero trato comercial¹³. A ello debemos agregar que tanto en la faz privada, como en la pública, tiene una fuerte impronta la aplicación de las normas y principios del derecho del consumidor; lo que nos ha llevado a contemplar otra arista que es el paciente como consumidor de salud.

Así se ha dicho que:

...corresponde al Estado Nacional velar por el fiel cumplimiento de los tratamientos requeridos, habida cuenta de la función rectora que le atribuye la legislación nacional y de las facultades que debe ejercer para coordinar e integrar sus acciones con las autoridades provinciales y diferentes organismos que conforman el sistema sanitario del país en miras a lograr la plena realización del derecho a la salud”, "...lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema) reafirma el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y destaca la obligación impostergable de la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga ...”, "...que resulta evidente la función rectora que ejerce el Estado Nacional en el campo de la salud y la labor que compete al Ministerio de Salud y Acción Social, como autoridad de aplicación, para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios...¹⁴.

Ahora bien, muchas veces la realidad nos demuestra que tanto el Estado como las obras sociales y las empresas de medicina prepaga en los últimos tiempos, vienen consolidando la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente (menor costo es no cumplir, que cumplir) desarrollada por la escuela de análisis económico de Chicago. En este sentido Ghersi señala que:

Lamentablemente de aquel viejo principio liberal de los “contratos están para cumplirse”, el neoliberalismo estatal y empresarial lo han transformado en este siglo XXI en el principio: los contratos no se cumplen para lograr mejor poder de negociación en el cumplimiento de prestaciones de salud con posterioridad al incumplimiento o la reparación del daño¹⁵.

Estas conductas sin duda alguna han provocado una mayor **judicialización de la salud**; lo que debe ser erradicado justamente atento a la actual tendencia a la desjudicialización de la salud, bregando por el cumplimiento de los deberes a cargo de los prestadores sin tener que llegar a la justicia para obtenerlo.

En definitiva, a la luz de los derechos humanos debemos pregonar que el Estado, desde todos sus poderes, vele por el cumplimiento de los objetivos que son primordiales para los ciudadanos – como la salud de la población –, ya que de no ser así, las leyes sancionadas en la materia no dejarían

de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad y en definitiva lejanas a garantizar la protección que la salud merece.

Al respecto, la CIDH destacó que:

ya en el caso Suárez Peralta que el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, tanto públicas como privadas¹⁸². Al respecto, la Corte ha señalado que cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, la atribución de responsabilidad puede surgir por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo¹⁸³¹⁶.

Por último, cabe destacar que, como principio general, el paciente es un **sujeto vulnerable**. Ello es así, ya que cuando una persona hace un requerimiento a un profesional de la medicina, lo realiza por razones subjetivas o síntomas objetivos (dolores, angustia, etc), en busca de un diagnóstico o tratamiento, que de por sí ante la afección lo vuelve una persona “vulnerable”. Más aún, si frente a los requerimientos necesarios para el diagnóstico o tratamiento, se encuentra con vallas o impedimentos de la salud pública o de las empresas privadas que muchas veces lo obligan a ventilar temas que hacen a su dignidad frente a los tribunales.

Sin dudas que esta persona automáticamente se transforma en paciente y pasa a integrar el denominado grupo de personas “vulnerables” y más aún si se encuentra padeciendo una enfermedad mental lo convierte en un “paciente hipervulnerable”.

La protección de la salud mental

El sufriente mental, hasta no hace mucho tiempo, era olvidado por el sistema legal; la Constitución Nacional no era efectiva para este grupo etario de alta vulnerabilidad; sin embargo ya era un derecho más que reconocido y protegido a nivel internacional, lo que se vió reflejado en la Declaración de Caracas (OEA, 1990), y los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (Naciones Unidas, 1991), los que sin duda marcan un hito en el reconocimiento de los derechos humanos a favor de los pacientes mentales.

La Declaración de Caracas promovió la reestructuración de la atención psiquiátrica en la región; ello implicó la revisión crítica del papel hegemónico y centralizador del hospital psiquiátrico en la prestación de servicios.

Estos principios para la protección de los enfermos mentales significaron un cambio copernicano, paradigmático, revolucionario a favor de las libertades fundamentales, los derechos y la dignidad de la persona con afecciones mentales, los que los que terminaron siendo consagrados en la Argentina con la sanción de la ley 26.657 de Salud Mental de 2010 y posteriormente en el CCCN.

Esta ley que asegura el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, ha querido garantizar el pleno goce de los derechos humanos de aquellas personas con padecimiento mental, los que ya se encontraban reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias.

Esta ley de salud mental ha sido concebida como un instrumento necesario para proteger los derechos de aquellos sujetos que experimentan algún padecimiento relacionado con su salud men-

tal. Estos últimos son sujetos especialmente vulnerables, quienes suelen enfrentarse a situaciones de estigmatización, discriminación y marginación, incrementándose así la probabilidad de que se violen sus derechos.

De allí, que esta ley se enmarque en la protección de los Derechos Humanos, entendidos como una dimensión clave en el diseño, desarrollo, seguimiento y evaluación de los programas y políticas de Salud Mental. Estos incluyen, entre otros, los derechos a la igualdad; a la no discriminación; a la dignidad; al respeto a la privacidad y a la autonomía individual, a la información y a la participación (art. 7 ley 26.657).

Es dable recalcar los términos expuestos en los fundamentos legislativos de la dicha ley, los que expresan: “En nuestros días, la problemática de la salud-enfermedad atención mental se visibiliza como un problema relevante para la salud pública y requiere ser abordado tanto en su especificidad como en forma integral como parte indisoluble del Derecho a la Salud y los Derechos Humanos en general de todas las personas.”

La ley define a la salud mental como un “proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona” (art. 3). Como vemos, la salud mental ya no es un concepto “biologicista” sino que es entendido como un proceso determinado por múltiples factores.

Específicamente se aclara que las personas con uso problemático de drogas, legales e ilegales, – un gran flagelo de los últimos tiempos – tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la ley bajo comentario en su relación con los servicios de salud y, de tal modo, se exige que las adicciones sean abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental (art. 4).

En este contexto se consideran como parte integrante de la ley los “Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental”, adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991 (art. 2 ley 26.657), y en consecuencia el Estado está obligado a respetar, proteger y cumplir los derechos incluidos en ellos, garantizando la promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación en salud mental en todo el territorio de la Nación, tanto en los servicios públicos como privados.

Ahora bien, la atención de las personas con padecimientos en su salud mental debe encontrarse a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, enfermeros, terapeutas ocupacionales, entre otros (art. 8). Con ello se termina con la concepción solamente siquiátrica de la salud mental derivando a una atención interdisciplinaria donde no sólo se tienen en cuenta elementos de la siquiatria sino también condiciones sociales, etc. En esta línea la ley nos habla de las nuevas modalidades de abordaje que deben incluirse en forma paulatina en el tratamiento del paciente mental tales como: operadores comunitarios, acompañantes terapéuticos, psicoterapeutas de familias y grupos, rehabilitadores y facilitadores de actividades socio-laborales, culturales, artísticas y recreativas. Asimismo la ley promueve la formación continua y capacitación de los equipos interdisciplinarios de salud mental, cuestión de vital importancia ya que se habla de “diagnóstico interdisciplinario”.

Entre otras acciones, se propone la transformación institucional del sistema de salud mental, erigidos en dos grandes pilares: por un lado la **desmanicomialización, la desinstitucionalización**

y **desjudicialización** de los pacientes que padecen trastornos mentales; y por otro lado el abordaje de los problemas de salud mental en todos los niveles asistenciales, como parte integrante de los **servicios generales de salud** y desde una **óptica interdisciplinaria** (art. 8 ley 26.657); haciendo especial hincapié en los derechos de los pacientes de la salud mental.

Para lograr estos objetivos se ha establecido la paulatina transformación de de las instituciones y servicios de salud mental y la creación de nuevas instituciones como hogares de medio camino, hospitales de día, etc y la admisión en los hospitales generales de personas con padecimiento mental por períodos breves, como la prohibición de la creación de manicomios o instituciones monovalentes de internación prolongada, públicos o privados, cuestión que hasta el día de hoy no ha sido debidamente cumplimentado por el Estado nacional ni en los gobiernos provinciales; lo que en realidad perjudica la reinserción social de las personas con estos padecimientos.

Como vemos, dicha legislación – hoy replicada en el Código Civil y Comercial de la Nación– lo que pretende es que la salud mental de las personas, sea decididamente un tema de salud que no debe ser judicializada, salvo en aquellos casos en que el juez, ante la imposibilidad de prestar el consentimiento una persona en crisis, o sea en riesgo para sí o para terceros, sea el juez el que la ordene, con la sola finalidad de prestar protección a dicho enfermo o sea solicitado el proceso de restricción a la capacidad – por problemas de salud mental – o la incapacidad total de la persona (art. 34 y ss del Código Civil y Comercial de la Nación).

Ahora cabe que nos preguntemos cuáles son los derechos de los pacientes con padecimiento mental?

La normativa nacional propone el resguardo de los derechos del paciente mental (art.11 de la ley nacional); con la debida participación de los familiares del mismo y otros actores sociales como las ONG, etc (art. 10), entendidos todos como usuarios del sistema de salud mental y haciendo especial hincapié en los derechos de pacientes niños y adolescentes (art.12), donde siguiendo las nuevas doctrinas en derechos humanos hablamos de “pacientes hipervulnerables” ya que a la vulnerabilidad de la niñez, le agregamos la vulnerabilidad de la salud mental.

Debemos remarcar que estos principios responden a la ley 26.529 (19.11.09) sobre derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, como así también a la “Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos”, Brasilia 2005; resultando también de aplicación las reglas de los derechos del consumidor, ya que las prestaciones médicas con los prestadores públicos y privados (estando descartada la profesión liberal) se encuentra inmerso en dicha normativa.

Entre los derechos más importantes señalados por la ley podemos mencionar:

*La **no discriminación** por motivos directos o indirectos de su patología, con su consiguiente reinserción social (art.9 ley 9848; art 28 de la ley 26.657)

*El **del consentimiento informado y libre**, que implica que todos los tratamientos sean proporcionados sobre la base del consentimiento libre e informado excepto en circunstancias excepcionales (vgr internaciones involuntarias). (art. 11 inc.b; art.48 inc.k ley 9848; art. 10, 16 y 19 de la ley 26.657).

*El del **acceso a su historia clínica** por sí o a través de su representante legal o convencional (art. 15 ley 26.657).

*El derecho al tratamiento **menos coercitivo**, lo que requiere que las personas con padecimiento subjetivo dispongan siempre de tratamiento en lugares que tengan la menor repercusión posible en su libertad personal, estatus y derechos sociales, incluyendo su capacidad para seguir con su trabajo y con su vida cotidiana. En este contexto la internación será considerada como un recurso terapéutico de excepción, lo más breve posible; siendo sólo una etapa o modalidad en un proceso continuo de tratamiento (art. 48 ley 9848; art. 14 ley 26657).

En definitiva lo que se pretende es que el paciente no sea estigmatizado y que se logre los paradigmas de la ley o sea la prevención, promoción, tratamiento, rehabilitación y reinserción social.

Sin embargo, el grave déficit que padecen las políticas públicas en Argentina – como en gran parte de los países de Latinoamérica – solamente podemos considerar que se cumple en forma parcial el tratamiento y rehabilitación de las personas con padecimiento mental. Lamentablemente los otros poderes del Estado no cumplen con la prevención de estos padecimientos, como por ejemplo en el tema de la prevención en el consumo de drogas.

A ello debemos sumarle el incremento de problemas de salud mental, justamente por el ascenso en el consumo de alcohol y drogas – últimamente a una escasa edad – lo que no ha sido proporcional al crecimiento de los organismos que se ocupan de estos tratamientos. Es más, es deplorable en muchos casos el estado en que se encuentran los que existen, no habiéndose podido consolidar la idea del cierre de los monovalentes.

Tampoco se han erigido políticas públicas de salud adecuadas para formalizar la reinserción social, como sería la creación de bolsas de trabajo o ayudas comunitarias para estos casos.

Ergo, si bien el espíritu de la ley de salud mental es loable en sus propósitos, no se ha logrado en casi nueve años que se puedan cumplir los mismos, aunque sea parcialmente, sino que creemos que lamentablemente en muchos aspectos hemos retrocedido.

Conclusiones

La legislación sobre salud mental, con todas las conquistas que su sanción significa, nos ubica ante un desafío mayor, que es el de promover y hacer realmente posible una profunda transformación del sistema que rige el campo de la Salud Mental en la actualidad local, con una clara y profunda protección desde la óptica de los derechos humanos, del sujeto con padecimientos mentales.

El creciente déficit de los sistemas sanitarios en la República Argentina – y en general en Latinoamérica- ha traído como contrapartida la judicialización de la salud, lo que se traduce en la necesidad de un rol activo de la justicia a los fines de garantizar a los administrados las prestaciones básicas en materia sanitaria a través de los procesos urgentes (amparos, medidas autosatisfactivas, tutelas anticipadas, etc), los juicios de incapacidad o de restricción a la capacidad o en su caso los pedidos de internaciones involuntarias.

Ello se agrava cuando nos encontramos frente a la protección de la salud mental, en primer lugar por la especial vulnerabilidad de estas personas y en segundo lugar, por la responsabilidad que han asumido los Estados partes – a través de las normas internacionales, nacionales y provinciales – en esta materia. En este contexto, es misión del Poder Judicial velar por su cumplimiento,

y erigirse como guardián de los derechos humanos de las personas con padecimiento mental, gestando criterios jurídicos y pautas que sostengan resoluciones meditadas y fundadas que pongan a la salud de los habitantes en su debido lugar, fallando siempre en estos casos con perspectiva de vulnerabilidad.

Notes

1 GARAY, Oscar E., “Nuevo marco regulatorio de la medicina prepaga estatuido por la ley 26.682”, La Ley, Suplemento Especial, “Régimen jurídico de la medicina prepaga”, La Ley Online, AR/DOC/1465/2011.

2 Así, por ejemplo, de acuerdo a los “Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental”, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 46/119 del 17/12/1991, una persona puede ser admitida como paciente involuntario cuando queda acreditado que padece una enfermedad mental grave, que su capacidad de juicio está afectada y que el hecho de que no se la admita o retenga en una institución psiquiátrica pueda acarrearle un gran deterioro de su condición (Principio 16 inc. 1).

3 Cfr. Avalos, Antonio- “La internación psiquiátrica involuntaria en la Provincia de Córdoba”- (www.postgradofcm.edu.ar/ProduccionCientifica/TesisMagisters/5).

4 CSJN- 19/02/2008- “R.M.J.”- Actualidad jurídica on line (www.actualidadjuridica.com.ar), art. N° 12257.

5 LORENZETTI, Ricardo L., “La empresa médica”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998, pág. 15 y 16.

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Poblete Vilches y otros vs. Chile”, Sentencia de 8 marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas). Parágrafo 118. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf.

7 PINTO, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, 1997, CELS., p. 163)

8 ANDRUET, Armando S, “Bioética, Derecho y Sociedad. Conflicto, ciencia y convivencia, EDUCC Alveroni, Córdoba, 2004, p.107.

9 LORENZETTI, R., ob. cit., pág. 18 y 19.

10 GUEILER, Susana; ALOU, Stella, “El derecho a la salud. Los contratos de asistencia médica. Régimen jurídico de la medicina prepaga: ley 26.682. Obras sociales”, en: Tratado de Derecho del Consumidor, Tomo II, Gabriel Stiglitz y Carlos Hernández (Directores), Buenos Aires, La Ley, 2015, pág. 883.

11 GUEILER, S.; ALOU, S., ob. cit., pág. 870/871.

12 GUEILER, S.; ALOU, S., ob. cit., pág. 866.

13 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Compañía Euromédica de Salud S.A.” – sentencia del 08/04/2008 - LA LEY 13/05/2008.

14 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Passero de Barrera, Graciela c/ Estado Nacional”, 18/09/2007, Fallos 330:4160.

15 GHERSI, Carlos Alberto, “Proyecto de código único. Derecho a la Salud. Algunas cuestiones observables”, La Ley 2012-D, 853; cita on line AR/DOC/3115/2012.

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Poblete Vilches y otros vs. Chile”, Sentencia de 8 marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas). Parágrafo 124. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf.