



## SALUD MENTAL Y DERECHO. REFLEXIONES EN TORNO A UN NUEVO PARADIGMA Coordinadores: Andrés Rossetti y Natalia Monasterolo

Editorial Espartaco, Córdoba, 2016, (125  
 páginas), licencia Creative Commons.

Por Magdalena Inés Álvarez<sup>1</sup>

La obra que presento es el resultado del trabajo realizado en el “Seminario Interdisciplinario de Salud «Mental» y Derecho”, organizado en el ámbito del Centro de Investigaciones Jurídicas

y Sociales de la Facultad de Derecho de la U.N.C. A diferencia de otros cursos y talleres que se organizan en ese ámbito, el Seminario se caracterizó por no circunscribir el análisis de la problemática en estudio a una visión jurídica, sino a partir de un abordaje interdisciplinario, en el que participan, entre otros, abogados, psicólogos, trabajadores sociales, médicos. La diversidad de miradas enriquecieron las discusiones sobre las que hoy se estructuran los distintos trabajos que se publican en este libro.

En este marco, lo primero que me llamó la atención cuando comencé a leer la obra que aquí presento, fue el uso entrecorinado de la palabra «mental», en el Prefacio, y más adelante, el uso de la expresión «aspecto mental de la salud», en lugar de «salud mental». Sin embargo, bastó una segunda mirada para advertir que estos pequeños detalles no eran para nada inocentes y preanunciaban un cambio de perspectiva. Esta nueva perspectiva, señalan Rossetti y Monasterolo, se impone a partir del modelo de abordaje promovido por el paradigma universal de protección de la persona humana, al que adhirió la República Argentina a partir de la firma y ratificación de numerosos tratados de derechos humanos a los que se les ha atribuido, en algunos casos, jerarquía constitucional, y en otros, jerarquía supra legal.

En lo que aquí interesa, este modelo de abordaje se caracteriza fundamentalmente por:

- Una conceptualización integral e integrada de «salud» en la que las cuestiones relativas a la psiquis no pueden ser visualizadas de manera fragmentada, como algo distinto y separado de la salud física; sino como una salud integral en la que lo mental representa uno de sus aspectos.
- En percibir a la persona padeciente como «sujeto de derechos» y no como «objeto de tutela» y, menos aún, como «objeto de poder»;
- El abandono del modelo de incapacidad y la implementación de sistemas jurídicos de apoyo para la toma de decisiones.
- El paso de un modelo manicomial, fuertemente apoyado en la lógica del asilo, a un modelo amarrado en la idea de tratamiento comunitario.

<sup>1</sup> Magister en Derecho y Argumentación (U.N.C). Profesora Adjunta de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad nacional de Córdoba.

El modelo importa un cambio radical de perspectiva respecto al aplicado en nuestro país durante muchísimos años y su implementación está demandando un gran esfuerzo a la vez que genera grandes resistencias. Pero el reto que significa poner en acto el nuevo modelo, lejos de inmovilizar a los autores de esta obra, los convierte en activistas del cambio al que aspiran participar en realizar.

En este marco, la sanción de la ley nacional 26.657 (año 2010) y, tres años más tarde, su reglamentación por decreto 603/13 (que, como dicen los autores, "baja al llano" los postulados de máxima propugnados por el paradigma universal de protección de la personal) no son presentados en esta obra como un resultado al que llegar sino más bien como un lugar del que partir.

La intención de los autores, entonces, es procurar efectuar 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"<sup>2</sup>. Cada uno de los trabajos que integran la obra aquí comentada aborda y (fundamentalmente) se propone salvar la brecha entre "lo que había y lo que hay". Esta será la perspectiva a partir de la cual los voy a presentar.

1) La primera mirada viene del ámbito del derecho y es realizada por Andrés Rossetti en el trabajo titulado "El marco jurídico y la «limitación» a las políticas públicas. Comentarios en base al derecho constitucional y «convencional» argentino actual". En él, el autor se propone presentar una visión en relación a cómo influye y, eventualmente, limita el derecho en 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 (en general) y a las políticas públicas (en particular).

Para ello, aborda la problemática a partir de un dilema (¿qué es primero: la política o el derecho?); presenta (y cuestiona) el concepto de «derecho» (término al que califica de vago, ambiguo y con una cierta carga emotiva) y las funciones que cumple (¿previene conflictos, facilita la cooperación o mantiene e, incluso, profundiza situaciones de dominación?); precisa la noción de «constitución» y el principio de «supremacía» constitucional, para luego concentrarse en la concreta recepción de dicho principio en Argentina (artículos. 5, 27, 28, 31, 75 inc. 22 y 24, 128, entre muchos otros). En este marco, plantea cuál es el lugar que ocupan en la «pirámide jurídica» las demás fuentes del derecho (como la costumbre, la jurisprudencia, la sentencia y el contrato) y concluye que existen tanto fuentes formales como informales con jerarquía constitucional

Asimismo, nos recuerda que, desde la reinstalación de la democracia en 1983, se produce una «internacionalización» de los derechos fundamentales por medio de la incorporación al derecho interno de diferentes tratados y documentos internacionales. Con ello el sistema de fuentes crece en forma sideral y el derecho se vuelve turbulento e incontrolable pero a la vez más rico y más amplio. Complejizando aún más esta idea, el autor presenta el llamado «control de convencionalidad» y se pregunta respecto del valor que cabe asignar a las decisiones de organismos internacionales en el ámbito interno. En este marco, afirma el carácter «invadente» de la participación de estos organismos en relación con los asuntos internos de cada uno de los Estados. Finalmente, tras presentar las ventajas y desventajas de la globalización en derechos humanos, concluye que el mayor número de normas no ha producido una real mejoría en el goce de los derechos humanos respecto de un gran número de personas. Ello toda vez que si bien los derechos humanos pueden ser vistos como una herramienta de cambio, se prestan también a ser utilizados como pantalla o cortina de humo, que tapan el problema real pues, mientras se mantenga la estructura actual del poder internacional, se mantendrá la desigualdad entre los Estados y también entre los seres humanos que los habitan.

---

<sup>2</sup> Prefacio, página 9.

- 2) Una segunda mirada es la que nos proponen Jacinta Burijovich e Iván Ase, ahora desde una perspectiva disciplinar diferente (psicología/ medicina/ masters en administración pública), quienes procuran abordar la brecha entre lo que “había y lo que hay” planteando el problema de la falta de «capacidad estatal» para transformar las promesas normativas en resultados concretos.

En tal sentido, en el artículo titulado “Capacidad estatal y nuevos derechos: el caso de los nuevos marcos normativos en salud mental”, los autores destacan que las reformas pro-mercado de finales del siglo veinte han provocado efectos de largo plazo sobre la estructura estatal que le imposibilitar recuperar, de manera inmediata, algunas de sus funciones y responsabilidades perdidas. Para los autores, en el marco de la hegemonía del pensamiento neoliberal, el Estado dejó de ser considerado como garante de los derechos sociales; su responsabilidad se circunscribió a ofrecer servicios mínimos a los más pobres en forma compensatoria y transitoria. De allí que hoy tengamos un Estado que a duras penas va recuperando sus estructuras y herramientas. Ello le impide ejercer viejas funciones y asumir algunas nuevas, propias de un mundo interdependiente y globalizado.

Frente a ello, el enfoque de derechos humanos que se desprende de los compromisos asumidos por el Estado argentino en el ámbito internacional, importa una ruptura radical con este paradigma en la medida que pretende recuperar el rol garantista en materia de derechos sociales para el Estado. Ello obliga al Estado a recuperar y desarrollar la orientación universalista e igualitarista de sus propuestas.

Para los autores, el punto de partida para analizar la «capacidad estatal» es la delimitación de lo que se quiere o se debe hacer con ella (funciones y objetivos) De allí que las «capacidades» no sean funcionales a cualquier tipo de objetivo o modelo de Estado. Por el contrario, para cada tipo de objetivo cabe desarrollar distinto tipo de capacidad. Capacidad, objetivos y actores conforman un triángulo a la hora de pensar la gestión pública. La eficiencia de la gestión pública, en consecuencia, está asociada al proceso de desarrollo de capacidades para el logro de determinados objetivos y definen como «brecha» la distancia existente entre un objetivo deseado y lo realmente alcanzado.

A partir de este esquema, Burijovich y Ase comienzan a abordar el caso del nuevo marco normativo de salud mental nacional (ley 26.657) y provincial (ley 9848). Consideran que tanto la ley nacional como la provincial, constituyen un avance importante en orden a concretar el objetivo de lograr una política de estado en materia de salud mental apoyado en tres ejes: enfoque de derechos, atención primaria y desmanicomialización. Pero el problema radica en si el Estado está hoy o no en condiciones de asumir semejante desafío. En tal sentido, afirman, pasados unos años desde la sanción de las leyes no se han logrado grandes resultados. Ello se debe a que ciertas intervenciones efectuadas en el área de salud mental, como son las prestaciones en instituciones monovalentes y manicomiales tienen un alta capacidad de autopreservación y regeneración. Es necesario, entonces, llevar a cabo un enorme esfuerzo para desarrollar «capacidades estatales» que permitan avanzar sobre el *status quo* y los actores que lo sostienen. Se requiere definir una estrategia de mediano y largo plazo que posibilite la construcción de capacidades técnicas y políticas necesarias. Para ello, se requiere movilizar actores y recursos.

Y es en este aspecto en el que lo autores encuentran que están llamados a cumplir un papel relevante los «actores sociales», incidiendo en las políticas públicas y, especialmente, en el desarrollo de capacidades políticas de los actores estatales. En este marco, la sanción misma de la ley provincial fue el resultado de un activismo que fue logrando el apoyo de distintos sectores sociales, académicos y políticos; que continuó luego con el monitoreo de las políticas en salud mental que lleva adelante la Provincia por medio por parte del Observatorio de Salud Mental y Derechos Humanos y que se plasma también en movilizaciones en espacios públicos, de los que son un ejemplo las marchas por el derecho a la salud mental que vienen realizándose desde el año 2014 bajo la consigna «porque hay exclusión exigimos derechos». Ello permitió hacer visible la situación de los usuarios en salud mental e interpelar al Estado para que dé respuesta.

3) Desde el campo disciplinar de la psicología proviene el aporte que efectúa el tercer trabajo, titulado "La transformación en salud mental: desde el modelo manicomial al modelo comunitario. El desafío actual de la exigibilidad de derechos", cuyas autoras son María Paz Caminada Rossetti, Natalia Fernandez Medina y Solana María Yoma. En este caso, el análisis se hace a partir de la noción de «campo» entendiendo por tal un ámbito no sólo de convergencia (de actores, recursos, problemas e intereses) sino también de disputa en orden a la consolidación y predominio de uno o más capitales.

Bajo esta mirada, en este trabajo, las autoras incursionan en la brecha entre lo que "había y lo que hay", y se concentran en la "justicia" como un actor que viene interviniendo en el «campo de la salud mental», procurando identificar el rol que ejerce. Y, sin rodeos, afirman que se trata de un actor obstaculizador, que a partir del despliegue de recursos de poder político institucional ha ejercido una influencia negativa en los procesos políticos de implementación de las normativas actuales en salud mental. El encierro, la judicialización y la medicalización siguen siendo los pilares en los que se sustenta el sistema que opera en el sector de la salud mental. La intervención de la justicia, concluyen, priva a los sujetos usuarios de salud mental del ejercicio y respeto de sus derechos más elementales.

Sin embargo, aclaran, es necesario y estratégico revertir la negatividad de su rol. Para ello, la justicia debe repensarse a sí misma, con el objeto de asumir una intervención que tenga por finalidad promover y acompañar la autonomización del sujeto y la exigibilidad de sus derechos, aun en las condiciones de vulnerabilidad que supone el padecimiento subjetivo.

En el campo de la salud mental, señalan, la legislación nacional y provincial imponen un cambio de modelo (del modelo manicomial al modelo comunitario) que conlleva una transformación estructural. Todo ello conlleva el fin del manicomio (cuya ineficiencia terapéutica está demostrada) y su sustitución por dispositivos anclados en la comunidad.

Pero, aclaran, para lograr este objetivo no basta con tirar abajo las instituciones hospitalarias manicomiales. Tampoco la desmanicomización implica cerrar hospitales para reducir el gastos público ni se concreta con el mero traslado de los «encerrados» a otros lugares con nombres diferentes pero que conserven la misma lógica totalizante.

Como bien precisan las autoras, la lógica manicomial constituye un paradigma social que ha traspasado todas las épocas, se inscribe en los cuerpos, atraviesa a los actores en juego y hace que se siga perpetuando.

Pero, precisan las autoras, no siempre las experiencias transformadoras en salud mental emergen, como una innovación, del nuevo marco normativo sino que, en muchos casos, lo preceden e inspiran. Entienden que las leyes no son transformadoras natas de la realidad sino instrumentos de lucha y de disputa, de las que pueden valerse los actores involucrados en el proceso de cambio en salud mental. Hoy en día, agregan, en Córdoba si bien se cuenta con una nueva ley de salud mental que reconocen y revalorizan las prácticas alternativas a manicomio, no se han implementado desde el Estado políticas activas que estimulen su desarrollo. Por el contrario, ellas se sostienen en la voluntad y compromiso individual de quienes trabajan en esta problemática. Se trata, explican, prácticas que van desde el arte, la cultura, la comunicación, la vivienda, el trabajo y la salud (como lo son, por ejemplo, el Frente de Artista del Borda en Bs As y Radio los Inestables en Córdoba).

Concluyen que el cambio de paradigma en salud mental, para que opere, debe necesariamente producirse en distintos niveles, que comprende no sólo la dimensión socio-estructura e institucional sino también el trabajo diario con los usuarios para desmontar estas subjetividades alienadas y crear condiciones para el ejercicio efectivo de sus derechos.

4) El cuarto trabajo que se presenta en el libro es escrito por la licenciada en psicología Rosa López y se titula *"El modelo de la discapacidad/incapacidad frente a las personas con padecimientos mentales. El malestar subjetivo y la negación de derechos"*. En él la autora nos invita a penetrar hasta el fondo de la brecha entre lo que *"había y lo que hay"* para cuestionar si lo que *"hay"* no constituye una reproducción -con otra denominación- de lo que *"había"*.

En tal sentido se pregunta en qué medida cierra con la lógica del nuevo paradigma incapacitar/discapacitar a las personas con padecimientos subjetivos. Porque, sostiene, al aplicar este apelativo, el eje sigue estando puesto en caracterizar a la persona como careciente; y si se mira a la persona desde esta perspectiva, la posibilidad que ésta tiene de pensarse como sujeto de derechos es casi inexistente.

Pero el problema está en que el modelo de la discapacidad/incapacidad hoy constituye una herramienta indispensable para acceder a subsidios y coberturas de obras sociales, prepagas y mutuales. Se trata de una manera de institucionalizar discriminatoriamente la locura. Pues, para que una persona reciba de su obra social, prepaga, mutual o del Estado mismo la psicoterapia por tiempo prolongado o cualquier otra práctica, como acompañamiento terapéutico o talleres de arte u oficio, debe necesariamente obtener un certificado de discapacidad.

Pero ¿qué es este certificado de discapacidad sino una forma de someter a la persona a una clasificación en base a lo que se considera «normal» para un ser humano? ¿Cuál es el parámetro de esa «normalidad»? Al igual que la lógica manicomial, clasificar a las personas en «normales», «discapacitadas»/ «incapacitadas» es otra forma de discriminar al sujeto, estigmatizarlo y aislarlo.

Para el sujeto con padecimientos mentales, nos dice, la discapacidad significa la muerte como sujeto y ello conlleva la muerte civil, social y laboral.

La palabra «discapacidad», en definitiva, no es la expresión adecuada si lo que se procura en definitiva es acompañar a un sujeto en el proceso de lograr ser él mismo. Lamentablemente, el certificado de discapacidad termina cumpliendo la función del DNI de las personas. Con ello se reproduce la lógica de la exclusión que la ley nacional de salud mental quiso al prohibir los manicomios. El certificado de discapacidad, concluye no tiene por qué existir.

5) Isabel Lucía Alem de Muttoni presenta su trabajo sobre *"Lenguaje y Derecho. Nuevas normativas en torno a las personas con capacidad restringida"* en el que aborda u la «capacidad jurídica», tema clásicamente enmarcado en el del derecho civil, a partir de una visión interdisciplinaria en el que atribuye un rol especial a la lingüística.

En este marco, centra la atención en la igualdad real entre personas con plena capacidad y aquellas que sufren una discapacidad física o mental. Afirma que un primer paso para el cambio del paradigma es estudiar al lenguaje; cómo se utilizan las palabras en el discurso especializado; si se las utiliza para excluir o integrar en la sociedad a las personas con capacidad plena, parcial o restringida. Para la autora, el lenguaje es un sistema de signos, una red de usos y sentidos, y es también un sistema de reglas; reglas que rigen los «juegos del lenguaje». En este marco, la ley funciona como un «lexicón» que, a modo de un diccionario, establece los significados del sistema y tiene por objeto instituir, esto es, dar estatuto de real a algo que no existe. Corresponde, en cambio, a la jurisprudencia determinar el significado de esos términos, en los casos concretos que resuelve.

En este marco, el nuevo paradigma que emerge del derecho internacional de los derechos humanos y que ha sido receptado por la ley nacional de salud mental N° 26.657 y más recientemente en el Código Civil y Comercial Unificado abandona la idea de «tutela» (en la que una persona sustituye a otra en la toma de decisiones) para decantarse por el polo opuesto, la «autonomía» (donde la persona tiene la posibilidad de auto-gestionarse). En tal sentido, la nueva normativa sostiene la igualdad real entre personas con plena capacidad y aquellas que sufren una discapacidad física o mental; distingue la capacidad jurídica de la capacidad de ejercicio; reserva el instituto de la

representación para casos excepcionales y extremos; fija las reglas generales que debe observar el juez para limitar la capacidad de ejercicio de la persona; reconoce nuevas figuras, como las redes de apoyo que prioriza los aspectos personales, sociales y familiares sobre los patrimoniales; y se decanta por un modelo mixto de autonomía y colaboración en la toma de decisiones; determina, finalmente, que la sentencia debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo, y fija un límite temporal en tres años.

El modelo se caracteriza por aceptar que las personas con capacidad restringida tienen igual valor en dignidad que el resto. Gozan de derecho a tomar decisiones en lo que atañe a su desarrollo e independencia personal.

6) Finalmente, la última mirada proviene del derecho penal y está a cargo de Natalia Monasterolo, quien en el artículo "*Fricciones entre salud «mental» y derecho penal en el esquema de la actual ley argentina: desencuentros en punto a una subjetividad única*" presenta la gigantesca brecha que ha quedado abierta entre el viejo derecho penal y el nuevo modelo de abordaje de la salud adoptado por el Estado Argentino, esencialmente afincado en el modelo humanista (no «humanitario», aclara).

Formula entonces la pregunta sobre la que articula la investigación ¿qué ocurre jurídicamente cuando una persona con padecimientos subjetivo comete una conducta que el derecho penal considera, *prima facie*, reprochable? Para el viejo código penal (1921) que aún continúa vigente, no es punible la persona si no pudo comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones (art. 34, inc. 1). Pero que no sea punible no significa que no sea alcanzado por medidas de seguridad curativas como la reclusión por tiempo indeterminado en un manicomio "del que no podrá salir sino por resolución judicial".

Este «sistema de medidas de seguridad curativas» resulta claramente opuesto al modelo de abordaje del aspecto mental de la salud al que ha adherido el Estado Argentino, al firmar tratado de derechos humanos y otorgarles jerarquía constitucional, que se caracteriza por propugnar un abordaje desmanicomizador y subjetivante. Destaca, en este marco que

- El artículo 34, inc. 1 del Código Penal, legitima un régimen de irresponsabilidad penal que aniquila la faz personal del sujeto padeciente. Mas la negación de la condición de persona que conlleva la estipulación penal de irresponsabilidad penal (artículo 34) contradice el modelo constitucionalmente adoptado de abordaje de la salud mental que postula la unidad del «sujeto» y afirma en el plano jurídico la vigencia pro-activa de su ciudadanía.
- Pero, como se ha señalado, la persona que es considerada penalmente irresponsable queda, sin embargo, atrapada en una serie de consecuencias. La «peligrosidad» del sujeto para la sociedad es lo que habilita al juez a recluirlo en un manicomio por tiempo indeterminado. Se mantiene de este modo la lógica manicomial junto con la internación perpetua. Por el contrario, el modelo constitucional se inclina por los tratamientos en comunidad, en los que la internación es excepcional y siempre por tiempo limitado.
- Finalmente, también contradice el modelo constitucional la distinción que practica el Código Penal entre quien infringe la norma en razón de su padecimiento físico y quien no lo hace pese a dicho padecimiento. Todo ello porque no puede admitirse represalias en el terreno de las afecciones mentales.

El sistema instaurado por el artículo 34 del Código Penal también es contrario al régimen recientemente adoptado en virtud de la ley nacional 26.657. Esta ley, en consonancia con la normativa internacional, corre el foco de atención de la enfermedad mental a la salud cual concepto holístico; piensa en la salud antes que en su pérdida. De allí que sea en la comunidad (y no el manicomio) en donde la salud de la mente encuentra el ambiente adecuado para preservarse.

Cuando ello no ocurre y la salud se debilita también debe ser en ese tejido social en el que se encausen sus dolencias.

De esta manera, la nueva ley se enrola en lógica constructivista, en la que los dogmas de la naturaleza desaparecen y, en cambio, el padeciente se transforma en protagonista de su propio reaprendisaje, interdisciplinariamente acompañado por un conjunto de saberes.

Resulta entonces evidente la confrontación de las medidas de seguridad curativas regladas por el Código Penal con la nueva ley de Salud Mental.

La pregunta entonces que queda pendiente es cómo superar la brecha entre lo nuevo y lo viejo. Es claro que la primera respuesta consiste en lisa y llanamente modificar el Código Penal. Pero los que trabajamos con el derecho sabemos que ello no resulta tan simple; menos cuando de lo que se habla es de modificar un código de fondo.

Pero hasta tanto ello se produzca, si se admite que el derecho no es algo estanco sino dinámico, es posible decantarse por la transfiguración sin derogación del texto penal, en tanto en un contexto de tensión con la Constitución y la ley, los frentes de choque pueden suavizarse apelando a una lectura conglobada de toda la normativa en juego. Aplicando esta estrategia muchos puntos neurálgicos del conflicto se desinflan y sus efectos podrían resultar aventados.

Pero, deja en claro la autora, con ello el conflicto no desaparece y subsiste el problema de fondo que articula y sintetiza en la siguiente pregunta ¿cómo se justifica desde un punto de vista humanista la captación punitiva del padecimiento mental? Concluye en la necesidad de crear un sistema distinto al penal que devuelva el protagonismo al padeciente, como parte de una comunidad inclusiva, acompañado por un abordaje inter y tras disciplinario.

Para concluir no quiero dejar de resaltar que las distintas perspectivas disciplinarias a partir de la cual se ha encarado esta obra son las que, en definitiva, nos permiten entrar en contacto con la persona de carne y hueso, una y única en sí misma que, en tanto afectada por un padecimiento subjetivo, deja de ser protagonista de su propio destino, para quedar atrapada en el infierno creado por una normativa que la sojuzga, medicaliza, asila y aparta de la comunidad.

Hoy, a nivel internacional, el paradigma ha cambiado y también han cambiado las leyes internas argentinas. Pero con ello no alcanza para tirar abajo la lógica del modelo manicomial que, después de décadas de vigencia, está encarnado en nuestra mentes y se reproduce a través de conductas, costumbres y pautas culturales. Sólo un compromiso militante como el que asumen los autores de esta obra permitirá cambiar la percepción del padeciente como objeto de dominación para verlo como protagonista de su propio destino. Y sólo en ese momento será posible afirmar que la brecha entre *lo que había* y *lo que hay* ha quedado definitivamente salvada.