

Los derechos humanos y su impacto en la nueva legislación sobre Salud Mental

Ana Maria Hermosilla*

Rocio Cataldo

Celeste Bogetti

Resumen

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, junto con otros tratados y pactos relacionados, fueron incluidos en la legislación argentina tras la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, pasando a ser parte del bloque de constitucionalidad. El mencionado reconocimiento constitucional marcó un hito histórico en la temática. Sin embargo se destacan ciertas cuestiones a tener en cuenta en relación al área de la Salud Mental que plantean un discordancia con este reconocimiento como: la desactualización del Código de Vélez Sarsfield en cuanto a la temática de la capacidad-incapacidad, la falta de leyes nacionales específicas, y los prejuicios culturales y sociales sobre la “enfermedad mental”. En la actualidad, esta situación está siendo modificada dado que se han comenzado a sancionar una serie de leyes donde el énfasis está puesto en el respeto por la dignidad y derechos de la persona.

Si bien la reforma legislativa es un paso fundamental y demuestra la impronta de los Derechos Humanos en la legislación argentina, es importante que esté acompañada de cambios en aspectos ideológicos, culturales y sociales que permitan que el marco legal, vaya siendo legitimado y se instale como nuevo paradigma en la práctica.

Palabras Claves: Psicólogos- Ley- Derechos Humanos- Argentina

Human Rights and their impact on the new Mental Health legislation.

Abstract

The Universal Declaration of Human Rights, together with other related treaties and agreements, were included in the Argentine legislation as a result of the constitutional reform of the year 1994 and have so become part of constitutionality. This acknowledgement represented a historical landmark in the subject. Nevertheless, certain issues in reference to the area of Mental Health are worth considering since they pose a discrepancy within this acknowledgement: the out-dated treatment of the issue of ability – disability in the Vélez Sarsfield Code, the lack of specific national laws, and cultural and social prejudices about “mental illness”. At present, this situation is being modified since a series of laws have been sanctioned in which emphasis is given to the respect for human rights and dignity. Although the legislative reform is a fundamental step and represents a footprint in the Argentine legislation on Human Rights, it is important that it be accompanied by changes in ideological aspects, both cultural and social, that allow for the legal framework to acquire legitimacy and establish a new paradigm in practice.

Keywords: Psychologists- Law- Human Rights- Argentina

Introducción

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1948. Según la misma, el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todo ser humano, es la base necesaria para alcanzar la libertad, la justicia y la paz en el mundo. Parte de los derechos que se reconocen en esta Declaración, son vulnerados o corren peligro de serlo, en aquellas personas que por diferentes tipos de padecimientos psíquicos, pierden la posibilidad de ejercerlos plenamente y de forma autónoma. Aquí es donde la Salud Mental se entrecruza con la cuestión de los Derechos Humanos.

La Declaración, junto con otros tratados y pactos relacionados, fueron incluidos en la legislación argentina tras la reforma de la Constitución Nacional en

el año 1994, pasando a ser parte del bloque de constitucionalidad. En su artículo 75, inciso 22, encontramos que “(...) *los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*” Se incluyen en este apartado, entre otros: “*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 los Derechos del Niño.* Asimismo se establece que “*en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*”.

Alfredo Kraut (2006) expresa que el mencionado reconocimiento constitucional, marcó un hito histórico en la temática. Sin embargo el autor, destaca ciertas cuestiones a tener en cuenta en relación al

*Facultad de Psicología. Universidad Nacional de Mar del Plata. Argentina. E mail: ahermo@mdp.edu.ar

área de la Salud Mental. En primer lugar, la desactualización del Código Civil de Vélez Sarsfield en aquellos puntos vinculados con restricción de la capacidad, e internaciones -entre otras cuestiones- en tanto se utilizan denominaciones y principios inadecuados. Esto genera que el derecho refuerce políticas de exclusión. En segundo lugar, la falta de leyes nacionales específicas; y en tercer lugar, los prejuicios culturales y sociales que todavía existen sobre la “enfermedad” mental.

En la actualidad, esta situación está siendo modificada. Por un lado, se han comenzado a sancionar una serie de leyes donde el énfasis está puesto en el respeto por la *dignidad y derechos de la persona*. Por otra parte, el Código Civil fue reformado, modificando las cuestiones planteadas por Kraut, y tornándolo coherente con el paradigma en vigencia. En cuanto a los prejuicios culturales y sociales, se puede pensar que será necesario que el cambio de paradigma que ha comenzado con las modificaciones legales, sea incorporado efectivamente al conjunto de la sociedad, lo cual otorgará legitimidad a las mismas.

Bobbio (1991) plantea la noción de *proceso de especificación de derechos*, el cual implica que partiendo del *abstracto sujeto hombre* se deba especificar los derechos en función de quienes son los titulares de los mismos. Por ejemplo respecto al género, a la etapa evolutiva o en referencia a estados excepcionales (como personas con padecimientos mentales).

A lo largo del artículo se realizará un recorrido por diversas legislaciones sancionadas en los últimos años que llevan la impronta de los principios planteados en la DUDH. Esta trayectoria finaliza en la actualidad con el debate acerca de la modificación del Código Civil, la cual incluye algunos de los cambios introducidos por estas leyes.

Ley de Protección de las niñas, niños y adolescentes (26061/2005)

En el año 2005 se sanciona en Argentina la Ley 26.061, tendiente a operativizar la Convención Internacional de los derechos del niño (Rodríguez, s.f), la cual figura entre los tratados ya mencionados (artículo 75 inciso 22). Si bien esta ley no se refiere específicamente al ámbito de la Salud Mental, es incluida en el presente trabajo ya que fue la primera de la serie en la cual se puede vislumbrar el espíritu que se busca destacar: el de la protección de los Derechos Humanos.

El objeto de la ley es la protección integral de niños, niñas y adolescentes, a fin de garantizar el *ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente* de aquellos derechos que se reconocen tanto a nivel nacional, como en los tratados internacionales a los cuales la Nación adhiere.

La principal modificación en la perspectiva desde la cual se entiende la niñez, es el reconocimiento implícito de la autonomía y subjetividad del niño, planteándose que su opinión puede y debe tener peso en las decisiones que le conciernen (Rodríguez, s.f). Así, en su artículo 2, la Ley establece que *tienen derecho a ser oídos y*

atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

Se toma al interés superior del niño como el sustento de los derechos reconocidos en la ley, definiéndolo como *la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos*, debiéndose respetar una serie de principios (artículo 3) entre los que se pueden destacar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta - lo cual se relaciona con el derecho a la libertad contemplado en el artículo 19 y con el derecho a opinar y ser oídos contemplado en el artículo 24-; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural.

Como se mencionó en el párrafo anterior el niño es considerado un sujeto con derechos, teniéndose en cuenta el principio de autonomía, el cual estipula que los podrán ejercer directa y progresivamente, con la orientación de los adultos a cargo y manteniendo relación directa con la evolución de sus facultades (Rodríguez, s.f).

A su vez, la ley crea el Sistema De Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, derogándose así la Ley N° 10.903 del Patronato de Menores. Como plantea Degano (2006) este modelo tutelar llevó la marca de la segregación basada en la minusvalía por supuesta inmadurez, lo cual según el autor, lleva implícita la desprotección de la subjetividad de los niños. De forma tal, que lo que se busca con el nuevo sistema es justamente poner el foco en la cuestión de los derechos que asisten a los niños, con consideraciones especiales basadas en la etapa evolutiva que atraviesan.

Convención sobre las personas con discapacidad

El 13 de diciembre de 2006 fue aprobada la *Convención Internacional de las personas con discapacidad*, siendo incorporada al derecho interno argentino en el año 2008 a través de la Ley 26.378. La misma posee jerarquía constitucional.

Tal como plantean Palacios y Bariffi (2007), la Convención otorga visibilidad al colectivo al que se refiere dentro del sistema de protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas. A su vez permite contar con una herramienta jurídica que sea vinculante, para la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Se puede conceptualizar la capacidad como *“la posibilidad de que las personas estén - o no - habilitadas para gozar de derechos y para contraer obligaciones”* (Kraut 2006, p. 153). En cuanto al término discapacidad, la *Convención* lo utiliza para referirse a quienes posean *deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales (artículo 1)*. Se entiende que debido a las barreras puestas por la sociedad, que interactúan con un impedimento físico, mental, intelectual o sensorial, la persona discapacitada no puede participar en la misma en igualdad de condiciones que las demás.

Se puede observar cómo se incluye el aspecto

social como elemento que interviene en la producción de discapacidad, corriendo así el eje de responsabilidad del individuo al conjunto de la sociedad. Como plantea Martín Contino (2010) lo que se busca no es la normalización del sujeto, sino el viraje hacia la conceptualización de persona en *situación* de discapacidad.

El documento tiene como *propósito el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos, y libertades fundamentales (...)* Promover, proteger y asegurar son tres verbos que reflejan la progresividad y el carácter público de estos derechos, que no pueden reducirse ni limitarse; a la vez que enfatiza la necesidad de acciones concretas, más allá de la mera declamación de los mismos (Rosales, 2007).

Además de enunciar principios generales relacionados con el respeto, la no discriminación, la inclusión y la igualdad, la Convención genera la responsabilidad concreta de *adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes*, a fin de garantizar el cumplimiento de la misma; y también medidas para que la sociedad tome conciencia de la problemática (Rosales, 2007).

Una consideración interesante, es que también genera compromiso en relación a la formación de profesionales. En este sentido en el artículo 4 inciso i) encontramos la responsabilidad de: *“Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos”*. Este artículo permite pensar, por un lado, sobre cuán interiorizados se encuentran los profesionales de la salud mental en general y de la psicología en particular, en relación a los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos de las personas con discapacidad -y en derechos humanos en general-; y por otro lado, cuán calificados se encuentran para poder efectivizar todos esos derechos y garantías en prácticas concretas.

Una de las cuestiones más polémicas en la elaboración de la Convención (Palacios y Bariffi, 2007), fue la redacción del artículo 12 referido al reconocimiento de la persona ante la ley, lo cual contiene la cuestión de la capacidad.

Se introduce una consideración diferente de la capacidad de ejercicio -de derechos y garantías- de las personas con discapacidad, estableciendo que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones y en todos los aspectos de la vida. A su vez insta a que, aquellos países que incorporen la Convención a su sistema jurídico, creen un sistema de apoyo a la persona con discapacidad. *“La Convención postula un cambio de paradigma, una concepción y trato distinto a las personas con discapacidad, reconociéndoles plena capacidad jurídica o de obrar”* (Bacigaluppo, De Dios, Marzuillo, 2010, p. 3).

Con respecto al área de la salud específicamente, el artículo 25 inciso d) aborda la cuestión del consentimiento, exigiendo a aquellos profesionales que trabajan con personas con discapacidad, brindar sus servicios en base a un

consentimiento libre e informado. Esto se opone a la consideración de la persona con discapacidad como un objeto de atención/cuidado, devolviéndole el carácter de sujeto de derechos (Rosales, 2007); de lo que se trata es de facilitar el ejercicio de dichos derechos y que las medidas que se tomen no se basen simplemente en la protección.

Sin embargo, más allá de las reformas legales, la situación se encuentra atravesada por la cuestión social y la necesidad de un cambio ideológico, para que las personas y sus familias no asuman la discapacidad como algo “que les tocó”, haciéndose cargo de un problema de forma individual. La sociedad por el momento continúa siendo excluyente, a pesar de que actualmente la discapacidad no se considere una condición a curar, a completar o reparar, sino una construcción relacional entre la sociedad y un sujeto (individual o colectivo). Es la sociedad en definitiva, la que puede facilitar o dificultar el cambio paradigmático, en tanto *la condición de discapacidad condiciona pero no determina* (Brogna, 2006).

Ley de Derechos del Paciente (26.529/ 2009 y su reglamentación)

La Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, fue sancionada en octubre de 2009. En cuanto a la aplicación, los sujetos obligados a respetar, hacer respetar y promocionar los derechos del paciente son el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate (Garay, 2010). Por lo tanto incluye a los psicólogos tanto en su práctica en instituciones de salud, como en consultorio privado.

Si bien es una ley que más que enunciar derechos, regula la práctica concreta de los profesionales de la salud, en esta regulación pueden vislumbrarse que el trasfondo es la protección de derechos fundamentales.

Se reconocen los derechos a la asistencia, al trato digno y respetuoso, intimidad, confidencialidad, autonomía de la voluntad, información sanitaria e interconsulta médica. Garay (2010) plantea que la raíz filosófica o ideológica de la ley son los valores de dignidad, libertad e igualdad. En cuanto a la dignidad, es un estado o condición inherente al ser humano, de la cual según el autor, se desprenden los derechos al “trato digno y respetuoso”, a la “intimidad”, a la “confidencialidad”, y a la “muerte digna”. Con respecto a la libertad deriva en una regla de autonomía vinculada al poder decidir, sin condicionamientos externos. Esto tiene relación directa con la obtención del consentimiento del paciente por parte del profesional, para el desarrollo del tratamiento; así como con la posibilidad de directivas anticipadas con respecto a la propia salud.

La ley puntualiza tres cuestiones novedosas respecto a las prácticas de los profesionales, a saber: Consentimiento Informado (CI), Directivas Anticipadas (DA) e Historia Clínica (HC).

El CI es definido como la *“declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional*

interviniente, información clara, precisa y adecuada (...)”. Esta información incluye lo relativo a su estado de salud; el procedimiento propuesto; los beneficios esperados; los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios; las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento; el derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, en cuanto al rechazo de procedimientos especificados en la ley; el derecho a recibir cuidados paliativos integrales.

El CI tiene carácter obligatorio: es exigido en toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado. Dentro de este espectro se consideran por lo tanto, a las prácticas desarrolladas dentro de la psicología, lo cual abre el debate acerca de cómo implementarlo en situaciones concretas y en función de las particularidades de la disciplina.

En especial, se debe tener en cuenta que en el ámbito de la Psicología, el CI fue normatizado a partir de la extrapolación acrítica desde el modelo médico hegemónico (Hermosilla, et al 2012). Si bien se entiende que ciertas cuestiones hacen referencia exclusiva a la Medicina –y no pueden equipararse procedimientos médicos e intervenciones psicológicas– existen ciertos conceptos que requieren ser repensados a la luz de la labor concreta del psicólogo en el ámbito de la salud.

En cuanto a las DA se prevé que la persona pueda decidir con antelación sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud, exceptuando las prácticas eutanásicas.

Por último se aborda la temática de la confección y utilización de la HC. Con respecto a la misma se indica cómo debe constituirse tanto cuando es informatizada, como cuando no, estableciendo con que debe contar en cada caso. Si bien se debe garantizar que la HC esté disponible para los profesionales intervinientes, como instrumento fundamental en la asistencia de los pacientes, se deben tomar todos los recaudos necesarios para mantener la confidencialidad de los datos. El paciente es el titular del documento.

La cuestión de la HC es novedosa en el campo de la psicología, ya que es un instrumento nacido en el ámbito hospitalario y por lo tanto ligado al quehacer médico. Tal como expresa López (2012), nacen para el psicólogo nuevos dilemas éticos en torno a la cuestión de la privacidad, confidencialidad y posibles implicancias subjetivas para el paciente (titular de la HC) a raíz de la información que se consigna en el documento. Todo esto, convoca a la responsabilidad profesional y a un posicionamiento ético por parte de los psicólogos.

La ley contempla en cuanto a sanciones para su incumplimiento, las previstas en la Ley 17.132. La misma, es un decreto del presidente Onganía del año 1967, que originalmente regulaba el ejercicio de la Medicina, Odontología y actividades auxiliares. En esta última denominación, se incluyeron a los psicólogos como auxiliares de la psiquiatría, cuestión que cesa con la

sanción de las leyes de ejercicio profesional. Es paradójico que una ley innovadora en cuanto a la protección de los derechos de los pacientes, y con un espíritu basado en el respeto por los derechos fundamentales, contenga regulaciones propias de un decreto sancionado en un gobierno anti democrático. Como plantea Garay (2010) el Congreso de la Nación debería actualizar este tipo de leyes, que contienen dentro de su espíritu el autoritarismo y paternalismo de épocas anteriores.

Ley Nacional de Salud Mental (26657/2010)

Esta ley, cuya denominación completa es “Ley de Derecho a la Protección de la Salud Mental” (LSM), fue sancionada en diciembre de 2010, convirtiéndose en la primer normativa a nivel nacional que regula las políticas del área de la Salud Mental (Hermosilla & Cataldo, 2012).

En el primer artículo la misma establece como su objetivo “*asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional (...)*”. Mediante esto se establece un nexo directo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), documento con una fuerte impronta en esta ley.

En relación a la capacidad de ejercicio, también la LSM establece en su artículo 3, que “*se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas*”. Esta cuestión se ve reforzada por el artículo 5 donde se expresa que “*la existencia de un diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad*”. La antinomia “capacidad-incapacidad” ya no se sostiene y va afianzándose en nuestros tribunales un concepto más flexible de incapacidad jurídica que contempla diferentes graduaciones (Llorens & Rajmil, 2011).

Se establece en el capítulo IV de la presente una serie de Derechos para las personas con padecimiento mental, que nuevamente marcan la clara vinculación con la DUDH. Entre estos se menciona: el acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones que apunten a la recuperación y/o preservación de la salud; recibir aquellos tratamientos que menos restrinjan sus derechos y libertades; derecho a no ser discriminado por tener un padecimiento mental; y derecho a poder tomar decisiones sobre su tratamiento.

De esto se desprende un reconocimiento de los sujetos como poseedores de derechos y libertades, así mismo como seres autónomos con capacidad de determinación y acción sobre sí mismos, a pesar de presentar algún padecimiento que afecte su salud mental.

Se ponderan también derechos que se han mencionado en las legislaciones citadas anteriormente, y que son incluidos en la LSM en relación con la temática que ocupa a esta normativa, como el de acceder a la historia clínica y el de ser informado acerca de la propia salud y tratamiento, acorde a las normas del CI.

La temática del CI se reitera en el artículo 10

donde se afirma que “rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones (...)”, y en el artículo 16, donde referido a las internaciones, en el inciso c) se postula como uno de los requisitos que exista “el consentimiento informado de la persona o del representante legal cuando corresponda (...)”. Cuando este pudiera ser brindado, la persona podrá decidir en cualquier momento el abandono de la internación (artículo 18).

Un apartado importante de la Ley es el referido a las internaciones por cuestiones de salud mental. Ya sean de carácter voluntario o involuntario, de lo que se trata es de poner en práctica una política de desmanicomialización, apuntando a la sustitución de los hospitales monovalentes. Llorens & Rajmil (2011), plantean que en sus orígenes la internación y asilamiento, lejos de buscar la protección y cura del paciente, respondieron a fines políticos y sociales de control. El sujeto con padecimiento mental fue privado de sus derechos.

Las internaciones, se convierten en el último recurso terapéutico, de carácter restrictivo. En caso de no poder evitarse, debe promoverse el mantenimiento de vínculos, contactos y comunicación de las personas internadas con sus familiares, allegados y con el entorno laboral y social, salvo excepciones debidamente fundadas (Artículo 14).

Como puede observarse, se trata de limitar la utilización del recurso de la internación a aquellos casos que representen “peligro cierto e inminente para sí o para terceros”.

Código Civil

La reforma del Código Civil (CC) estuvo valorativamente fundamentada en ciertos principios u objetivos, algunos de los cuales se vinculan con el nuevo paradigma promovido en el área de la salud mental y de la salud en general. A su vez, la sanción de las leyes desarrolladas en el presente trabajo, dio lugar a modificaciones en diversos artículos del mismo, lo cual demostró la desactualización del CC original, generando –junto a otros motivos- la necesidad de revisar su espíritu.

Entre otros objetivos, se buscó la constitucionalización del derecho privado. Como lo plantean Lorenzetti, Highton de Nolasco & Kemelmajer de Carlucci (2012), se buscó incorporar al Código los derechos reconocidos, en particular los tratados de Derechos Humanos.

Como se mencionó al inicio, a través de la reforma constitucional del año 1994, se amplió el bloque de constitucionalidad argentino. Se comprende dentro de esta denominación, aquellas normas que tienen jerarquía constitucional dentro del ordenamiento jurídico. Esto no afecta la supremacía constitucional, ya que la Carta Magna continúa siendo la norma fundante y fundamental. Sin embargo en

cuanto al parámetro que deben seguir las normas que se encuentran por debajo de ella, la Constitución deja de ser el único referente y también lo son los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Es responsabilidad del Estado velar porque las normas internas sean acordes con el bloque (Mera, 2007).

Otro de los objetivos en la reforma, fue la promoción de un Código de la igualdad. Se trata de buscar la igualdad real, “desarrollando una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables” (Anteproyecto de la reforma del Código Civil, 2012). En este sentido, se puede considerar que más que igualdad, se estaría haciendo énfasis en la equidad. Ambos términos, aunque son similares, tienen diferentes implicaciones. Hernández-Álvarez (2008), establece esta diferenciación, al plantear que equidad implica una valoración de las desigualdades desde una idea de justicia. De esta forma, los iguales deberían ser tratados de igual forma y los desiguales de forma desigual. Esto puede ejemplificarse por la existencia de normativas que habilitan, mediante un acompañamiento, para el ejercicio de ciertos derechos por parte de personas que de otra forma no lo podrían hacer. Esto equipara a quienes pueden ejercerlos por sí mismos, con quienes necesitan un apoyo para esto.

La equidad, también se vincula con el desarrollo de un Código basado en un paradigma no discriminatorio, incluyendo figuras no reconocidas en su antecesor: la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, etc.

La falta de reconocimiento de cuestiones como las planteadas, en el Código de Vélez Sarsfield, se vincula con las características de la época en que fue sancionado: finales del siglo XIX. Por lo tanto, no sorprende el tinte paternalista y el desconocimiento de ciertos aspectos como pueden ser el género, o la protección de los Derechos Humanos.

Dentro de las modificaciones que se introdujeron en el CC, se encuentra la conceptualización diferente de los conceptos de capacidad e incapacidad, cuestión similar a la que se planteó anteriormente en relación a la Convención Internacional de las personas con discapacidad.

Se parte de una diferenciación entre la capacidad de derecho y la capacidad de ejercicio. Las modificaciones importantes se producen en esta última, de manera que no sólo se presupone que todas las personas poseen plena capacidad de derecho, sino también de ejercicio, debiéndose garantizar las condiciones necesarias para que, en la medida de las posibilidades, puedan desarrollar una vida plena y autónoma.

En cuanto a la restricción de la capacidad, se establecen reglas generales, como el derecho a recibir información, el carácter interdisciplinario de la intervención estatal, y la prioridad de las alternativas

terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

Así mismo se establece la necesidad de brindar los apoyos necesarios a la persona con capacidad restringida, con los ajustes razonables en función de sus necesidades y circunstancias, con el objeto de promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

En cuanto a los niños, el término incapacidad en el antiguo CC, se basa sólo en la edad cronológica. Como se observa en la ley 26.061, este criterio se ha modificado, incorporándose la noción de autonomía progresiva, teniendo en cuenta que la opinión de los niños debe ser escuchada en la medida de sus capacidades. La Convención sobre los Derechos del Niño tiene jerarquía superior al Código de forma que este punto también debió ser revisado.

Así, se establece que la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona.

A su vez, se establece una diferenciación entre la participación de los menores en decisiones relativas a tratamientos invasivos y no invasivos. Sin embargo esto refiere exclusivamente a actos médicos, por lo tanto en el caso de tratamientos psicoterapéuticos, la cuestión no ha quedado debidamente aclarada.

La reforma también lleva la impronta de la Ley Nacional de Salud Mental, lo que muestra que, a pesar de las dificultades que puedan plantearse en su aplicación, fue importante la apertura que generó a una conceptualización diferente de las políticas en el área. Así, por ejemplo, la cuestión de las internaciones involuntarias, sigue los lineamientos establecidos en la Ley: la noción de riesgo cierto e inminente, la necesidad de una evaluación interdisciplinaria, y la limitación como recurso terapéutico de carácter restrictivo.

En cuanto a los derechos personalísimos, “se incorpora un régimen sistemático de los derechos de la personalidad, largamente reclamado por la doctrina argentina; a ese fin se ha tomado en consideración la incorporación a la Constitución del Derecho supranacional de Derechos Humanos, cuya reglamentación infra constitucional debe tener lugar en el Código Civil” (Anteproyecto de la reforma del Código Civil, 2012). Se incluyen la dignidad de la persona humana y se reconocen los derechos a la intimidad, honor, imagen e identidad.

Por último se incorporan dos cuestiones, vinculadas a la Ley de Derechos del Paciente: el Consentimiento Informado y las Directivas médicas anticipadas.

En cuanto al CI, se diferencia entre el Consentimiento para investigaciones con seres humanos y para actos médicos e investigaciones en salud (art. 59). En este artículo se realiza un detalle de los elementos con los que debe contar un consentimiento. Sin embargo, llama la atención que se indica para actos médicos, dejando fuera las demás profesiones involucradas en el campo de la Salud, que

no son exclusivamente médicas.

Desde el Grupo de Investigación Psicología y Ética: Ciencia y Profesión dirigido por la Lic. Hermosilla, se trabajó en el tema del consentimiento informado a ser incluido en el anteproyecto de reforma del CC, analizando las cuestiones que conciernen a la disciplina. En este contexto se observó que el artículo sobre el CI era referido exclusivamente a los actos médicos, y se transmitió, a través de la Federación de Psicólogos de la República Argentina, la propuesta de revisar el criterio médico que denotaba el texto.

A pesar de no haberse tomado en consideración los aportes realizados, por distintas razones, resulta importante continuar problematizando y debatiendo en torno a la pertinencia de incluir el CI como un capítulo de las intervenciones en salud, abarcando a todas las profesiones que componen el área.

Conclusión

A lo largo de los últimos años, se han sancionado una serie de leyes, que responden al denominado enfoque de derechos. Podemos denominar a las mismas *leyes 26000*, en alusión al número que las identifica. De estas nuevas legislaciones hemos seleccionado las cuatro que presentamos en el trabajo, por entender que son las que más relaciones tienen con la práctica en el ámbito de la psicología en general, y en el ámbito clínico en particular.

Luego del análisis realizado, pudo observarse que el hilo conductor entre estas cuatro leyes son las nociones de dignidad, autonomía y capacidad. De estas leyes emerge un sujeto al que se le reconoce su capacidad, más allá de las circunstancias que lo afecten. Otra cuestión importante está vinculada a la revalorización del individuo, aquel que es el portador de los derechos y a quien van dirigidas las leyes, el cual es observado de forma integral, entendiendo su subjetividad como la de un sujeto de derecho.

La autonomía así como la dignidad humana, pueden considerarse tanto valores como derechos. Desde la perspectiva de Nino (1984) entendemos que los derechos se distinguen de otros estados de cosas socialmente valiosos que pueden constituir objetivos colectivos, dado que son distributivos e individualizados, y proveen recursos y oportunidades a quienes gozan del derecho en cuestión. Esto quiere decir que no admiten una distribución diversa entre los individuos en función de la maximización de beneficios, así mismo proveen a estos individuos elementos o condiciones para que puedan ejercer su derecho.

Es decir que, parte de lo que se brinda a través de estas legislaciones implica no solo los derechos otorgados a los sujetos, sino las apoyaturas necesarias en los casos en que no se posean determinados atributos que la ley establece, para que puedan ejercerlos. Esto se vincula con la postura de equidad mencionada.

Con respeto a la Ley de Protección de Niños/as

y Adolescentes, puede plantearse desde la perspectiva de la psicología que no ha sido la mejor redacción la del derecho de los niños a *ser oídos*, sino que lo que debiera primar es poder *escuchar* y comprender lo que el niño está diciendo.

Pueden mencionarse también los cambios en los derechos de las personas con discapacidad. No es lo mismo hablar del concepto de 'discapacitado' que del de persona 'en situación de discapacidad'. Esto implica que la discapacidad es vista como una condición, pero que no determina a la persona, lo cual permite diferenciar que el sujeto tenga una dificultad que afecte su motricidad, sentidos, etc., de que este mismo tenga capacidad o no de ejercicio.

En el Código Civil y Comercial, que ha comenzado a regir a partir de agosto de 2015, se plantean una serie de actualizaciones que van en consonancia con las anteriormente comentadas. Las mismas son: 'capacidad e incapacidad de hecho' (denominada 'de ejercicio' en el Código actualizado); Derechos Personalísimos, donde se incluyen, entre otras, algunas de los temas planteados como 'protección de la dignidad personal', 'consentimiento informado para actos médicos' y 'directivas médicas anticipadas'; y por último, el ejercicio de los derechos de los menores, específicamente vinculados al aumento de su autonomía en cuanto a la gestión de su salud. Con

respecto a esto último se alude a los cambios sobre la capacidad de decisión del menor con respecto a intervenciones no invasivas e invasivas, pudiendo decidir a partir de los 13 años sobre las primeras, y de los 16 años en torno a las segundas. Lo que se suscita con respecto a esto es como incluir la psicología en este contexto. ¿Es la práctica de la psicoterapia un procedimiento invasivo o no invasivo? ¿Puede clasificarse de alguno de estos modos para ser regulado por art. 26 del CC? Un tratamiento psicoterapéutico involucra los aspectos internos y más profundos de una persona, su intimidad, por lo cual cabría preguntarse si se considera invasivo o no, si los padres deben estar en conocimiento o no de que niño/a o adolescente está realizándolo, o si el menor puede consentir por sí mismo o se requiere también el consentimiento de los padres o tutores legales.

El marco normativo abordado a lo largo del presente trabajo no influye solamente en el rol del psicólogo, pero impacta grandemente su práctica profesional al modificar la mirada sobre ciertos fenómenos y la forma de conceptualizar a los sujetos en situaciones de vulnerabilidad. Es por esto que, en la actualidad, se vuelve necesario repensar la misma, a la luz de aquellos valores y principios a través de los cuales se devuelve un lugar central a la subjetividad y la autonomía de las personas.

Referencias

- Arnoletto, J.E. (2007). *Curso de Teoría Política*. Argentina: Uned.
- Bacigaluppo, N., De Dios, M. & Marzuillo, P. (2010). Discapacidad intelectual y el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Jornada Notarial Iberoamericana*.
- Ballarino, F. (21 de octubre de 2012). Presión para que reglamenten la Ley de Salud Mental. Diario Perfil.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema.
- Brogna, P. (2012). El nuevo paradigma de la discapacidad y el rol de los profesionales de la rehabilitación. *Cuadernos ESP*, 2(2), P. 7.
- Burgués, M. B. & Lerner, G. (2006). Alcances, límites y delimitaciones de la reglamentación de la ley 26061. Desafíos pendientes. *Revista Jurisprudencia Argentina Lexis Nexis*.
- Contino, A. (2010) La función psi en el campo de la discapacidad mental, en las Actas on line del I Congreso Internacional de Discapacidad y Derechos Humanos. Buenos Aires. Recuperado el 26 de febrero de 2013, de: <http://www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20IV/4-contino.pdf>
- Constitución Nacional Argentina [Const]. Art. 7. Agosto 22 de 1994 (Argentina).
- Convención Internacional de las personas con discapacidad. ONU. Diciembre 13, 2006.
- Degano, J. A. (2006). El derecho a ser niño. *Memorias de las XIII Jornadas de Investigación y Segundo Encuentro de Investigadores en Psicología del Mercosur Paradigmas, Métodos y Técnicas*, 2.
- Garay, O. E. (Abril de 2010). Apostillas acerca de la ley 26.529 de Derechos del paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. UNESCO.
- Hermosilla A.M., Liberatore, G., Salandro, C., Losada, M., Vuotto, A., Gorostizaga M.G., Melo, M., Cataldo, R., Bogetti, C. (2012) El Consentimiento Informado en la práctica clínica. *Revista Perspectivas en Psicología*, 9, (1)
- Hermosilla, A. M., & Cataldo, R. (2013). Ley de Salud Mental 26.657. Antecedentes y perspectivas. *PSIENCIA. Revista Latinoamericana de Ciencia Psicológica*, 4(2).
- Hernández-Álvarez, M. (2008). El concepto de equidad y el debate sobre lo justo en salud. *Rev. Salud Pública*, 10.
- Kraut, A.J. (2006). *Salud mental: Tutela jurídica*. Rubinzal/Culzoni Editores.
- Llorens, M. & Rajmil, A. (2011). Comentario a la ley 26.657. Salud pública. Derecho a la protección de la Salud Mental. *Revista del Instituto de Derecho e Integración*. Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe. Pp. 181 - 205. Consultado el 14/03/2013. Recuperado en: http://www.derechoshumanosaequitas.org/docs/revista_nro_5.doc_2011.pdf

- López, G. A. (2012) Ética e Historia Clínica. *Journal Ética & Cine*, 2 (3), 21-26.
- Mera, M. E. G. (2007). *El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad*. Centro de Derechos Humanos de Nuremberg.
- Nino, C.S. (1984). *Ética y derechos humanos*. Paidós: Buenos Aires.
- Organización de las Naciones Unidas. (2008). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, United Nations. Consultado el 26 de febrero de 2013. Recuperado de: <http://www.aprodeb.org.pe>
- Palacios, A. & Bariffi, F. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca.
- Proyecto de reforma del Código Civil Comercial - 2012.
- Ottaviano, L. (2011). La institución psiquiátrica y el proceso de reforma en el campo de la salud mental. *Revista Electrónica de Psicología*, junio-julio, 44-53.
- República Argentina. (2009). Ley Nacional No 26.529. Recuperado de <http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.html>
- República Argentina. (2010). Ley Nacional No 26.657. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/175000179999/175977/norma.html>
- Rodríguez, L. (s.f). El derecho a ser oído y la defensa técnica a la luz de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Consultado el 14 de marzo de 2013. Recuperado de http://www.buenosaires.gob.ar/areas/chicos/doc_y_pub/derecho_ser_odido.pdf
- Rosales, P. O. (2007). La nueva Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *SJA, Lexis*.

Fecha de recepción: 24-02-15

Fecha de aceptación: 26-08-15