

María Graciela Iglesias
Ex Jueza de Familia
Docente de Grado y Posgrado
Secretaría Ejecutiva del Órgano de Revisión de Salud Mental

Capacidad, información y autonomía: principio de la dignidad.

“...obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio...”

Immanuel Kant

La Ley de Salud Mental y el anteproyecto del Código Civil apuntan a una revisión total de las prácticas judiciales y asistenciales, así como a la implementación de un nuevo paradigma, nuevas reglas, nuevas normas, nuevos peritos, nuevos jueces.¹ Desde la publicación de este artículo de Alfredo Kraut ha transcurrido ya un tiempo de prueba, de instrumentación, implementación y desafío de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657.

La ley aparece como una representación del momento histórico que atraviesa el conjunto social, donde la complejidad es el eje principal que rodea a la ley; como el emergente de un proceso internacional de reconocimiento de derecho y un camino que enmarca otras reformas que la antecedieron. En oportunidad de analizar su evolución considere: “... Creo importante señalar la evolución del movimiento de los países que han sustituido el hospital total por un abordaje comunitario, pues es el que lleva a la sanción de la Ley Nacional 26.657 y también representan los mismos problemas que habitan nuestras prácticas jurídicas–sanitarias. El temor al cambio, la ‘seguridad’ del sistema asilar frente a la conformación de dispositivos alternativos con efectiva inclusión comunitaria. El argumento de la reinternación recurrente, —la llamada puerta giratoria— y la resistencia a crear un sistema de capacidad legal, acorde con los lineamientos de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad han sido nota característica en la crítica que se ha formulado (...)”².

¹ Kraut, Alfredo J.: “Derecho y salud mental. Hacia un cambio de paradigma”. *La Ley*, publicado el 06/06/2012

² Iglesias, María Graciela: “Era un tiempo que anunciaba, Derechos de Familia.” *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia N°66*. Abeledo Perrot, p. 287.

Lo cierto es que esta norma se encuentra atravesada por el derecho de igualdad y resulta una herramienta armónica de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. En este sentido es importante pensar en este valor que actúa como principio, como acción.

LA IGUALDAD

La igualdad como diferenciación positiva supone un trato diferente ante circunstancias iguales. Tanto la diferenciación negativa, cuanto la positiva, presuponen un juicio de relevancia y razonabilidad. Por ello resulta de importancia el examen de la idea de dignidad y de los discursos de fundamentación y justificación de los derechos.

¿Por qué la especificidad de la Ley 26.657? Para igualar a las personas con discapacidad mental en términos de no discriminación y en un mismo reconocimiento ante la ley en relación a las demás personas, hay que acentuar la inclusión comunitaria como derecho, el acceso a la atención de forma interdisciplinaria, la legalidad. ¿Cuál es la causa-fuente de la ley? La Declaración Universal de los Derechos del Hombre del 10 de diciembre de 1948 art. 1) “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.³ El enunciado de igualdad requiere de un juicio de relevancia y razonabilidad. Por ello resulta de importancia el examen de la idea de dignidad y los discursos de fundamentación y justificación de los derechos. Bastará con recordar el artículo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que comienza así: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, donde las diferencias son insignificantes.

La igualdad es proclamada como condición fundamental; la libertad, en cambio, es mencionada junto a otros derechos, tales como el derecho a la vida y a la felicidad. “Los derechos de libertad se comportan igualmente con el principio de igual trato. Respecto a los derechos de libertad sirve el principio de que todos los hombres son iguales. En el estado de naturaleza de Locke, que ha sido el gran inspirador de las declaraciones de derechos del hombre, los hombres son todos iguales, donde por «igualdad» se entiende que son iguales en el disfrute de la libertad, en el sentido de que ningún individuo puede tener más libertad que otro”.⁴

A la posibilidad de elegir, la posibilidad de comunicarse, se la puede relacionar con la igualdad como ejercicio de la toma de decisiones, como el ejercicio de los derechos civiles, como la eliminación de la barrera entre los demás y el sujeto. En la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad —arts. 14, 22 y concs. — se visualiza el derecho a la igualdad como principio, como valor y como acción.

Habitualmente se hace referencia a la dignidad de las personas con padecimiento psíquico, sin tener en cuenta que el reconocimiento a la dignidad de las personas implica que estas se mueven en las tres esferas de la dignidad, esto es el reconocimiento de su capacidad para razonar, para elegir y comunicarse. Estos rasgos son graduales, relativos y abstractos, e implican dejar atrás la valoración del ser humano en razón de su utilidad, en el sentido que le asigna Bobbio cuando señala “Menos útil socialmente menos valoración como ser humano”. [Este concepto implica la operatividad que trae el](#)

³ Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

⁴ Bobbio, Norberto: “Igualdad y dignidad de los hombres”, *El tiempo de Los Derechos*. Editorial Sistema. 1991, p. 146

artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad que tiene en su articulado a la igualdad como acción, como principio y como valor. La armonización del artículo 12 con la capacidad de actuar que conlleva la norma en el reconocimiento de que las personas con discapacidad mental se encuentran en un mismo pie de igualdad que las demás, pudiendo tomar sus decisiones con los apoyos que se requieran para la construcción de la misma, impone el concepto de dignidad del que hemos hecho referencia. Este eje es el que se ha introducido en el Nuevo Código Civil Argentino a partir de la Concepción que trae el artículo 31 del CCyCN, Ley 26.694.

LA DISCAPACIDAD Y LA TOMA DE DECISIONES

La autonomía de aquellos que tienen un límite en su capacidad se ejerce a través de la asistencia para la vida independiente y no a través de la sustitución con base en “la protección”. Esto que se enuncia cadenciosamente al momento de la instrumentación de su reconocimiento es una tarea complicada, sujeta a variantes e interpretaciones. Es por esto que no alcanza con el reconocimiento y es imprescindible, a mi criterio, abordar su ejercicio.

Es a esta íntima relación a la que se refiere Bobbio cuando analiza lo que denomina el dinamismo de la libertad. El dinamismo de la libertad trae aparejada la libertad de elección; valorar la libertad implica valorar su uso —la autonomía— y su posibilidad —la independencia—. De esta descripción de los elementos del dinamismo de la libertad se desprenden las siguientes nociones:

- Libertad de elección
- Autonomía individual
- Independencia
- Satisfacción de necesidades básicas

La idea de igualdad conlleva la de dignidad y esta última está ligada a la autonomía moral y funcional de la persona. Autonomía moral que consiste en la “igual” capacidad para poseer una concepción del bien y adquirir un sentido de la justicia.

Rawls⁵ proporciona su teoría de los bienes primarios y el principio de distribución elegido se encarna en el principio de la diferencia, que como se sabe, evalúa la justicia de la distribución a partir de la consideración de los menos favorecidos.

Todos los bienes sociales primarios —libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza, y las bases de respeto mutuo—, han de ser distribuidos de un modo igual, a menos que una distribución desigual de uno o de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados. Kant estableció en “La Metafísica de las Costumbres” que la dignidad deriva de que somos seres de fines, de que no podemos ser utilizados como medios y de que no tenemos precio. “...La necesidad práctica de obrar según ese principio, es decir, el deber, no descansa en sentimientos, impulsos e

⁵ Rawls, John: “Teoría de la justicia” / John Rawls ; trad. de María Dolores González. Título original: “A Theory of Justice”, 1971, *The President and Fellows of Harvard College*. Publicado por *The Belknap Press of Harvard University Press*, Cambridge, Mass. s.d

inclinaciones, sino solo en la relación de los seres racionales entre sí, en la cual la voluntad de un ser racional debe considerarse siempre al mismo tiempo como legisladora, pues sino no podría pensarse como fin en sí mismo...”⁶.

La igualdad, la libertad y la solidaridad existen porque el objetivo es el desarrollo de la dignidad de la persona humana. Es decir que los derechos definen un marco público de moralidad. La exigencia del respeto a la libertad de elección en el ámbito del dinamismo de la libertad exige situar a todos y a todas en iguales condiciones, para la determinación de los instrumentos que permitan el logro de una vida digna.

Esto es el planteo de la ley que trae en la posmodernidad, la más absoluta complejidad entre esta situación pendular entre la persona y los sistemas. Agamben ha dicho en este sentido, “Puede llamarse contemporáneo solamente al que no se deja cegar por las luces del siglo y es capaz de distinguir en éstas las partes de las sombras, su íntima oscuridad... Al contrario, contemporáneo es aquel que percibe la sombra de su tiempo como algo que le incumbe y no cesa de interpellarlo, algo que más que cualquier luz, se refiere directamente y singularmente a él. Quién recibe en pleno rostro el haz de tiniebla que proviene de su tiempo. De ahí que ser contemporáneo sea, ante todo una cuestión de coraje porque significa no solo ser capaces de mantener la mirada fija en la sombra de la época, sino también percibir en esa sombra una luz que, dirigida hacia nosotros, se aleja definitivamente de nosotros (...) Por eso el presente que la contemporaneidad percibe tiene las vértebras rotas (...) Esto significa que el contemporáneo no es solo quién percibiendo la sombra del presente aprehende su luz invendible: es también quién dividiendo e interpolando el tiempo, está en condiciones de transformarlo y ponerlo en relación con los otros tiempos (...)”.⁷ Las palabras de Agamben tornan visible la complejidad del momento actual. Es el tiempo del reconocimiento de los derechos. Es la persona que se antepone y se presenta de pie ante los sistemas y busca la construcción de los ejes de transformación que unan la relación actual, aún en condiciones de vulnerabilidad, con un futuro que imponga la efectividad de una inclusión comunitaria, respetuosa de la época en la que este paradigma ha surgido. Relatividad, complejidad y reconocimientos frente a la necesidad de transformar los sistemas que otorguen mayor visibilidad a la igualdad.

Al momento de la libertad personal o negativa corresponde el momento de la igualdad jurídica —que consiste en las situaciones en las que todos los ciudadanos tienen capacidad jurídica, son sujetos reconocidos por el ordenamiento jurídico— lo que implica una abstracta capacidad de querer y de actuar, en los límites de las leyes, en el propio interés.

Al momento de la libertad positiva, o libertad como poder, corresponde el momento de la igualdad social, llamada de otro modo igualdad de las ocasiones o de las oportunidades. Exigir igualdad de las oportunidades significa exigir que a la igualdad y dignidad de los hombres, de todos los ciudadanos, les sea atribuida la libertad negativa o política, también la positiva, que se concreta en el reconocimiento de los derechos sociales.

⁶ Immanuel Kant: “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”. Texto Íntegro de la Traducción de Manuel García Morente. Edición de Pedro M. Rosario Barbosa. Primera Edición. San Juan, Puerto Rico. En: http://pmrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf

⁷ Agamben, Giorgio: “Neologismos”. Publicado en *Revista “Ñ”*, N° 12, del 21 de marzo de 2009.

La igualdad, coincidiendo con la tesis de Patricia Brogna, es una idea cuyo consenso se está construyendo, puesto que antes de ser leyes, las leyes son ideologías. La ideología de la igualdad se ha impuesto en este tiempo sobre la ideología de la discriminación.

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) que incluye el concepto de no discriminación, contiene el marco legal de consenso que integra las múltiples formas de ejercer el derecho a la igualdad, y la Ley Nacional de Salud Mental 26.657 es la herramienta de reconocimiento de ese derecho que cataliza su implementación.

CAPACIDAD LEGAL, LEY Y CONVENCION

La capacidad legal es una aptitud regulada por el ordenamiento para ser titular de derechos y obligaciones y para obrar con impulsos propios en la vida jurídica de relación (Santos Cifuentes).

Reflexionando sobre la capacidad, Sessarego ha analizado la relación entre capacidad y libertad diciendo que: “Así como existe una sola libertad existe también una sola capacidad. Lo que ocurre es que ambas, libertad y capacidad, se nos presentan en dos instancias o momentos. El primero es subjetivo. En cuanto a la libertad, este instante representa el poder de la persona de decidir por sí misma. Esta decisión, en que consiste la libertad, se da en el ámbito de la pura subjetividad, por lo que no se exterioriza. En lo atinente a la capacidad, el instante subjetivo es el de la pura aptitud que tiene todo ser humano, por ser tal, de gozar de todos los derechos inherentes a su naturaleza de ser humano. Todos los hombres son igualmente libres y todos tienen también igual capacidad de goce. Esta capacidad, que es una mera potencialidad, pertenece al mundo íntimo de la persona. Un ser ontológicamente libre posee, naturalmente, la aptitud para realizar todos los actos necesarios para cumplir con su proyecto de vida. El ser humano tiene la connatural aptitud o capacidad para decidirse entre un infinito abanico de posibilidades existenciales. Libertad y capacidad de goce son elementos indisolubles, indesligables”⁸. La discusión se da en la restricción de la capacidad frente a la toma de decisiones y aquí es cuando la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha dado respuesta al concepto de capacidad jurídica dentro del modelo social de la Discapacidad que básicamente se ha visualizado en el art. 12, cuando reconoce a las personas con discapacidad⁹ el derecho al ejercicio de la capacidad jurídica en un mismo pie de igualdad con los demás.

⁸ Sessarego, Carlos: “La capacidad de goce ¿Es posible su restricción legal?”. En: http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_8.PDF

⁹“Art. 12 de la CDPD: “Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.3 Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las

Rafael de Asis, citando a Peces-Barba ha analizado el concepto de dignidad visualizado en el ejercicio de la capacidad jurídica plena, llevando a la ética jurídica al concepto de autonomía y libertad y a las tres esferas de la dignidad en cuanto comportamiento humano, es decir la capacidad humana para razonar, elegir y comunicarse. En este sentido ha manifestado “La puerta de entrada al discurso jurídico, lo constituye el reconocimiento de la capacidad. En efecto, para poder ser titular de derechos y obligaciones es necesario tener reconocida capacidad jurídica. Esta se tiene con carácter general, por el hecho de ser persona, si bien en este punto suele diferenciarse entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La primera como acabo de señalar, va unida a la consideración como persona; la segunda, por el contrario, implica poseer una serie de rasgos entre los que se destaca la capacidad de realizar actos conscientes, libres y responsables ...Estos referentes que determinan lo que se entiende por capacidad en el ámbito ético y en el jurídico son consecuencia de la propia idea de Dignidad humana, tal y como ha sido construida desde su origen (en la modernidad) hasta nuestros días y que se presenta como argumento justificatorio de los derechos.”¹⁰.

El autor refiere que la dignidad humana se ha construido sobre una dimensión abstracta de la persona dejando a un lado la dimensión contextual o situada. Y esto ha planteado un análisis acerca de cuáles son las diferencias relevantes para un trato distinto y cuáles no. Es decir que el principio de la dignidad humana se entrelaza con el principio de igualdad y de no discriminación. Las circunstancias de valoración de una persona tienen que ver con rasgos relevantes, que la persona no puede dejar de lado sin afectar los rasgos que constituyen la identidad personal, y la otra valoración refiere a las situaciones en las que se encuentran las personas. Señala que el discurso de los derechos y el discurso sobre la dignidad humana es una construcción y como tal puede abrirse a otras dimensiones.

La idea de capacidad es gradual, compleja y de esencia de la personalidad, no deben tomarse estereotipos para mediar como por ejemplo la relación entre talento y dignidad, porque no es cierto que a mayor talento mayor dignidad. Esta creencia puede llevar a limitar la capacidad jurídica de una persona al no visualizar que la Capacidad Jurídica esta intrínsecamente ligada a la libertad, y al derecho al desarrollo de la personalidad jurídica.

La realización de planes de vida es el logro de una vida humana digna o si se quiere, el libre desarrollo de la personalidad y esto se determina en cada individuo desde su propia autonomía moral.

Esta idea de relación entre la capacidad y dignidad, sumado al determinante social que contextúa situaciones discapacitantes, modifica, cuestiona, pone en crisis e implica importantes cambios, en el Derecho de gran complejidad. La noción de capacidad jurídica, los apoyos que requiere una persona con discapacidad para la toma de decisiones, para hacerlo real en términos de accesibilidad, tienen necesariamente que vincularse con los ajustes razonables para que una persona pueda requerir de un apoyo —funcionaría como un ajuste razonable— para el ejercicio de su capacidad jurídica. Estos conceptos que solo se enuncian, se encuentran vinculados a la autonomía, a la información y a la vida independiente de una persona con discapacidad. Son

salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

¹⁰ Roig de Asis, Rafael, “Sobre la Capacidad”, en Palacios, Agustina; Bariffi, Francisco (Coords.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con Discapacidad*, Edit. Ediar, 2012. p. 17.

derivaciones de la libertad, las que permiten comportarse en forma disímil a los demás individuos. Este derecho a comportarse en forma diferente no debe enmarcarse en un exagerado individualismo contraproducente sino en un plano de interdependencias y de compatibilidad entre las decisiones colectivas y las individuales. De la conjunción de los principios de la igualdad con los de no discriminación, resulta la protección de este valor: el derecho a la diferencia.

Este concepto se relaciona con las Normas uniformes de Naciones Unidas sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, año 1993. Ello significa que el derecho a la justicia y el acceso a la misma deben resguardar el principio de que todos los Derechos Humanos son interdependientes, universales, exigibles y justiciables porque ello caracteriza a un sistema democrático y se traduce en que todos los hombres son iguales ante la ley. En este sentido, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad representa la herramienta viva para que la administración de justicia pueda invertir la premisa actual capacidad/incapacidad, reconociendo la plena capacidad jurídica tal como ha quedado en la reforma al nuevo Código Civil sancionado por la Ley 26694.¹¹

La toma de decisiones con apoyo es una aplicación de este modelo social al tema de la capacidad legal. En lugar de privar al individuo de su capacidad legal y darle un tutor o curador para cuidar de sus intereses —lo que refuerza un estado de pasividad—, se deben crear las condiciones que faciliten a la persona a obrar con impulsos propios. Esto es reconocer el derecho que reclaman las personas con discapacidad de asumir la “dignidad del riesgo”; una relación de confianza como base de la toma de decisiones con apoyo en la comunicación accesible —incluido el uso de imágenes y la atención a la comunicación no verbal— y facilitar el uso de la lengua de señas y la comunicación táctil. El utilizar la toma de decisiones con apoyo no implica ninguna limitación de derechos de la capacidad legal.

Las personas con discapacidad reclaman que la decisión de establecer una relación de confianza para la toma de decisiones con apoyo sea una decisión propia y no ordenada por las autoridades civiles.

¿Cómo se establece un apoyo de acuerdo a la CDPD? A través de:

- Las Redes de apoyo familiar/ comunitarias.
- El apoyo mutuo de las personas con discapacidad.
- El “Defensor Personal” — ayuda en la reclamación de derechos.
- La Planificación para una crisis.
-

¹¹ “Artículo 31.- Reglas generales. La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona; c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial; d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión; e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades”.

- La Asistencia personal.
- Los Intérpretes. Entender que su papel es facilitar y no manejar.
- Escuchar activamente a todas formas de comunicación. Aprender cómo esta persona se comunica y cómo comunicarse mejor con ella.
- Dejar el espacio para que la persona exprese sus deseos actuales.
- Respetar la voluntad de la persona, aun si ella toma una decisión que sea equivocada.

El apoyo al que hace referencia el art. 12 de la CDPD alude a aquella persona, organismo, allegado e institución que a través de la comprensión y la confianza de la persona, colabora en la toma de decisiones.

El art. 12 de la CDPD refiere a ello, a la decisión. El artículo 32 del Código Civil alude al apoyo establecido judicialmente, por las sentencias que restrinja el ejercicio de la capacidad jurídica, el desafío actual es reglamentar su aplicación en la armonización con la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. En este sentido habrá que aplicar la norma para proporcionar el apoyo, a la vez que para determinar el tipo de apoyo que la persona aceptaría o le resultaría útil. Debe resultar siempre de un proceso interactivo. El Código habla de *preferencias*, el respeto a las preferencias de la persona.

Las personas con discapacidad mental requieren que las relaciones de apoyo sean continuas, y se establezcan de manera anticipada, para poder disponer de ellas en caso de que pudieran llegar a necesitarlas. Para proporcionar el apoyo, a la vez que para determinar el tipo de apoyo que la persona aceptaría o le resultaría útil, siempre debe utilizarse un proceso interactivo. Se debe propiciar una comunicación creativa y accesible, a la vez que los ajustes/modificaciones razonables a los modos habituales de interacción, con el fin de establecer una buena relación de apoyo y funcionar adecuadamente dentro de ella.

Lo ideal sería que las relaciones de apoyo fueran continuas, y que la gente estableciera tales relaciones de manera anticipada, para un futuro en que pudiera llegar a necesitarlas. Sin embargo, también puede recurrirse a los apoyos para el caso de operaciones o actos jurídicos específicos, a manera de que las personas con discapacidad puedan utilizar los servicios de médicos, abogados, notarios, bancos, etc. de forma ordinaria cuando opten por ser autosuficientes o por no entablar una relación de apoyo continua. Este apoyo, en contextos ordinarios en los que las personas con discapacidad interactúan con las demás personas en pie de igualdad, puede verse como equiparable a las condiciones requeridas de accesibilidad en la comunicación y a los ajustes razonables.

La Alianza Internacional de Discapacidad ha señalado al respecto que “las personas con discapacidad que necesitan apoyo para ejercer su capacidad jurídica tienen el derecho a que se les proporcione dicho apoyo. *Apoyo* significa desarrollar una relación y formas de trabajar con otra u otras personas, hacer posible que una persona se

expresarse por sí misma y comunique sus deseos, en el marco de un acuerdo de confianza y respeto de la voluntad de esa persona.”¹²

CAPACIDAD Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

El consentimiento se entrelaza con el concepto de capacidad jurídica. El derecho a la información es también la consideración del trabajo con *otro*, que es titular de derechos. Es por eso que el consentimiento es mucho más que un instrumento privado donde se firma por la persona o representante legal, que se le han informado sobre una práctica o prácticas terapéuticas determinadas o tratamiento o actos que puedan afectar la integridad física dentro de un abordaje establecido para la atención a la salud. Así se ha concluido en una Jornada en oportunidad de la sanción de la ley de derechos del paciente que:

“Consentimiento informado: se considera que la institución del consentimiento informado tiene un impacto positivo en una política de salud. Desde la perspectiva de la salud es reconocido que se trata de una práctica actual y común. Es más, se destaca la importancia de considerar al consentimiento dentro de un proceso donde intervienen varios actores que, en algunos casos, pueden estar implicados en un tiempo de trabajo determinado. Para que el proceso tenga un impacto positivo se generan vínculos de confianza. Se debe destacar el cambio de procedimiento en el logro del consentimiento informado, acentuado por el principio de autonomía.”

En relación con la salud mental y más específicamente en cuanto a la autonomía de la voluntad del paciente psiquiátrico, el debate se orienta en la decisión del médico para evaluar si una persona con cierta discapacidad psicosocial puede o no firmar un consentimiento informado. También se puso de resalto la atención que la Ley parece hacer eco de la Convención de los Derechos del Niño pero guarda absoluto silencio sobre la CPDP¹³ que tiene una aplicación directa con la ley, incluso contradiciendo de lleno disposiciones de la misma, como el artículo 4 *in fine*.

Con un criterio diametralmente opuesto al de otras normas locales en materia sanitaria —como la Ley Básica de Salud Nro. 153 de la Ciudad de Buenos Aires) el legislador ha optado por reducir sensiblemente el listado de legitimados para otorgar el consentimiento, erigiendo tal calidad únicamente al paciente y su representante legal, en el caso en que el primero no pueda prestarlo. Con este criterio, quedan fuera de regulación un gran número de supuestos, entre ellos la atención pediátrica, en los cuales el menor acude a la consulta con un mayor que no siempre resulta ser su representante legal (parientes, vecinos, amigos de los padres, etc.). (...).

Finalmente las conclusiones que traen una discusión que colocó a las personas con discapacidad mental fuera de un marco de igualdad respecto de los demás, ubicando en la figura del *médico* si podía o no prestar consentimiento válido”¹⁴, este

¹² Iglesias, María Graciela: “La capacidad jurídica. El modelo de “apoyo” en la toma de decisiones”, *Hacia un nuevo concepto de Capacidad Jurídica*. Coordinadora Otilia del Carmen Zito Fontan .Edit. Ad-Hoc. p.59

¹³ Una persona en un estado de crisis aguda de, descompensación psicótica no podrá dar consentimiento, hasta tanto la misma no haya sido superado y ese consentimiento se debe integrar con su representante legal, familiar o allegado.

¹⁴ Jornadas de Extensión Universitaria Diplomatura en Políticas de Salud Mental y Derecho Humanos, Ley 26529 los Derechos de los Pacientes. Mar del Plata. 27 de mayo de 2010. Coordinación General: Daniel Frankel y María Graciela Iglesias.

razonamiento debe analizarse de acuerdo al momento en que se debe prestar consentimiento. El artículo 5 de la Ley 26529 fue modificado y hoy contiene con claridad el procedimiento de consentimiento informado que debe llevarse a cabo.

Artículo 5°. Modificado el 24/05/2012 —dentro de la Ley N° 26.742—. Queda su redacción:

“Definición: Entiéndase por CONSENTIMIENTO INFORMADO 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 con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento...”¹⁵.

El proceso de consentimiento informado es un proceso bioético que implica la aplicación efectiva del principio de autonomía, justicia y no maleficencia. Mediante el consentimiento informado el personal de salud le informa al paciente, en calidad y en cantidad suficientes, la naturaleza de la enfermedad y del procedimiento diagnóstico o terapéutico que se propone utilizar, los riesgos y beneficios que este conlleva y las posibles alternativas. El documento escrito solo es el resguardo de que el personal médico ha informado y de que el paciente ha comprendido la información. Por lo tanto, el consentimiento informado es la manifestación de la actitud responsable y bioética del personal médico o de investigación en salud, que eleva la calidad de los servicios y garantiza el respeto a la dignidad y a la autonomía de las personas.

Debido a que los valores u objetivos de las personas varían, la mejor elección no siempre es la que prioriza a la salud, sino la que prioriza el máximo bienestar, de acuerdo a los valores u objetivos de cada persona. Por lo tanto, no es ya el médico el único que decide la mejor alternativa.

El consentimiento informado consta de dos partes:

a. Derecho a la información: la información brindada debe ser clara, comprensibles, suficiente, oportuna y objetiva relativa al proceso de atención—principalmente el diagnóstico, tratamiento y pronóstico y los pasos que se deberán adoptar para atenderlo—. De la misma manera es importante dar a conocer los riesgos, los beneficios físicos o emocionales, la duración y las alternativas —si las hubiera—.

¹⁵ Art. 5, Ley 26.529.

El proceso incluye comprobar si la persona ha entendido la información, propiciar que realice preguntas, dar respuesta a éstas y asesorar en caso de que sea solicitado.

Los datos deben darse a personas competentes en términos legales, edad y capacidad mental. En el caso de personas incompetentes por limitaciones en la conciencia, raciocinio o inteligencia, es necesario conseguir la autorización de un representante legal. Sin embargo, siempre que sea posible, es deseable tener el asentimiento del paciente. “El propósito del consentimiento informado es habilitar al paciente para considerar, de forma equilibrada, los beneficios y las desventajas del tratamiento médico propuesto, con el fin de que el paciente tome una decisión racional al aceptar o rechazar dicho tratamiento. El uso adecuado de este principio previene o disminuye la posibilidad de errores, negligencia, coerción y decepción y, promueve en el médico su autocrítica. Pero su principal propósito es establecer la autonomía del paciente, promover su derecho a la autodeterminación y proteger su condición como un ser humano que se respeta a sí mismo”.¹⁶ El consentimiento informado está previsto en la Ley de Salud Mental, no como un procedimiento de regulación para la determinación de la calificación legal de la internación como voluntaria o involuntaria, sino como un proceso con base en la autonomía de la persona, con su intervención, e integrando — en caso de ser necesario— el consentimiento con otro; así como se deben aplicar todas las técnicas y medios para su comprensión.¹⁷

El consentimiento informado se entiende como una manifestación de la capacidad jurídica, porque el proceso de autonomía que conduce necesariamente a la toma de decisión respecto de un tratamiento o propuesta terapéutica afecta a la persona. Una de las funciones más importantes que tiene la información sanitaria es la de proporcionar los elementos de conocimiento necesarios para que posteriormente la persona pueda ejercitar libremente el derecho a decidir sobre las cuestiones que afectan a su salud. “En este sentido, la satisfacción efectiva del derecho a la información puede ser considerada como una fase previa del ejercicio por parte del paciente del derecho a decidir libremente sobre su propia salud, el consentimiento informado. El Tribunal Constitucional Español ha sido claro, al establecer que “...decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento”.¹⁸

Es decir que, se concibe el consentimiento que se presta en un ámbito de libertad. Las personas con discapacidad mental deben prestar su consentimiento por sí o integrando el mismo con sus representantes legales o allegados o personas de confianza, pero el ámbito ineludible de la expresión del mismo se encuentra en el concepto de derecho al ejercicio de su libertad, la toma de decisión y por ende, se está hablando de la capacidad jurídica para la toma de esa decisión.

¹⁶ En: <http://www.unrc.edu.ar/unrc/coedi/docs/salud/consentimientoinformado.pdf>

¹⁷ “10.- Por principio rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley. Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir la información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión.”

¹⁸ S.T.C. 37/2011, de 28 de marzo de 2011, F.J. 5º -B.O.E. núm. 101, de 28 de abril de 2011-publicada en Asociación de Bioética Fundamental y Clínica Responsables de la edición: Antonio Blanco Mercadé y Mª Pilar Núñez Cubero La bioética y el arte de elegir 2ª edición, 2014.

CONCLUSIÓN

A lo largo de estas reflexiones, consideramos a la persona, en el marco de la Ley 26657, en su capacidad frente el derecho a la salud, y vinculamos este derecho con las libertades, con dos grandes ejes: uno, el paraguas de derechos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el ejercicio de la capacidad jurídica y otro, el acceso a la salud, determinado para una persona con derecho. Esto es lo que representa el reconocimiento de la capacidad jurídica, en términos de la reforma actual.

Este derecho se visualiza en la capacidad jurídica de las personas, en establecer apoyos como constructores de más derecho y el respeto a la Dignidad Humana. En este sentido el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobó una Observación General que establece la diferencia entre capacidad mental y legal, e indica a los Estados las medidas que deben adoptar en tanto ajustes razonables para el ejercicio de la capacidad jurídica y el establecimiento de los apoyos.¹⁹

Es decir, no es posible garantizar un proceso para favorecer la autonomía y el auto valimiento de la persona durante la atención y rehabilitación en su salud mental, sin un proceso de consentimiento informado que trasunte la voluntad a, partir de una efectiva información.

La Ley 26657 establece en su artículo 3 la presunción de capacidad de las personas. La norma es traída aun a la discusión, a reconocimientos formales y prácticas que no se condicen con los derechos enunciados. Sin embargo, ante el tejido de Derecho actual, la capacidad de las personas se concreta con la posibilidad real de incluirse en la sociedad, mediante una red de apoyos formales e informales que permitan erradicar viejos conceptos y prácticas incapacitantes y eliminar la confusión entre una habilidad y el concepto de capacidad jurídico como derecho inherente a la condición de ser persona. Es posible la realización de derechos establecidos en la Ley 26657 y el Decreto Reglamentario. Su ejecución va unida a los principios de la CDPD y a la reciente reforma del Código Civil Argentino. Es decir nos encontramos en un proceso histórico, donde en lo inmediato aparecen contradicciones y complejidades que propugnan cambios que van desde las estructuras a la conciencia.

Hemos arribado al final de un conjunto de razonamientos desordenados que se movieron en un sistema circular que coloca en el centro a las personas y se desprenden de ellas, como burbujas la dignidad, la autonomía, la libertad, la información, la decisión y la inclusión. Traducida ello al mundo de lo jurídico el maestro Ciuro Caldani ha definido que “La teoría trialista del mundo jurídico reconoce que la dimensión sociológica del Derecho se centra en «repartos», que son adjudicaciones de potencia e impotencia -o sea de lo que favorece o perjudica al ser y en particular a la vida- provenientes de la conducta de seres humanos determinables. Además existen «distribuciones», en las que las adjudicaciones de potencia e impotencia provienen de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar.”²⁰

La instrumentación de los derechos enunciados es tan universal y compleja, como la simple escucha de la voz y la palabra de las personas que conforman este colectivo.

¹⁹ Observación General N° 1: Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/11/4, del 30 de marzo a 11 de abril de 2014.

²⁰ Ciuro Caldani, Miguel Angel: “Comprensión Trialista de la Justificación de las Decisiones Judiciales”, *DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho*, ISSN 0214-8676, N° 21, 2, 1998, p. 79.

