

CONSENTIMIENTO EN LA ENFERMEDAD MENTAL

*Conferencia pronunciada
por el Académico Correspondiente Dr. Alfredo Achával
en oportunidad de su incorporación
a la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires
en la sesión pública del 29 de agosto de 2006*

La publicación de los trabajos de los Académicos y disertantes invitados se realiza bajo el principio de libertad académica y no implica ningún grado de adhesión por parte de otros miembros de la Academia, ni de ésta como entidad colectiva, a las ideas o puntos de vista de los autores.

Presentación

por el Académico Titular Dr. Mariano N. Castex

Con profundo gozo me ha correspondido dar la bienvenida al claustro académico en calidad de correspondiente al maestro Alfredo Achával, proclamado desde mucho tiempo atrás “maestro de la medicina legal argentina”.

En verdad, ningún título más justo, ya que es “maestro” y su cátedra abarca en extensión, no solamente las tierras argentinas, si no que su incansable, por demás generosa y ubérrima en erudición, tarea docente es conocida en el vasto campo del mundo de habla castellana, en especial en el denominado cono sur.

En efecto la medicina legal, restringida a grupos reducidos de profesionales hasta hace muy pocos años atrás, impulsada por él, ha alcanzado una jerarquía inigualable y no hay profesional que no se sienta orgulloso de decir, “lo tengo o lo he tenido a Achával de maestro”. En efecto, cuando en los cursos de post grado que él impulsara y continúa promoviendo con tesón, a lo largo de la multifacética geografía criolla, habla Don Alfredo, el silencio impera y fluye la doctrina, la jurisprudencia, la ciencia y el arte.

Cuando el Colegio de Peritos Médicos Legistas de la Capital Federal, en conjunto con el Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses dependiente de este claustro académico, organizara el encuentro Forense Argentina 2003, a su Presidente Honorario se debió por completo el mérito de unir lo que estaba escindido y poner razón y lógica en donde reinaba la controversia, tan común –pero fructífera si con sabiduría y prudencia se cuegan las pasiones y se tamizan las ideas y razones– en el mundo profesional. Por primera vez pudo observarse entonces la solidez y seriedad académica del conjunto profesional argentino especializado en la Medicina y la Psicopsiquiatría Forense.

Esta coronación ha sido fruto del paciente hilvanado que a través del curso del ejercicio de su profesión hiciera el amigo y maestro, especializándose en el campo de la ciencia sanitaria y sobre todo en materia de jurisprudencia médica. ¿Duda de algún texto legal? ¿Quiere

conocer la historia de tal o cual legislación? ¿No encuentra proyectos caídos en el olvido? ¿Dudas en materia de ética profesional? No hace falta ir al Explorer. Un telefonazo y Alfredo contestará de inmediato brindando con corazón abierto una amena y clara respuesta para la ocasión.

Accede Achával a este claustro académico en tiempos en los cuales una distorsionada visión de la especialidad pretende –desde no pocos estrados tribunalicios– dificultar el libre ejercicio del especialista, pretendiendo dividir a la especialidad en infinitud de espacios restringidos a un título o a una nominación peculiar y caprichosa, fruto del excesivo cientificismo que ahoga día a día a la medicina tradicional, olvidando tener en cuenta que la especialidad es una e indivisible, su esencia es cumplir una función de enlace entre el discurso jurídico y el discurso médico psicoquiátrico y que aquellos profesionales que no son capaces de comprender esta función “cardinal” o de aglutinamiento entre ambos campos, recurriendo con su prudencia a extraer toda suerte de asesoramientos necesarios de las profundidades de la ubérrima iatría, para una vez transformado todo ello en el lenguaje jurídico –topos desde donde se solicita la ayuda–, simplemente no es médico legista, si no portador de un ornato de oropel.

También ingresa en este claustro Achával, en tiempos que parecieran olvidar con no poca frecuencia que los expertos o peritos somos todos *auxiliares de su señoría*, omitiendo tener presente que no siempre los tiempos periciales se ajustan a los teóricos tiempos procesales, lo que conduce a una multiplicación de errores, algunos groseros, que inducen a engaño a la majestad de la Justicia, desviándola de su objetivo en la búsqueda de la verdad. Fruto de esta desconsideración es la larga lista de pérdidas, sobre todo en los últimos tiempos, que han venido sufriendo los cuerpos colegiados de peritos oficiales y también de aquellos que trabajan meritoriamente del otro lado del mostrador. Nada como aquel poeta que pone en boca de Hamlet la queja *sobre la insolencia de los tribunales*.

Alfredo Achával nace en 1921, en un hogar de clase media, integrado por padre con estudios universitarios y funcionario público, en Correos y Telecomunicaciones, y una madre dedicada al hogar y a los hijos. Buen padre y buena madre –dice él refiriéndose con cariño a ellos–. En las agradables charlas de café circuntribunalicio a lo que somos tan propensos los legistas de calle, señala que en su casa se recibían diarios y revistas, además de una bien dotada biblioteca en literatura universal y derecho. “A éstos, a mis padres, les debo haber

aprendido a leer a los cuatro años de edad e interesarme en la lectura apasionada de revistas afines a Hipócrates y Temis”. Seguramente debe recordar entonces las ediciones Araluce en donde a la misma edad solía yo leer los “cuentos de Esquilo, de Eurípides, de Sófocles, las fábulas de Esopo y biografías de grandes hombres como Federico de Prusia o Lord Nelson”.

Entre sus maestros de primaria, destaca Pichon Riviere. Cursa estudios secundarios en el Nacional Rivadavia, de la mano de Luis Vallaza, médico de policía, compartiendo sus juegos con el hijo de éste –luego médico forense– y el amigo Armando Maccagno, recordado médico forense y decano *longelateque* del Cuerpo Médico.

A lo largo de sus estudios médicos mantiene un excelente promedio, atraviesa la crisis severa de profesores engendrada por los totalitarismos de entonces y cursa con Nerio Rojas y Cattáneo, siendo el primero en rendir examen en la sede actual de la cátedra. Al primero lo recuerda como el gran maestro. Su trato con Bonnet fue fluido y cordial. Aprueba su tesis doctoral que versa sobre *enuresis*, publicada en la Semana Médica en 1947, habiéndose graduado de médico el año anterior.

Se enorgullece al afirmar que la voluntad se la debe a su padre, y mantiene cordial recuerdo para el titular de Medicina Legal de 1950-1955, Felipe Cía.

Trabaja en la Dirección de Menores, pasando a la Casa Cuna en plena epidemia poliomielítica en donde toma contacto con la era del dolor y de los grandes pulmotores. Inicia la adscripción a la docencia, y en 1955 le toca vivir en el triste ciclo que mantuvo la cátedra de Medicina Legal, vacante a lo largo de 33 años.

Reviste luego en la Dirección Nacional de Asistencia Social para pasar luego a la Dirección de Medicina del Trabajo e Higiene. Engendra entonces el proyecto de la ley 17.132 que rige el ejercicio profesional, para muy luego dirigir el Centro de Reconocimientos Médicos de Buenos Aires.

El sistema Nacional integrado de Salud le promueve a Director Nacional de Recursos Humanos en donde confecciona un anteproyecto de código sanitario, del cual, en 1976, surgen las leyes de ablación de órganos y trasplante, así como la ley de sangre.

Cesanteado en 1976 se dedica al deporte. Interviene en regatas, crea la Federación de Clubes Náuticos con sede en San Isidro y, a través de su vinculación con la Prefectura Naval de San Isidro, logra la instauración de la certificación médica de aptitud para el brevet de pilotos para embarcaciones.

La docencia privada le hace crear cursos de especialización en Medicina Legal, primero en el Colegio de Peritos Médicos de la Capital Federal, en la Fundación Barceló, en los colegios médicos del interior, en la Universidad del Comahue, en Gendarmería Nacional y en el Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina, con el apoyo de Víctor Poggi.

Colabora en esta Academia Nacional en el Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses desde hace más de una década.

Como publicista su libro de *Medicina Legal* es ya un clásico de siete ediciones y se encuentra preparando un tratado de *Medicina Legal y Código Penal Argentino*.

Su currícula es vasto, limitando el tiempo de este acto su completa lectura. Empero baste un broche:

Doctor en Medicina – Médico Legista – Médico Psiquiatra – Médico del Trabajo – Médico con cursos de perfeccionamiento en Ancianidad, en Genética, en Criminología.

Docente Libre (Docente Autorizado) de Medicina Legal y Deontología Médica de la Universidad Nacional de Buenos Aires (hasta cumplir 65 años).

Director de Cursos Superiores de Médicos Legistas en la Universidad Nacional del Comahue, en la Facultad de Medicina del Instituto de la Salud de la Fundación H. A. Barceló en Buenos Aires, La Rioja y San Isidro. Director del Curso Superior de Médicos Legistas en la Universidad Católica de Salta (Subsede Gendarmería Nacional, Fundación Centinela). Id. en el Curso Hospital Militar Central y los Colegios Médicos de Luján, de Pergamino y de Gualguaychú. Director de la Maestría en Medicina Legal del Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina.

Experto (Nota 001319/12 nov, 2001). Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria CONEAU.

Presidente del Colegio de Peritos Médicos Legistas de la Capital Federal. Ex Vicepresidente fundador de la Academia de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Miembro fundador de la Asociación de Medicina Legal de la Provincia de Buenos Aires.

Ex Titular y Presidente de la Comisión Médica Central Leyes 2.241 y 24.557 (Renuncia 2001).

Director de Recursos Humanos del Sistema Nacional integrado de Salud de la Nación.

Premios: Universitarios Wilde 1955 y Eduardo Pérez 1954, Miembro Honorario de la Fundación de la Cárcel de Villa Hermosa

(Colombia), Miembro Honorario de la Fundación de la Cárcel de Villa Hermosa (Colombia), Miembro Honorario de la Sociedad de Medicina del Trabajo de Buenos Aires (As.Méd.Arg.), Medalla Raymundo Nina Rodríguez al Mérito en Medicina Legal 1970.

Miembro Correspondiente de la Sociedad de Ciencias Criminales y Medicina Legal de Tucumán, 15 de octubre de 1953. Miembro de la Academia de Ciencias Penales de la República Argentina. Miembro de Jurado y Consejo Consultivo para elección del Premio “Médico del Año 2004”. Socio Honorario de S.A.E.S. 2005.

Vocal Titular a cargo de la Región VI Capital Federal de ANFRA 2003-2005.

Autor de Libros: *Manual de Medicina Legal* (Ed. Policial, 37.000 ej., 6ª Ed., 2003), *Responsabilidad Civil del Médico* (2ª Ed., 1994), *Depresión e internaciones psiquiátricas* (1994), *Incapacidades laborales* (1993), *Delito de violación* (2ª Ed., 1995), *Kinesiología Legal* (2ª Ed., 1992), *Medicina Legal de la Seguridad Social* (1996), *Tratado de Medicina Legal* (Ed. Fundación Barceló, en prensa 2004), *Psiquiatría Legal y Forense* (Ed. Astrea, 2003), *Manual de Kinesiología Legal* (Ed. Fundación Barceló, en prensa 2004).

Autor de 77 trabajos de la especialidad publicados y de 228 trabajos científicos, relatos y conferencias en congresos científicos.

Ex Presidente de la Sociedad Argentina de Neurociencias – Ex Presidente del Capítulo Argentino de Psiquiatría. Miembro de Honor Sociedad Argentina de Medicina del Trabajo (1987). *Fellow Academia, Medicinae & Psychiatriae Foundation* (1993).

Designado Maestro de la Medicina Legal por las siguientes sociedades: Colegio de Peritos Médicos Legistas de la Capital Federal y Academia Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en 1999; Asociación de Médicos Forenses de la República Argentina (2001).

Congreso de Homenaje: ANFRA 2004 (Mar del Plata). Congreso en Homenaje: Forense 2003 Mercosur (Buenos Aires)

*

Por todo ello, este claustro, único de condición nacional en donde pueden hallarse ahora cinco médicos legistas, dos titulares y tres correspondientes, le da la bienvenida y aguarda con ansia su prudente consejo, y su invalorable asesoramiento.

CONSENTIMIENTO EN LA ENFERMEDAD MENTAL

Dr. ALFREDO ACHÁVAL

Un homenaje en la renovación de las consideraciones debidas a este tipo de paciente y del cual la Década del Cerebro, como se denominó a los últimos diez años del siglo pasado, permitieron contribuir también, al desarrollo de conceptos como inquietud bioética.

Las Convenciones Internacionales que van desde el Derecho del Paciente del siglo pasado, permitieron pasar a las del Derecho al Consentimiento como problema bioético y jurídico y su finalidad: llegar a plasmarlo como ley de cumplimiento efectivo. La Convención Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, en su 33^a sesión de la Conferencia General de la UNESCO del 19 de octubre de 2005, así también lo impulsa.

Pero, siempre la Medicina Legal se preocupó en asistir a la Psiquiatría, en la necesidad de proteger derechos e intereses de las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía. Gran parte de la Psiquiatría Forense recibe y utiliza esos aportes.

Como consecuencia de la marginación y del rechazo social, de este enfermo peculiar, que camina, opina y hace o deja de hacer, se ha llegado a desplazar frecuentemente del goce de los derechos personalísimos, abusando de impedimentos y excusas, las más de las veces basados en la existencia de problemas sociales, económicos y políticos, cuando no de la fe del propio gobernante, que impiden o dificultan que las personas, los propios enfermos, por sí mismos o por terceros, hagan valer aquellos derechos que pueden ostentar las personas a las que se le adjudica la denominación de normales, o que son evaluadas como tales y logran así su reconocimiento social.

Si la comparación de pacientes se hace entre los de enfermedades somáticas y los de enfermedades psíquicas, se observa que el problema se agrava porque si bien las enfermedades somáticas

afectan a la salud, sólo dificultan pero no anulan el ejercicio de derechos y, difícilmente afectan la autonomía de dirigir, de optar, de decidir, sobre la vida personal y sobre las características de ésta, en las vicisitudes del transcurso de su vida, sea en salud, sea en enfermedad.

Resulta así afectada no sólo la vida personal del enfermo mental, sino que también, la decisión por terceros afecta la responsabilidad de la vida de relación, la de los vínculos afectivos, la estabilidad social, económica y laboral. Ninguna de las acciones constructivas del hombre en la civilización, toman caracteres trascendentes del bien común, cuando son solitarias. La biología ha impuesto la pareja y la propia vida en convivencia, impuso la amistad, la solidaridad, la beneficencia, la no maleficencia, la justicia.

En la enfermedad somática el ejercicio de la capacidad de decidir permite participar en las decisiones del propio tratamiento. En cambio, en la enfermedad mental, el aislamiento ha sido la solución durante siglos a la consideración de distinto, como su denominación de alienado lo señala y se obliga a la necesidad de decisiones tomadas por terceros. Durante siglos estuvieron las cadenas y el encierro, en el mundo moderno se impone la deontología de la libertad, la propia y la ajena, la solidaridad en la conservación de los Derechos y las decisiones personales, el cese del autoritarismo, en cualquier nivel en que se presente.

Todo aquello que hoy consideramos incluidos como derechos y las acciones de sus ejercicios, deben tener la huella de la dignidad, que no queda sólo allí como decisión por terceros, sino que prosigue aliándose con los demás derechos que, por ser fundamentales, los consideramos como personalísimos y que, de no ser enderezados en sus desviaciones o impedimentos, progresivamente llevan a la desigualdad, al no ser tenidos en cuenta, a los abusos, a la discriminación y a la marginación.

Es cierto que el progreso médico ha realizado enormes avances sobre el criterio de la libertad, superando en lo posible, la contrapartida de privar de la libertad, por razones que no resistían a la evolución. En las enfermedades somáticas se recurrió también a privar de la libertad, bajo argumento de protección social, desde las cuarentenas de las pestilenciales y más tarde de los períodos de contagio de las enfermedades denominadas primero venéreas y más tarde de transmisión sexual o en el uso de estupefacientes para consumo personal y en privado o sin ostentación. Sin embargo, el tema quedó irresoluto con relación al infectado por HIV y es que la sociedad no pudo

encontrarle solución razonable. Convergían los temas de los que, la sociedad creyó, es mejor no hablar.

Las medidas son relativamente fáciles de tomar en los casos donde el comportamiento social afecta los derechos de otros, no son fáciles cuando los derechos son personales. El delito y algunas enfermedades mentales guardan similitud en sus problemas y soluciones temporarias, así el aislamiento y los tratamientos que no pueden dar seguridad curativa, a veces ni sintomática pero, según la enfermedad, el diagnóstico decide, los enfermos del cuerpo ya pueden decidir, los de la psiquis, quizás porque a esta función no se le permitió tener un domicilio corporal definido, el enfermo mental no decide sobre sí, en sus derechos personalísimos.

La peligrosidad, un acierto de fácil a difícil, sería el límite entre la internación compulsiva y la contención sociofamiliar. Téngase presente que en el enfermo mental se da la única peligrosidad predelictual en vigencia, en cuanto a conducta. El problema de las propias decisiones sobre el derecho a la vida depende de la información que se obtenga, por ejemplo, del paciente con intenciones suicidas y también depende de la información que se le dé en el nivel de su comprensión para decidir sobre su tratamiento, sus posibilidades del régimen de su vida. Si en el régimen penal la comprensión de la criminalidad del acto es básico y sí en el régimen civil la comprensión del manejo de sus bienes y condiciones personales que arriesguen sus bienes, es también básico, considero que muchos de los enfermos mentales tienen capacidad de comprender la información que se le dé sobre su propia enfermedad o una nueva somática en el devenir de su vida.

Es que tampoco la sociedad ha avanzado tanto como debiera haberlo hecho en razón de los progresos científicos, muy descuidado estuvo la necesidad de educación, quizás fue un argumento para no eliminar la miseria, quizás fue un no saber hacer. Avanzamos a regañadientes con la educación sexual, la vivienda digna, la otra vivienda digna que es el hospital para el que está enfermo o la cárcel para aquél que debe rehabilitarse, para poder reincorporarse a la sociedad. En todos esos casos, el derecho a la dignidad no se debería perder, es básico, es personalísimo, es anterior a la creación del Estado como tal y es también básico para cualquier rehabilitación sea somática, psíquica o social.

La desvalorización de los pueblos hace que aún prevalezcan criterios arcaicos de castigos, de culpas, de vergüenza, por la enfermedad mental en un integrante de la familia. Los pueblos de mayor

cultura, luego de estar ahitos de guerras, en especial luego de la Segunda Guerra Mundial, decidieron pensar para crear en los cincuenta años siguientes, el Consejo de Europa y han podido salvaguardar y promover los ideales y los principios, que son su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social, no sólo como países, sino como personas que habitan en países. Se han basado en principios como respeto a la libertad, a la vida, a la dignidad, a la no discriminación, a la seguridad, a la igualdad, al respeto a la vida privada, a la tolerancia religiosa y a la opinión diferente.

La maduración de los pueblos y de sus dirigentes, les permite a las personas tolerancia, reconocer en los otros, concurrir a protegerlos, en un intento de logro de los beneficios de la solidaridad y esfuerzos mancomunados, en un afán garantista que solo así logra confianza y participación interna, regional, pretendiendo lo universal.

Europa maduró su progreso desde el término de la Segunda Guerra Mundial. El convencimiento de que la Paz sin progreso común solidario era volver a un pasado de una o dos generaciones y luego nuevamente luchas, con el sólo fin de mejoras de economías para sus pueblos o de reivindicación del pasado.

Los límites personales que daba la legislación diferente, se transforman y la obligación de adaptarlas, supera los nacionalismos de estados. En el continente americano, la Carta de San José de Costa Rica desempeña rol similar en el continente nuevo, la creación de órganos jurisdiccionales supranacionales, tiene sentido para vencer las injusticias locales o internas de los estados, todavía sin un nivel global de cultura, de respeto a la opinión.

Buscar la causa es elemental, en el delito diagnosticamos la multicausalidad pero no se la corrige, se pretende ver sólo a la persona que trasgrede la ley y su castigo. Igual sucedía con el enfermo mental, no se buscaba la causa, se resolvía rápido lo que no se conocía, sólo se la entendía como patología de la libertad, interesa cuánto de enfermo y no cuánto de sano, cuánto no puede y no cuánto puede.

La inclusión de los Tratados Internacionales en la Constitución Nacional, es entre otros, la incorporación de la Declaración de los Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, etc. y, en especial, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969, y de la que el país toma noticia por la Ley 23.054 recién en 1984, fecha de incorporación verdadera al quehacer nacional, pero aún mal comprendida. Compárese como en 1950 incorporaron los

Derechos del Hombre en el Convenio Europeo y la ratificación progresiva por los países que lo integran. En proyección hacia el futuro, los países desean vencer la clandestinidad, si algo se hace, debe hacerse de acuerdo a un procedimiento preestablecido por una ley, si es posible común, de ahí la necesidad de parlamentos regionales. Pese a la intolerancia que aún rige, el avance del MERCOSUR es también científico aunque su avance no sea del todo feliz.

La juridicidad del enfermo mental tiene una garantía genérica que es el recurso de amparo, el habeas corpus para el antes y la garantía del resarcimiento indemnizatorio, para el después. Con ello, con tales normas se evita o compensa la privación arbitraria de la libertad del enfermo mental. La legislación debe señalar el cuándo, el cómo, así como la tutela judicial al internar, al privar de la libertad: así está.

Es muy común que la única información que recibe el paciente es que está enfermo, algo muy escueto y si es posible se le hace lindar con lo poco o la nada. Sin formalidad alguna, también diría con tiempo escaso, se necesita la norma a aplicar que debería contemplar la información precoz, en un lenguaje adecuado, de los motivos de su internación o tratamiento, y por quien y para qué fue brindada, de las necesidades de su tratamiento, de la aparición de una enfermedad distinta de la que tiene, que le afecta en su integridad a su persona. Es decir, tenemos un concepto para no olvidar, para conservar, el de la integridad de la persona.

No es posible ampararse en el tema dentro de las premisas del Código Civil, puesto que la capacidad de consentir sobre actos a realizar en la persona, pertenece a un momento individualizado en tiempo, modo y lugar, no es algo que se da y que tenga permanencia, es para ese momento y acto determinado, para sólo hoy, quizás mañana, pero no siempre.

No se puede ya considerar que los términos alienación mental o enajenado mental tienen el mismo valor y alcance que hace ochenta años, dado que los tratamientos son más flexibles, la sociedad ya empieza a evitar que el enfermo sea sometido al hospitalismo o la inafectividad, pero lejos ya ha quedado que la internación sea por ser distinto, como en el caso de los grupos marginales de cualquier nivel social, por tener ideas y conductas diferentes como los disidentes, los adversarios políticos, es decir distinto a las normas prevalentes del grupo social mayoritario o dominante o que se ha constituido en poder, tal como se dio en la época del abuso de la psiquiatría o de la psicología.

Debe recordarse la denominada época del “Abuso de la Psiquiatría”, donde podía internarse a una persona por el solo hecho de que sus ideas y conductas se apartaran de las normas de una determinada comunidad o grupo social dominante y que fueron formas de impedir al adversario político, al disidente y, a veces hasta a marginales, avances que se prohibían.

Uno de los temas críticos del tema abordado ya tiene consenso, la internación debe hacerse cuando los exámenes médicos diagnostican la enfermedad mental primero, luego la necesidad terapéutica de la internación o subsidiariamente, cuando la perturbación en el ambiente tiene una magnitud de riesgo social real y cuando otras alternativas terapéuticas han sido descartadas por no adecuadas. La internación debe ser levantada cuando alguna o ambas condiciones desaparecen o el lugar de internación deja de ser el adecuado. En todos los casos la legislación debe ser previa a la internación, la causalidad es certificada por los médicos, la internación por el juez, como en cualquier privación de la libertad, falta legislar procesalmente la pérdida de la libertad por razones terapéuticas, y también el control judicial periódico que corresponde a la justicia y al propio paciente.

Son actuales los problemas de violentar los derechos de los pacientes enfermos mentales ante problemas médicos éticos de objeción de conciencia y trámites inventados ante comités hospitalarios de ética. En efecto, la ley no se puede ignorar, pasaríamos a una anomia médica, quizás por habernos acostumbrado a no cumplir con la ley. Es que el tema no es de discusión popular frente al caso, si se quiere discutir la legitimidad de una norma legal no es el ámbito adecuado el mediático, emocionalmente muy explotado. Hay un error fiscal de no considerar la privación de un derecho legítimo como un delito, aunque sea de omisión o a analizar por subgrupos autoconstituidos, absurdamente como jurados.

El aborto legal se crea en dos problemas conflictivos de derecho a la vida, pero uno es de consentimiento terapéutico, el otro es de imposibilidad del rol biológico y social de madre, a este último para nada debe calificarse de eugénico ni tampoco merece la discapacitada que se tome su vientre como una incubadora para adopción, esto último me parece una propuesta inadecuada y aún aberrante para la condición humana.

Quiero mencionar la necesidad de conceder valor normativo al consentimiento del enfermo mental, recurriendo a la situación crítica de un ejemplo, basado en lo ya dicho del consentimiento terapéutico: mujer casada que luego de contraer matrimonio padece una

enfermedad mental y que se embaraza dentro de su matrimonio, ese embarazo no es producto de violación, pues el acceso carnal es débito conyugal en el matrimonio y el riesgo de embarazo no ha sido advertido en sus previsiones por los médicos tratantes; se da la circunstancia que el embarazo desencadena una patología en la mujer embarazada que requiere sí o sí, la solución del artículo 86, párrafo segundo e inciso 1º, la enfermedad pone en riesgo la vida o la salud de la madre y ese riesgo no puede ser evitado por otro tipo de tratamiento. Se necesita en el caso y de acuerdo a la norma legal citada, el consentimiento de la “mujer encinta”. En el supuesto que elaboro, la enfermedad mental de la madre no le ha hecho perder lucidez sobre el riesgo de su cuerpo y, por consiguiente, de su vida. Ningún otro consentimiento es válido ante la norma penal. ¿La privaríamos del derecho de consentir, si es que comprende su situación, su enfermedad mental, su embarazo patológico de alto riesgo, o consideraríamos que su consentimiento es tan válido como necesario? ¿Habrá que reconocer como ciertos los derechos humanos y no discutirlos más?

La definición que presupone las incapacidades legales no son conceptos asistenciales, error en el que caen muchos peritos psiquiatras asistenciales. Esas condiciones están reseñadas en el artículo 141 del Código Civil, y corresponde a las personas que:

- 1) No tengan aptitud para dirigir su persona.
- 2) No tengan aptitud para administrar sus bienes.

La Constitución Nacional no ha cambiado en relación a los bienes, de una manera que contradiga lo que sostuvo el Código Civil y que sigue vigente. Sí, ha cambiado en lo que hace a la persona y sus derechos personalísimos.

Trataré entonces de ceñirme a los cambios que, en materia de derechos personalísimos, ha modificado la Constitución Nacional al incorporar los Tratados Internacionales, esto es el reconocimiento de los Derechos Humanos.

Es indudable que a tales derechos, mediante la declaración de demencia, se les pretenden custodiar en cada caso, con la antigua figura preexistente también en nuestro país, en casi siglo y medio antes, la del curador o representante legal.

La aplicación de las leyes sobre la tutela de menores es la referencia que señala el Art. 475 CC, pero sin duda “la obligación principal del curador”, es validada así y señalada por el Art. 481, “cuidar que recobre su capacidad, y a este objeto se han de aplicar con preferencia las rentas de sus bienes”.

El tema que me preocupa está perfectamente visualizado en el art. 482 CC original: “El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial”.

¿Hoy concebimos a la libertad personal en el restringido sentido de la libertad corporal o por libertad personal también tenemos en cuenta la de decidir, la de optar?

Es la ley 17.711, en su agregado al artículo citado, la que da la posibilidad que “las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez” de las circunstancias que la motivarían, “personas que por padecer enfermedades mentales, o ser alcoholistas crónicos o toxicómanos pudieren dañar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública”. Termina el artículo modificado, condicionando lo realizado con el examen médico: “Dicha internación sólo podrá ordenarse, previo dictamen del médico oficial”, es decir que el examen médico y la internación, son anteriores al conocimiento judicial de la internación. Modernamente se interna “conforme a derecho” a quien se ha examinado por autoridad médica idónea y por orden de autoridad judicial competente, le sigue el control judicial periódico posterior y, se encuentra que su enfermedad mental está diagnosticada y que se justifica la internación, es decir se ha descartado por inadecuada la no internación, pero ésta, la internación no puede prolongarse cuando la necesidad ha remitido y por consiguiente queda inadecuada la internación. Queda por citar la adecuación del lugar de internación.

Un tercer párrafo, también agregado por la ley 17.711 va más allá del conocido como “demente jurídico” y las personas autorizadas por el CC en el art. 144 para “pedir la declaración de demencia” (esposo o esposa no separados personalmente o divorciados vincularmente; los parientes del demente; el Ministerio de menores; el respectivo cónsul, si el demente fuese extranjero; o cualquier persona del pueblo, cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos), a su pedido “el juez podrá previa información sumaria, disponer la internación de quienes se encuentren afectados de enfermedades mentales aunque no justifiquen la declaración de demencia, alcoholistas crónicos y toxicómanos, que requieran asistencia en establecimientos adecuados, debiendo designar un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aún evitarla, si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos”.

Se señala como se ve un “defensor especial”, no se dice su profesión ni su vinculación procesal, incumbencia, dependencia, relación con el curador, etc. No se ha legislado sobre ello.

Es decir, el artículo en su primer redacción –la original de Vélez Sarsfield– controlaba mediante la justicia la pérdida de libertad que significa la internación, pero el control era doble ya que exigía la condición de “demente” es decir la previa declaración a que se refiere el artículo 141.

El agregado del segundo párrafo es un avance sobre funciones propias del Poder Judicial y el tercero es una pérdida de las garantías constitucionales llevada a la autorización de internar a quien no tuviera las condiciones para ser declarado incapaz civil.

Tales son las cosas.

Este artículo 482 CC es clave para entender la discrecionalidad que existe sobre las personas afectadas de enfermedad mental y usamos la expresión discrecionalidad con el sentido de arbitrariedad, fuera de normas legales.

En el ámbito nacional están en vigencia –no han sido dejadas sin efecto– por un lado la Ley de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Ciencias Auxiliares, 17.132 de 1964, también la 22.914 de 1983 y que intentaría reglamentar al Art. 482 CC. en cuanto a internación de enfermos mentales.

Finalmente, al declararse la Ciudad de Buenos Aires como Ciudad Autónoma en 1994, ésta dicta la Ley 448, complementaria en lo psiquiátrico de la ley de salud 153. Sabemos que por la Ley 24.588 la ciudad tiene limitado su accionar judicial sólo a problemas de vecindad, faltas, contencioso administrativo y tributario, razón por la cual algunas pautas de la ley 448 no deberían aplicarse.

Las Convenciones internacionales sobre el tema han acordado que debe procurarse que la autoridad que provee el diagnóstico, no sea la misma que ordena la internación. En todos los casos, el paciente debe tener conocimiento de sus derechos y la posibilidad de apelar del diagnóstico, del tratamiento, así como a ser oído personalmente.

Es evidente que los cambios en política sanitaria no pueden ser bruscos pues su factibilidad depende no sólo de recursos materiales sino también de recursos humanos. No es lo mismo, como posibilidad aquello que puede intentarse y hacer en Buenos Aires que aquello que se pueda hacer en Catamarca o La Rioja o cualquiera de las provincias denominadas pobres en nuestro país, sin embargo los derechos humanos son los mismos.

Es también evidente que en nuestro país, el peligro de agresión a terceros y aún a sí mismo, está presente en los enfermos mentales y en los adictos a drogas o alcohol, para usar denominación comprensible. Nada más difícil y por ello más abusivo, que estudiar la peligrosidad humana predelictual. ¿Cuáles son las bases, pautas o ítems, a aplicar si no se la evidencia en conducta?

La seguridad, la peligrosidad, la agresividad temida, forma parte de lo habitual en algunos pacientes psíquicos y ello provoca trastornos de convivencia y adaptación, por consiguiente necesita un control permanente. En cualquiera de los casos, la enfermedad mental que se evidencia en agresividad, no por ello afecta la dignidad y los derechos del paciente. Agresividad-peligrosidad predelictual, es un problema oscuro o no más de “medio conocido”, en muchos casos perfectamente controlable, pero esto significa disponibilidad del control y de la continuidad asistencial. Que pretendemos que se tenga en cuenta:

- 1) los Derechos que como ser humano le corresponden, no se renuncian, no se ceden, no se embargan, son hasta la muerte y son constitucionales, con defensa jurídica ultranacional;
- 2) lo que corresponde a su condición de enfermo mental, de acuerdo a las características de su enfermedad. Un enfermo distinto, pero un enfermo y por ello le corresponden lo que se conoce como Derechos del Paciente, ya ley en varias provincias aunque no contemplados a nivel nacional.

Debemos tener en cuenta además, la identidad, la pertenencia, la genealogía y la historia personal. El respeto a la dignidad, la singularidad, la autonomía, los vínculos familiares y sociales, son base del trato de convivencia.

Veamos ahora el problema del consentimiento en la enfermedad no psiquiátrica del enfermo mental. Será necesario tener en cuenta como bases que el paciente:

- No debe ser identificado ni discriminado por padecer o haber padecido malestar psíquico.
- Debe disponer de la información adecuada y comprensible sobre su salud, su enfermedad, su tratamiento con sus logros y sus riesgos, y las alternativas de la atención. Los tiempos para la toma de decisiones y las preguntas propias de las dudas.
- La atención médica debe hacer constar su fundamento científico y los principios éticos y sociales del enfermo, en que se fundamenta.
- El tratamiento debe ser personalizado y con atención integral, en ambiente apto y con resguardo de su intimidad.

- La aplicación terapéutica consentida, debe ser la más conveniente y que menos limite su libertad en todo sentido.
- El médico no debe tener objeción de conciencia sobre el enfermo mental.
- El tratamiento debe integrar a la rehabilitación, a la reinserción familiar, laboral, comunitaria.
- Debe tener accesibilidad para los familiares y el círculo humano afectivo del paciente.

Cuál es nuestra propuesta:

En un primer lugar se deberá tener en cuenta las condiciones propias del consentimiento al acto médico, su temporalidad y su alternancia. Consiente el acto médico propuesto, sólo ese acto y puede darse y retirarse por el paciente en cualquier momento del accionar terapéutico.

Es decir, no legitima la validez del consentimiento para todos los actos médicos que deba recibir el enfermo mental. De allí la importancia de que conste en la historia clínica, ya que ésta es la biografía de su enfermedad. En cada caso debe estudiarse y hacer constar el resultado de ese estudio en la historia clínica, la comprensión del paciente a la información suministrada por el médico que realizará el acto médico programado, aparte de que se pida el consentimiento del curador. Lo central es accionar para evitar que el tratamiento médico deteriore la dignidad y los demás derechos fundamentales reconocidos a cualquier persona, sana o enferma y que subyace produciendo desigualdad, abuso y marginación.

Una primera pregunta es: “¿qué garantía jurídica que no suponga una disminución de otros derechos, existe?”.

El cumplimiento fiel de las leyes y de las profesiones en contacto con el paciente y sus derechos es básico. Los problemas éticos prevalecen en el médico, ninguno de ellos puede quitar derechos a la persona enferma o necesitada de ese derecho ya acordado. La objeción de conciencia es un problema y derecho del médico y si la tiene debe apartarse y ayudar a buscar quién no la tiene. El enfermo en más o en menos, es un discapacitado temporal social y necesita de la solidaridad de la sociedad en contacto, sólo así puede vencerse el abuso, la desprotección, la desigualdad y la marginación que hemos señalado.

- 1) No puede aceptarse que sean sólo médicos y psicólogos los que deciden y los que recomienden la internación o el tratamiento, sean también médicos y psicólogos. En todos los casos la justicia respaldará el derecho del paciente y decidirá el conflicto, si lo hubo, luego del asesoramiento médico de nueva instancia.

- 2) Debe informarse los motivos, en forma amplia y sin reservas, de las afecciones que cursan en el paciente que, como cualquier otro paciente, tiene derecho a decidir sobre su vida y futuro, en la medida que la comprensión de la propuesta médica le sea aceptable, todo ello propuesto en términos accesibles a la comprensión del paciente y dejando constancia de ello en la historia clínica. Las urgencias son una excepción en la medicina, pero son realidad y deben ser fundamentadas como tales, pueden ser por razones de protección de personas ajenas o por necesidades terapéuticas en el enfermo.
- 3) Debe evitarse que prevalezca la clasificación diagnóstica de utilidad sanitaria o estadística sobre las necesidades asistenciales del paciente. Tener presente que el concepto de enfermo mental evoluciona continuamente, ya sea por la investigación psiquiátrica, la flexibilidad creciente en materia terapéutica y los cambios de actitud de la sociedad hacia este tipo de enfermos. La variabilidad y el progreso científico no puede atar a la garantía jurídica.
- 4) Desterrar de las consideraciones asistenciales todo tipo de demonización.
- 5) No se es enfermo mental por el sólo hecho de que sus ideas en lo moral, en lo social o lo político o su comportamiento se aparten de las normas que predominan en el grupo social de pertenencia.
- 6) Que la enfermedad mental haya sido plenamente reconocida mediante exámenes médicos con conocimiento del examinado.
- 7) En el caso de ambiente humano perturbador, ello debe ser comunicado con fundamentos al paciente y sus convivientes.
- 8) La internación no significará en forma automática la reducción de su capacidad legal.
- 9) El criterio psiquiátrico asistencial no debe prevalecer sobre el criterio psiquiátrico forense. El hito legal de decisión sobre capacidad o incapacidad mental es “aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”, esto debe comprenderse en la función auxiliar del perito. Y esto que señalo quedó muy claro cuando se incorpora la inhabilitación civil que bien claramente señala en el art. 152 bis, inciso 2º “a los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño en su persona o patrimonio”, acercándose así al criterio penal de inimputabilidad en los casos de no comprensión de la criminalidad del acto o de no disponer de la capacidad de dirigir su persona.

Debemos considerar ahora la vinculación con el consentimiento del paciente y para ello debemos tener en cuenta que la enfermedad mental no siempre afecta la totalidad de las funciones cognitivas, afectivas o volitivas. Hemos visto que las funciones del curador son con prioridad en el cuidado de los bienes y recuperación de la salud mental. Pero esos consentimientos tienen el fundamento de actos jurídicos, nosotros contemplamos tan sólo el de actos médicos, es aquí y ahora, el mañana es potencial.

Toda declaración de incapacidad civil por enfermedad mental dictamina, por disposición procesal, sobre la posibilidad del paciente de comprender el cuidado de su persona, del régimen de vida aconsejable, es decir que, en esos casos, hay capacidad de manifestar su deseo, previo a la información que finalmente los peritos consideren adecuada. Debemos tener presente que el consentimiento no puede ser antedatado en el sentido de desconectado cronológicamente del acto médico propuesto. En una determinación de incapacidad civil, considerando los proyectos que pretenden la modificación del Código Civil, luego del informe médico de tres psiquiatras o legistas, el juez toma conocimiento personal del presunto insano, esa parte del proceso puede servir también para determinar el valor de las expresiones de voluntad que sólo hagan a la salud de su persona, no a sus bienes o el riesgo de sus bienes, para ello está designado el curador.

Habiendo señalado que el consentimiento vale para la oportunidad y que debe ser completo, obtenido por quien va a realizar el acto médico, que no es transferible sin consentimiento nuevo del paciente, que no es extensible a otros actos médicos, la propuesta es que el consentimiento quede, como en el caso de los otros pacientes, a cargo del médico que realiza el acto médico, intervencionista o no, quirúrgico o no, que él mismo valore la comprensión del paciente en términos adecuados a su nivel cultural. Es necesario asumir que el consentimiento sólo sin información carece de valor, de sentido, invade la dignidad y la autonomía del paciente. La designación de una persona que decida por otra es contraria al valor asignado a los Derechos Personalísimos, es entonces un deber respetar la información y consentimiento para cualquier acto que se proponga con fin terapéutico. Muchos de los profesores que no enseñan el valor del consentimiento informado deberán enseñar que el médico debe saber si el paciente le comprende la información.

Informar en los enfermos mentales incluye los actos de revelar diagnóstico, tratamiento y pronóstico, ellos sólo se cumplen cuando hay comprensión de la información.

Es excepcional que se justifique el denominado “privilegio terapéutico”, esto es la facultad del profesional médico de no dar información completa, bajo la disculpa de evitar de esa manera el conocimiento de la enfermedad que supone, con certeza que significará el empeoramiento de esa enfermedad que aqueja al paciente o una toma de decisión que se considera inadecuada, frente al bienestar del paciente. Sin embargo, el principio del consentimiento informado no admite el privilegio terapéutico, la información debe ser completa y continuada, clara y suficiente a juicio del paciente, abarca al proceso, su etiología, el diagnóstico, pronóstico y opciones de tratamiento. Está adecuado en función de las posibilidades del paciente.

Nuestro proyecto es que se incorpore a la ley de ejercicio profesional, a la ley 17.132, de la que hemos sido autor hace poco más de cuarenta años y que se usa a nivel administrativo y a nivel judicial. Es sólo agregar al término del tercer inciso del artículo¹⁹ “en esos casos, de ser posible su comprensión, el paciente será informado por el médico que le asiste, sobre el criterio terapéutico del acto médico propuesto y transmitirá al representante legal la respuesta dada por el enfermo”.

Es decir, el consentimiento médico es para un acto médico, es un problema de la relación médico paciente, uno de los actos médicos y que no puede cederse al curador o representante legal, además no es transferible ni por el deudor ni por el acreedor del acto médico.

Considero que el enfoque de los proyectos que proponen modificar el Código Civil sobre la determinación de esa condición de poder consentir, en la sentencia donde se resuelva su inhabilitación o insania, no guarda relación con el dinamismo de la vida y enfermedad, con el agregado de, en general, una nueva enfermedad para la que se pide el consentimiento. El consentimiento médico no puede estar en el Código Civil, es un acto médico, una obligación médica. Determinarlo en la sentencia de interdicción sería prejuzgar sobre un derecho a disponer en el futuro.

Les he dejado expuesto mi criterio de necesidad de respeto a la voluntad del paciente enfermo mental y que les deseaba transmitir.

Citas legales en el curso de la exposición:

1) Art. 19 – Ley 17.132

“Los profesionales que ejerzan la medicina está, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a:

3. Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causas de accidentes, tentativas de suicidio o de delito. En las operaciones rutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz”.

AGREGAR: “; en esos casos, de ser posible su comprensión, el paciente será informado por el médico que le asiste, sobre el criterio terapéutico del acto médico propuesto y transmitirá al representante legal la respuesta dada por el enfermo”.

2) Art. 482 – CC.- “El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial.

“Las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez, de las personas que por padecer enfermedades mentales, o ser alcoholistas crónicos o toxicómanos pudieren dañar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública. Dicha internación sólo podrá ordenarse previo dictamen del médico oficial.

“A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la internación de quienes se encuentren afectados de enfermedades mentales aunque no justifiquen la declaración de demencia, alcoholistas crónicos y toxicómanos, que requieran asistencia en establecimientos adecuados, debiendo designar un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aún evitarla, si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos”.

(Texto original y texto agregado por la ley 17.711)

3) Art. 141 – CC.- “Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”.

4) Art. 152 bis – CC.- “Podrá inhabilitarse judicialmente:

1° [...]

2° A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio.

3° [...]

Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos.

Los inhabilitados podrán otorgar por sí sólo actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

5) Art. 142 – CC.- “La declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte, y después de un examen de facultativos”.

6) Art. 144 – CC.- “Los que pueden pedir la declaración de demencia son:

1º El esposo o esposa no separados personalmente o divorciados vincularmente;

2º Los parientes del demente;

3º El Ministerio de Menores;

4º El respectivo cónsul, si el demente fuese extranjero;

5º Cualquier persona del pueblo, cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos”.

7) Art. 471 – CC.- “El juez, durante el juicio puede, si lo juzgase oportuno, nombrar un curador interino de los bienes, o un interventor en la administración del demandado por incapaz”.

8) Art. 475 – CC.- “Los declarados incapaces son considerados como los menores de edad, en cuanto a su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces”.

9) Art. 481 – CC.- “La obligación principal del curador del incapaz será cuidar que recobre su capacidad, y a este objeto se han de aplicar con preferencia las rentas de sus bienes”.

MESA DIRECTIVA

- 2005-2007 -

Presidente

Dr. JULIO H. G. OLIVERA

Vicepresidente 1°

Dr. ROBERTO J. WALTON

Vicepresidente 2°

Dr. AMÍLCAR E. ARGÜELLES

Secretario

Dr. HUGO F. BAUZÁ

Prosecretario

Dr. JORGE SAHADE

Tesorero

Ing. PEDRO VICIEN

Protesorero

Dr. FAUSTO T. L. GRATTON

Director de *Anales*
Académico Titular Dr. Alberto Rodríguez Galán

Consejo Asesor de *Anales*
Académico Titular Dr. Amílcar E. Argüelles
Académico Titular Dr. Mariano N. Castex
Académico Titular Dr. Roberto J. Walton

Secretaria de Redacción
Dra. Isabel Laura Cárdenas

Impreso durante el mes de enero de 2007 en *Ronaldo J. Pellegrini Impresiones*,
Bogotá 3066, Depto. 2, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina
correo-e: rjpellegrini@fibertel.com.ar