



**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

MAESTRÍA EN DERECHO Y ECONOMIA

Dir. JUAN VICENTE SOLA

**“Estándares y Reglas sobre salud mental en el Sistema Interamericano de
Derechos Humanos.**

Un análisis económico para la reducción de costos de litigiosidad.”

DIRECTOR: DR. JUAN VICENTE SOLA

MAESTRANDO: Guillermina Leontina Sosa

2018

En este trabajo se ofrece un análisis económico del uso de los lineamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos por parte de los jueces nacionales para la reducción de los costos de litigiosidad.

El primer capítulo, se destina a abordar los derechos humanos desde el enfoque del análisis económico del derecho. Se reseñan las premisas fundamentales de este modo de abordaje. Se examina la interrelación entre los derechos humanos y esta forma de análisis, en particular respecto de los derechos de las personas con padecimientos mentales.

En el segundo capítulo se destina al estudio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, efectuándose una breve síntesis de su funcionamiento, para luego sintetizar los lineamientos sentados por el Sistema en materia de salud mental. Tras la individualización de los lineamientos se dedica un apartado a precisar si los mismos han sido esbozados en forma de estándares o reglas.

El tercer capítulo aborda la temática de salud mental en la Argentina. A tal fin, se analiza el régimen normativo vigente en nuestro país así como la jurisprudencia existente en la materia en los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Asimismo, se dedica un apartado a la utilización de los lineamientos - precisados en el capítulo anterior- por parte de los tribunales domésticos a los efectos de investigar en que instancia son recogidos. Se distingue entre la utilización del lineamiento mediante estándar o regla.

Ello nos permite avanzar hacia el último análisis relativo a los costos de la regulación a través del litigio y la posibilidad de su reducción a través de la aplicación de los lineamientos del SIDH.

Finalmente, en el capítulo cuarto se esbozan las conclusiones generales.

This work offers an economic analysis of the use of the Interamerican System's guidelines (set in the form of standards or rules) by Argentinians judges in order to reduce litigation costs.

First chapter is dedicated to emphasize the use of economic analysis of law view in human rights matters. It focuses on define the main principles of this discipline and the relation between Law and Economic Analysis and human rights in the field of Mental Health.

Second chapter is destined to set the bases of the Interamerican System and the synthesis of its guidelines regarding people with mental disorders. Afterward, it makes a distinction between standards and rules in order to classified guidelines in one or other group.

Third chapter offers an analysis of how mental health is regulated in Argentina. This analysis is not only normative but also jurisprudential. It focuses on the leading cases of the Argentinian Supreme Court and it also dedicates a space to examine the use of Interamerican System guidelines by other national courts in order to decide cases.

In this chapter guidelines used by national courts are classified as standards or rules. This investigation considers how the use of the Interamerican System guidelines contributes to reduce litigation costs.

Last chapter is destined to draw final conclusions.

***A mi Profesor y Director de Tesis
Dr. Juan Vicente Sola
por su paciencia y generosidad intelectual.
A mi familia por su apoyo,
cuidado y dedicación incondicionales.
A quienes dedicaron su tiempo a escuchar,
analizar y debatir los temas
que dan origen a este trabajo.***

INDICE

Capitulo I.- Los derechos humanos desde el enfoque del análisis económico del derecho.

- 1.- Introducción: Motivos de tesis.
2. La utilización de la economía para el análisis del derecho: Análisis económico del derecho. Premisas fundamentales del análisis económico del derecho.
3. Enfoques del Análisis económico del derecho.
4. Interrelación entre los derechos humanos y el análisis económico del derecho. El enfoque del análisis económico del derecho en materia de derechos humanos de las personas con problema de salud mental.

Capitulo II.- El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Abordaje de los derechos de las personas con padecimiento mental.

- 1.- Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Breve descripción de su funcionamiento.
- 2.- Lineamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de Salud Mental.
- 3.- Reglas o estándares? Síntesis de los lineamientos extraídos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Capitulo III.- La Salud Mental en la Argentina

A.- Régimen normativo vigente.

- 1.- Normativa de rango constitucional y supralegal.
- 2.- Normativa legal *infra* constitucional doméstica.

3.- Conclusiones preliminares.

B.- Jurisprudencia argentina en materia de salud mental.

1.- La tutela de la Salud Mental en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2.- Supuestos prácticos: Acogimiento de los lineamientos del SIDH por la jurisprudencia local?

3.- El costo de la regulación a través del litigio y posibilidad de reducción a través de la aplicación de los lineamientos del SIDH. Recepción de los estándares y las reglas.

4.- Conclusiones preliminares.

Capitulo IV.- Conclusiones generales.-

Referencias bibliográficas

Título: Estándares y Reglas sobre salud mental en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Un análisis económico para la reducción de costos de litigiosidad.

La aplicación de los lineamientos del SIDH mediante estándares o reglas por los jueces nacionales en materia de salud mental para la reducción de los costos asociados a la litigiosidad judicial.

Hipótesis:

Hipótesis Principal: *“La aplicación por parte de los jueces internos de los estándares y reglas del SIDH en materia de salud mental reduce los costos asociados al litigio”.*

Primera hipótesis secundaria o accesorio: *“La aplicación por parte de los jueces internos de los estándares y reglas del SIDH... mejora el bienestar de las personas con padecimiento mental” .*

Segunda hipótesis secundaria o accesorio: *“La aplicación... mejora la provisión/acceso a la jurisdicción”.*

Capitulo I.-
Los derechos humanos desde el enfoque del
análisis económico del derecho.

1.- Introducción: Motivos de tesis.

Años atrás, la Maestría en Law and Economics, resulto el primer contacto con el Analisis Económico del Derecho como elemento de análisis, valga la redundancia, de la eficiencia y efectividad de las normas.

Las clases del Dr. Juan Vicente Sola brindando una lectura económica de la Constitución y la posterior lectura de nuevos textos en los que interesa resaltar el costo de los derechos de Holmes y Sunstein, condujeron a la conclusión de que los derechos necesariamente representan un costo para la sociedad, lo que conduce a desterrar la existencia de la distinción doctrinaria entre derechos negativos (aquellos en los que el Estado solo reconociéndolos permite su efectiva vigencia) y positivos (como aquellos que requieren de inversión estatal para su vigencia), llevando a la convicción, siguiendo a los citados autores, de que todos los derechos son positivos. De algún modo, permitió refrescar y echar luz desde una nueva óptica, sobre textos como El Sistema Económico y Rentístico de Juan Bautista Alberdi o el Camino de Servidumbre de Friederich Von Hayek, quienes adelantados a su época e intertemporales vislumbraron con acierto la importancia de los recursos para la realización de las ideas.

Es que “Los individuos gozan de derechos, no en sentido moral sino legal, sólo si su propio gobierno repara en forma justa y **predecible** las ofensas que sufren”¹. (la negrita nos pertenece). La predecibilidad de una resolución importa – como se vera- una información de trascendencia a los efectos de la decisión de litigación.

Luego, siguen HOLMES y SUNSTEIN, “La imposición de las leyes es costosa, sobre todo si ha de ser uniforme y justa; y los derechos legales son vacíos si no existe una fuerza que los haga cumplir”².

Lo expuesto me condujo a nuevas reflexiones e incluso cuestionamientos críticos en torno a la efectividad de los instrumentos normativos para la tutela de los derechos humanos, en particular en los relativos a aquellos de los que resultan titulares las personas con dolencia mental. Sujetos estos, integrantes de un colectivo de personas históricamente marginadas e incluso invisibilizadas por la sociedad, pasibles de numerosas violaciones y afrentas a su dignidad en razón de su especial vulnerabilidad.

En este punto debo resaltar que el interés en la materia se despertó a raíz de innumerables charlas mantenidas con el Dr. Alfredo J. Kraut a quien agradezco haberme transmitido su pasión y conocimiento así como haberme compartido sus experiencias en la práctica lo que me posiciono ante nuevos planteos en pos de la concreción cada vez más acabada de los derechos de las personas especialmente vulnerables en razón de su sufrimiento mental.

El dictado de clases de derecho constitucional, internacional público y de integración me condujo a la obligada visión supranacional para el abordaje del tema: Qué dispone nuestra Carta Magna en torno al reconocimiento y tutela del derecho a la salud y en particular de la salud mental? Qué normas de derechos humanos se ocupan de la tutela de las personas con padecimientos mentales? Nuestro país cuenta con normas infraconstitucionales que contemple y regule la situación de este colectivo de personas? Luego, de qué modo el sistema interamericano fija pautas para tutelar a este colectivo de personas? De ser ello así, estos lineamientos del Sistema IDH son fijados como estándares o reglas? Sirven para reducir los costos de

litigación en materia de salud mental? Son luego desarrollados por los tribunales locales?

La línea de investigación será el análisis eminentemente normativo y jurisprudencial.

Debo aclarar que la obtención de datos estadísticos ha sido prácticamente imposible. La investigación permite afirmar que en nuestro Estado se desconocen los costos concretos de litigación en relación a las personas con discapacidad. Pese a haber contactado numerosos organismos (Superiores Tribunales, Organos de revisión Local y CELS, OMS-OPS) ninguno pudo brindar acceso a una estadística de costos.

En primer termino, se analizara la jurisprudencia del Sistema IDH en materia de Salud Mental. Ello se efectuara a los fines de extraer lineamientos en relación a dicho objeto. Fecho se buscara distinguir los lineamientos de acuerdo a su modo de formulación, ya sea mediante estándares o reglas.

A la postre se examinara la normativa domestica en materia de tutela de la salud mental a fin de analizar si la misma se adecua a los lineamientos sentados por el Sistema IDH.

Luego se revisara la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion a fin de determinar si sus *leading cases* han recogido o se han visto influenciados por los lineamientos del Sistema IDH.

Posteriormente, se investigara la cantidad de citas de los fallos de la Corte IDH en materia de salud mental formuladas por los tribunales nacionales para resolver los litigios traídos a su conocimiento.

Dicho análisis permitirá determinar la utilidad de los lineamientos a los fines de la reducción de los costos asociados a la litigación en materia de salud mental. Asimismo, la reiteración de casos sobre supuestos análogos –de existir- permitirá deslizar presupuestos para la conveniencia de la fijación de los lineamientos mediante estándares o reglas por parte del Sistema IDH o de la colaboración que los Estados pueden brindar para lograr que dichos criterios se constituyan en un capital de valor para reducir los costos de litigación.

2. La utilización de la economía para el análisis del derecho: Análisis económico del derecho. Premisas fundamentales del análisis económico del derecho.

El análisis económico del derecho es la aplicación de los principios de la ciencia económica al derecho. Entonces, en primer término debemos señalar que la economía es el estudio del modo en que la sociedad gestiona sus recursos escasos¹.

En relación a como toman sus decisiones los individuos, Mankiw señala cuatro principios, a los que referiremos seguidamente de modo muy sucinto.

En primer lugar, indica que los individuos se enfrentan a disyuntivas. Esto es que la elección de algo importa la pérdida de otra cosa. Asimismo, la sociedad se enfrenta a la disyuntiva entre eficiencia, entendida esta como “la propiedad según la cual la sociedad aprovecha de la mejor manera posible sus recursos escasos” y la equidad “propiedad según la cual la prosperidad económica se distribuye equitativamente entre los miembros de la sociedad”². Indica el autor mencionado que

¹Mankiw, N. GREGORY, Principios de Microeconomía, Mc. Graw W-Hill- Interamericana de España, S. A. U., 1ra ed. Traducida al español, 1998, p. 4.

² MANKIN, Op. cit

es importante conocer las disyuntivas pues las buenas decisiones solo se tomaran si se comprenden las opciones que se tiene.

El segundo principio es que el *coste* de una cosa es aquello a lo que se renuncia para conseguirlo (se hará referencia a este coste como “costo de oportunidad”).

El tercer principio, postula que las personas racionales piensan en términos marginales lo que significa que muchas decisiones que se toman en la vida obligan a realizar pequeños ajustes adicionales en un plan de acción que ya existía.

Finalmente, de acuerdo al cuarto principio postulado por Mankin “los individuos responden a los incentivos”. Toda vez que los individuos al tomar decisiones comparan los costes y beneficios su conducta puede variar cuando estos se modifican. Explica el autor que “el papel fundamental que desempeñan los incentivos en la determinación de la conducta es importante para las medidas que han de tomar los poderes públicos. Estas suelen alterar los costes o los beneficios de las acciones privadas. Cuando los poderes públicos no tienen en cuenta la forma en que podría cambiar la conducta como consecuencia, sus medidas pueden producir unos efectos que no pretendían”³

Por su parte, Richard A. Posner concibe a la economía como “la ciencia de la elección racional en un mundo –nuestro mundo- donde los recursos son limitados en relación a las necesidades humanas. La tarea de la economía, así definida, consiste en la exploración de las implicaciones de suponer que el hombre procura en forma racional aumentar al máximo sus fines en la vida, sus satisfacciones: lo que llamaremos ‘su interés propio’”⁴. El concepto de hombre racional –continua

³ MANKIN, Op. Cit. , p. 7.

⁴ POSNER, Richard A. , El analisis economico del derecho , trad. De Eduardo L. Suarez, 2da. Ed., Mexico, FCE, 2007.

explicando POSNER- implica que el individuo tratara de aumentar al máximo su interés propio, respondiendo de este modo a incentivos, por lo que si cambian las circunstancias de modo tal que podría aumentar sus satisfacción alterando su comportamiento, lo hará. Posner indica que de esta proposición se derivan tres principios fundamentales de la economía. El primero es la relación inversa entre el precio cobrado y la cantidad demandada (*ley de demanda*). Conforme a esta ley si el precio de un bien aumenta, y los demás se mantienen constantes, es probable que el individuo comience a visualizar como más atractivos a los otros bienes (*bienes sustitutivos*). Es importante destacar, a los fines de nuestro estudio, que la ley de la demanda no opera solo en los bienes que tienen precios explícitos. Los economistas llaman a los precios no pecuniarios “precios sombra”. En este sentido, las normas también se erigen en precios sombras, generando externalidades y resultándoles, consecuentemente, aplicables para su análisis los principios de la ciencia económica.

Continúa al autor citado explicando que “el costo de un bien es el costo mas bajo que cobraría un vendedor racional interesado en si mismo. Ese minimo es el precio que tendrían los recursos consumidos en la elaboración (y la venta) del producto del vendedor en su siguiente uso mejor: el precio alternativo. Es decir que de acuerdo a este razonamiento, ningún vendedor racional venderia por debajo de su costo. Por su parte el “costo de oportunidad” es el beneficio sacrificado al emplear un recurso en una forma que impide su uso por alguien mas. Posner recuerda que “la aplicación mas famosa del concepto de costo oportunidad en el análisis económico del derecho es el teorema de Coase, conforme al cual si las transacciones no cuestan nada, la asignación inicial de un derecho de propiedad no afectara el uso final de la propiedad”⁵.

⁵Op. Cit. P. 31

Finalmente, el tercer principio básico de la economía expresado por Posner es que “los recursos tienden a gravitar hacia sus usos mas valiosos si se permite el intercambio voluntario: un mercado”⁶ y si los recursos se están usando donde su valor es mas alto, cuando ninguna reasignación aumentaría su valor, decimos que se están empleando eficientemente. En tanto que si no es asi,el economista entiende que existen barreras para el libre flujo de recursos, como altos costos de información y externalidades, entre otros⁷.

El análisis económico del derecho supone que al derecho, como regulador de conductas también pretende ser eficiente, eficaz y efectivo. Por ende, este enfoque aplica los principios económicos a la ciencia del derecho. Es decir, analiza el sistema jurídico, a partir de las teorías y postulados de la economía. En definitiva, se pretende indagar si la norma resulta eficaz , o sea, si de su aplicación se deriva el resultado (fin) buscado por el legislador, y en el caso de la sentencia judicial, valorar cuales han de ser las consecuencias que la misma proyecte sobre la sociedad ⁸.

Cuando se hace referencia a lo eficiente para denotar la asignación de recursos en la que se maximiza el valor. En este sentido se puede aludir a un criterio de eficiencia ‘Pareto’, como aquel en el que al menos un sujeto mejora con la reasignación de recursos y nadie empeora. En tanto en el criterio de eficiencia Pareto con compensacion (Kaldor –Hicks), la asignación puede modificarse si se compensa, asi sea “potencialmente”, a los que se perjudican por la reasignación de recursos. Es decir que la eficiencia importa “la relación entre los recursos (cantidad, calidad,

⁶ Op. Cit. P. 34

⁷ Op. Cit. P. 35

⁸Cafure, Gisela M., Algunas consideraciones sobre el análisis económico del derecho, LLC2015 (marzo), 117.

infraestructura y tiempo) y el resultado obtenido luego de un proceso dinámico de creación⁹.

Esta extensión del campo de aplicación de la economía —en virtud de la cual se utilizan sus postulados para el estudio de otros fenómenos no económicos, por caso, el sistema jurídico— se basa en dos pilares fundamentales: por un lado, la aceptación del mecanismo de mercado como sistema de asignación y, por el otro, el supuesto de que el hombre es racional, previsible y busca siempre maximizar su utilidad¹⁰.

De este modo, “el derecho resulta también pasible de ser abordado desde una perspectiva económica, en aras de propender a su eficiencia”¹¹.

El AED brinda “ideas clave para repensar los factores que inciden en el comportamiento de las personas y por tanto, en las consecuencias de las normas e instituciones en el mundo real”¹².

En este contexto, el derecho —que tradicionalmente ha sido analizado de manera cuasi exclusiva por la dogmática jurídica— resulta también pasible de ser abordado desde una perspectiva económica, en aras de propender a su eficiencia.

Máxime cuando en conflictos donde se incluyen casos criminales o se afecten derechos fundamentales civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en general (en los que los individuos buscan resoluciones con un gran componente de "derecho público"), los individuos buscan mediante el poder estatal contar con un

⁹ SIMOS, Laura P. „Análisis económico del derecho: posible mirada sobre un proceso sui generis?, Suo. Doct. Judicial Procesal 2015 (marzo), 09/03/2015, 7.

¹⁰Guestrin, Sergio G., "Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho", Ed. Abaco, Buenos Aires, 2004,ps. 377/378.

¹¹Cafure, Gisela M., Algunas Consideraciones Sobre El Análisis Económico Del Derecho, LLC 2015 (marzo) , 117

¹²Acciarri, Hugo A., Un Premio Nobel Al Análisis Económico Del Derecho, LA LEY 24/10/2016 , 1 • LA LEY 2016-F , 1146

registro oficial de las reglas judiciales, lo que implica ver reforzados sus derechos y obligaciones, a la vez de constituir guías para futuros conflictos¹³.

Las normas (y también las sentencias, como normas ‘individuales’) actuarán en el ordenamiento jurídico como los precios en los mercados. Esta afirmación fue efectuada por Posner en su famoso trabajo *The Nature of the Firm* en el que sostuvo que cualquier sistema de asignación de precios tiene un costo, por lo que también se puede hacer un análisis económico de sus reglas, las formas organizativas e inclusive de sus métodos de pago, lo que permite efectuar análisis económico de cualquier ordenamiento legal¹⁴.

Los sujetos percibirán las modificaciones de la regulación, como incentivos (factores que favorecen o promueven una decisión) o desincentivos (factores o condiciones que desalientan una decisión) de sus conductas.

En definitiva, este análisis nos permitirá en palabras de ACIARRI “poder comprender mejor qué marcos institucionales resultan más consistentes con las posibilidades de actuación más beneficiosas para las partes y para la sociedad. Tanto para juzgar las alternativas legítimas de aplicación del Derecho vigente, cuanto para juzgar la preferibilidad de su subsistencia o su reforma.”¹⁵

3. Enfoques del Análisis económico del derecho.

¹³ Conf. BUSCAGLIA, Edgardo, Derechos Humanos, Acceso A La Justicia Y Análisis Económico Del Derecho, Publicado en: SJA 03/12/2014 , 3 • JA 2014-IV, con cita de Buscaglia, E. y Stephan, P. B., "An Empirical Assessment of the Impact of Formal versus Informal Dispute Resolution on Poverty: A Governance-based Approach", *International Review of Law and Economics*, 2005, (25)1, 89-106

¹⁴ VILLANUEVA ANDRADE, Marcos, El método del análisis económico del derecho (AED) y su aplicación mediante los centros AED universitarios, Cámara Ecuatoriana del Libro, 2017, disponible en <http://estudiojuridicovillanueva.com/wp-content/uploads/2017/06/PUBLICACION-LIBRO-4-EL-MTODO-DEL-ANLISIS-ECONMICO-DEL-DERECHO-AED-Y-SU-APLICACION-MEDIANTE-LOS-CENTROS-AED-UNIVERSITARIOS.pdf>

¹⁵ Acciarri, Hugo A., Un Premio Nobel Al Análisis Económico Del Derecho, LA LEY 24/10/2016 , 1 • LA LEY 2016-F , 1146

El modo en que el ordenamiento jurídico es ponderado por el análisis económico del derecho nos permite distinguir el enfoque positivo y normativo del análisis económico del derecho.

El citado en primer termino, esto es, el enfoque positivo del análisis económico del derecho pertenece al mundo del “*ser*” pues describe una situación “las consecuencias previsibles de las normas, los incentivos y desincentivos que se derivan de las mismas y por qué unas normas elevan la eficiencia del sistema más que otras creando incentivos para que los agentes actúen de una manera y no de otra. Esta metodología ofrece así a los jueces y legisladores un método tanto para evaluar la eficiencia de las normas como los efectos en la distribución de la renta y la riqueza de la aplicación de las leyes”¹⁶

Por su parte el enfoque normativo del análisis económico del derecho se desenvuelve en el ámbito del “*deber ser*”. Estudia “la relación entre medidas y fines, bien para analizar la eficacia de las distintas normas de cara a la obtención de unos determinados fines prefijados, bien para analizar el grado de cumplimiento de uno o varios objetivos y establecer qué medidas serían convenientes para mejorar el mismo”¹⁷.

El objeto de esta tesis requiere de un enfoque normativo del AED toda vez que se pretende analizar las consecuencias, incentivos o desincentivos que generan las decisiones judiciales en relación a la tutela de las personas con padecimientos mentales. Utilizando el razonamiento de COASE, si se lograra eliminar los costos de transacción la asignación de derechos recaería sobre aquel que lo valorara mas, siendo –consiguientemente- la asignación mas eficiente. Los costos de transacción están presentes en la realidad por lo que algunas normas jurídicas (entre las que

¹⁶ AGUILAR GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA- CASTRO SOTOS, CRISTINA, LAS NORMAS JURÍDICAS COMO INCENTIVOS. UNAS BREVES NOTAS SOBRE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO, Num. III, 2006, disponible en <http://webs.ucm.es/info/kinesis/economia.htm> , consultado 30/04/2018.

¹⁷ AGUILAR GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA- CASTRO SOTOS, CRISTINA ...Op. Cit. Nota anterior.

incluimos a las decisiones judiciales) aumentaran o disminuirán la eficiencia mas que otras. Por lo expuesto, en la búsqueda de la eficiencia del derecho, resulta primordial el análisis de los incentivos y desincentivos que “crean las leyes y la reducción que las mismas pueden generar de los costes de transacción”¹⁸.

Esta tesis pretende, como se ha señalado, analizar el modo en que el seguimiento de los lineamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –sentados como estándares o como reglas- contribuyen a la reducción de los costes de transacción, brindando mayor información y , consecuentemente, reducen los costos asociados a la litigación judicial en materia de salud mental.

4. Interrelación entre los derechos humanos y el análisis económico del derecho. El enfoque del análisis económico del derecho en materia de derechos humanos de las personas con problema de salud mental.

Luego de la reseña en relación al Análisis Económico del Derecho, ha llegado el punto de precisar de qué modo la utilización de éste enfoque nos permitirá dar respuesta a nuestra pregunta de tesis.

Nuestro punto de partida en esta tesis en la afirmación principal de que *“La aplicación por parte de los jueces internos de los estándares y reglas del SIDH en materia de salud mental reduce los costos asociados al litigio”*

Para demostrar esta afirmación o .en su caso desecharla- será preciso echar mano del Análisis Económico del Derecho a los efectos de lograr vislumbrar si la aplicación de los lineamientos del SIDH , ya sea sentados mediante estándares o reglas efectivamente reducen los costos asociados al litigio en el ámbito doméstico.

A tal fin, nuestra metodología se centrara, inicialmente, en el método deductivo por cuanto analizaremos la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos

¹⁸ AGUILAR GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA- CASTRO SOTOS, CRISTINA, Op. Cit.

Humanos a los efectos de delinear las “normas” vigentes en dicho ordenamiento en materia de salud mental. Escribimos normas entre comillas toda vez que la investigación requerirá que determinemos si en materia de salud mental el SIDH cuenta con normas que podrían diferenciarse en sentido técnico legal, como aquellas que efectivamente están dispuestas o contenidas en un compendio normativo, o aquellas que surgen de la determinación de la disposición legal en un caso concreto ya sea a través de una “regla” o un “estándar”.

Por ello, el vocablo “norma” será usado con esta interpretación amplia, comprendiendo los tres tipos aludidos siempre refiriéndonos a una decisión que genera efectos jurídicos, con los diferentes alcances que veremos en el trabajo.

Analizaremos la normativa vigente en nuestro país a fin de vislumbrar si la misma se adecua a dichos lineamientos. Ello nos permitirá efectuar un contraste objetivo entre los lineamientos sentados por el Sistema IDH y su recepción legislativa.

Se analizarán los precedentes jurisprudenciales domésticos, que en materia jurídica son un fiel reflejo de las problemáticas sociales en un tiempo y espacio dados, sobre la materia de salud mental. A los fines de evaluar si la aplicación de los lineamientos del SIDH se realiza – y en su caso- si la utiliza en tiempo oportuno, se trabajará con jurisprudencia de primera, segunda instancia así como Superiores Tribunales de Provincia y Corte Suprema de Justicia de la Nación. Creemos que de este modo se podrá efectuar una visión de amplio espectro en relación a la influencia de los lineamientos (reglas o estándares) del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el ámbito local.

Nuestro modo de acotar tan extensa tarea será mediante la cita al fallo Ximenes Lopes o Furlan por parte de nuestros tribunales como criterio para resolver

las contiendas que se le presentan exclusivamente en materia de salud mental. En particular con relación al caso *Furlan vs. Argentina*, por ser el precedente del país ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vinculante para el Estado Argentino conforme al artículo 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ello nos permitirá, en última instancia, mantenernos al margen del debate sobre la vinculatoriedad de los precedentes en los que el Estado no ha sido parte, pues nos apartaría del objeto propuesto de tesis.

Luego, echaremos mano al método inductivo pues, tras analizar la jurisprudencia doméstica buscaremos vislumbrar **si se acatan los lineamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En caso de que sean acatados, en que instancia lo son. Es decir, este acatamiento es oportuno a los efectos de reducir los costos de litigación?**

Finalmente, analizaremos si son mayormente seguidos los estándares o las reglas.

Stordeur nos recuerda que “En el caso de la economía aplicada al derecho, se asume que las personas cuando toman decisiones responden a cambios en los precios implícitos contenidos en las reglas legales del mismo modo que lo hacen respecto de precios monetarios en los mercados de bienes y servicios.”¹⁹, para continuar expresando con la claridad que caracteriza al autor citado: “Las reglas que componen el sistema legal afectan el valor relativo de las alternativas disponibles y, por lo tanto, sus efectos en la conducta de las personas pueden ser examinados desde la teoría económica.”²⁰

¹⁹ SOTRDEUR, Eduardo, *Análisis Económico del Derecho*: p. 25

²⁰Op. Cit. P. 26

Es que toda vez que las “normas” son precios, su cumplimiento importa un precio. Nuestra tesis se enfoca en determinar el modo en que ese precio por el cumplimiento de los mandatos en materia de salud mental puede reducirse mediante el accionar de los jueces y de ese modo lograr la mejor tutela de las personas con sufrimiento mental y una mejor provisión del servicio de justicia.

En este sentido, nos aclara SOLA²¹ que “La función judicial consiste entonces primariamente en reducir los costos de transacción que deben asumir las partes, para que en una negociación, a veces compleja, lleguen a un acuerdo... En caso de una falta de acuerdo, el tribunal determinará las normas aplicables y en su sentencia establecerá el plan que resuelva las causas del litigio”. Este procedimiento –continúa diciendo el autor citado- se ha llamado la segunda mejor opción (SecondBest).

Claramente la mejor opción sería la regulación a través de la intervención del Poder Legislativo que al ser electos son quienes representan la voluntad popular, pero ante la imposibilidad de que ello así sea, el Poder Judicial se erige en figura de contralor para la efectiva vigencia de los derechos reconocidos –por caso- en relación a las personas con padecimientos mentales. Creemos que si esta alternativa SecondBest esta correctamente definida también resultara de utilidad para reducir los costos de litigación *a fortiori*.

Con ello no postulamos ir en camino de la frase que, como nos recuerda SOLA²² en el trabajo ya citado, pasaría a la historia expresada por el secretario de Trabajo Robert Reich: “se ha acabado la regulación a través de la ley ; comienza la regulación a través del litigio”, y así multiplicar los planteos judiciales. Por el contrario, creemos e intentaremos demostrar que un litigio económicamente eficiente regulará el caso concreto y sentará las pautas precisas para desincentivar la reedición de

²¹ SOLA, Juan Vicente, La regulación a través del litigio, LA LEY 04/11/2011, 1, LA LEY 2011-F, 875

²²Op. Cit. SOLA, Juan Vicente, La regulación a través del litigio, LA LEY 04/11/2011, 1, LA LEY 2011-F, 875

situaciones análogas. Ello aplica tanto para el orden doméstico como convencional, aunque en este trabajo nos centraremos en el citado en segundo término, en particular en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Aclaremos que, a los efectos analíticos, cuando se aluda a eficiencia, lo hacemos en el sentido de Pareto- KaldorHicks.

El criterio Paretiano, supone “que un estado de cosas es superior a otro si consecuencia del cambio distributivo al menos una persona está mejor y ninguna está peor, desde la perspectiva de sus propias preferencias”²³. Es decir que el óptimo de Pareto supone que se ha llegado a un estado de situación que no resulta posible mejorar sin perjudicar a otro individuo. Ahora bien, sabido es que en materia de derechos humanos –particular pero no exclusivamente- acontece que la tutela de algunos resiente de algún modo los derechos de otros individuos. En definitiva, la vigencia de los derechos también tiene costos y nos vuelven a enfrentar al problema de la escasez. En este sentido, será de fundamental trascendencia para el correcto equilibrio la ponderación del principio de razonabilidad. En términos económicos podríamos efectuar la analogía con la compensación potencial de Pareto, o criterio KaldorHicks por cuanto potencialmente se permitiría la compensación a aquellos individuos que han sufrido una desmejora en virtud del cambio. Este criterio también es llamado “la superioridad potencial de Pareto”. Los ganadores podrían compensar a los perdedores, independientemente de que lo hagan o no en realidad”²⁴.

Señala STORDEUR tanto el criterio estricto de Pareto como el potencial (Kaldor-Hicks) tienen sus limitaciones. Sin embargo, en ambos supuestos se puede vislumbrar para el analista una situación de equilibrio. Esta situación será la que permita explicar el sistema legal existente y en su caso el impacto que puede generar el cambio en las reglas legales vigentes.

²³ STORDEUR, Op cit., p. 31

²⁴ POSNER, Richard A. Op. Cit. p. 40

Finalmente, tras el análisis de este escenario y con un uso normativo del análisis económico del Derecho sugeriremos de qué modo los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos podrían reducir los costos asociados a la litigación en materia de salud mental y de éste modo lograr una más eficiente tutela de las personas vulnerables en razón de su dolencia mental y provisión del servicio de justicia.

La particularidad del abordaje desde el análisis económico del derecho en materia de derechos humanos radica en que las políticas públicas deberán generar los incentivos necesarios aun cuando no haya “un mercado” a tal fin. Más aún, el Estado debe actuar para superar incluso una situación de “incumplimiento eficiente”. Como señala SOLA²⁵ “en aplicación del estricto criterio de Pareto es, que el incumplimiento es eficiente cuando las partes están mejor luego del incumplimiento de lo que estarían en una situación anterior. Es decir, reconocer que a veces es más eficiente no cumplir un contrato, cuando los costos de cumplimiento exceden beneficios de todos”.

Sin embargo, en materia de derechos humanos, el incumplimiento es *a priori* vislumbrado como un resultado no deseado. Aun cuando su incumplimiento resulte más beneficioso en sentido Pareto con compensación. V.gr. que resulte para el Estado más eficiente no cumplir con la asignación de un abogado defensor oficial en los términos del art. 22 de la ley de Salud Mental y potencialmente compensar a la víctima (persona privada de su libertad en los términos del artículo 20 del cuerpo normativo citado y 41 del C.C.C.), aunque en la práctica ni siquiera se materialice dicha compensación (criterio KaldorHicks). Dicha solución sería opuesta a todo

²⁵SOLA, Juan Vicente, Coase y la Decisión Judicial, disponible en http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2011/Coase_y_la_decision_judicial_Dr_Juan_Vicente_Sola.pdf p. 20., también SOLA, Juan Vicente, Tratado de Derecho y Economía. Herramientas de economía para el análisis jurídico, La Ley, 2013.

sentido de tutela de la dignidad de la persona. Sin embargo, es un análisis que se halla implícito en el incumplimiento de los Estados de los tratados de derechos humanos, y de ello hay sobrados ejemplos, centrándonos en este trabajo en lo concerniente a algunos aspectos de la violación a los derechos de las personas con sufrimiento mental.

Supongamos como otro ejemplo, que resultara más económico no brindar acceso a tratamiento psiquiátrico y/o a los fármacos requeridos por un grupo de personas con sufrimiento mental, aun así el Estado deberá generar políticas que logren tutelar a este colectivo de personas en virtud del deber de garantía que se impone al Estado en los arts. 1 y 2 de la CADH, así como también por el imperio de los principios *pro persona* y *effectutile*. Lo expuesto importa la necesidad de articular un sistema que a más de tutelar los derechos de las personas con sufrimiento mental tenga en cuenta la generación de incentivos suficientes para lograr su vigencia. V.g.r. en el ejemplo aludido, imponer a las prestadoras determinada cantidad de sesiones y medicamentos así como incorporar dichos servicios a la prestación pública de salud, toda vez que la reinserción de estas personas al mundo activo importa nueva fuerza de trabajo y , a su vez, la no incorporación de pasivo para el Estado (costo de subsidio, por ejemplo) .

En este orden de ideas, resulta menester destacar el papel de la información en la toma de decisiones. La información importa un costo. Los individuos, como indica Posner, no son omniscientes “pero las decisiones tomadas con base en información incompleta son racionales cuando los costos de adquirir mas información superan los beneficios probables de la capacidad de tomar una decisión mejor. Una decisión plenamente informada en tales circunstancias –la clase de acción que

realiza una persona que no puede establecer prioridades entre sus tareas- sería irracional!"²⁶.

A los efectos de esta tesis, dicha afirmación adquiere suma relevancia pues si los lineamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sentados mediante reglas o estándares permiten reducir los costos de información, entonces si los magistrados hacen uso oportuno de los mismos, se reducirán los costos de litigiosidad.

Por ello, en un estudio de tutela de derechos humanos desde la óptica del análisis económico del derecho, cobra especial interés el análisis de los "efectos económicos (definidos en términos amplios) de doctrinas constitucionales específicas"²⁷ tales como aquí veremos las elaboradas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en relación a las personas en situación de especial vulnerabilidad, más concretamente cuando dicha vulnerabilidad se origina en el padecimiento de una discapacidad mental.

En definitiva, la recepción eficiente de los lineamientos esbozados en materia de salud mental en el orden normativo y en la práctica, representa un dato objetivo del costo de la efectividad de los derechos humanos en favor de las personas especialmente vulnerables. Es en este punto, nos importa centrarnos en la importancia del actuar de los magistrados de grado en el orden doméstico para alcanzar la debida tutela de los derechos humanos en tiempo oportuno.y así lograr la efectiva reducción de los costos asociados a la litigiosidad en materia de salud mental.

²⁶ PONER, Richard A., p. 48.

²⁷ POSNER, Richard A., El análisis económico del derecho (título original Economic Analysis of Law), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1998, p. 577

El lado malo de la generalidad de los términos constitucionales –en palabras de POSNER- es el conocido problema de los costos de agencia. Entre más general sea la disposición que va a interpretarse, y entre más flexible sea la interpretación permitida, más fácil será que el agente-intérprete (En nuestro ordenamiento aun cuando no seguimos el modelo del *stare decisis*, las decisiones del máximo tribunal de Justicia tienen una fuerte vinculatoriedad moral cuyo fundamento reside principalmente en el principio de seguridad jurídica y de economía procesal) se desvíe de la ruta establecida por el principal (los constituyentes, en nuestro caso de investigación: la Corte IDH)²⁸.

La organización de la gestión judicial está pensada para evitar la denegación de justicia que significarían los enormes costos asociados a la necesidad centralizada de un único órgano decisor de las contiendas, en principio –acertadamente ha apuntado Posner- “toda organización puede evitar los problemas del gigantismo y lo monolítico mediante adoptar una forma descentralizada de organización”²⁹. Es en este sentido que los lineamientos sentados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y , por caso, recogidos **como piso mínimo** por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación debe ser convenientemente aplicado por los tribunales inferiores, de modo de evitar, en primer lugar la judicialización excesiva de causas ante la Corte Suprema (para cuyo “remedio” la Corte aplica el art. 280 CPCCN) y eventualmente, como se verá en el ejemplo del caso *Furlan*, la habilitación complementaria de la actuación de la Corte Interamericana por ineficiencia del orden interno en la protección y salvaguarda de los derechos tutelados por los tratados de Derechos Humanos , en particular la Convención Americana de Derechos Humanos.

²⁸ POSNER, Op cit. p. 578

²⁹ POSNER, Op. Cit. p. 594

De lo expuesto se colige que, como es sabido, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos funciona en base al principio de subsidiaridad o complementariedad que importa su actuación solo cuando el Estado no ha realizado un adecuado tamiz de convencionalidad ya sea por medio de sus normas y/o sus prácticas. Esta estructura, importa la aplicación de la teoría de la firma de Coase a la interpretación convencional.

Conforme a esta doctrina, nos explica SOLA, toda organización debe ser flexible si desea cumplir con sus objetivos tal como fueron planteados³⁰. En lo que a derechos humanos refiere, importa tal como está planteado el sistema supranacional de tutela (en respeto de la soberanía de los Estados, tema que no abordaremos) que los Estados, resultan los primeros llamados a garantizar la tutela de los mismos, y solo cuando ello así no suceda, entran a camppear los órganos de control del sistema correspondiente, por caso: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La teoría planteada por Coase –en palabras de SOLA- supone una corrección al principio de subsidiaridad que sostiene que la competencia debe ser concebida a la menor jurisdicción que pueda realizarla (...) Sería la organización que tiene los menores costos de transacción la que debe realizar la actividad, pero con conciencia que los costos varían en el tiempo³¹.

Consecuentemente, la obtención de lineamientos por parte del sistema interamericano importa conceptualmente, a nuestro modo de ver, una solución *second best*, en tanto la solución más eficiente sería la de tutela de los derechos humanos de modo acabado por los Estados, descansando sobre el sistema de control el *enforcement*.

³⁰ SOLA, Juan Vicente, op cit., p. 21

³¹ SOLA, Juan Vicente, op.cit., p. 22

La actuación del Sistema Interamericano de derechos humanos en su faz de peticiones (Comisión) o jurisdiccional (Corte Interamericana en ejercicio de su función jurisdiccional) importará siempre un costo mayor de tutela, y por ende una solución “second best”.

Sin embargo, entendemos que si de dicha actuación se logra extraer lineamientos de actuación *a posteriori* seguido por los Estados, importará a futuro una reducción de los costos de tutela de los derechos humanos.

Ahora bien, han sido dichos lineamientos eficientemente esbozados por el SIDH y/o receptados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación? La reedición de litigios judiciales lleva a presumir que es preciso un cambio en una u otra instancia para la efectiva reducción de la litigiosidad. Sobre ello, trabajaremos en esta tesis.

Capitulo II.-

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Abordaje de los derechos de las personas con padecimiento mental.

1.- Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Breve descripción de su funcionamiento.

Aludimos a Sistema Interamericano de Derechos Humanos para referirnos al sistema de control con que cuenta la Convención Americana de Derechos Humanos en aras a su efectiva vigencia. Así, la Convención prevé a tal fin la actuación de dos órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión tiene por finalidad velar por la promoción y efectivo cumplimiento, observancia de los derechos humanos reconocidos en la Convención por los Estados Parte y en lo que aquí nos interesa destacar, en recibir las peticiones (denuncias) de personas, grupos de personas u ONGs reconocidas en alguno de los Estados Partes en relación al incumplimiento de los Estados Parte de alguno de estos derechos. Asimismo, en caso de que el Estado así lo acepte se prevé la posibilidad de peticiones formuladas por un Estado en relación al incumplimiento de otro Estado. Tras el procedimiento dispuesto en la Convención la Comisión tendrá la posibilidad, así como el Estado que haya sido parte en la denuncia, de presentar el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los legitimados activos para concurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos serán la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los Estados.

La CORTEIDH realiza dos funciones: Una de tipo consultiva, a requerimiento de los sujetos legitimados al efecto, que tiende a la interpretación o precisión de alcance de una norma jurídica en abstracto. Su otra función, que es a la que nos avocaremos en este trabajo es la estrictamente jurisdiccional, cuando resuelve casos que son traídos a su conocimiento.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos funciona de modo complementario o subsidiario. Esto quiere decir que los Estados cuando firman el tratado lo hacen para cumplirlo de buena fe. Esto es un principio del derecho internacional público, recogido por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (arts. 26 y 31.1 de la Convención de Viena). Convención que incluso dispone que los Estados no pueden alegar normativa de derecho interno para incumplir una obligación internacionalmente asumida (conf. Art. 27 de la Convención).

Esta obligación se ve resaltada por la CADH que en su art. 1 y 2 impone como obligación de garantías a los Estados El deber de abrogar toda disposición existente contraria a la Convención de que se trate;

Adoptar las disposiciones legislativas o de otro carácter necesarias para el cumplimiento de la Convención de que se trate;

Por ende, su incumplimiento puede provocarse por una ley, una no ley (la omisión estatal de dictar la norma necesaria para su cumplimiento) o una práctica contraria a la letra, fin u objeto del tratado firmado.

Esta obligación de garantía, que nace tras la ratificación del tratado de derechos humanos, se amplía a la actividad u omisiones efectuadas por los particulares. En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, además, que la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado en los siguientes términos: “Las obligaciones *erga omnes* que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las

medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales”³²

En definitiva, el cumplimiento de la CADH, el “control de convencionalidad”³³, recaerá en primer término sobre los Estados partes, entendido –claro está– en sus tres poderes (PE, PL y PJ), que funcionaran como un tamiz para la efectiva vigencia de los derechos reconocidos, y solo ante su ineficacia actuará subsidiariamente el SIDH.

Otro tema que merece especial consideración es la disputa respecto a la influencia del derecho internacional, en particular de los derechos humanos, respecto del ordenamiento interno.

Esta cuestión de la relación entre el derecho interno y el derecho internacional o, si se quiere, de la influencia del derecho internacional sobre el derecho interno es de larga data y pese a que en la actualidad es indiscutible su valor, lo cierto es que aun existen marchas y contramarchas respecto a ciertos aspectos del sistema

³² Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra nota 25, párr. 113; Caso de la Masacre de Mapiripán, , párr. 111; y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 140.

³³La convencionalidad, el control de convencionalidad, y sin dar demasiados rodeos, alude al test de compatibilidad entre la norma o hecho jurídico interno en relación a las obligaciones internacionalmente asumidas. La convencionalidad, el control de convencionalidad, y sin dar demasiados rodeos, alude al test de compatibilidad entre la norma o hecho jurídico interno en relación a las obligaciones internacionalmente asumidas. En la doctrina autoral hay distintas posiciones respecto a la distinción de este control con relación al ya existente control de constitucionalidad (V. BIANCHI, Alberto B. , Una reflexión sobre el llamado "control de convencionalidad", Sup. Const. 2010 (septiembre), 23/09/2010, 15). Si bien no nos avocaremos a dicho debate, nos limitaremos a afirmar que la analogía entre ambos reside en la intencionalidad de mantener la supremacía, la vigencia de un orden considerado superior respecto de otro inferior que se le opone, dejando sin efecto la norma inferior que se opone formal o materialmente a la superior.

interamericano, en particular respecto a la influencia interna que tienen, por ejemplo, las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o en relación a la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o de las mismas sentencias de la Corte cuando el Estado no ha sido parte del litigio y aun siendo parte del litigio, en torno al alcance de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para casos análogos.

El tema admitiría de por sí un tratamiento imposible de efectuar en este trabajo por lo que nos limitaremos a reseñar los vaivenes argentinos en las relaciones entre el orden doméstico y el internacional.

Es preciso formular esta breve reseña, a nuestro entender, a fin de dejar en claro como estos vaivenes afectan o complejizan la aplicación de los lineamientos del orden internacional de los derechos humanos en el orden interno a nivel jurisprudencial y de la opinión pública, pues estos vaivenes generan incertezas sobre los alcances del Sistema Interamericano de Derechos Humanos aumentando los costos de información a los que aludíamos *ut supra*. Asimismo, complejizando el seguimiento uniforme de la jurisprudencia por las distintas instancias judiciales y aumentando la posibilidad de hallar soluciones contradictorias, con el consecuente aumento de la inseguridad jurídica.

Ya con antelación a la reforma constitucional de 1994, nuestro Tribunal Cívero se adelantaba al criterio finalmente impuesto por el constituyente, en el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”³⁴. En él la Corte modificó el criterio imperante hasta entonces y con especial referencia al artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), conforme a la cual ningún Estado podrá alegar disposiciones de derecho interno para incumplir obligaciones internacionalmente

³⁴Corte Suprema de Justicia de la Nación, 07/07/1992, Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros., Fallos: 315:1492

asumidas. En el caso se debatía respecto a la operatividad del derecho de rectificación y respuesta (art. 14.1 Convención Interamericana de Derechos Humanos) que pese a la vigencia del tratado no contaba con normas internas de implementación. Por ello, este celebre caso nacional cuenta con una vasta variedad de ítems interesantes aunque en lo que aquí nos interesa destacamos:

- Posibilidad de incumplir un tratado tanto por acción como por omisión. En el caso por omisión atento a la falta de regulación por parte de uno de los poderes del Estado (nos referimos al Poder Legislativo)
- Imposibilidad de alegar normativa (en el caso la no norma, es decir la ausencia normativa) para incumplir con un tratado al que el Estado se ha obligado
- Operatividad de las normas de un tratado de Derechos Humanos (en este supuesto, de la Convención Americana de Derechos Humanos) cuando está en juego la dignidad de la persona

Con posterioridad a este fallo como broche de oro, se operó la reforma constitucional de 1994³⁵.

La claridad y contundencia de la Corte para postular la primacía y vigencia de las normas contenidas en los tratados de Derechos Humanos en los que el país es parte, se ha visto desdibujada respecto al alcance con que han de ser entendidos y cumplidos los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos en los que es parte.

En este punto es preciso señalar que de conformidad con el art. 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, nuestro Estado se compromete a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sea parte, por lo que no hay

³⁵ Ya se refiere a ella la Corte Suprema de Justicia de la Nación; 13/10/1994, Cafés La Virginia S. A., LA LEY 1995-D , 277, Fallos: 317:1282

margen de duda respecto a su vinculatoriedad. Sin embargo, en la práctica, qué sucede cuando la decisión de la Corte Interamericana implica modificar una sentencia dictada por la jurisdicción doméstica y con autoridad de cosa juzgada?

HITTERS³⁶ ha expuesto que “sentencia con carácter de cosa juzgada de los jueces domésticos "...tiene que ser necesariamente cumplida debido a que en ella se adopta una decisión de forma definitiva, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto, y tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad. Ante este tribunal [agregó], eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando ésta afecta derechos de individuos protegidos por la convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada"³⁷ , añadiendo que “circunstancias excepcionales pueden conducir a que el cuerpo supranacional "...deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos"³⁸.

Sin embargo, nuestro Máximo tribunal ha tenido idas y venidas en cuanto al acatamiento de dicha máxima. En este sentido, en el Caso Cantos³⁹, en el que Argentina fue condenada por primera vez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Argentina no dio pleno cumplimiento a la sentencia “por razones de derecho interno”⁴⁰.

³⁶ HITTERS, Juan Carlos, Los tribunales supranacionales, LA LEY, 16 de agosto de 2006, Tomo 2006-E, 817.

³⁷ Corte IDH. Caso "Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú". Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C N° 144, párr. 167, cit. Por Hitters, Juan Carlos, Los tribunales supranacionales, op. cit

³⁸ Corte IDH. Caso "de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia". Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N° 13, párr. 198; Corte IDH. Caso "Palamara Iribarne vs. Chile". Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C N° 135, párr. 121, cit. Por Hitters, Juan Carlos, op. Cit.

³⁹ Corte IDH, Caso Cantos vs. Argentina, 28/11/2002

⁴⁰ CS, Expte. 1307/2003 Decisorio del 21 de agosto de 2003, Hitters en el trabajo citado remite al voto de la minoría doctores Boggiano y Maqueda.

En el caso Bulacio⁴¹ con la intervención de la Corte IDH, las partes arriban a un acuerdo de solución amistosa, por el cual el Estado reconoció su responsabilidad internacional, aceptando sujetarse a las reparaciones que fijare la Corte Interamericana.

En definitiva, el Estado reconoció su responsabilidad internacional por la violación de los artículos 2 (adopción de medidas en el ámbito interno); 7 (derecho a la libertad personal); 5 (derecho a la integridad personal); 19 (derecho a las medidas especiales de protección a favor de los menores); 4 (derecho a la vida,) y 8 y 25 (derecho a la protección judicial y a las garantías judiciales), asumiendo una plena reparación. La Corte Interamericana reconoció que el acuerdo suscrito entre el Estado, la Comisión y los representantes de los familiares de la víctima, significó una contribución positiva al desarrollo del proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la CADH. A su vez, el Tribunal destacó la buena fe demostrada por parte del Estado argentino ante dicha jurisdicción.

Igualmente, y a pesar del acuerdo arribado entre las partes, la Corte IDH no dejó de advertir que la obligación de investigar las violaciones a los derechos humanos, debe cumplirse por parte del Estado “con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”⁴².

Expresó, en lo que aquí interesa destacar, que “De conformidad con los principios generales del derecho y tal como se desprende del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, las decisiones de **los órganos de protección internacional de derechos humanos no pueden**

⁴¹ Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de fecha 18 de septiembre de 2003

⁴²OLIVERO, Eduardo- FERNANDEZ, Yanina, Tratado de los Tratados Internacionales. Directores: Walter F. Carnota y Patricio Maraniello. Coordinadora: Guillermina Leontina Sosa

encontrar obstáculo alguno en las reglas o institutos de derecho interno para su plena aplicación.”⁴³

Este decisorio fue plenamente acatado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que incluso dejó sin efecto dos sentencias domésticas en “Espósito”⁴⁴ y “Derecho”⁴⁵.

HITTERS a quien seguimos en este punto, recuerda a los efectos de reafirmar el criterio de acatamiento de los pronunciamientos de la Corte IDH, que “fue ampliamente confirmado y ampliado en el Caso "Simón"⁴⁶, donde el más alto Tribunal doméstico parando mientes en los delitos de lesa humanidad decretó por mayoría⁴⁷ la inconstitucionalidad de dos leyes de impunidad como las llamadas de "obediencia debida" (ley 23.521 — Adla, XLVII-B, 1548—) y "punto final" (ley 23.492 — Adla, XLVII-A, 192—)⁴⁸. Para ello — con buen tino— y siguiendo el modelo interamericano dinamitó varios postulados jurídicos, tales como el de la irretroactividad de la ley penal (en este caso en perjuicio del reo), el de la cosa juzgada y el de la prescriptibilidad de las acciones.

Por último, y para demostrar esta influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno, podemos citar el caso "Verbitsky" donde el referido cuerpo, siguiendo los pronunciamientos de la Corte Interamericana ordenó al Poder Judicial bonaerense a adaptar las condiciones carcelarias a los conceptos

⁴³ Párr. 118 de la sent.

⁴⁴ CSJN, Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia de 23 de diciembre de 2004

⁴⁵ CSJN, Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal –causa n° 24.079–

⁴⁶ CS, 14/06/2005, "Simón, Julio H. y otros", LA LEY, 2005-C, 845, comentado por Gregorio Badeni, LA LEY, 2005-D, 639

⁴⁷ Esta vez con la disidencia del doctor Fayt.

modernos y a los Poderes Legislativo y Ejecutivo a llevar a cabo acciones en tal sentido⁴⁹.”

En este sentido también deben mencionarse los fallos de la Corte IDH respecto de nuestro país en materia penal y minoridad, “Mendoza” y en relación a niñez en particular “Forneron” que promovieron importantes cambios en dichos ámbitos. En relación al citado en último término implicó el deber de efectuar profundas capacitaciones a los magistrados.

Y justo cuando todo parecía estar bastante claro, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha vuelto a poner en el tapete el debate sobre los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Nos referimos al caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”⁵⁰.

Los hechos que dan lugar al planteo ante la Corte argentina, resultan ser que *“la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó sin efecto una indemnización dispuesta en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pasada en autoridad de cosa juzgada, a raíz de publicaciones periodísticas. La Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación remitió a la Corte Suprema un oficio en el que se hace saber el pedido formulado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación para que se cumpla con la sentencia del organismo internacional. El Máximo Tribunal de la Nación, por mayoría, determinó que no correspondería hacer lugar a lo solicitado.”*⁵¹

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Verbitsky, Horacio”. LA LEY, 2005-C, 276

⁵⁰ CS, 14/02/2017, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cita on line: La Ley AR/JUR/66/2017.

⁵¹ Hechos resumidos por redacción La Ley.

Resulta por demás de interés destacar ciertos pasajes de la sentencia que son pasibles de frondoso debate.

Para comenzar la Corte –en su voto mayoritario- comienza destacando que “Se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, **en principio**, de cumplimiento obligatorio”.... Este “en principio” denota el viraje de la Corte en relación al seguimiento estricto de sus postulados. Deja entreabierta una importante hendidura en relación al alcance de los pronunciamientos y el “núcleo duro”, vinculado al instituto de la cosa juzgada nacional que no podrá verse afectado por las decisiones del Sistema IDH. Sin perjuicio de ello, y la zona gris que parece haber aparecido frente a la doctrina jurisprudencia vigente hasta Fontevecchia, la Corte reitero que resultan vinculantes los pronunciamientos de la Corte IDH.

Dicho lo anterior, se clarifica la importancia en recuperar la doctrina legal sentada por los órganos del Sistema Interamericano, en especial y en lo que a este trabajo concierne, de los fallos de la Corte Interamericana en materia de Salud Mental. Maxime cuando en materia de salud mental no existen decisiones judiciales definitivas que puedan comprenderse en esta zona gris del instituto de la cosa juzgada, ya aludido.

Más compleja aún ha sido la situación en relación al **alcance de la vinculatoriedad de las opiniones de la Comisión**. Respecto a los fallos dictados por la Corte Interamericana, el artículo 68.1 de la CADH despeja de toda incertidumbre en cuanto dispone “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte **en todo caso en que sean partes**.”(el destacado es nuestro). Así, nuestra Corte en “Giroldi”⁵² expresó que “como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde

⁵² Fallos: 318: 514

–en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado” en los términos del artículo 75 inc. 22, es decir “como efectivamente rigen en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. Lo contrario podría implicar responsabilidad del Nación frente a la comunidad internacional.

En relación a la función consultiva de la Corte regulada por el artículo 64 de la CADH⁵³, encuentra su límite en la interpretación de tratados “en que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del Sistema Interamericano”⁵⁴ por lo que será inadmisibles “toda solicitud de consulta que tienda a desvirtuar la función contenciosa o a debilitar o alterar el sistema previsto de la Convención”⁵⁵.

Por si lo expuesto fuera de por sí confuso y controversial, la cuestión se vuelve aún menos nítida en cuanto de las opiniones de la Comisión se trata⁵⁶.

En “Bramajo”⁵⁷ la Corte dijo que la Opinión de la Comisión debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales. Para luego sostener en

⁵³ Artículo 64 : 1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

⁵⁴ GALENDE, Emiliano- KRAUT, Alfredo Jorge, El sufrimiento mental. El poder, la ley y los derechos, Buenos Aires, Lugar Editorial, 2006, pág. 172.

⁵⁵ GALENDE, Emiliano- KRAUT, Alfredo Jorge, op.cit.

⁵⁶ Excelente trabajo de HITTERS, Juan Carlos, ¿son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad, LA LEY 2008-E, 1169

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/09/1996 ,Bramajo, Hernán J. , LA LEY 1996-E , 409 , Fallos Corte: 319:1840 , ver Cons. 8

“Acosta”⁵⁸ que “si bien el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquél debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquellas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial. En "Felicetti, Roberto y otros"⁵⁹ siguió igual línea de pensamiento y apuntó en el considerando 9 del voto de la mayoría que “la recomendación de la Comisión Interamericana, cuyos términos fueron reproducidos (...) no habría justificado la revisión solicitada por los condenados en la causa, pues en modo alguno pueden fundar la revisión de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada.”. En definitiva, no admitía la revisión del instituto de la cosa juzgada. Sobre este instituto en particular la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como adelantamos ha dado marchas y contramarchas como ya hemos expuesto supra.

Ahora bien, retomando los efectos de las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Argentina ha distinguido la “vinculatoriedad moral o guía y pautas” de sus recomendaciones del supuesto del informe de la Comisión en los términos del art. 51 de la CADH. El 06 de Agosto de 2013, la Corte ha tenido posibilidad de pronunciarse respecto a la vinculatoriedad de los informes realizados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Carranza Latrubesse, Gustavo c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut”⁶⁰ por el que el accionante reclamó la indemnización recomendada por el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado Argentino como consecuencia de la remoción del

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22/12/1998 , Acosta, Claudia B. y otros , LA LEY 2005 , 137 , Fallos Corte: 321:3555 , ver Cons. 13

⁵⁹ Fallos: 323:4130

⁶⁰ CS, 06/08/2013, Carranza Latrubesse, Gustavo c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut, Disponible en la Ley Online, Cita Online: AR/JUR/38982/2013

reclamante en su función de magistrado por una resolución nula. Luego de un docente repaso de las posturas anteriores adoptadas por la propia Corte , así como de las esbozadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su análoga (con sus diferencias, claro está) la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte sostuvo que las recomendaciones efectuadas por la Comisión son vinculantes para el Estado argentino, basando esta decisión principalmente en el principio de buena fe contenido en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados.⁶¹

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina venía sosteniendo, aunque no sin disidencias, como límite al cumplimiento de las sentencias interamericanas, que su aplicación no signifique lesionar un instituto de derecho público interno⁶² esgrimiendo para ello el deber de salvaguardar la seguridad jurídica. “Esposito”⁶³ significó el cambio radical de criterio y un mensaje aun más profundo respecto a los derechos humanos: cuando de ellos se trata, la Corte Interamericana de Derechos Humanos será la última intérprete. Es que en materia de Derechos Humanos la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya no es tan Suprema⁶⁴.

En el año 2011 la Corte falló “Derecho, René Jesús”⁶⁵ caso que ha dejado a las luces la trascendente función de la magistratura para la vigencia de los derechos humanos fundamentales. Sin embargo, como se resenaba ut supra, el fallo Fontevecchia ha implicado un viraje de 180 grados sobre la doctrina jurisprudencial vigente hasta entonces, en relación a dicho tema.

⁶¹ Son particularmente interesantes los fundamentos de la mayoría vertidos en los cons. 14 a 17 inclusive.

⁶²CS, 21/12/2000, Felicetti, Roberto y otros, Fallos: 323:4130

⁶³327:5668

⁶⁴ Ver: GIALDINO, Rolando E., Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos, LA LEY 2008-C , 1295; HITTERS, Juan Carlos , Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación, LA LEY 2009-D , 1205

⁶⁵ Fallos: 334:1504 (a raíz del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa Bueno Alves vs. Argentina)

La nueva interrelación entre el derecho interno y el derecho internacional conlleva a la necesaria capacitación y formación de los operadores jurídicos para lograr su vigencia. La función de los magistrados excede con creces las fronteras de otrora⁶⁶.

Al decir de BIANCHI⁶⁷, el dialogo jurisprudencial entre los tribunales internos y la Corte Interamericana no solo es útil sino además necesario para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

Hitters, cuya postura –como adelantamos- seguimos en especial en relación al punto en desarrollo, se ha encargado de clarificar que el acatamiento por parte de los Estados de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun dictadas en relación a otros países, es de utilidad para evitar desgastar el sistema. El constante reclamo de situaciones análogas en los distintos países integrados al sistema interamericano operaria en contra del mismo procedimiento y, más aun, sería contrario al principio de buena fe internacional en el cumplimiento de los tratados (arts. 26 y 31.1 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados)

2.- Lineamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de Salud Mental.

Los pronunciamientos en el marco del Sistema de Protección Interamericano de Derechos Humanos desnudan una verdad acallada por todos: el abandono al que

⁶⁶ Al respecto puede verse, CARNOTA, Walter, Los jueces y los procesos de integración, en Tratado de los tratados; Dir. Walter F. Carnota y Patricio Marianello.; Coord. Guillermina Leontina Sosa, Buenos Aires, La Ley, 2011, pags. 33-103

⁶⁷ BIANCHI, Alberto B., Una reflexión sobre el llamado “control de convencionalidad”, LA LEY2010-E, 1090

están sometidas las personas con discapacidad (aunque nos centraremos en los trastornos mentales).

Aún tras la existencia de normas en muchos de los distintos Estados Parte, lo cierto es que la realidad opaca los propósitos normativos, evidenciando una vez más que la norma por sí sola es insuficiente.

Toda vez que el concepto de dignidad –como afirman KEMELMAJER DE CARLUCCI y LLOVERAS- pese a ser reconocido desde la abstracción en casi todos los países cualesquiera que sean sus raíces⁶⁸, lo cierto es que en los casos concretos la redefinición del concepto puede llevar a divergencias en torno a su alcance. Por ese motivo, la existencia de tribunales regionales comunes especializados en la tutela de los derechos humanos fundamentales aporta luz, claridad y homogeneidad a conceptos que, aunque comunes y genéricamente aceptados, paradójicamente pecan de abstractos y grados diversos de reconocimiento.

En definitiva, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ayudan a relativizar la indeterminación de los términos y a precisar el alcance de los Derechos Humanos reconocidos, volviéndolos conceptos más claros y de efectividad real. Sumado a ello, cada pronunciamiento implica una actualización de las normas contenidas en la Convención evitando que el paso del tiempo las vuelva obsoletas o insuficientes para abarcar la realidad imperante.

Una vez más, la violación implica el incumplimiento de lo dispuesto por los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El primero, en cuanto a la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades

⁶⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y LLOVERAS, Nora, en Sobre la Dignidad y los Principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, (CASADO, María, Coord.), Thomson Reuters, Aranzadi, España, 2009, p. 222.

reconocidos por la misma. El segundo en cuanto dispone “el deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

Esta disposición implica, como adelantáramos:

- El deber de abrogar toda disposición existente contraria a la Convención
- Adoptar las disposiciones legislativas o de otro carácter necesarias para el cumplimiento de la Convención
- Por ende, su incumplimiento puede provocarse por una ley o por una no ley (la omisión estatal de dictar la norma necesaria para su cumplimiento)
- A ello debe agregarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, además, que la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Las obligaciones *erga omnes* que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales⁶⁹

Lo expuesto debe relacionarse con lo normado por el artículo 26 de la misma Convención en cuanto reza “Los Estados Partes se comprometen a adoptar

⁶⁹ Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra nota 25, párr. 113; Caso de la Masacre de Mapiripán, supra nota 21, párr. 111; y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 140.

providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

Es decir que, los Estados se obligan al desarrollo progresivo de los derechos y libertades contenidos en la Convención. Ello significa, también, que la interpretación que de la Convención se haga no puede llevar nunca a la limitación o supresión de los derechos y libertades en ella reconocidos⁷⁰.

En materia de derechos humanos y violación del derecho a la salud y a la vida el sistema Interamericano, desafortunadamente, cuenta con varios precedentes, cuyo análisis nos permitirá delinear el criterio que surge de su abordaje, en particular en relación a las sentencias de la Corte Interamericana que como órgano jurisdiccional máximo del Sistema Interamericano trasciende con sus decisiones las fronteras y se internaliza en los ordenes locales de los Estados Partes.

El caso **Victor Rosario Congo vs. Ecuador**⁷¹ es el primero que aborda los derechos de una persona con discapacidad mental, dado a conocer por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y –como acertadamente apunta KRAUT⁷²- se basa en el enfoque adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto se muestra que la posición de inferioridad e impotencia que es característica de los personas con discapacidad privadas de su libertad requiere mayor vigilancia a la hora de determinar si se ha cumplido con la Convención.

⁷⁰ Artículo 29 de la CADH

⁷¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, INFORME N° 63/99, CASO 11.427, VÍCTOR ROSARIO CONGO, ECUADOR, 13 de abril de 1999.

⁷² GALENDE, Emiliano- KRAUT, Alfredo Jorge, op. Cit. pág. 176

El Sr. Congo, pese a las señales de presunta enfermedad mental, fue detenido preventivamente lo cual agravó su cuadro. Mientras se hallaba privado de su libertad, fue agredido por personal estatal. Hallándose herido, lejos de prestársele auxilio, a pesar de su estado, el interno fue incomunicado en una celda de castigo, desnudo y sin atención médica.

Pese al pedido de organizaciones no gubernamentales y de un agente fiscal de que el Sr. Congo fuera trasladado a un nosocomio para su atención, la medida no se efectivizó en tiempo oportuno. El Sr. Congo murió a las pocas horas de haber llegado al hospital.

La Comisión concluyó que para los efectos de este caso, Víctor Rosario Congo debe ser considerado como un discapacitado mental. Para llegar a dicha conclusión se basó en la definición de la persona con discapacidad mental de las Naciones Unidas como aquella que durante el transcurso de su discapacidad es incapaz de manejar su propia persona o sus asuntos y requiere de cuidado, tratamiento o control para su propia protección, la protección de otros o la protección de la comunidad.⁷³

La Comisión, como adelantáramos, pone de manifiesto **la necesidad de evaluar y emplear estándares especiales en la determinación de si se ha cumplido con las normas convencionales, en casos que involucran personas que padecen enfermedades mentales por considerarlos un grupo especialmente vulnerable.** Por ende, evalúa la violación del artículo 5 de la CADH (Derecho a la integridad física, psíquica y moral) a la luz de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental.

Interesa resaltar que al apreciar el aislamiento celular como trato cruel e inhumano, la Comisión expresó que la “incomunicación *per se* puede constituir

⁷³ Punto 42 del informe

tratamiento inhumano. En el caso de la incomunicación de un discapacitado mental en una institución penitenciaria, puede constituir una violación aun más grave de la obligación de proteger la integridad física, psíquica y moral de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado”⁷⁴, considerando que en el caso se violó el derecho del Sr. Congo de ser tratado "con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”⁷⁵

Al tratar el punto referente a “El deber de asegurar la integridad física, psíquica, y moral de personas afectadas por una enfermedad mental”, la Comisión consideró que “la violación al derecho a la integridad física es aun más grave en el contexto del caso particular donde la víctima, en situación de prisión preventiva y padeciendo una enfermedad mental, **se encontraba bajo la custodia del Estado en una situación de particular vulnerabilidad.**”⁷⁶ (el destacado nos pertenece), y, consecuentemente, concluyó en la violación del artículo 5 de la CADH por parte del Estado.

Por supuesto, también se encontró responsable al Estado de la violación del Derecho a la vida consagrado por el artículo 4 de la CADH, en tanto el Sr. Congo murió finalmente a causa de deshidratación lo cual evidencia la omisión del Estado en tomar “las medidas a su alcance para asegurar el derecho a la vida de una persona que en parte debido a su salud y en parte a las lesiones que le ocasionara un agente mismo del Estado, se encontraba en estado de indefensión, aislado y bajo su custodia.”⁷⁷

El artículo 25 CADH relativo a la protección judicial también se consideró violado en el caso.

⁷⁴ Apartado 58

⁷⁵ Apartado 59

⁷⁶ Apartado 67

⁷⁷ Apartado 84

Otra importante cuestión a destacar en el informe es la referencia a los estándares internacionales en la materia efectuada en el apartado 80, en cuanto a que establecen que "todo establecimiento penitenciario dispondrá por lo menos de los servicios de un médico calificado que deberá poseer algunos conocimientos psiquiátricos [...] El médico estará encargado de velar por la salud física y mental de los reclusos. Deberá visitar diariamente a todos los reclusos enfermos y a todos aquellos sobre los cuales llame su atención".

Concluyendo en el apartado 81: "En suma, el hecho de que el Estado no cuente con establecimientos especiales para la internación de detenidos que padecen enfermedades mentales, no lo exime del **deber de prestar atención médica a las personas que se encuentran bajo su custodia.**"

Lógicamente, nuevamente se pone de manifiesto el hecho de que la omisión no puede resultar fundamento eximente de la responsabilidad. Ello a tono con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), artículo 27 y por la buena fe que debe primar en las relaciones internacionales⁷⁸.

Así sea ligeramente, es preciso apuntar que la Comisión ha hecho uso del mecanismo de medidas cautelares previsto en el artículo 25 del Reglamento de la CIDH. Esta facultad prevista para situaciones de gravedad y urgencia, permite que la Comisión, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicite que un Estado adopte

⁷⁸ La Comisión ha admitido además otras peticiones, respecto de las cuales se encuentra analizando los argumentos del fondo del caso, todas ellas relacionadas con el tema de salud mental. (Conf. CANTÓN, Santiago A. El derecho internacional como un instrumento esencial para la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad mental: La experiencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, En Salud mental, legislación y derechos humanos en Argentina, comp. Por Hugo COHEN, OPS, Buenos Aires, 2009, pág.48) versión digital disponible en http://publicaciones.ops.org.ar/publicaciones/pubOPS_ARG/pub65.pdf (ultima visita efectuada 29/03/2013). Dr. Hugo Cohen, Asesor subregional en salud mental para Sudamérica OPS/OMS
Compilación técnica Salud Mental y Derechos Humanos, Vigencia de los estándares internacionales, Organización Panamericana de Salud, 2009, disponible en http://publicaciones.ops.org.ar/publicaciones/pubOPS_ARG/pub65.pdf (ultima visita efectuada 13/12/2015).

medidas cautelares para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente, así como a personas que se encuentren bajo su jurisdicción, en forma independiente de cualquier petición o caso pendiente, y sin que el otorgamiento de esas medidas y su adopción por el Estado constituya prejuzgamiento sobre la violación de los derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables⁷⁹.

A mero carácter enunciativo podemos recordar las medidas cautelares adoptadas por la Comisión a favor de 400 Pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico en Paraguay⁸⁰, o la medida cautelar otorgada a favor del señor Víctor Manuel Morataya Carrillo en Guatemala, quien se encontraba detenido en terribles condiciones⁸¹. Más recientemente, la Comisión adoptó la medida cautelar a favor de Pacientes (334 personas) del Hospital Federico Mora, de Guatemala (MC 370/12 – 334) Aquí la CIDH solicitó al gobierno denunciado la adopción de medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad personal de las personas internadas en el Hospital Federico Mora; en particular, proporcionar el tratamiento médico adecuado a los internos, de acuerdo a las patologías propias de cada persona; asegurar la separación de los niños de los adultos, procurando medidas especiales, a la luz del principio del interés superior del niño; separar a los internos procesados y sentenciados, quienes están bajo orden judicial de privación de libertad, de los demás pacientes del hospital, y que la tutela de éstos sea proporcionada por personal del hospital no armado; restringir el uso de cuartos de aislamiento a las situaciones y bajo las condiciones establecidas en los estándares internacionales sobre personas con discapacidad mental; implementar medidas de prevención inmediatas orientadas a que todos los pacientes, en particular mujeres y niños, no

⁷⁹ Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp> (última vez consultada 13/12/2015)

⁸⁰ MC 710-03, CANTÓN, op. cit

⁸¹ Véase CANTÓN, op. Cit. pág. 60

sean objeto de actos de violencia física, psicológica y sexual por parte de otros pacientes, agentes de seguridad o funcionarios del hospital⁸².

Pasamos revista del **CASO XIMENES LOPES VS. BRASIL**, ahora sí, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 04/07/2006.

Los hechos pueden sintetizarse como sigue: el señor DamiãoXimenesLopes, padecía de discapacidad mental y fue ingresado en un hospital psiquiátrico por su madre en perfecto estado físico de salud. Tres días después la mamá fue a visitarlo y se encontró con su hijo sangrando, con hematomas, con la ropa rota, sucio y oliendo a excremento, con las manos amarradas hacia atrás, con dificultad para respirar, agonizante, y gritando y pidiendo auxilio a la policía. Pese a que, a pedido de la madre, un médico le aplicó algunas medicinas y se retiró sin dejarlo a cuidado de ningún otro profesional, el Sr. Lopes falleció dos horas y medio más tarde. Pese a los dramáticos matices y constantes violaciones a la dignidad humana que evidencia este caso, nos limitaremos a puntualizar algunas conclusiones de la Corte en relación a las personas con padecimiento mental. El Estado de Brasil fue encontrado responsable.⁸³

⁸²<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>

⁸³LA CORTE, DECIDE,

Por unanimidad,

1. Admitir el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado por la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal, consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor DamiãoXimenesLopes, en los términos de los párrafos 61 a 81 de la presente Sentencia.

DECLARA,

Por unanimidad que,

2. El Estado violó, en perjuicio del señor DamiãoXimenesLopes, tal como lo reconoció, los derechos a la vida y a la integridad personal, consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 y 5.2, de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en los términos de los párrafos 119 a 150 de la presente Sentencia.

3. El Estado violó, en perjuicio de las señoras Albertina Viana Lopes e Irene XimenesLopes Miranda y los señores Francisco LeopoldinoLopes y Cosme XimenesLopes, familiares del señor DamiãoXimenesLopes, el

En el caso la Corte puntualizó que “En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. **La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado.**”

En la sentencia la Corte dedica un espacio a tratar “La especial atención a las personas que sufren de discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad”. El Tribunal Interamericano “reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad.”⁸⁴

No puede pasarse por alto la relación efectuada por la Corte entre la discapacidad y la discriminación, así como su vinculación con la pobreza, al expresar

derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en los términos de los párrafos 155 a 163 de la presente Sentencia.

4. El Estado violó, en perjuicio de las señoras Albertina Viana Lopes e Irene XimenesLopes Miranda, familiares del señor DamiãoXimenesLopes, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de la misma, en los términos de los párrafos 170 a 206 de la presente Sentencia.

5. Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación, en los términos del párrafo 251 de la misma.

⁸⁴ Apartado 103

en el apartado 104: **“los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza; niños y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo para padecer discapacidades mentales,** como era el caso del señor DamiãoXimenesLopes. Es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro. **En razón de lo anterior, entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición.”**

Los pacientes psiquiátricos que viven o son sometidos a tratamientos en instituciones son especialmente vulnerables a la tortura u otras formas de trato cruel, inhumano o degradante. La vulnerabilidad intrínseca de las personas con discapacidades mentales es agravada por el alto grado de intimidación que caracteriza los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas, que torna a esas personas más susceptibles a tratos abusivos cuando son sometidos a internación.⁸⁵

La Corte enfatiza la sujeción a control en que se hallan las personas con sufrimiento mental privadas de su libertad, y el “desequilibrio intrínseco de poder entre una persona internada y las personas que tienen la autoridad, se multiplica muchas veces en las instituciones psiquiátricas. La tortura y otras formas de trato cruel, inhumano o degradante, cuando infligidas a esas personas afectan su integridad psíquica, física y moral, suponen una afrenta para su dignidad y restringen gravemente su autonomía, lo cual podría tener como consecuencia agravar la

⁸⁵ Apartado 106

enfermedad.”⁸⁶ Finalmente, refiere a la necesidad de cumplimiento con las reglas del debido proceso por parte de los Estados Partes atendiendo a las especiales circunstancias del sujeto.

En este punto resulta oportuno traer a colación las palabras esbozadas en el informe del relator especial Juan E. Mendez del 01/02/2013 (Convención sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes) donde expresa “Las circunstancias de impotencia en que se halla el paciente y el trato abusivo de las personas de las personas con discapacidad, en el que se recurre a la inmovilización y a la reclusión , pueden dar lugar a otros tratamientos no consentidos, como la medicación forzosa y los procedimientos de electrochoque”. Asimismo, exhorta a los Estados a “ b) imponer una prohibición absoluta de todas las intervenciones médicas forzadas y no consentidas en los casos de personas con discapacidad(...) La obligación de poner fin a las intervenciones psiquiátricas forzadas basadas únicamente en motivos de discapacidad es de inmediata aplicación y la escasez de recursos financieros no podrá justificar el aplazamiento de dicha aplicación” (Informe Provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. A/63/175)

El año 2012 fue escenario temporal para que la Corte Interamericana falle en la causa **Furlan vs. Argentina** a raíz de la responsabilidad estatal derivada de la falta de respuesta oportuna por parte de los tribunales judiciales del país respecto de un proceso de daños y perjuicios de cuya resolución dependía un tratamiento a favor de un niño, posteriormente (dada la demora), un adulto con discapacidad.⁸⁷.

⁸⁶ Aparatado 107

⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, FURLAN Y FAMILIARES VS. ARGENTINA, Sentencia del 31-08-2012; Conf. resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en www.corteidh.or.cr/docs/.../resumen_246_esp.pdf consultado el 24/03/2013

El caso de por sí trágico, pues se inicia con la lesión de un niño que al colgarse de un arco ubicado en un predio estatal, recibe, al caérsele éste encima, un golpe que lo deja con una grave incapacidad; se agrava ante la falta de respuesta estatal en tiempo oportuno para permitir la recuperación del, entonces, niño.

Para la resolución de esta causa la Corte tomó en especial consideración⁸⁸, lo dispuesto por la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Reiteró lo expuesto también en XimenesLopes respecto a las personas en situación de especial vulnerabilidad y el deber de protección especial por parte de los Estados Parte (apartado 134).

La Corte, en una visión lógica y finalista, estimó que para el análisis de la razonabilidad de la duración del proceso no puede considerarse culminado dicho proceso hasta tanto el fin que llevo a promover la demanda (en el caso una indemnización) no se materialice.

Respecto a la **ejecución de la sentencia** indicó que la misma debe ser:

- **Completa**
- **Perfecta**
- **Integral**
- **Sin demora**⁸⁹.

La Corte indicó que el pago de la indemnización por parte del Estado demandado con bonos, en el caso concreto, no cumplió con los requisitos anteriormente señalados.

⁸⁸ En los considerandos 128, 129 y 130 pueden leerse los importantes instrumentos jurídicos a los que refiere la Corte

⁸⁹Parr. 210.

En el caso de la persona con discapacidad dicho pago implicó una pérdida en la posibilidad real de brindarle tratamientos médicos y otras necesidades que se generaban, justamente, por su particular situación de vulnerabilidad.

Una vez más, la Corte se refirió a la evidente vinculación entre la discapacidad y la falta de recursos señalando que en estos supuestos es imperante tomar las medidas pertinentes como la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantice la pronta resolución y ejecución de los mismos.^{90,91}.

En el párrafo 215 la Corte señala que “considera que a la hora de aplicar la Ley 23.982 de 1991, las autoridades administrativas debían tener bajo consideración que Sebastián Furlan era una persona con discapacidad y de bajos recursos económicos, lo cual lo ubicaba en situación de vulnerabilidad que conllevaba una mayor diligencia de las autoridades estatales”.

Luego continua expresando que “En el presente caso, las autoridades administrativas nunca tuvieron bajo consideración que al aplicarse la modalidad de pago establecida en la mencionada Ley, se disminuía en forma excesiva el insumo económico que recibió Sebastián Furlan para una adecuada rehabilitación y mejores condiciones de vida teniendo en cuenta su estado de vulnerabilidad. Por el contrario, el Estado justificó la aplicación de dicha regulación debido a que ocurrió “una de las crisis económicas y sociales más graves y profundas de la historia, que derivó, entre otras cosas, en la devaluación de la moneda, precedida por la derogación de la ley [...] de convertibilidad que establecía la paridad entre el peso y el dólar”. Sin

⁹⁰ Conf. parr. 195-6

⁹¹ Peor aún, la perito afirmó que “si se hubiera implementado el tratamiento sugerido y una terapia neurocognitiva sustentable en el tiempo, [es] seguro que al presente su funcionamiento y calidad de vida serían mejores”

embargo, el Tribunal observa que la regulación aplicada en el presente caso data de 1991, por lo que la Corte considera que era necesario que las autoridades que ejecutaron la sentencia judicial hubieran realizado una ponderación entre el estado de vulnerabilidad en el que se hallaba Sebastián Furlan y la necesidad de aplicar la ley que regulaba estas modalidades de pago. La autoridad administrativa debía prever este tipo de impacto desproporcionado e intentar aplicaciones alternativas menos lesivas respecto a la forma de ejecución más perjudicial para las personas en mayor vulnerabilidad.”⁹²

El fallo también sienta el estándar del debido proceso, debiendo adecuarse a las particularidades del sujeto vulnerable.

3.- Reglas o estándares? Síntesis de los lineamientos extraídos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Desde el inicio de este trabajo hemos aludido a lineamientos del sistema interamericano de derechos humanos, comprendiendo en ellos las reglas y estándares. Este apartado está dedicado a distinguir los primeros de los segundos. El tema de por sí, sería objeto para otra tesis atento al profuso material existente. Sin embargo, nos limitaremos a caracterizar a unos y a otros a los efectos de señalar el modo en que se entenderá la distinción entre reglas y estándares a los efectos de esta tesis.

Louis Kaplow, cuyo pensamiento seguiremos para el abordaje de la cuestión que da título a este apartado, expreso en su artículo “Rules vs. Standards: an economic analysis”⁹³ a la cuestión relativa a la conveniencia de que los mandatos

⁹² Apartado 217

⁹³ KAPLOW, Louis, Rules versus standards: an economic analysis, Duke law journal , Vol. 42.557.

legales sean promulgados como reglas o estándares. Aborda principalmente, dos dimensiones del problema formulado: En primer término señala que la elección entre reglas o estándares afecta el costo: las reglas son típicamente más costosas de crear que los estándares, en tanto que estos últimos tienden a ser más costosos para los sujetos en orden a su interpretación para decidir cómo actuar y para los magistrados para aplicar a las conductas pasadas. En segundo lugar se focaliza en el hecho de que cuando los individuos pueden determinar la aplicación de reglas a los actos que contemplan realizar actúan con menos costos, es más probable que las conductas reflejen el contenido de reglas previamente promulgadas que de estándares que definirán su contenido solo después de que el individuo actué. Kaplow define a las reglas como aquellas que prevén una determinación anticipada de que conducta es permitida, dejando al adjudicador solo la determinación de las cuestiones de hecho. En tanto que en relación a los estándares los define como aquellos que dejan tanto la especificación sobre que conducta es permitida y la cuestión fáctica al juzgador. Es decir, que de acuerdo a estas definiciones conceptuales la única diferencia entre reglas y estándares es la extensión en la que los esfuerzos para darle contenido al derecho son tomados, antes o después de que los individuos actúen⁹⁴.

Podría afirmarse que la diferencia principal entre estándares y reglas, además de la cuestión temporal señalada por Kaplow, está dada por la precisión con que se formula el lineamiento. Ello importa que el estándar se caracterice por un esquema más laxo que permite comprender a varios supuestos en si. Por su parte, las reglas (aun cuando emanen de una regla jurisprudencial determinada para un caso concreto) resultan pautas de acción más precisas que dejan menor o casi nulo margen de interpretación. En este sentido, ha señalado CASS SUNSTEIN que esta

⁹⁴KAPLOW, Op. cit. p. 560.

frecuente comparación entre reglas y estándares es muy útil. Define el hecho de que con algunas provisiones legales, los intérpretes tendrán que hacer un gran esfuerzo a fin de generar el necesario contenido de una provisión legal. Con un estándar no es posible saber que tenemos de antemano. Esta modalidad –continúa afirmando el autor citado- puede tener una decisiva ventaja política: A veces la gente está de acuerdo en relación a un estándar cuando no puede acordar sobre su especificación. Una provisión legal completamente inespecífica puede ser la mejor que el sistema político (o judicial) puede hacer⁹⁵.

La distinción, como se verá, no es baladí a los efectos procurados en el presente trabajo. Planteadas como han sido las cosas *ut supra*, la elección de sentar sus lineamientos mediante un estándar o una regla por parte de la Comisión o de la Corte IDH, importara –de suyo- un costo para los individuos al predecir su conducta y para el juzgador al resolver los casos concretos traídos a su conocimiento. Por caso, tendrá un efecto directo sobre la litigiosidad en los Estados Parte. Es que como afirma Kaplow, la norma puede ser promulgada (originarse) como una regla o como un estándar. Por su parte los individuos deciden como actuar. Siendo que se encuentran imperfectamente informados de los preceptos legales, ellos pueden actuar ya sea basados en su mejor intuición de la norma o adquirir asistencia técnica legal, lo que les permite actuar con conocimiento de la regla o de la predicción sobre la aplicación de un estándar. Luego de que los sujetos actúan, el juzgador determina como aplica la norma imperante. Finalmente, las reglas resultan más costosas de promulgar (o, agregamos, formular en los casos concretos) que los estándares porque las reglas requieren de determinaciones anticipadas del contenido de la norma, mientras que los estándares resultan más costosos de predecir para los operadores del derecho y para aplicar para las autoridades judiciales al requerir

⁹⁵CASS R. SUNSTEIN, Problems with rules, 83 Cal. L. Rev. 953 (1995), disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol83/iss4/1>, p. 965.

determinaciones posteriores del contenido de la norma⁹⁶. En este punto será clave la interpretación judicial que se realice en el caso de los estándares. Como apunta CASS SUNSTEIN el significado mismo del estándar dependerá de que sucede con su interpretación.

Justamente, se espera que los estándares se especifiquen a través de su interpretación, generándose categorías de casos que bajo determinado estándar reciban un tratamiento predecible⁹⁷. Traducido lo expuesto al esquema de pensamiento de KAPLOW la interpretación análoga y constante de un estándar podría convertir en regla al mismo a través del precedente.

Determinar si los lineamientos esbozados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos resultan ser estándares o reglas nos permitirá a la postre analizar su recepción en el orden doméstico resulta más sencillo en el caso de una u otra y, en su caso, si alguna de ellas es más eficiente que la otra a los efectos de tutelar los derechos de las personas vulnerables. **Es que como ha señalado CASS SUNSTEIN en toda área de regulación es necesario elegir entre las reglas generales y las decisiones *case by case***⁹⁸.

Expuesto lo anterior, tomémonos un instante para sintetizar la doctrina legal que surge de los pronunciamientos anteriormente reseñados a fin de intentar, de conformidad con los criterios expuestos, formular una clasificación de los mismos en reglas o estándares.

A partir del Caso Congo -que incluimos pese a no resultar un caso ante la Corte dado su impacto por tratar por primera vez el tema salud mental en el sistema

⁹⁶ KAPLOW, Op. cit. p. 562-563

⁹⁷ CASS SUNSTEIN, Op. cit.

⁹⁸ CASS R. SUNSTEIN, Problems with rules, 83 Cal. L. Rev. 953 (1995), disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol83/iss4/1>

interamericano-, es claro que **la persona será considerada discapacitada mental si “es incapaz de manejar su propia persona o sus asuntos y requiere de cuidado, tratamiento o control para su propia protección, la protección de otros o la protección de la comunidad”**⁹⁹→REGLA. Ello es así por cuanto brinda parámetros objetivos *a priori* para poder determinar si una persona puede o no ser considerada discapacitada mental. Los presupuestos consignados son verificables en concreto.

Ahora bien, una vez que se considera –conforme a la regla prealudida- que la persona integra el colectivo de personas con discapacidad mental, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que **las personas con padecimiento mental integran un grupo especialmente vulnerable por lo que el análisis del cumplimiento o violación de la Convención debe hacerse en estos casos con estándares especiales.** Claramente, en este estadio –cuando ya se ha identificado a la persona como padeciente- se está en presencia de un estándar. La textura del lenguaje es abierto permitiendo al interprete domestico determinar los “estándares especiales” en cada caso concreto. Podríamos sintetizar este **estándar** en el DEBER REFORZADO DE TUTELA, conforme ha sido recogido por nuestra Corte Suprema de Justicia en el orden domestico.

La violación del artículo 5 de la CADH es aún más grave cuando se trata de personas con padecimiento mental privadas de su libertad en atención a su estado de especial vulnerabilidad.

⁹⁹Conforme a la definición de Naciones Unidas UN Sub Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Erica Irene Daes "Principles, Guidelines and Guarantees for the Protection of Persons Detained on Grounds of Mental Ill Health or Suffering from Mental Disorder", U.N. DOC. E/CN.4/Sub.2/1983/17, pág. 43.

La salud mental de las personas privadas de su libertad debe contar con un tratamiento adecuado, o mínimo de acuerdo con los estándares internacionales. -> estándar de tratamiento mínimo.

En Ximenes López la Corte refiere a la **obligación del Estado de regular las prestaciones de salud, ya sean públicas o privadas a fin de evitar la vulneración de los derechos a la vida y a la integridad personal.** Conforme surge del apartado 90 de la **sentencia “La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud.”**→regla: **regulación del Estado de toda y cualquier institución de salud.**

Luego puede vislumbrarse en este fallo el estándar esbozado por la Corte IDH cuando se enfatiza la obligación de los Estados en lograr la plena integración de las personas con discapacidad. En especial, apartado 105 “Las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los **Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad.**”. Así trazado el lineamiento queda a criterio del Estado el modo en que dará cumplimiento a la finalidad.

Cada Estado deberá adoptar las medidas que estime conducentes al estándar de no discriminación en razón de la discapacidad mental sentado por la Corte IDH.

Distinta es la situación en relación al **derecho al tratamiento.** En este caso, la Corte IDH precisa el alcance del lineamiento esbozándolo en forma de regla en tanto y en cuanto constriñe al Estado al modo en que el mismo debe ser brindado y

requisitos concretos de cómo debe ser. Aun tratándose de una regla, la misma – como se verá- está conformada por conceptos jurídicos indeterminados como el de “mejor interés del paciente” que hace pasible la adopción de criterios disimiles. Sin embargo, al puntualizar otros presupuestos que debe cumplir el tratamiento para ser considerado convencional, reduce el margen de apreciación dando criterios de ponderación sobre el alcance del aludido “mejor interés”.

En efecto, del fallo se extrae que **debido a la especial vulnerabilidad de las personas con sufrimiento mental recae sobre el Estado la obligación ineludible de supervisar y garantizar que en toda institución psiquiátrica sea preservado el derecho de los pacientes de recibir un tratamiento digno, humano y profesional, y de ser protegidos contra la explotación, el abuso y la degradación.**¹⁰⁰ Asimismo, se reivindica la obligación de los Estados de brindar atención sanitaria mental y se especifican los requisitos que debe tener el tratamiento:

- **estar dirigido al mejor interés del paciente**
- **tener como objetivo:**
 - . **Preservar su dignidad y su autonomía,**
 - . **Reducir el impacto de la enfermedad,**
 - . **Y mejorar su calidad de vida**

En virtud de lo expuesto anteriormente cualquier tratamiento psiquiátrico deberá cumplir con los requisitos aludidos si pretende pasar el tamiz de convencionalidad.

¹⁰⁰ Véase apartados 108 y 109 de la sentencia

Asimismo, el fallo dedica sendos apartados para referirse al deber de cumplimiento de las reglas del debido proceso atendiendo a las particularidades del sujeto que podríamos sintetizar en **estándar de debido proceso**.

El **caso Furlan vs. Argentina** sentó criterios claros respecto a la razonabilidad de la duración del proceso y a los objetivos de la sentencia.

Todo el proceso de ejecución de sentencia judicial a fin de poder obtener finalmente la reparación hace parte del proceso.-→ regla. Es simple verificar la duración del proceso hasta la obtención del objeto de la litis siguiendo dicho criterio. No hay lugar a interpretación. Aun así, quedara por evaluar la razonabilidad de dicha duración. La respuesta judicial en tiempo oportuno, si constituye un estándar, flexible cuyo cumplimiento o incumplimiento habrá de ser ponderado a la postre, tras el acaecimiento de los hechos.

Este caso tiene un notable impacto en las indemnizaciones que pesan en cabeza del Estado cuando estas sean debidas a personas consideradas en situación de especial vulnerabilidad, pues tras este pronunciamiento del intérprete final del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no nos quedan dudas respecto a que cualquier ley de emergencia económica (en el caso Furlan, la ley 23.982) **no puede aplicarse sin tomar en consideración los desproporcionados efectos que puede ocasionar en relación a la efectividad de la sentencia**, incluso desnaturalizando y hasta anulando la reparación pretendida, y la terrible inequidad y desprotección en que queda colocada la víctima. Este criterio lo consideramos extensible a la aplicación de toda ley que pretenda efectuarse sobre una persona especialmente vulnerable, vgr. Las prestaciones en materia de salud. También ha de aplicarse a los procesos judiciales en los que un sujeto vulnerable –por caso, en razón de su salud mental- se pueda encontrar afectado sobre el mismo. Se tratara este punto mas adelante.

En realidad este lineamiento podría sintetizarse en el **estándar de deber reforzado de tutela ante la presencia de sujetos vulnerables.**

El correcto dialogo jurisprudencial entre los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, extensible a las opiniones e informes de la Comisión en virtud del principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados, hace que las directrices esbozadas sean de aplicación a los supuestos análogos que se presenten.

Finalmente, debe resaltarse que tanto en el precedente Ximenes Lopes, como se adelanto, como en Furlan la Corte IDH impone el **estándar de cumplimiento de las garantías del debido proceso.**

| CASO | LINEAMIENTO | REGLA O ESTANDAR? |
|---|---|-------------------|
| Comision IDH, Caso Victor Rosario Congo | La persona será considerada discapacitada mental si “es incapaz de manejar su propia persona o sus asuntos y requiere de cuidado, tratamiento o control para su propia protección, la protección de otros o la protección de la comunidad” | REGLA |

| | | |
|--|--|--|
| | Las personas con padecimiento mental integran un grupo especialmente vulnerable por lo que el análisis del cumplimiento o violación de la Convención debe hacerse en estos casos con estándares especiales | ESTANDAR DEL DEBER REFORZADO DE TUTELA |
| | La salud mental de las personas privadas de su libertad debe contar con un tratamiento adecuado, o mínimo de acuerdo con los estándares internacionales. | ESTANDAR DE TRATAMIENTO MINIMO |

| | | | |
|------------------------|------|---|---|
| Corte IDH XimenesLópez | Caso | “La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de | regla: regulación del Estado de toda y cualquier institución de salud. |
|------------------------|------|---|---|

| | | |
|--|--|--|
| | salud.” | |
| | <p>“Las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad</p> | ESTANDAR DE PLENA INTEGRACION |
| | <p>- obligación ineludible de supervisar y garantizar que en toda institución psiquiátrica sea preservado el derecho de los pacientes de recibir un tratamiento digno, humano y profesional, y</p> | <p>REGLA -> DERECHO AL TRATAMIENTO. ALCANCES. REQUISITOS.</p> |

| | | |
|--|---|---|
| | <p>de ser protegidos contra la explotación, el abuso y la degradación.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Caracteres del tratamiento: - estar dirigido al mejor interés del paciente - tener como objetivo: <ul style="list-style-type: none"> . Preservar su dignidad y su autonomía, . Reducir el impacto de la enfermedad, . Y mejorar su calidad de vida | |
| | Garantías de debido proceso. Acceso a la justicia. | ESTANDAR: Cumplimiento de las garantías de debido proceso legal |
| Corte IDH, caso Furlan vs. Argentina. | Todo el proceso de ejecución de sentencia judicial a fin de poder obtener finalmente la | REGLA: Alcance del proceso |

| | | |
|--|--|--|
| | reparación hace parte del proceso | |
|--|--|--|

| | | |
|--|---|--|
| | La ley no puede aplicarse sin tomar en consideración los desproporcionados efectos que puede ocasionar | ESTANDAR DEBER REFORZADO DE TUTELA EN LA APLICACIÓN DE LA LEY A PERSONAS VULNERABLES |
| | Plazo razonable. Debida representación legal. | ESTANDAR DEL DEBIDO PROCESO |

Ahora bien, sentados los lineamientos existentes en materia de salud mental por parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y clasificados que fueran ellos como estándares o reglas, en lo sucesivo intentaremos verificar cual y como es el impacto que los mismos tienen en el orden interno y siguiendo nuestro anhelo de afirmar o desechar nuestra hipótesis de tesis, verificar si su acatamiento importa una reducción de los costos asociados a los litigios judiciales.

Para ello, analizaremos la jurisprudencia local en relación a los estándares y reglas extraídos en este apartado. Sin perjuicio de ello, se entiende preciso referirse en primer término a la legislación existente en el orden interno en relación a las personas con padecimiento mental. A ello nos avocaremos en el apartado subsiguiente.

Capitulo III.-

La Salud Mental

en la Argentina

A.- Régimen normativo vigente.

1.- Normativa de rango constitucional y supralegal.

La dignidad –señalan KEMELMAJER DE CARLUCCI y LLOVERAS¹⁰¹ – se traduce en que todos los individuos deben ser tratados como agentes autónomos, en especial, las personas cuya autonomía está disminuida en cuyo caso merecen aún más una protección especial. En este sentido el reconocimiento de la salud mental como un derecho humano fundamental lleva ínsito el reconocimiento de la dignidad de las personas que padecen trastornos mentales. **Reconocimiento que debe alejarse de lo meramente enunciativo** para adentrarse en la realidad de quienes muchas veces se encuentran privados de su libertad o son totalmente desoídos, y precisan aun mayor protección para que sus derechos no se vean conculcados.

Esta dignidad humana debe ser respetada en todos los órdenes de la vida. La salud, incluida ya con antelación a la reforma constitucional de 1994 en el maravilloso y vanguardista artículo 33 de la Carta Magna como derecho implícito, se erige como el derecho de toda persona a gozar de “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.”¹⁰². Nótese que ya desde 1946, año en que se efectúa esta definición por la Organización Mundial de la Salud, se alude también al estado social. Concepto este que toma especial relevancia en el nuevo modelo social de la discapacidad que es receptado por el Nuevo Código Civil y Comercial¹⁰³.

¹⁰¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y LLOVERAS, Nora, en Sobre la Dignidad y los Principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, (CASADO, María, Coord.), Thomson Reuters, Aranzadi, España, 2009, p. 225

¹⁰² Conf. a la definición de salud del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, disponible en <http://www.who.int/suggestions/faq/es/index.html>, consultado por última vez el 24/03/2013

¹⁰³ Al respecto, puede leerse en el trabajo del Dr. Alfredo Jorge KRAUT en Revista de Derecho Privado y Comunitario / Número: 1994-2015 Año, vol. y nro.:2013 - 1 - Derecho y Salud Mental, Rubinzal Culzoni

Pero volvamos ahora al derecho a la salud. Con la reforma constitucional de 1994 este derecho queda expresamente enunciado, con distintos alcances, en el artículo XI de la Declaración Americana de Derechos Humanos¹⁰⁴, artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁰⁵, el artículo del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12 en cuanto dispone que: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.” Y el artículo 10 apartado 3 del mismo tratado en cuanto dispone la adopción de medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, y entre dichas medidas la sanción del empleo infantil sancionando los trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, en particular en su artículo

¹⁰⁴ Artículo XI. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

¹⁰⁵ Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

5, apart. E) IV¹⁰⁶; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer toca un tema de especial impacto en materia de salud mental, que es el derecho a la procreación tantas veces cuestionado y lesionado cuando el derecho se halla en cabeza de una persona con sufrimiento mental¹⁰⁷. Ya desde el preámbulo la Convención advierte que en situaciones de pobreza la mujer “tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como a la satisfacción de otras necesidades”, posteriormente, enfatiza que “el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación”. Luego en el artículo 10 se reconoce el derecho al “Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia.”¹⁰⁸. Asimismo, en el artículo 11 hace lo propio en relación al empleo, y reconoce en el inciso f) “El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.”. Finalmente, el artículo 12 reza “ 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

¹⁰⁶ Al enumerar entre los derechos económicos, sociales y culturales en particular: iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales

¹⁰⁷ Lo mismo puede decirse respecto de cuestiones relacionadas con el matrimonio y las relaciones familiares contempladas por el artículo 16.

¹⁰⁸ Art. 10 inciso h)

Por supuesto, de suma importancia resulta la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, máxime en el ámbito de la salud mental donde muchas personas se encuentran privadas de su libertad, y consiguientemente, mayormente expuestas a la violación de sus derechos. En este sentido, vale traer a colación lo dispuesto por el artículo 10: “ 1. Todo Estado Parte velará por que se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea éste civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión.

2. Todo Estado Parte incluirá esta prohibición en las normas o instrucciones que se publiquen en relación con los deberes y funciones de esas personas.”

Luego, contamos con la Convención sobre los Derechos del Niño que en lo que aquí nos interesa puntualizar, reconoce en los artículos 24 y 25 el derecho a la salud, fijando obligaciones claras en cabeza de los Estados Partes y delineando los alcances de ese derecho:

Así el artículo 24 dispone:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;

e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.”

Y el Artículo 25:

“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un **examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.**” (la negrita es nuestra) .

Éste último artículo pone de manifiesto la importancia del examen periódico de las personas que se encuentran privadas de libertad, en este caso en relación a los niños, pero lo cierto es que el principio de la revisión del tratamiento y las condiciones de privación de la libertad deben hallarse presentes respecto de cualquier persona que haya perdido su libertad.

Este criterio, había sido reglamentado por la ley 26.657 en cuanto incorporaba al Código Civil de Vélez, actualmente derogado, el art. 152 ter que imponía la revisión al menos cada tres años. Asimismo, el Nuevo Código Civil y Comercial ha mantenido este plazo en su art. 40 y lo ha reforzado por cuanto impone como deber al Ministerio Público procurar su cumplimiento.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas¹⁰⁹ en su artículo X, dispone “En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas. En tales casos, el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos eficaces se conservará como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva.

¹⁰⁹ Con rango constitucional conforme al procedimiento previsto por el art. 75 inc. 22 (ley 24.820). Por igual procedimiento cuenta con rango constitucional la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. (ley 25.778)

En la tramitación de dichos procedimientos o recursos y conforme al derecho interno respectivo, las autoridades judiciales competentes tendrán libre e inmediato acceso a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivos para creer que se puede encontrar a las persona desaparecida, incluso lugares sujetos a la jurisdicción militar.”

Señal de la importancia que reviste este derecho y del deber de los Estados por velar por su protección, otros tratados aluden a este derecho como habilitante para la limitación de otros derechos, por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos en los artículos 12 (libertad de conciencia y de religión), 13 (libertad de pensamiento y expresión), 15 (derecho de reunión), 16 (libertad de asociación) y 22 (derecho de circulación y de residencia), admite que la puesta en riesgo de la salud pública puede dar lugar a la limitación de los derechos consagrados en los artículos citados. De modo análogo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación a los artículos 12 (Derecho a circular libremente, a escoger residencia y salir libremente de cualquier país , incluso el propio, artículo 18 (libertad de pensamiento, de creencia y de religión), artículo 19 (libertad de opinión y de expresión), artículo 21 (derecho de reunión pacífica), artículo 22 (derecho de reunión)

Por supuesto, no puede soslayarse el artículo 75 inc. 23 de nuestra Carta Magna que dispone como deber del Congreso, en su primer párrafo “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Con ese breve repaso de la recepción y reconocimiento del derecho a la salud en nuestra Carta Fundamental, con especial referencia al ámbito de la salud mental, se evidencia que estamos en presencia de un derecho humano fundamental cuyo alcance no puede ser desnaturalizado por prácticas o normas inferiores sin caer en responsabilidad internacional. Con su claridad habitual BIDART CAMPOS sostuvo en análisis del artículo 75 inciso 22 que: “a) la persona humana es un sujeto investido de personalidad internacional; b) la cuestión de los derechos humanos ya no es de jurisdicción exclusiva o reservada de los Estados porque, aunque no le ha sido sustraída al Estado, pertenece a una jurisdicción concurrente o compartida entre el Estado y la jurisdicción internacional”¹¹⁰. Esta alusión a la jurisdicción compartida ha sido resaltada por la misma Corte Interamericana debiendo recordarse que la actuación del sistema es subsidiario. Los principales custodios de los derechos humanos son los mismos Estados Parte en sus distintos poderes. Solo la falla de este primer tamiz pondrá en acción la actuación del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

La Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad¹¹¹ con reciente jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc 22 La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Preámbulo reconoce, entre otros temas de relevancia, que las “la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano”, luego expresa su preocupación por observar que pese a la existencia de diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las

¹¹⁰ BIDART CAMPOS, Germán, La Constitución y del DD.HH, El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los derechos humanos., Citerea, disponible en www.citerea.com.ar/ex-libris/bidart_campos.doc , consultado por última vez 24/03/2013

¹¹¹ Ley 26.378, del 21 de mayo de 2008, aprueba la CDPD y su protocolo facultativo (resolución Asamblea Gral. De N.U. A/RES/61/106.)

demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo, para luego continuar expresando la preocupación “por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición.

El artículo primero de la Convención deja en claro el trascendente propósito de este instrumento así como el alcance del término personas con discapacidad, del modo siguiente: “El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”¹¹²

En el artículo 3 se hallan los principios de la Convención:

- a) El **respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;**
- b) La **no discriminación;**
- c) La **participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;**

¹¹² En torno a las conceptualizaciones brindados por el artículo puede ampliarse en el comentario realizado al mismo en ROSALES, Pablo (compilador), Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378) Comentada, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, pág. 25 y ss.

- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Estos principios son los que deben primar para la interpretación de la legislación concerniente a Salud Mental, por supuesto relacionándolos con el artículo 75 inc. 23 de nuestra Carta Fundamental en cuanto en su primer párrafo impone una “obligación indelegable al Congreso Nacional”¹¹³ de “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.” Rescatando de este modo, la categoría de personas en situación de especial vulnerabilidad a la que haremos alusión más adelante.

Entre las obligaciones de los Estados Parte nos interesa resaltar el impuesto por el **artículo 16 apartado 4 “Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e**

¹¹³ KRAUT. Alfredo J.- DIANA, Nicolás, Sobre la reglamentación de la Ley de Salud Mental, LA LEY 08/07/2013, pág. 3

integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad.”

El artículo 25 trata en particular el derecho a la salud, reconociéndolo a favor de las personas con discapacidad en el grado más alto posible sin discriminación por motivos de esa discapacidad. Se dispone allí también respecto de las medidas que deberán adoptar los Estados para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. Luego especifica que, en particular, los Estados Partes proporcionarán: “programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población”(apartado a); los programas específicos necesarios a partir de la discapacidad (apartado b), aclarando en el apartado c) que lo harán lo más cerca posible de la comunidad de la persona, incluso en ámbitos rurales. Este apartado es de especial relevancia, pues en la práctica las personas con discapacidad se ven en la disyuntiva de elegir mejorar o seguir cerca de sus afectos, O sus familias en el dilema de buscar una mejor solución aun cuando ello signifique abandonar sus vidas y trabajos para ir a un centro de atención “en la ciudad”.

El apartado d) se encarga de abordar el tema del **consentimiento libre e informado y de la necesidad de implementar y difundir capacitación y normas éticas adecuadas a los profesionales que traten con personas con discapacidad.**

Mientras tanto, el apartado e) de este artículo obliga a los Estados a prohibir “la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional”

Para finalizar, el apartado f) dispone que los Estados Parte “Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad.”

El artículo 26 refiere a un tema de vital importancia en materia de salud mental: la habilitación y la rehabilitación.

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹¹⁴, si bien no cuenta, a diferencia con los anteriores, con jerarquía constitucional, es un tratado de derecho internacional que asume jerarquía superior a las leyes y que en esta materia no puede soslayarse.

El texto es rico en su contenido, pero aquí nos limitaremos a puntualizar solo algunas cuestiones.

En primer término, resulta de importancia la conceptualización que realiza en el artículo 1º respecto de la Discapacidad, describiendo que: “El término “discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

Y en el segundo apartado hace lo propio con el concepto de discriminación al puntualizar:

¹¹⁴ Ley 25.280 , del 31 de Julio de 2000

“2. a) El término "discriminación" contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.”¹¹⁵

2.-Normativa legal infra constitucional doméstica.

En Argentina se sancionó en el año 2010 la **Ley Nacional de Salud Mental**¹¹⁶ que tras disponer en su artículo 1º el objeto de la ley en los siguientes términos: “La presente ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, con buen tino en su artículo 2º se consideran parte integrante de la ley los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991. Asimismo, la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de Salud y de la Organización Mundial de

¹¹⁵ El apartado b) del artículo aclara qué no constituye discriminación en los siguientes términos:

“ No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación.”

¹¹⁶ Ley 26.657 , B.O. 3/12/ 2010

la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, del 14 de noviembre de 1990, se consideraran instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas.

Esta nueva ley adopta el modelo social de la discapacidad y recepta en su articulado los principios del derecho internacional de los derechos humanos, dándole contornos precisos y definidos. Todo ello, claro esta, desde un punto de vista exclusivamente normativo. La práctica, implementación y adecuación de dichos principios al caso concreto, son otra historia.

En el año 2013, se publicó en el Boletín Oficial el tan ansiado decreto reglamentario de la ley de Salud Mental. **En comentario al mismo se ha dicho con acierto que “el límite en todo esto (es decir en la implementación y efectividad de los derechos reconocidos a favor de las personas con discapacidad) no son las normas. El límite es el hombre, continente y contenido de todo el sistema jurídico”¹¹⁷.**

El Nuevo Código Civil y Comercial se ocupa en el Capítulo II, de lo relativo a la Capacidad de las personas, sentando –de conformidad con lo dispuesto por el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de raigambre constitucional- la capacidad como principio general, indicando que la ley “puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados” (art. 22 sobre la capacidad de derecho). Para luego, referirse en el art. 23 a la capacidad de ejercicio, disponiendo que “Toda persona puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”. Claramente, la capacidad de la persona

¹¹⁷ KRAUT, Jorge Alfredo-DIANA, Nicolas, Sobre la reglamentación de la Ley de Salud Mental, La Ley, 08/07/2013, p. 9.

es el eje y principio rector del sistema. Postulando la excepcionalidad de su restricción y solo en beneficio de la persona (art. 31).

Asimismo, el articulado hace hincapié en la necesaria interdisciplinariedad de la intervención estatal, tanto en el tratamiento de la persona como en el proceso judicial.

Luego, resulta fundamental la consagración normativa de los sistemas de apoyo (de acuerdo a lo dispuesto por la CDPD) y la excepcionalidad de la figura del curador para los casos en que la persona se encuentre “absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulta ineficaz” (art. 32).

Lo expuesto va de la mano del respeto de la voluntad de la persona con dolencia mental y el acompañamiento y apoyo para develar esa voluntad en lo que a su proyecto de vida se refiere, procurando evitar el paternalismo que caracterizaba a los sistemas de antaño en los que se sustituía la voluntad de la persona por la de su representante, y de este nuevo modo, garantizar el derecho a un proyecto de vida que resulte lo mayor autoreferencial posible y el consiguiente, derecho al riesgo que tiene toda persona con discapacidad en igualdad de condiciones y oportunidades que los demás (art. 16, 75 incs. 22 y 23 CN).

Ya nos hemos referido al art. 40 del Código Civil y Comercial en cuanto impone un plazo para la revisión de la sentencia, así como la obligación del Ministerio Público de velar por su cumplimiento.

Es de interés la inclusión del propio interesado como legitimado para dar inicio al proceso de determinación de la capacidad (conf. Art. 33) así como su carácter de parte en el proceso prevista por el art. 36.

Asimismo, el art. 35 consagra el deber del contacto personal del magistrado con la persona cuya determinación de capacidad se persigue. En este punto valga transcribir dicha disposición: “El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y **entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna**, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias.” (la negrita no se encuentra en el original).

Destacamos en negrita la imposición al juez de no poder tomar resolución alguna sin haber efectuado la entrevista personal, por lo que resulta evidente que , por ejemplo, ninguna de las medidas cautelares autorizadas en el art. 34 podría ordenarse sin haberse materializado previamente la entrevista personal del art. 35.

Finalmente y en lo que a la internación de una persona se refiere, el C.C.C. recoge y refuerza los principios contenidos en la legislación especial, ley 26.657, y en su art. 41 precisa los requisitos para la procedencia de una internación legal. Es de destacar que el Nuevo Código restringe aun más que la ley de Salud Mental, el instituto de la internación por cuanto requiere un “daño de entidad para si o terceros”. Es decir que el daño para la propia persona o para terceros no solo ha de tener la característica de cierto e inminente sino también “de entidad”.

Luego en el art. 42 C.C.C. precisa los supuestos en que una autoridad pública puede efectuar el traslado de una persona para su evaluación.

3.- Conclusiones preliminares.

De lo expuesto, surge una observación evidente: nuestro país cuenta con normativa, si bien perfectible, de vanguardia en materia de salud mental, pero,

sabido es que, la presencia de normas –aun cuando necesaria- resulta insuficiente para tener por garantizado un derecho.

El no respeto de los derechos humanos puede deberse a normas contrarias a aquellas que reconocen su existencia (de orden constitucional y/o convencional), por ausencia de normas que garanticen su ejercicio o por la existencia de prácticas contrarias a su vigencia. Por ello, es principio del derecho internacional que el deber de garantía de los Estados respecto al cumplimiento de los tratados de Derechos Humanos requiere de la armonización del ordenamiento interno con las obligaciones internacionalmente asumidas, lo que significa: supresión de normas contrarias al tratado del que se es Parte, dictado de normas que refuercen y hagan posible de modo progresivo la vigencia de dicho tratado, el no dictado de normas o realización de prácticas que se opongan al tratado. Asimismo, es menester contar con presupuesto, capacitación y gasto público para lograr la vigencia efectiva de las normas reseñadas y en consecuencia, el verdadero respeto de la dignidad humana.

B.- Jurisprudencia argentina en materia de salud mental.

1.- La tutela de la Salud Mental en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En materia de salud mental, la jurisprudencia de nuestro país es abundante. Claro esta que al tratarse de un colectivo de personas vulnerables, que históricamente se han visto soslayadas e incluso invisibilizadas, es a través de los tribunales que sus historias y vulneraciones han encontrado respuesta.

El abordaje de la problemática que ronda la salud mental sería imposible en su totalidad por lo que en este apartado efectuaremos una reseña de los precedentes de nuestro Máximo Tribunal en la materia.

Si bien hay antecedentes relacionados con la aplicación de la revisión judicial de los actos en instituciones en relación a las personas privadas de su libertad que resultan de aplicación analógica a los derechos de las personas internadas por motivos de salud mental, que se alejan de la doctrina *hands off* proveniente del derecho norteamericano conforme a la cual el Derecho se para frente a las puertas de las instituciones (carcelarias/psiquiátricas), en este apartado nos limitaremos a destacar los precedentes específicos en material de salud mental.

Da inicio a este recorrido, el fallo *Tufano*¹¹⁸¹¹⁹, en el que se planteaba un conflicto negativo de competencia en el marco de un proceso de internación de una persona afectada por el consumo de estupefacientes. El Juez Nacional en lo Civil y un Tribunal Colegiado de Familia de la Provincia de Buenos Aires se declararon incompetentes. El magistrado nacional consideró que no se había iniciado un proceso de insania sino un control de la internación realizaba en territorio provincial, razón por la cual debía respetarse la residencia que deriva de la internación. El tribunal provincial, por su parte, consideró que debía intervenir el juez que previno. Trabada la contienda negativa de competencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación considera competente al tribunal provincial.

¹¹⁸CS, 27/12/2005, T., R. A., LA LEY 28/04/2006 , 4, con nota de Nicolás Diana; LA LEY 2006-C , 231, con nota de Nicolás Diana; DJ19/04/2006, 1053 - LA LEY //, 01/01/2006, 6 - LA LEY2006-B, 36 - LA LEY 11/10/2006 , 5, con nota de Luis Fernando Barrios Flores; LA LEY 2006-F , 33, Cita Online: AR/JUR/5727/2005

¹¹⁹En la misma fecha la CSJN dictó sentencia en la causa Competencia N° 1524. XLI. Cano, Miguel Angel s/ insania (internación de larga data), expreso que ante la existencia de una declaración de inhabilidad y de una internación de larga data, resulta imperioso extremar la salvaguarda del principio de inmediatez en procura de una eficaz protección del causante, remitiendo en razón de la brevedad y en lo pertinente a los criterios, a los fundamentos y a las conclusiones del precedente Competencia N° 1511.XL A Tufano, Ricardo Alberto s/ internación, votos de la mayoría y de los jueces Highton de Nolasco, Fayt, y Argibay.

Para así decidir, la Corte entendió que el juez del lugar donde se encuentre el centro de internación es el más indicado para adoptar las medidas urgentes necesarias para dar legalidad y controlar las condiciones en que el tratamiento se desarrolla. Asimismo, la conveniencia de que el juez que conoce en el trámite de internación de una persona se encuentre en el mismo lugar que el establecimiento donde aquél habita, a los efectos del contacto directo y personal con el afectado toda vez que con ello se favorece la concentración de las diligencias médicas destinadas a determinar su estado de salud y, finalmente, propende a eliminar trámites procesales superfluos u onerosos y la prolongación excesiva de los plazos en la adopción de decisiones relativas a la libertad ambulatoria, aspectos todos ellos vinculados a los principios de inmediatez y economía procesal.

Señaló que la competencia del magistrado no cesa hasta tanto el conflicto no sea resuelto o bien —según sea el caso— hasta que el juez del domicilio del causante asuma su competencia, si ello correspondiere.

En los procesos en los que se plantea una internación psiquiátrica involuntaria o coactiva, es esencial el respeto a la regla del debido proceso en resguardo de los derechos fundamentales de las personas sometidas a ella.

Las reglas del debido proceso legal deben ser observadas en los procesos en los que se plantea una internación psiquiátrica coactiva, en virtud del estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el cual se encuentran frecuentemente quienes son sometidos a tratamientos de esa índole, erigiéndose por ende como esencial el control por parte de los magistrados de las condiciones en que se desarrolla.

Aceptar la internación de una persona sin orden judicial y el mantenimiento de esa situación irregular sin control periódico alguno durante la tramitación de un conflicto de competencia, no significa otra cosa que

convalidar la violación del estatuto básico de los derechos fundamentales de las personas con padecimientos —reales o presuntos—tornándose así ilusorio el contenido de los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva y del debido proceso.

En definitiva este precedente importa el reconocimiento de los derechos de las personas vulnerables en contextos de encierro, y el deber estatal de control de las medidas, a la periodicidad de ese control y la tutela de los derechos fundamentales de estas personas a la tutela judicial efectiva y del debido proceso, considerándose fundamental a dichos efectos la cercanía del juez al lugar en el que la persona se encuentra internada.

En “Hermosa”¹²⁰ la Corte en un fallo dividido, sostuvo por mayoría que la competencia correspondía en el caso al juez que previno. Sin perjuicio de ello, ha de destacarse la disidencia de los Dres. . Ricardo L. Lorenzetti y Eugenio R. Zaffaroni y de la Dra. Carmen M. Argibay en la que se realizó expresa mención al caso XimeneLopes vs. Brasil, resaltando el deber especial de tutela que recae sobre el Estado para el caso de personas internadas coactivamente.

Los sumarios del fallo se consignan seguidamente:

“Al no haberse podido determinar fehacientemente el lugar actual del establecimiento asistencial en donde se encontraría el presunto incapaz ni su última residencia, por razones de economía y celeridad procesal, y la urgente actividad de control sobre el presunto incapaz por parte del juez -que se persigue en este tipo de proceso-, aconsejan que sea el tribunal de origen quien siga entendiendo y decida respecto a las medidas a adoptar, de ser necesarias, para su más efectiva

¹²⁰ CS, 12/06/2007, Hermosa, Luis Alberto s/insania proceso especial., Cita Online: 4/64146

protección. *-Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-. Mayoría: Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda*

“Corresponde al juez del domicilio del presunto incapaz seguir conociendo en el proceso, al no mediar motivo que justifique la intervención del juez que había prevenido en la internación, máxime habiendo transcurrido más de un año desde que se dispuso el cese de la medida de seguridad de internación, sin que exista constancia alguna en el expediente que haga suponer que la externación no se haya concretado (Disidencias de los Dres. Ricardo L. Lorenzetti y Eugenio R. Zaffaroni y de la Dra. Carmen M. Argibay). Mayoría: Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda

“La designación de Curador Oficial de Alienados no justifica atenerse a la regla de la perpetuatio jurisdictionis -desplazando al juez del domicilio del causante-, en tanto la única intervención de aquél consistió en un pedido de vista que sólo se tuvo por presente sin que se hubiese finalmente ordenado su realización, no habiéndose producido, según se desprende del estudio de la causa, contacto alguno con el presunto incapaz (Disidencia de los Dres. Ricardo L. Lorenzetti y Eugenio R. Zaffaroni). Mayoría: Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda

“La finalidad terapéutica que supone -en los procesos en los que se plantea una internación psiquiátrica coactiva- afectar la libertad ambulatoria obliga al sistema judicial a extremar la salvaguardia de sus derechos fundamentales, en especial, la dignidad, la igualdad y la seguridad jurídica. Estas garantías apuntan a proteger el derecho a gozar de la capacidad jurídica de obrar o del respeto de la necesidad de dotar al afectado de una representación adecuada y responsable -el curador provisional- que tiene el deber de supervisar las actividades del presunto demente y denunciar al tribunal cualquier circunstancia que pueda poner en peligro a la persona o sus bienes, a fin de que se dispongan las medidas conservatorias convenientes

(Disidencia de los Dres. Ricardo L. Lorenzetti y Eugenio R. Zaffaroni). Mayoría: Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda

“En los procesos donde se plantea una internación psiquiátrica involuntaria o coactiva, es esencial el respeto a la regla del debido proceso en resguardo de los derechos fundamentales de las personas sometidas a aquélla, en virtud del estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el cual se encuentran frecuentemente quienes son sometidos a tratamientos de esta índole, erigiéndose por ende, como esencial el control por parte de los magistrados de las condiciones en que aquélla se desarrolla (Disidencias de los Dres. Ricardo L. Lorenzetti y Eugenio R. Zaffaroni y de la Dra. Carmen M. Argibay). Mayoría: Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda

“Durante la tramitación del conflicto de competencia, es deber del juez que previno adoptar las medidas urgentes y este deber -que implica supervisar la legalidad de la internación así como la oportunidad de la externación, sin perjuicio del contingente tratamiento ambulatorio- no cesa hasta que la contienda sea resuelta o hasta que el juez del domicilio del causante asuma su competencia a los fines de iniciarse o proseguirse un eventual proceso de insania o de inhabilitación o simplemente como control de un internamiento compulsivo. Pues de lo contrario se configura una violación del estatuto básico de los derechos fundamentales de las personas con padecimientos como los enunciados en el art. 482 ,párrs. 2 y 3 CCiv. al tornarse ilusorio el contenido de los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva y del debido proceso (Disidencias de los Dres. Ricardo L. Lorenzetti y Eugenio R. Zaffaroni y de la Dra. Carmen M. Argibay). Mayoría: Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda

En la causa Duarte¹²¹ siguió la línea de pensamiento sentada en Tufano y Cano, expresando que en dichos pronunciamientos, “este Tribunal consideró **-con sustento en normas de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y en las decisiones de sus órganos de control-** que el respeto de la regla del debido proceso debe ser observado con mayor razón en el caso de personas sometidas a tratamientos de internación psiquiátrica coactiva debido al estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el que se encuentran frecuentemente estas personas. Asimismo, ambos precedentes jerarquizan el principio constitucional de la tutela judicial efectiva como fundamental y básico para la protección de los derechos de los pacientes con padecimientos mentales. Frente a tales consideraciones, el juez del lugar donde se encuentra el centro de internación es quien debe adoptar las medidas urgentes necesarias para dar legalidad y controlar las condiciones en que el tratamiento de internación se desarrolla con la mira puesta en su rápida externación. Sin perjuicio de ello, mientras se dirime la cuestión de competencia, el tribunal que esté conociendo en el caso -aún si resolviere inhibirse-, debe seguir interviniendo en la causa a fin de no dejar a la persona en un estado de desamparo”

En el 2008, en el fallo “R., M. J.”¹²², la Corte volvió a expedirse en relación a un conflicto negativo de competencia entre un Juzgado Nacional en lo Civil y un Juzgado en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, Provincia de Buenos Aires, con motivo de las actuaciones seguidas respecto de una persona que fue sometida a una internación psiquiátrica prolongada —la cual viene cumpliendo en la actualidad en la mencionada provincia—, originada en una medida de seguridad

¹²¹ CS, 05/02/2008, Comp. 1128. XLIII - "Duarte, J. A. s/ internación" , disponible en <http://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/Normativa/discapacidad/fallos/nacionales/csjn-internacion-duarte.pdf>

¹²²CS, 19/02/2008, R., M. J., LA LEY 29/02/2008, 29/02/2008, 7 - LA LEY 27/03/2008 , 6, con nota de Luciana T. Ricart; Carolina Wnuczko, LA LEY 2008-C , 255, con nota de María Graciela Iglesias; Cita Online: AR/JUR/52/2008

que le fue impuesta por haber sido declarada inimputable en el juicio penal seguido en su contra por el delito de homicidio agravado. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, antes de pronunciarse sobre los principios que rigen la internación psiquiátrica involuntaria, declaró la competencia del juez provincial.

Para así decidir sostuvo: *“Corresponde declarar competente para entender en un proceso de insania **al tribunal del lugar donde se encuentra la entidad asistencial en el que se aloja el causante** —en el caso, Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, Provincia de Buenos Aires—, pues es el más indicado para adoptar las medidas urgentes necesarias para dar legalidad y controlar las condiciones en que el tratamiento de internación se desarrolla.”*

“Si existe una medida de internación de larga data resulta imperioso extremar la salvaguarda del principio de inmediatez en procura de una eficaz protección del causante”.

“Frente a la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales, sometidas a internaciones psiquiátricas prolongadas, el derecho debe ejercer una función preventiva y tuitiva de sus derechos fundamentales, cumpliendo para ello un rol preponderante la actividad jurisdiccional”.

En este sentido, continúa con la línea de pensamiento expuesta en “Tufano”.

Avanza al expresar que *“Toda internación involuntaria, en los distintos supuestos en que un juez puede disponerla, debe sustentarse exclusivamente en el padecimiento de una afección mental susceptible de internación en tanto, en un contexto terapéutico, represente la posibilidad de evitar que se concreten actos dañosos graves, inmediatos o inminentes para esa persona o para terceros — Principios de Salud Mental, 16.1.a— o bien que la terapéutica requiera*

ineludiblemente el aislamiento del paciente durante algún tiempo, dependiendo la razonabilidad de la internación forzosa de su legitimación.”

Si bien los pacientes institucionalizados —especialmente cuando son reclusos coactivamente— son titulares de un conjunto de derechos fundamentales —como a la vida y a la salud, a la defensa y al respeto de la dignidad, a la libertad y al debido proceso—, tales personas poseen un status particular, ya que son sujetos titulares de esos derechos con ciertas limitaciones derivadas de su situación de reclusión, por lo que, frente a tal circunstancia desigual, la regla debe ser su reconocimiento, ejercicio y salvaguardia especial, **de lo cual derivan los deberes legales del sujeto pasivo —sea el Estado o los particulares— y permiten, a su vez, promover su cumplimiento.**“

Estos fallos llevan en su redacción la idea del ‘deber especial de tutela’ o ‘deber reforzado de tutela’ justificándose en la especial situación de la persona vulnerable y en contexto de encierro.

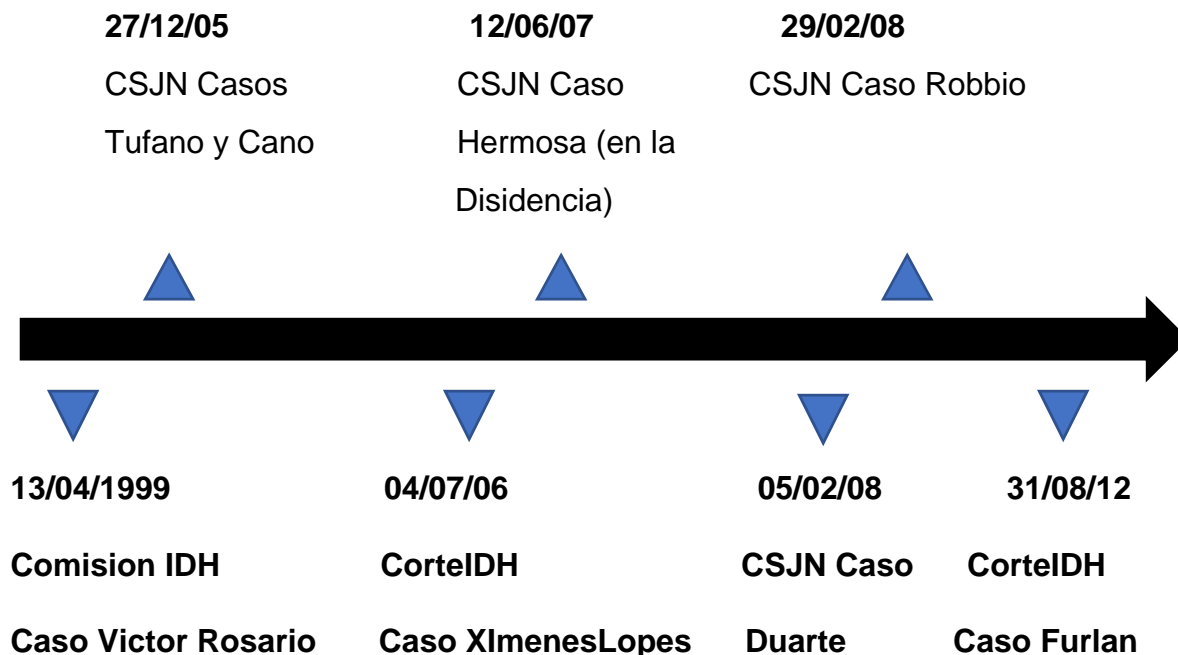
“La medida de privación de la libertad de la persona que padece una enfermedad mental debe ser revisada judicialmente mediante procedimientos simples, expeditivos, dotados de la mayor celeridad y, si corresponde prolongarla por razones terapéuticas, ello debe ser objeto de un minucioso **control periódico jurisdiccional obligatorio de los motivos de la internación, a los efectos de estudiar si las condiciones que determinaron su reclusión se mantienen o se modificaron en el tiempo, pues, de lo contrario, la internación se convierte, en los hechos, en una pena privativa de la libertad sin límite de duración.**”

Nótese que con antelación a la sanción de la ley de Salud Mental y el expeditivo reconocimiento de la necesidad de control de los motivos de la internación y la excepcionalidad de la medida, el fallo lo sienta como criterio obligatorio. Continúa expresando “Si se resuelve implementar una medida de internación respecto de una

persona que padece una enfermedad mental, ésta debe durar el tiempo mínimo e indispensable, en razón de ser un tratamiento restrictivo que debe presentarse como última opción, dejando sentada la regla de la libertad del paciente.”. Un fallo cuyos principios serán a la postre recogidos por la ley 26657 y el Código Civil y Comercial.

Para así decidir se tuvo especialmente en cuenta, los Principios de Salud Mental de las Naciones Unidas de 1991, que también resultan parte integrante de la ley 26657. Puntualizando que “el internamiento involuntario sólo debe tener un carácter excepcional y es necesario realizar todos los esfuerzos posibles para evitar el ingreso en contra de la voluntad del paciente, reconociendo el derecho de aquél, cuyo ingreso haya sido voluntario, a abandonar el centro, a diferencia de lo que sucede en el supuesto de internación involuntaria.”

Fecha esta breve síntesis de los precedentes mas significativos de nuestro máximo tribunal en materia de salud mental, parece interesante efectuar una línea de tiempo en el que se dictan los mismos en relación con los precedentes del Sistema Americano de Derechos Humanos. Simple será vislumbrar la influencia de estos últimos sobre los ordenamientos locales.



Congo

Ahora bien, aun cuando es dable afirmar la influencia y el acogimiento de nuestro Maximo Tribunal a la doctrina sentada por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la reiteración de casos análogos en relación a los mismos o similares presupuestos facticos nos llevan a preguntarnos: Existe una falencia del Sistema Interamericano o de nuestra Corte Suprema a la hora de sentar los criterios imperantes en la materia?. En principio, pareciera que la reedición de conflictos análogos denota una ineficacia por parte de los órganos signados para la determinación de criterios aplicables, generando un alto índice de litigiosidad, inseguridad jurídica y consecuente violación de los derechos de las personas con discapacidad mental. Acaso los lineamientos sentados en forma de estándar resultan demasiado difusos o las reglas demasiado precisa haciendo impracticable su seguimiento? Estas cuestiones nos conducen al punto siguiente.

2.- Supuestos prácticos: Acogimiento de los lineamientos del SIDH por la jurisprudencia local?

En relación al acogimiento de los lineamientos del Sistema IDH como se señaló en el apartado anterior, hemos efectuado una búsqueda de fallos conteniendo en sus textos la cita a los fallos de la Corte IDH, a fin de poder analizar supuestos en los cuales sus lineamientos han sido acogidos. Se aclara expresamente que no se ha realizado una búsqueda de las citas del caso “Victor Rosario Congo” por tratarse de un supuesto resuelto por la Comisión IDH.

El criterio utilizado también nos permitirá conjeturar sobre el acatamiento o no oportuno de los lineamientos, dependiendo dicho criterio de “oportunidad” de la instancia en la que se resolvió el caso, asumiendo que a instancia inferior mayor reducción de los costos de litigación. Consecuentemente, podremos acercarnos a la respuesta de nuestra hipótesis principal y secundarias.

Finalmente, este paneo general de fallos con cita de los lineamientos sentados por la Corte IDH en los fallos Ximenes Lopes y Furlan, nos permitirá observar si resultan mayormente acogidos los lineamientos sentados en forma de estándares o aquellos que lo son mediante reglas.

A los efectos del análisis se expondrán los extractos pertinentes de los fallos, organizándose de modo cronológico desde el más antiguo hasta el presente. Asimismo, se señalará lo acontecido en el *iter* procesal a fin de intentar vislumbrar en que instancia se acogió el lineamiento¹²³.

¹²³ * Base consultada. Thomson Reuters a fecha 07/06/2018. Cantidad de fallos analizados con cita de “Ximenes Lopes”: 106. Extracto solo fallos en materia de salud mental.

La primer cita la recogemos en el ya mencionado fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, R., M. J. del 19/02/2008124 .

Iter: conflicto negativo de competencia entre juzgado nacional y una provincial. Corte dirime la cuestión.

Recoge el estándar relativo a la condición de especial vulnerabilidad de las personas con sufrimiento mental y la regla atinente a la responsabilidad estatal tanto por el cumplimiento de las obligaciones en materia de salud por parte de las instituciones estatales como las no estatales, expresando "la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso " Ximenes Lopes v. Brasil", citado supra -primera sentencia de dicho tribunal referida a la situación de una persona con padecimientos mentales- se ha pronunciado sobre la especial atención que los estados deben a las personas que sufren discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad. En tal sentido, estableció la responsabilidad estatal por los actos u omisiones provenientes de instituciones de salud no estatales y, a la vez, afirmó la existencia de la violación del derecho al recurso efectivo y a las garantías del debido proceso, del derecho a la integridad personal de los familiares, y el alcance de la reparación adecuada dado que "toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos" (párrs. 101º a 103º)."

En este fallo se destaca la ineludible del control de legalidad y la trascendencia del principio de intermediación. Ello nos recuerda que los lineamientos del sistema IDH resultan un piso en materia de reconocimiento de derechos y

¹²⁴ Cita Online: 70042988

garantías pudiendo, y siendo deseable que los mismos sean ampliados por los Estados Parte¹²⁵.

En igual sentido e invocando idéntico estándar ya señalado (aunque no la regla), se pronunció la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I126

Iter. 1ra instancia acoge el amparo. Cámara confirma.

A fin de confirmar la sentencia de grado por la que se hizo lugar a la acción de amparo incoada por una diputada de la Ciudad de Buenos Aires contra el Gobierno local a fin de que se ordene la inmediata ejecución de los actos necesarios para generar condiciones de seguridad y de habitabilidad mínima en un hospital neuropsiquiátrico de dicha localidad y el establecimiento de un programa de reparación total de las condiciones edilicias.

Nótese que la aplicación del estándar de protección especial de las personas con vulnerabilidad en razón de su salud mental se realizó a los fines de brindar a las personas internadas un trato que no resultara degradante a su dignidad considerando necesario la implementación de mejores en materia de seguridad y habitabilidad.

Nuevamente, el criterio local precisa el estándar determinando situaciones de carácter económico y sociales requeridas para que la dignidad de este colectivo de personas sea salvaguardada.

¹²⁵ Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II, 11/04/2017, V., J. P. s/ determinación de la capacidad jurídica, Cita Online: AR/JUR/13661/2017

¹²⁶ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 23/12/2008, Acuña, María Soledad c. Ciudad de Buenos Aires , Cita Online: AR/JUR/29944/2008

En este caso, se confirma la medida adoptada por el tribunal de grado por lo que fue debidamente aplicado por el mismo.

Resulta interesante lo acontecido en el fallo S. de B., M. del C. c. Ministerio de Justicia - Poder Judicial - Estado Nacional ¹²⁷de nuestro Maximo Tribunal.

Iter: accion de daños y perjuicios contra el Estado por errónea internación. Cámara rechaza. Corte en mayoría no admite recurso extraordinario. Disidencia revoca fallo de Cámara.

En este fallo la mayoría declaró inadmisibile el recurso extraordinario por aplicación del art. 280 del Cód. Procesal, Sin embargo, la disidencia es reiteradamente citada por la jurisprudencia, en cuanto sienta bases claras para la tutela de las personas con padecimientos mental en situación de encierro. En particular como se destaca los relativos a los requisitos del tratamiento psiquiátrico y de la internación.

Señalo el voto minoritario que conforme los Principios de Salud Mental, la determinación de una enfermedad se formula con arreglo a normas médicas aceptadas internacionalmente, los conflictos familiares no pueden constituir un factor determinante del diagnóstico de enfermedad mental y el hecho de que exista un historial de tratamiento psiquiátrico no basta, por sí solo, para justificar en el presente o en el porvenir la determinación de una enfermedad mental (Principio 4, incisos 1, 3 y 4).

De este modo, se precisa la imposibilidad de utilizar los antecedentes psiquiátricos o de internación para justificar una internación actual, al igual que tampoco resultan fundamentos validos para la determinación de la capacidad de una

¹²⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 01/09/2009, S. de B., M. del C. c. Ministerio de Justicia - Poder Judicial - Estado Nacional, Cita Fallos Corte: 332:2068 , Cita Online: AR/JUR/29167/2009

persona en la medida que no se presenten los requisitos de necesidad ante la excepcionalidad tanto de la institución de la internación como de la restricción de la capacidad, y siempre que sea en aras de la tutela de la persona.

Asimismo, se señaló que la decisión de “mantener internada a la actora era para su protección, sin apoyo en un análisis fundado que la justifique, importa lisa y llanamente una violación a las garantías vinculadas con las restricciones a las libertades de los pacientes psiquiátricos”.

Dicha afirmación, importa destacar la trascendencia de la justificación de la medida excepcional de internación y la imposibilidad de recurrir a formulas genéricas para pasar el tamiz del control de legalidad.

De los fundamentos del voto minoritario se desprende la necesidad de aplicar un tratamiento voluntario alternativo, resaltando la excepcionalidad de la institución de la internación y el derecho del paciente a ser tratado y atendido, en la medida de lo posible, en la comunidad en que vive (conf. Principio 7, inciso 1 de los Principios de Salud Mental).

En relación a las garantías procesales mínimas de las personas con sufrimiento mental se indicó que la persona con sufrimiento mental tiene derecho a apelar la resolución que dispuso su internación y el derecho a un defensor que la representara en su calidad de paciente (Principio 18 incisos 1 y 5 de los Principios de Salud Mental y ley 22.914).

En este sentido la Corte, en su voto minoritario, precisa el estándar de debido proceso, dándole carácter de regla al fijar como garantía procesal mínima el derecho a cuestionar la medida y a la asistencia letrada del paciente.

Tampoco se supervisó debidamente la situación de la actora una vez internada (Principio 17 de los Principios de Salud Mental). En efecto, la paciente

nunca fue visitada en la clínica "Santa Clara" ni por la jueza, ni por el asesor de incapaces. En el caso del Curador Oficial, su inspección ambiental en el establecimiento fue tardía, toda vez que la actora ya había sido dada de alta y, en consecuencia, externada dos meses antes.

Recae sobre el Estado, conforme al voto que venimos desarrollando, el deber de controlar las medidas y las condiciones del lugar en el que la misma se lleva a cabo. En estas situaciones, "deviene imperioso contar con un control judicial adecuado acerca de la necesidad de la medida de internación y las condiciones de ésta; obligación que —enfaticó— debe practicarse en intervalos periódicos para garantizar la legalidad de la medida de seguridad privativa de libertad impuesta (considerando 17). Esto último debe ser tenido en cuenta para evitar que las personas institucionalizadas psiquiátricamente no sean escuchadas "y vistas" por el sistema judicial".

Este fallo, con la imposibilidad de ser abordado por la Corte atento a su rechazo por el voto mayoritario, evidencia la complejidad de sentar pautas que precisen los estándares.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires¹²⁸ admitió una acción de amparo incoada por el curador definitivo de un menor con padecimiento de Síndrome de Down, a fin de obtener una cobertura integral de las prestaciones "Formación Laboral, Jornada Doble", que le brinda un instituto, sin limitaciones temporales y garantizando la continuidad de éstas.

Iter: Primera instancia acoge parcialmente. Segunda parcialmente. Suprema Corte revoca y hace lugar a la acción.

¹²⁸ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 18/08/2010, P.L., J. M. c. I.O.M.A., Causa: A.69.412 , Cita Online: AR/JUR/45719/2010

Para así decidir hizo expresa mención de la regla sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en "Ximenes Lopes" en cuanto a que, los "Estados están obligados a respetar los derechos reconocidos en la Convención y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, **extendiéndose esa obligación a todos los niveles de la administración, así como a otras instituciones a las que los Estados delegan su autoridad**" (Corte I.D.H., caso "Ximenes Lopes", sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C, No. 149, párr. 97).

En un proceso de determinación de la capacidad la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires¹²⁹, volvió a usar del estándar de especial deber de tutela para precisarlo en el caso concreto al determinar que en estos procesos deben primar los principios de inmediación, celeridad y economía procesal deben primar por sobre cualquier otro en situaciones como la de autos, en la cual se trata de la declaración de incapacidad de una persona en situación de vulnerabilidad, toda vez que en el tema, se ven involucrados los derechos de la presunta insana, y en ese sentido, el referido principio de inmediación es el que permitirá al tribunal tener un conocimiento cabal de la causante, y a ésta, la posibilidad de acceder a la justicia con funcionarios que se encuentren dentro de su radio geográfico. En definitiva, el tribunal pondera como esencial para la tutela de la persona el principio de inmediación.

La SCBA¹³⁰ se ha expedido con relación al deber de cobertura integral de internación domiciliaria para una persona absolutamente imposibilitada.

¹²⁹ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 17/08/2011, N., N. E. , Cita Online: 70071438

¹³⁰ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 21/12/2011, L., R. c. I.O.M.A. s/amparo-recurso de inaplicabilidad de ley,, Cita Online: AR/JUR/91273/2011

Iter: El juez de primera instancia reconoció el derecho del actor a que se cubra el 100% de los gastos de internación domiciliaria de su hijo, con discapacidad total y permanente derivado de un grave cuadro de mielomeningocele por el tiempo que resulte necesario mientras se mantenga su condición de afiliado. La Cámara hizo lugar a la apelación y entendió que la demandada reconoció la cobertura en forma "no integral". El actor interpuso recurso de inaplicabilidad de ley, al que la Suprema Corte hizo lugar, por mayoría, revocando la sentencia impugnada.

La Suprema Corte considero arbitraria la sentencia de la Cámara y explicito que de conformidad con el fallo "Ximenes Lopes" en el contexto de una causa vinculada a la prestación de servicios de salud, los "Estados están obligados a respetar los derechos reconocidos en la Convención y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, extendiéndose esa obligación a todos los niveles de la administración, así como a otras instituciones a las que los Estados delegan su autoridad" (Corte I.D.H., Caso Ximenes Lopes, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149 párr. 97). Nuevamente se recoge la regla que importa el deber de los Estados de velar por la prestación integral del servicio de salud ya sea por organismos estatales como privados¹³¹.

Ya hallándose vigente la ley de Salud Mental, una asesora debio pedir la revisión interdisciplinaria de una persona con discapacidad atento al tiempo transcurrido sin que se materialice la misma¹³². Sorprendentemente, atento a que la revisión resultaba ya hacia dos años un imperativo legal,el magistrado de grado

¹³¹ La misma regla es aplicada para otorgar una medida cautelar tendiente a que una prestadora de salud no corte con el suministro de medicación psiquiátrica y otras prestaciones en favor de las personas con padecimiento mental, - Cobertura de tratamiento. Medida cautelar de no innovar. Acompañante terapéutico Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 102, 10/11/2014, K., M. M. s/ articulo 152 ter. codigo civil, Cita Online: AR/JUR/53955/2014

¹³² Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Matanza, sala I, 06/11/2012, Z., G. R. s/ insanía y curatela, Cita Online: AR/JUR/60847/2012

rechazo el pedido el que finalmente resulto admitido por la Camara. Aquí la Alzada hizo hincapié en la obligación de especial protección que recae sobre los Estados en relación a las personas vulnerables en razón de su salud mental (conf. CIDH en “Ximenes Lopes”)¹³³.

El respeto de las reglas del debido proceso ha sido puesto de resalto por el Tribunal de Casación Penal¹³⁴ a los efectos de revocar una medida de seguridad dispuesta por la Cámara de Apelación y Garantías que considero no cumplía con dichos requisitos. Se destaco en la sentencia la especial tutela que merecen las personas con discapacidad mental, con explicita cita del fallo CIDH “Ximenes Lopes”.

La utilización de un habeas corpus preventivo por parte una mujer¹³⁵, denunciando el accionar ilegítimo del servicio de salud mental de un hospital, en el cual sostuvo haber sido internada en forma involuntaria como consecuencia de obrar de su padre y de una profesional del nosocomio. El juez de primera instancia admite la acción y ordena al hospital y a la profesional que deberán ajustar su actuación a la ley de salud mental. Para así decidir hizo uso del estándar de la CIDH en Ximenes Lopes relativo a la especial tutela que merecen las personas vulnerables en razón de su salud mental y destaco que la internación solo debe aplicarse cuando no existan medios menos coercitivos disponibles para tutelar a la persona o terceros. Asimismo, recogio la regla sentada en el mismo precedente de la CIDH en cuanto a que los Estados “tienen el deber de supervisar y garantizar que en toda institución

¹³³ En igual sentido, sobre el deber de control interdisciplinario y periódico, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires , 07/05/2014, Z., A. M. s/ insania, ED 258 , 543 DFyP 2014 (septiembre) , 269 con nota de Juan Antonio SedaDJ 24/09/2014 , 51 , AR/JUR/19440/2014: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires , 08/07/2014, E., E. R. s/ insania y curatela, LA LEY 02/09/2014 , 6 LLBA 2014 (septiembre) , 900 DJ 28/01/2015 , 49 DFyP 2015 (febrero) , 185 , AR/JUR/32121/2014

¹³⁴ Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, sala I, 07/11/2013, R., J. s/ hábeas corpus , Cita Online: AR/JUR/92393/2013, Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, sala I, 04/08/2016, R. O., F. E. s/ habeas corpus, Cita Online: AR/JUR/60527/2016

¹³⁵ Juzgado de Familia n° 7, Bariloche, 05/02/2014, N. V. E. s/ habeas corpus, Cita Online: AR/JUR/80/2014

psiquiátrica, pública o privada, sea preservado el derecho de los pacientes de recibir un tratamiento digno, humano y profesional, y de ser protegidos contra la explotación, el abuso y la degradación”.

Por su parte, valga resaltar que la Cámara Nacional Civil¹³⁶ revoco el fallo de grado que había rechazado la medida cautelar solicita por el curador público a fin de que se ordenara a la obra social accionada mantener la cobertura íntegra de la residencia en una institución de salud mental de una afiliada que padecía un trastorno *borderline* de personalidad. La sentencia no le hizo lugar. La Cámara la revocó. Para así resolver, tuvo en consideración el deber de especial protección que demandan las personas con padecimiento mental. Explicito, con cita de “Ximenes Lopes” que es deber del Estado “la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad.

En relación al principio de autodeterminación de las personas con padecimiento mental, nuestro Maximo Tribunal Federal sentó una regla sobre su alcance en el *leading case* “D., M. A. s/ declaración de incapacidad”¹³⁷

En lo que aquí nos interesa destacar, se puntualizo que “En la medida en que las decisiones tomadas por los pacientes respecto de la continuidad de los tratamientos médicos se ajusten a los supuestos y requisitos establecidos en la ley 26.529, se satisfagan las garantías y resguardos consagrados en las leyes 26.061, 26.378 y 26.657 y no surjan controversias respecto de la expresión de voluntad en el proceso de toma de decisión, **no debe exigirse una autorización judicial** previa

¹³⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 16/12/2014, T., M. s/ art. 152 ter Código Civil, Cita Online: AR/JUR/66521/2014

¹³⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 07/07/2015, D., M. A. s/ declaración de incapacidad, Cita Online: AR/JUR/24366/2015

para el ejercicio del derecho a la autodeterminación; esto se corrobora con los antecedentes parlamentarios que reflejan la manifestación de distintos legisladores **de evitar la judicialización de las decisiones de los pacientes.**” Por supuesto, la decisión es ampliamente fundada en la normativa de rango constitucional y convencional así como en los precedentes de la Corte IDH. Merece especial atención lo expresado por el tribunal en aras de evitar la judicialización de las decisiones de los pacientes.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires¹³⁸ tuvo ocasión de pronunciarse en relación al deber del Estado de garantizar un servicio de salud adecuado en favor de las personas con padecimiento mental.

Fue interpuesta una acción de amparo tendiente al nombramiento de personal de enfermería, asistencia social y al servicio de mantenimiento en un hospital público destinado a enfermos psiquiátricos. En primera instancia se hizo lugar al pedido. La Cámara revocó parcialmente lo resuelto. Venida a conocimiento de la Suprema Corte bonaerense, fue parcialmente revocada la sentencia.

La provincia de Buenos Aires ha incurrido en una omisión lesiva en el desempeño de la función estatal de protección de la salud de un sector social vulnerable vinculada con el nombramiento de personal de enfermería suficiente en un hospital psiquiátrico, en tanto se demostró en el caso la necesidad de nombramiento de nuevos agentes, la desatención de los pacientes por este motivo y la inacción del Poder Ejecutivo local en remediar la situación.

Consecuentemente, impuso a la provincia de Buenos Aires el deber de elaborar un plan integral de mejora del edificio e infraestructura de servicios e instalaciones del Hospital Neuropsiquiátrico por el mecanismo de contratación de

¹³⁸ . Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 15/07/2015, Gutiérrez, Griselda Margarita y otra c. Hospital Interzonal Alejandro Korn y otro s/ amparo, Cita Online: AR/JUR/26953/2015

personal que estime más adecuado, pues la sola mención de falencias es insuficiente para que en sede judicial se determine que la única opción para subsanarlas, o la exigible legalmente, sea la designación de nuevo personal.

En este fallo la mayoría del tribunal aplica una postura parcialmente activista, pues no designa directamente nuevo personal, sino que fija la finalidad y deja librado al arbitrio administrativo el modo que estime conveniente a su consecución. La disidencia¹³⁹ postulaba el nombramiento judicial del personal necesario.

El caso S., A., F. y otros c. EN-Mº Salud de la Nación y otros s/ amparo ley 16.986 importa otro supuesto de control judicial sobre la omisión estatal en la debida tutela de las personas con discapacidad mental , esta vez contra el Ministerio de Salud de la Nación y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La Cámara condenó al Ministerio de Salud de la Nación y al de la Ciudad de Buenos Aires¹⁴⁰ a dar cumplimiento efectivo a la norma que regula el tratamiento de personas con discapacidad mental que estén en condiciones de ser externadas.

El Ministerio de Salud de la Nación y el de la Ciudad de Buenos Aires resultaron condenados a poner a disposición de los pacientes individualizados en la demanda los dispositivos alternativos denominados casas de medio camino o residencias protegidas previstas en la Ley 26.657, por ser el tratamiento con la modalidad menos restrictiva de su libertad a la que tienen derecho según la norma citada.

En relación a los deberes del Estado en sus tres poderes respecto a la tutela de los derechos humanos, se ha expresado “El deber de priorizar la atención y cuidado de los derechos fundamentales de la persona particularmente vulnerable —

¹³⁹ voto en disidencia parcial del Dr. Hitters al que adhiere el Dr. de Lázari

¹⁴⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala V, 21/12/2015, S., A., F. y otros c. EN-Mº Salud de la Nación y otros s/ amparo ley 16.986, Cita Online: AR/JUR/67510/2015

niño o padeciente de salud mental—, no se encuentra exclusivamente a cargo de los damnificados o del Ministerio Público, sino que es un deber del Estado que todos sus poderes deben atender activamente; es el Poder Judicial quien se erige así no sólo en garante de tales derechos, sino en partícipe activo del obrar del Estado, a fin de dar plena garantía a la tutela y/o restitución de derechos que al padeciente le pudieran estar siendo vulnerados”¹⁴¹.

Respecto a los lineamientos sentados por la Corte IDH en la causa Furlan, la jurisprudencia es abundante. La lectura de la existencia de cuantiosos fallos con referencia a dichos lineamientos, puede tener una lectura optimista o pesimista, aunque también intermedia entre ambos contrastes.

Desde un punto de vista que calificaremos de “optimista” las referencias a Furlan por los tribunales domésticos podría obedecer a un respeto de estos por los pronunciamientos del Sistema IDH, así como a una mayor capacitación de los magistrados y divulgación y acceso a la información de los precedentes del citado Sistema. Asimismo, puede trasuntar en una coyuntura que genera mayor acceso a la justicia de los padecientes mentales. Todo lo cual, contribuiría a una mayor tutela de los derechos humanos, por caso, de las personas con sufrimiento mental.

La opción pesimista, nos llevaría a pensar que la necesidad reiterada de nuevos pronunciamientos con utilización de los lineamientos aludidos puede importar la existencia de reiteradas violaciones a los derechos de las personas con sufrimiento mental que siguen sin encontrar respuesta en el accionar del Estado. La necesidad de estos sujetos (o sus representantes y/o apoyos) de concurrir a la justicia en busca de respuestas a las tutelas de sus derechos importa –de suyo- la falta de respuesta adecuada en otros andariveles estatales. También puede reflejar

¹⁴¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 09/11/2017, F., M. T. s/ determinación de la capacidad, Cita Online: AR/JUR/98094/2017

la consecuencia de una ineficiente determinación del estándar o de la regla lo que dificulta su aplicación y su consolidación como información fiable para la toma de decisiones de los actores al decidir judicializar sus planteos, llevando a la reedición constante de conflictos análogos.

La propuesta intermedia nos permitiría leer esta situación como la consecuencia de un mayor acceso a la justicia de las personas que otrora se encontraban completamente invisibilizadas. Ello hace que situaciones antes consentidas puedan resultar cuestionadas judicialmente en busca de una respuesta que no fue hallada por los otros poderes del Estado. Por otra parte, existe la clara posibilidad de una mayor capacitación de los magistrados en materia de derechos humanos que los lleva a una lectura no sesgada de la legislación doméstica en perspectiva convencional.

Tan profusa es la jurisprudencia que ha echado mano del precedente “Furlan” que nos limitaremos, en lo sustancial, a referirnos a aquella que ha recogido el estándar o regla ya individualizado en el capítulo correspondiente en relación a las personas con padecimiento mental. A saber: regla de la duración del proceso y estándar de consideración de especial vulnerabilidad del sujeto para aplicación de la ley. Así como al estándar del debido proceso¹⁴².

En relación a la regla dispuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a que cuando el proceso incluye sujetos vulnerables por proteger, existe una obligación de tipo convencional en relación al impulso judicial del trámite hasta que la sentencia se cumpla (bajo la garantía del plazo razonable), fue

¹⁴² Búsqueda de fallos con cita del precedente Furlan efectuada en base La Ley Online desde la fecha en que la Corte IDH fallo Furlan hasta el 31/12/2016 (cantidad de fallos publicados 50) Asimismo, búsqueda con palabra libre Furlan en base de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, total de fallos> 86 y finalmente búsqueda de cita del fallo Furlan en la base de CIJ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, total de fallos, 39. Total general: 175.

tenido especialmente en cuenta por una Cámara provincial¹⁴³ frente a la declaración de nulidad del procedimiento de insania efectuada por el juez de primera instancia, por falta del informe médico forense complementario del certificado médico. La Cámara decidió que este tipo de procesos no proceden los modos anormales de terminación, lo cual implica la inviabilidad de la conclusión por nulidad y la necesidad de una sentencia sobre el fondo. En lo que nos interesa destacar, y con expreso fundamento en la regla sentada por la Corte IDH en “Furlan” se sostuvo que “el magistrado de Familia de grado, debió enderezar la causa, proveyendo todo el material probatorio pertinente para evaluar adecuadamente si la curatela asistencial constituye una exigencia del caso particular, precisamente como medio para garantizar a una persona con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de sus derechos humanos y libertades fundamentales, o conlleva en el sub lite la imposición de una carga desproporcionada, de acuerdo con el estado de salud de la denunciada y su situación patrimonial”¹⁴⁴.

La Cámara Civil y Comercial de Azul¹⁴⁵ revoco parcialmente la sentencia de grado que había otorgado la adopción plena de una niña cuya progenitora no podía asumir el rol materno en razón de su discapacidad mental. Sostuvo que en el caso había que considerar ambas vulnerabilidades, la de la niña en razón de su edad y la de la progenitora biológica en virtud de su salud mental y que deseaba mantener contacto con la misma. Consecuentemente, y con cita de Furlan en dicho sentido, se resolvió mantener la adopción plena de la niña pero con mantenimiento del vínculo biológico respecto de su madre, declarando de oficio la inconstitucionalidad del art.

¹⁴³ CCivComyLaboralGuauguaychu, 01/07/2013, A., J. C. s/ declaración de inhabilitación, LLLitoral 2013 (octubre), 1021 - LLLitoral 2013 (noviembre) , 1072, con nota de Angel Luis Moia;

¹⁴⁴ conf.: Corte Sup., “B., J. M. s/Insania”, 12/06/2012, LL, 26/06/2012, 7; DFyP 2013 —enero-febrero—, 224

¹⁴⁵ CCivComAzul, SalaII, 10/10/2013, S., R. s/ adopción, DFyP 2014 (enero) , 91, con nota de Eduardo A. Zambrizzi; DJ26/03/2014, 97 - LLBA2014 (marzo), 226 - LA LEY 31/03/2014, 31/03/2014, 10

323, segunda parte, del Código Civil, actualmente derogado en cuanto extinguía el parentesco biológico en los supuestos de adopción plena.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁴⁶ dejó sin efecto la sentencia de grado que tanto en primera como en segunda instancia rechazaron *in limine* la acción de amparo interpuesta contra la ANSeS para que se incorpore a los hijos menores de edad del reclamante al subsistema no contributivo de “Asignación Universal por Hijo para Protección Social”.

Sostuvo que la decisión de grado constituyó un exceso de rigor formal al concluir que correspondía cancelar la vía intentada, en un conflicto urgente, sin brindar motivos razonados que resulten constitucionalmente suficientes para sostener la decisión y sin consideración alguna de las circunstancias del caso, omitiendo toda ponderación con respecto a si la cuestión era susceptible de encausarse por esa vía. Se explicito con cita de Furlan que en materia de niñez recae sobre los jueces un deber de tutela reforzado, máxime cuando en el caso se trata “, la grave problemática social invocada resulta, por su misma índole, susceptible de comprometer la integridad y el desarrollo psicofísico de dos personas menores de edad, y el intérprete no puede ignorar el efecto que la dilación tiene en la generación de serios perjuicios de imposible o dificultosa reparación ulterior”.

El estándar de deber de tutela reforzado profundizado en la causa Furlan ha sido utilizado por numerosos fallos. Ya con antelación al nuevo Código Civil y Comercial se expresaba “En el fallo dictado en el caso "Furlán y Familiares vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, sent. 31/08/12), queda expuesta la diferencia entre las personas que son consideradas "normales" socialmente y aquéllos que sufren un estigma. Las personas con

¹⁴⁶ CS, 15/05/2014, I. C., L. A. c. ANSeS -P.E.N. s/ amparo - medida cautelar, LA LEY 10/06/2014 , 7, P.q.-S; LA LEY 18/07/2014 , 7, con nota de María Laura Ciolli de Aguirre; LA LEY2014-D, 257 - IMP2014-8, 263 - DJ13/08/2014, 39, Cita Online: AR/JUR/16961/2014

discapacidad cuentan con un plus de padecimiento a causa de estas "marcas" y el uso de la terminología vigente en el derecho de jerarquía inferior, da de bruces con toda la normativa y los compromisos asumidos por el Estado, estigmatizando aún más a los afectados, lo que impone realizar las adaptaciones y adecuaciones necesarias en este sentido." Este fundamento era utilizado por una Cámara de Salta¹⁴⁷ para acoger el planteo recursivo de un asesor de incapaces por el que cuestionó los términos "incapacidad por demencia" e "insano" empleados en la sentencia de grado, solicitando su supresión.

Este estándar de deber reforzado de tutela respecto de las personas vulnerables en razón de su edad y discapacidad fue puesto de resalto por el Tribunal Superior de Justicia de Santiago del Estero¹⁴⁸ al expresar con motivo de revocar parcialmente una sentencia de grado y admitir el planteo integral del actor que: "El comportamiento de la obra social de reintegrar parte de los gastos que cubren tratamientos de salud respecto de un niño discapacitado no satisface los estándares mínimos de la normativa en materia de discapacidad, en razón de que el accionante pertenece a un doble grupo de vulnerabilidad, y la demandada se negó a prestar apoyo básico y esencial a los fines de lograr el rápido acceso a los beneficios para el tratamiento de su salud, garantizada en normas fundamentales".

El precedente Furlan es sumamente citado para cuestiones relativas a la tutela de las personas menores de edad. Sin embargo, como se aclaró al inicio de este apartado solo nos hemos de referir a las citas que se relacionen con el objeto de esta tesis: personas con discapacidad mental.

¹⁴⁷ CCivComSalta, SalaIII, 09/09/2014, T., C. R. s/ Declaración de insania, LLNOA2015 (febrero), 104
Cita Online: AR/JUR/50068/2014

¹⁴⁸ STSantiagodelEstero, SalaCrimLabyMinas, 12/12/2014, M., M. M. c. Instituto de Obra Social del Empleado Provincial (I.O.S.E.P.) s/ acción de amparo – apelación en amparos, DJ15/07/2015, 49, Cita Online: AR/JUR/74378/2014

Así las cosas, resulta de interés mencionar el fallo de primera instancia¹⁴⁹ que de acuerdo con el estándar de deber de tutela reforzada¹⁵⁰ sostuvo que tratándose de un menor de edad que se encuentra alojado en un hogar para menores, corresponde otorgar tutela especial a favor de la directora de un Hogar de Niños en los términos del art. 109, inc. g), del Cód. Civil y Comercial, exclusivamente a los fines de la obtención del certificado único de discapacidad y la tramitación, percepción y administración de una pensión por invalidez, dada la inexistencia de un adulto responsable que asuma su cuidado personal o que ostente la titularidad de la responsabilidad parental, al haber sido declarado en estado de adoptabilidad de acuerdo al art. 610. Asimismo, se expreso que el instituto de la tutela especial del art. 109 del Código Civil y Comercial debe entenderse como un medio eficaz no sólo para garantizar la debida representación legal del niño, el acceso efectivo a los servicios de salud y asistenciales en condiciones de igualdad, sino también para por intermedio del acceso a estos servicios y de los exámenes de la Junta Médica del Consejo Provincial del Discapacitado, llegar a un acabado conocimiento de la situación de salud del menor declarado en estado de adoptabilidad.

En un señero fallo que abarca sendas cuestiones relacionadas con la perspectiva de genero que deben resolver los magistrados en razón de las obligaciones internacionalmente asumidas, la Corte Suprema de Justicia de la

¹⁴⁹ Juzgado Menores Corrientes, N1, 22/09/2015, A. C. E. y A. Y. s/ prevencional, DFyP 2016 (julio) , 175, con nota de Elena B. Mendoza y Silvina M. Basso; LLLitoral 2016 (julio) , 6, con nota de Elena B. Mendoza y Silvina M. Basso; DJ 26/10/2016 , 17, con nota de Elena B. Mendoza y Silvina M. Basso;

¹⁵⁰ Se cito en el fallo expresamente que se resolvía de conformidad con la doctrina de la Corte IDH en Furlan, en su parte pertinente “...que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad”

Nación¹⁵¹ hizo expresa utilización de la doctrina profundizada en el caso Furlan en relación al estándar de deber de tutela reforzado que pesa sobre los Estados respecto de las personas vulnerables, máxime cuando se encuentran en situación de encierro. Respecto a este último aspecto la Corte remite a los fundamentos consolidados en los precedentes reseñados en el apartado correspondiente que, justamente, adoptan el estándar de tutela especial respecto de las personas con padecimiento mental sentado por la Corte IDH en “Ximenes Lopes”.

En el caso, la madre y curadora definitiva de su hija y tutora de su nieta demandó la filiación de esta última a uno de los internos de una institución psiquiátrica, a quien le atribuyó la paternidad como consecuencia del delito de abuso sexual que habría cometido contra su hija. La demanda fue rechazada. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires desestimó, por mayoría, los recursos de inaplicabilidad deducidos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al entender en el recurso de queja por extraordinario denegado, revocó la sentencia.

La Corte considero arbitrario desestimar los recursos extraordinarios locales interpuestos contra el rechazo de la demanda de filiación entablada contra el interno de una institución psiquiátrica que habría violado a la hija de la reclamante allí alojada, dejándola embarazada, pues resulta reprochable la valoración de la negativa de demandado a la realización del estudio biológico y la no comparecencia al proceso; el Tribunal Superior no pudo desconocer la teoría de las cargas probatorias, que jugaba aquí un papel fundamental, **pues las opciones estaban acotadas por el**

¹⁵¹ CS, 15/03/2016, G., A. N. c. S., R. s/ filiación, LA LEY 11/04/2016, 11/04/2016, 7 - LA LEY2016-B, 509 - RCCyC 2016 (mayo), 05/05/2016, 140 - DFyP 2016 (julio), 06/07/2016, 86 - DJ20/07/2016, 22, Cita Online: AR/JUR/5545/2016

escenario aislado en el que se habrían desarrollado los hechos y por la ínfima posibilidad de reconstruir el hecho dada la incapacidad de la víctima.

Finalmente, resalto, como se adelanto, que tratándose de un caso que involucra los derechos de dos personas particularmente vulnerables por su incapacidad mental, el de identidad de una menor, cuya filiación se reclama y la presunción de un acto de violencia sexual, se exige de los jueces un deber de tutela reforzado.

En otro caso, la Corte Suprema tuvo ocasión de referirse en relación al tema del ejercicio del rol materno por parte de las personas con discapacidad mental en un supuesto en el que una mujer con dicho padecimiento recurrió la decisión de la Cámara de Apelaciones de otorgar la guarda preadoptiva de su pequeño hijo¹⁵². La Corte revocó dicho pronunciamiento aludiendo al deber de tutela reforzado de los Estados y el de efectuar acciones positivas tendientes a tutelar a las personas con sufrimiento mental. Sostuvo que la existencia de necesidades de estímulo y de contención no puede constituir por sí, un argumento válido para despojar a una persona con retraso madurativo de la oportunidad de ejercer plenamente sus derechos fundamentales, tales como la maternidad; antes bien, es la presencia de esas necesidades la que impele al sistema universal de derechos humanos para imponer a la autoridad pública la carga positiva de prestar los apoyos y ajustes razonables (del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hace suyos).

¹⁵² CS, 07/06/2016, I., J. M. s/ protección especial, LA LEY 14/07/2016, 14/07/2016, 9 - LA LEY2016-D, 280 - LA LEY 26/07/2016, 26/07/2016, 11 - DJ28/09/2016, 33 - DFyP 2016 (octubre) , 119, con nota de Julio A. Martínez Alcorta y Carlos A. Bado; Cita Online: AR/JUR/32497/2016

En relación a las personas especialmente vulnerables en razón de su avanzada edad, la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata¹⁵³ confirmó el fallo de grado que ordenó a PAMI incrementar el subsidio para que un hombre de 72 años declarado incapaz, pudiera pagar los honorarios de un acompañante socio terapéutico y así sostener su externación. Tuvo especialmente en cuenta la prolongada institucionalización del paciente (veinticinco años), y el estándar de deber de tutela reforzado así como las acciones positivas que recaen sobre el Estado de acuerdo al fallo Furlan.

En análogo criterio respecto a este deber reforzado de tutela se ha expresado que “El Ministerio de Salud de la Nación y de la Ciudad de Buenos Aires deben adoptar las medidas necesarias proveer dispositivos comunitarios aptos para la continuación del tratamiento de un paciente psiquiátrico, a partir de su externación, pues se encuentra obligado a ello por lo resuelto en el proceso principal en virtud de lo dispuesto en Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Protocolo Facultativo, así como lo previsto en la ley 26.657, de Protección de Salud Mental, con respecto a las denominadas casas de medio camino o residencia protegidas”¹⁵⁴

Incluso la situación de vulnerabilidad mental ha sido tenida en cuenta respecto de terceros ajenos al proceso. En este sentido, se resolvió que: “la detención del imputado debe cumplirse en la modalidad de prisión domiciliaria, pues de los informes presentados surge la necesidad de su presencia en su domicilio para que atender a las niñas respecto de las cuales es progenitor afín y hacer los quehaceres

¹⁵³ Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, 28/12/2017, "G. R. Z. S/ DETERMINACION DE CAPACIDAD", eIDial.com - AAA6CE, publicado el 15/03/2018.

¹⁵⁴ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contenciosoadministrativo Federal Nro. 9 , 03/05/2017 , C., S. F. s/ inc. ejecución de sentencia, La Ley Online • AR/JUR/20622/2017

domésticos; en la medida que ello no sólo le permitiría a su pareja estar más tiempo con la hija común de ambos, que padece una enfermedad de gravedad por la que tiene que permanecer internada, sino que también incidiría directamente en su salud mental y, por ende, en el bienestar de las menores”¹⁵⁵.

La confirmación de la imposición de astreintes contra una prestadora de servicios de salud por incumplir con la manda judicial dictada en beneficio de una persona con discapacidad mental, se fundó en el estándar del deber reforzado de tutela que corresponde aplicar a este colectivo de personas¹⁵⁶.

En materia de alimentos la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, sostuvo que “Las personas con discapacidad -entre las que debe incluirse a quienes poseen deficiencias físicas- poseen serias limitaciones en su participación plena y efectiva en la sociedad, producto de las barreras que se yerguen a partir del entorno y la actitud de los demás ... por lo que deben ser merecedoras de un apoyo institucional y social más intenso, para cuya meta, en general, es menester reconocer la necesidad de efectuar ciertos ajustes razonables a las pautas de convivencias sociales, a través de modificaciones y adaptaciones normativas adecuadas que sin imponer una carga desproporcionada o indebida, mitiguen la discriminación y garanticen a aquéllas el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de sus derechos humanos y libertades”¹⁵⁷¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 26 de la Capital Federal, 26/12/2016 , Causa nº 4874 • LLCABA 2017 (abril) , 9 con nota de Cristián F. Anderson, AR/JUR/102286/2016

¹⁵⁶ Cam. Nac. Civ. Sala L, C. 29355/2005. P. A. E. s/DETERMINACION DE LA CAPACIDAD, 21/03/2018 confirma medida del Juz. 88 A.B. Buenos Aires, publicado en <http://www.cij.gov.ar/sentencias.html>

¹⁵⁷ conf. SCBA, 16/08/2017, Causa C119722 “L. S. C. Contra M., J. L. Homologación Convenio de Alimentos”, JUBA.

¹⁵⁸ En igual sentido se pronunció el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE FAMILIA Nº 1 DE SAN ISIDRO (Buenos Aires) - 29/08/2017 , Expte Nº SI-11592-2011 - "A. E./ S. M. G. s/Incidente de alimentos", elDial.com - AAA251, Publicado el 11/10/2017

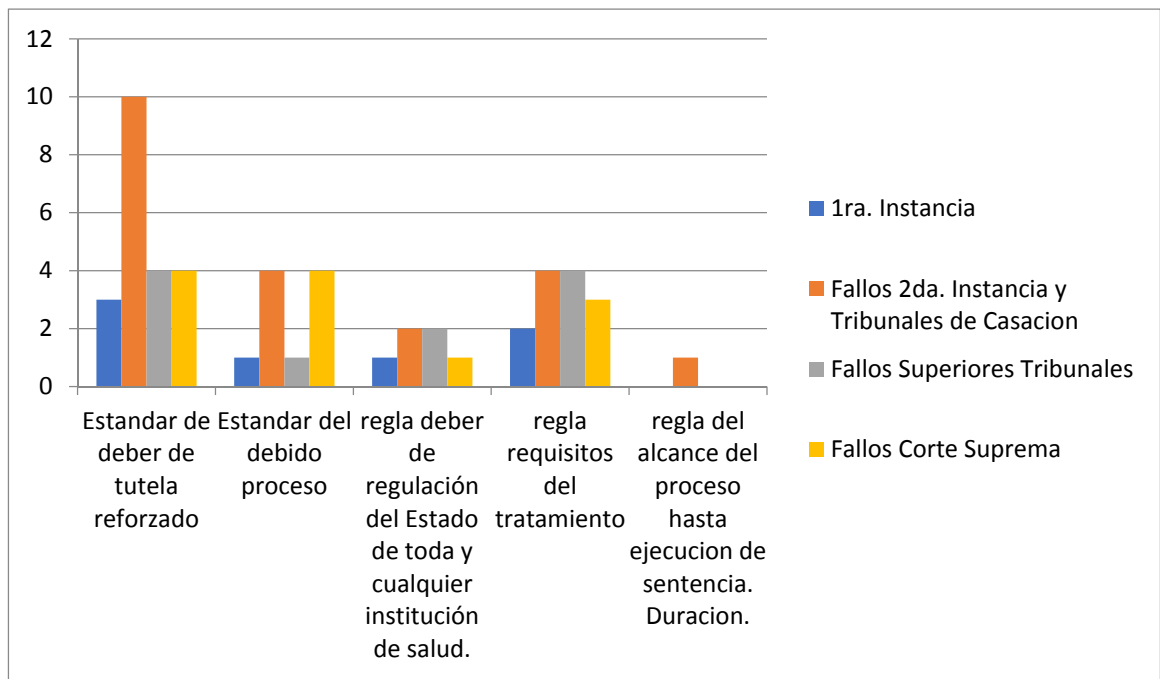
Este criterio de deber reforzado de tutela en favor de las personas con discapacidad mental ha sido especialmente considerado en materia de alimentos tanto para admitir la procedencia¹⁵⁹ de su reclamo como para determinar su quantum. Valga resaltar que incluso se ha considerado que en el caso de alimentos entre parientes la prestación no debe limitarse a proporcionar solamente recursos para una manutención en un nivel mínimo, sino que, “al momento de su fijación, debe tenerse en cuenta que, por su discapacidad, la accionante se encuentra en un estado de vulnerabilidad”¹⁶⁰.

El análisis cuantitativo de los fallos reseñados puede representarse como sigue:

¹⁵⁹ Vgr., Respecto a la obligación del ex esposo de prestar alimentos en favor de la ex esposa con discapacidad mental, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Reconquista Sala/Juzgado: 4ta circ., 12/04/2017 , P. E. A. c/ C. A. M. s/ inc. de cesación parcial cuota de alim. y litis expensas Cita: MJ-JU-M-105593-AR | MJJ105593 | MJJ105593, publicado el 29/08/2017.

¹⁶⁰ CC0102, 14/09/2017 , Carátula: P. ,F. N. C/ P. ,M. S/ ALIMENTOS. CUADERNILLO ART. 250 DEL C.P.C., MP 163032 232-S S Juez MONTERISI (SD).

Gráfico 1



El análisis del gráfico 1 permite afirmar que en el muestreo realizado, los lineamientos sentados en forma de estándares resultan más utilizados por los tribunales domésticos para resolver. De ello pueden inferirse dos razonamientos adversos. Por un lado, que al resultar expresados como estándares su amplitud permite abarcar más supuestos que las reglas y al dejar un amplio margen de apreciación su utilización resulta más frecuente. Por otra parte, podría estar evidenciando una reedición de casos que reflejen la necesidad de precisar dicho lineamiento mediante una decisión que le otorgue carácter de regla.

Otra lectura que puede hacerse de los resultados obtenidos es que la precisión de los lineamientos mediante reglas, generan un valor de capital que reduce la concurrencia a la litigación, razón que justificaría la menor cantidad de fallos que se resuelven mediante la aplicación de reglas.

La observación del gráfico permite inferir que los estándares resultan menos recurridos que las reglas. Los litigantes parecieran conformarse con la interpretación que de ellos realicen las Cámaras. Ello puede deberse a la menor información que se desprende de los lineamientos para poder predecir el resultado de la decisión de un Superior Tribunal o de la Corte. En este sentido, el estándar del debido proceso resulta la excepción pues su violación habilita con mayor amplitud la competencia de la Corte Suprema, situación que también se ve reflejada en el gráfico.

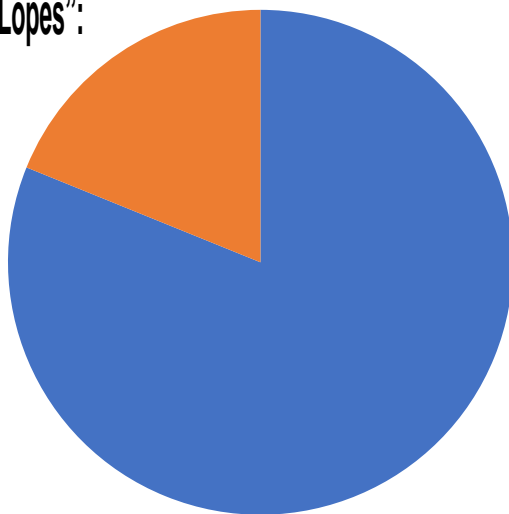
Por su parte, la utilización de reglas pareciera fomentar la concurrencia de los litigantes a la instancia del Superior Tribunal, tal vez promovidos por su entender de la errónea aplicación de la misma por las Cámaras. En este punto la precisión de la información contenida en la regla le otorgaría mayor previsibilidad al litigante sobre el resultado. Paradójicamente, del gráfico pareciera desprenderse que los Superiores Tribunales confirman las decisiones de la Alzada lo que a su vez incide sobre el fortalecimiento del lineamiento mediante forma de regla como bien de capital.

Es llamativo que las reglas que reciben menor aplicación son aquellas que demandarían un mayor desembolso económico por parte del Estado, vgr. Regulaciones de las prestaciones de salud por parte del Estado respecto de establecimientos de salud tanto públicos como privados y cuestiones relativas a la duración de los procesos judiciales y ejecución de las sentencias.

Finalmente, y en particular en relación a la regla relativa a la duración del proceso cuando reclama una persona con padecimiento mental y su alcance, sentada por Furlan, vemos que la misma no ha sido prácticamente utilizada en materia de salud mental. Ello puede deberse a que en la actualidad los procesos en los que se encuentra presente una persona vulnerable en razón de su dolencia mental continúan teniendo plazos excesivos hasta la ejecución de la sentencia.

Gráfico 2

Fallos con cita de "Ximenes Lopes":



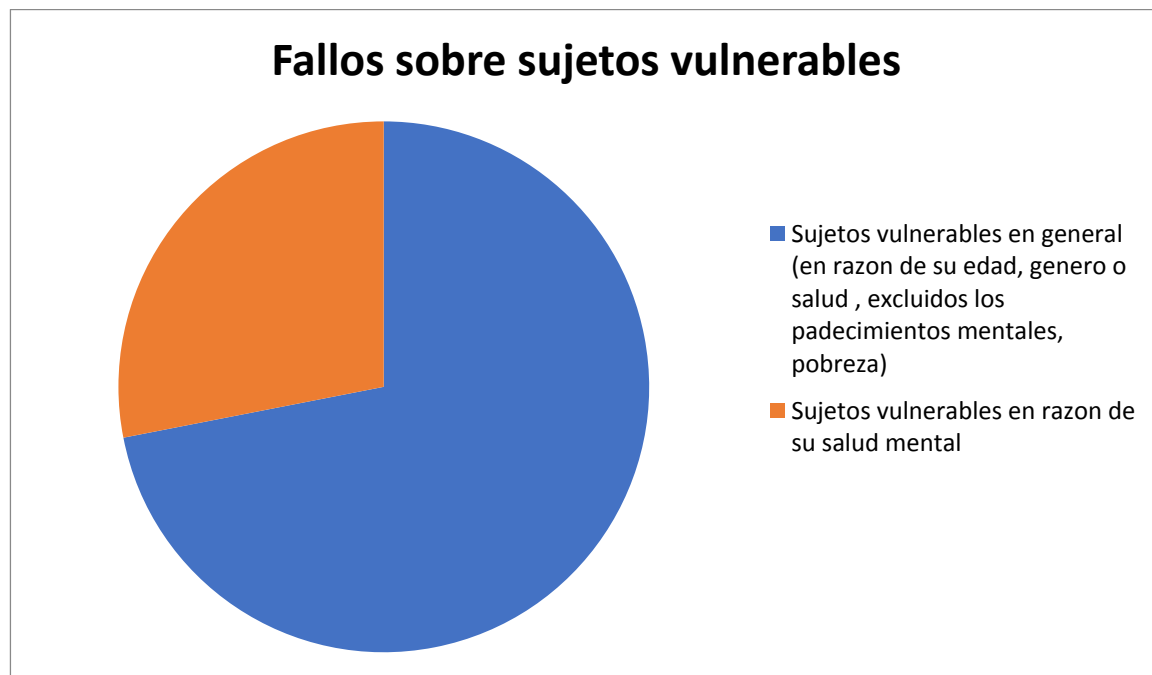
■ Fallos que usaron los lineamientos para tutelar sujetos vulnerables en general

■ Fallos que usaron los lineamientos para tutelar padecientes mentales específicamente

Gráfico 3



Gráfico 4



Los gráficos permiten visualizar que de la masa de fallos en los que se encuentra presente una cuestión atinente a un sujeto vulnerable, un 28% responde a vulnerabilidad en razón de la salud mental. Ese porcentaje es particularmente alto si se tiene en cuenta que el 82% restante comprende a situaciones de vulnerabilidad de lo más variadas como por ejemplo en razón de la edad, del género, de la discapacidad –excluida la mental- y la pobreza, entre otros (**Gráfico 4**).

Puede observarse que la causa Ximenes Lopes ha sido más citada que Furlan (**Gráficos 2 y 3**). Ello puede deberse a varias razones. En primer término, en cuanto a la diferencia de tiempo. Furlan sigue siendo relativamente nueva en comparación con Ximenes Lopes.

Otra posibilidad para fundar dicha diferencia puede estar dada en el hecho de que Ximenes Lopes ha sentado con antelación a Furlan el estándar del deber de

especial tutela que conforme se ha observado, resulta el mayormente utilizado por nuestros tribunales, confiriéndole distintos alcances en una gama variopinta de situaciones y materias.

3.- El costo de la regulación a través del litigio y posibilidad de reducción a través de la aplicación de los lineamientos del SIDH. Recepcion de los estándares y las reglas.

Al dar inicio a este trabajo nos referimos a la tendencia actual de la regulación a través del litigio. En un interesante artículo periodístico publicada en The Economist se destacaba que en los países con mercados emergentes se suele incorporar en las constituciones derechos económicos y sociales y luego se usan las cortes para lograr la efectividad de esos derechos. Se señala que el proceso judicial puede ser una fuente clave para proteger a los pobres en los países emergentes¹⁶¹. Así las cosas, resulta cada vez más interesante analizar el modo en que los precedentes del Sistema IDH contribuye a reducir los costos de litigación.

También afirmábamos al principio de estas líneas, que la asignación de derechos vía Sistema Interamericano de Derechos Humanos es siempre una solución *second best* toda vez que los Estados Parte son los primeros obligados a cumplir con los derechos humanos y el sistema solo actúa de modo subsidiario. Siendo ello así nos preguntábamos si una vez que el costo hundido (costo de oportunidad) de utilización del Sistema IDH ya existe, es posible reducir los costos de litigación futuros a través de la postulación por parte de la Corte IDH de lineamientos (ya sea a través de estándares o reglas) que aplicados por los Estados Partes eviten en sus tres poderes la vulneración de derechos sobre los mismos temas. Asimismo, y en lo que a la solución judicial refiere que se reduzcan mediante su aplicación los costos asociados al litigio.

¹⁶¹ <https://www.economist.com/blogs/freeexchange/2012/03/law-and-economics>

Los costos del litigio son variopintos y, en ocasiones, en particular en países en que como el nuestro se carece de información estadística –o casi de cualquier otro tipo- completa resulta imposible formular con precisión cual es el costo de vgr. Un proceso de control de internación o un proceso de determinación de la capacidad jurídica. Consecuentemente, nos pareció que un modo de inferir sin hesitar la reducción de los costos de litigios es considerar las etapas por las que debe transitar el litigante. En este sentido, si el juez de primera instancia utiliza el lineamiento del Sistema IDH y luego su resolución es firme o confirmada en las instancias de alzada, aplicando el sistema general de imposición de costas y siempre que se mantenga la aplicación de los principios para casos análogos, los fallos operaran como una asignación judicial de derechos que en su cuantía importaran un acervo de valor para todos aquellos que deben decidir si concurrir o no a la justicia.

Posner refiere a este cuerpo de precedentes como “un acervo de capital”¹⁶². El autor citado señala que “desde el punto de vista económico, el cuerpo de precedentes en un área de la ley es un acervo de bienes de capital; específicamente un acervo de conocimientos que rinde servicios durante muchos años a disputantes potenciales bajo la forma de información acerca de obligaciones legales. Los bienes de capital se deprecian, el valor de los servicios que rinden se declinan a través del tiempo. Esto puede deberse al desgaste físico del bien o a la obsolescencia que es un cambio en el ambiente que reduce el valor de los servicios que genera el bien. El primer tipo de la depreciación carece de importancia en la caso de la información: el segundo es muy importante, el derecho de los accidentes que se desarrollo para afrontar las colisiones entre los carros tirados por caballos sera menos valioso cuando se aplica a las colisiones entre automóviles”¹⁶³

¹⁶² POSNER, Richard, El analisis economico del derecho, op cit. p. 836.

¹⁶³ POSNER, Richard, El analisis economico del derechos, op cit. p. 836.

En igual sentido si los pronunciamientos efectuados por la Corte IDH son formulados en forma demasiado precisa (como reglas) su aplicabilidad resultara mas reducida pues presupone que podrá abarcar una menor cuantia de casos. Ahora bien, si sus lineamientos son todos omnicomprendivos (en forma de estándares) se corre el riesgo de no poder generar el acervo de capital pues los tribunales locales dudaran de su aplicación concreta o bien la utilizaran para una variedad disímil de casos sin permitir lograr una acumulación de análogos. Claro, que dicho supuesto puede salvarse mediante la transformación del estándar en regla en el ámbito local.

Un ejemplo de ello esta dado en el amplísimo postulado del deber de especial tutela a las personas vulnerables y las acciones positivas que el estado debe realizar en pos de su protección. Ante este estándar la jurisprudencia local ha precisado el estándar dándole forma de regla por ejemplo en relación a los requisitos del debido proceso legal y las particularidades que debe cumplir para dar cabal acogida al estándar de tutela reforzada.

POSNER, continua precisando que “el hecho de que un bien de capital se deprecie no significa que el acervo de capital del que forman parte deberá contraerse. Ello dependerá de la tasa de reemplazo de los bienes de capital. A medida que los viejos precedentes se tornen obsoletos y eventualmente dejan de ser parte de la existencia de precedentes útiles, por medio de los litigios se añaden precedentes a ese acervo. Las tasas de depreciación de los precedentes pueden ser estimadas usando el numero de veces que citen al tomar una decisión como sustituto del valor de la decisión como precedente”.

En este sentido, y como hemos de observar en el análisis jurisprudencial efectuado en el párrafo anterior, en materia de salud mental los lineamientos de la CortelDH si bien se han visto profundizado en los fallos abordados, los mismos siguen vigentes para nuestro país. La jurisprudencia domestica sigue haciendo uso

de los lineamientos efectuados en Ximenes Lopes pese al reciente fallo Furlan, y aun con mas frecuencia que este ultimo en lo que a personas con padecimientos mental se refiere.

Debe señalarse que de acuerdo a lo expresado por Posner es importante la acumulación de decisiones iguales a los fines de lograr el acervo de capital. En nuestro caso de estudio, la Corte IDH tiene pocas ocasiones de pronunciarse sobre los diversos temas que llegan a su conocimiento. Ello, llevaría a concluir que en este supuesto lo que adquiere relevancia es la vinculatoriedad moral (a la mas que jurídica indudablemente en los casos contenciosos en que son Partes) que representan sus decisiones para los Estados partes, pues serán los tribunales domesticos de estos los que en ultima instancia podrán consolidar el lineamiento a los efectos que se pueda conformar el acervo de conocimiento. Sin embargo, POSNER afirma que esta conclusión no es aceptable económicamente. Expresa: “ la tasa a la que se deprecia un bien no es una función de su valor”¹⁶⁴

Alternativamente propone que la depreciación mas lenta (o a contrario sensu la aplicabilidad) de los precedentes sentados por un superior tribunal, por caso de la Corte IDH, se debe al criterio de admisibilidad de los casos a tratar. En este sentido, explica que el capital legal general se deprecia mas lentamente que el capital legal específico, porque cuanto mas general sea una regla (en nuestro criterio, un estándar) tanto menos probable es que un cambio técnico o legal la vuelva obsoleta.

Por ello, de acuerdo a la jurisprudencia que hemos visto resulta económicamente lógico que los lineamientos esbozados en forma de estándar por el Sistema IDH resulten mayoritarios, de modo que su riesgo de caer en obsoletos sea ínfimo. En tanto los tribunales domésticos irán dándole precisión y forma al estándar llegando en algunos supuestos a transformarlo en regla. Sin embargo, la reducción

¹⁶⁴ Op. Cit. p. 839

del riesgo de obsoleto incrementa el riesgo de que por su amplitud, el estándar sea aplicado de manera disímil, incongruente y hasta contradictoria por los tribunales domésticos, generando dispersión e impidiendo lograr crear el bien de valor jurisprudencial. El equilibrio entre ambos extremos es probablemente la tarea más fina y artesanal que recae sobre los magistrados.

La dispersión en relación a la aplicación de un estándar brindara, en la medida que aparezca un caso litigioso análogo sobre el cual pronunciarse, la oportunidad de precisar el lineamiento en forma de regla. La reiteración de litigios con análogos presupuestos permite inferir la necesidad de un criterio jurisprudencial más preciso que evite la posibilidad de interpretaciones difusas o ambiguas. Un claro ejemplo de esta situación se da en nuestro país con el precedente F., A. L fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a fin de sentar criterios en forma de regla del modo de interpretar una disposición penal en relación a los supuestos de abortos no punibles.

El valor de capital resultante de la aplicación de los lineamientos se ve directamente relacionada con el número de veces que el mismo es citado para la resolución de conflictos. En definitiva, se incrementa su utilidad en la medida que resulte aplicado por los Estados Partes. Infima sería la trascendencia del tribunal supranacional en la tutela de los derechos humanos si sus decisiones solo se limitaran a decidir los escasos casos que llegan a su jurisdicción. Es dable afirmar que el valor de capital de sus lineamientos es mayor que el que genera en el caso concreto.

Tras lo expuesto se formularan las conclusiones a las que se ha llegado como corolario del estudio jurisprudencial realizado.

El análisis efectuado permite concluir que la mayoría de los casos ha requerido de una segunda y tercera instancia para garantizar el derecho.

Resulta asombroso, la cantidad de conflictos negativos de competencia que se reeditan pese a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reiterado la trascendencia del principio de inmediación para determinar la misma. Dicha regla haría presuponer la ineficiencia de las declaraciones de incompetencia de los magistrados cuando dicha circunstancia de la inmediación de encuentra presente. La reedición de estos conflictos podría deberse a algún apartamiento de la Corte de sus propios precedentes que llevan a los tribunales inferiores a inferir la posibilidad de una nueva modificación de criterio por parte de su Superior.

Si suponemos que la resolución del conflicto en primera instancia importa una reducción de costos, resulta claro la incidencia de la aplicación de los lineamientos del Sistema IDH para lograr dicha reducción.

Claro esta que las partes tenderán a plantear vías recursivas sobre la solución final del litigio, pero si la instancia superior no hace más que confirmar el fallo de grado, el costo de la litigación recaerá sobre la parte perdedora. Dicho hecho llevara a concluir por parte de los actores la ineficiencia de recurrir el fallo ante determinados presupuestos. Ergo, materia de prestaciones integrales de salud (que se encuentran incluidas en el grafico 1 en el apartado regla sobre requisitos de tratamiento).

La investigación jurisprudencial efectuada nos permite inferir que la **regla de regulación del Estado de toda y cualquier institución de salud** ha sido recogido con simpleza por los pronunciamiento locales, sin efectuar aclaraciones al respecto, bastando su simple cita para tener por presupuesto la obligación estatal.

En relación al **estándar de especial tutela y las medidas positivas** que debe adoptar el Estado a tales fines, los tribunales locales han ido delineando obligaciones puntuales, acciones positivas concretas que el Estado debe desplegar para cumplir con dichos fines. En definitiva, en este caso la jurisprudencia argentina pareciera precisar y determinar el estándar aludido y la reiteración de pronunciamientos en

igual sentido permiten intuir la transformación del estándar en reglas concretas. A pesar de lo expuesto, el estándar es eficiente en este caso para permitir al interprete integrar al caso acciones de las mas diversas en cabeza del Estado a los efectos de lograr la finalidad perseguida por el estándar.

Por su parte la **regla atinente al derecho al tratamiento con sus alcances y requisitos** ha sido observada por la jurisprudencia, relacionándola muy especialmente al principio de inmediación como requisito esencial para velar por su cumplimiento. La cercanía del magistrado que efectúa el control de legalidad de una internación o determina la capacidad de una persona con respecto a la misma, fija la competencia del magistrado. Se presume que dicha inmediación garantiza el debido control de la medida. Asimismo, permite constatar el debido tratamiento que se brinde a la persona con padecimiento mental. El control de las medidas resulta un corolario del derecho al debido proceso que debe garantizarse reforzadamente en pos de las personas con dolencias mentales.

La **regla del alcance del proceso**, como adelantáramos, no ha sido receptada por la jurisprudencia asiduamente. Los casos vislumbrados denotan el paso del tiempo en exceso de las internaciones y de los procesos en que se encuentra involucrada una persona con padecimiento mental.

Ahora bien, el **estándar del debido proceso** es destacado en los fallos reseñados y asimismo, la jurisprudencia nacional ha sido la que ha delineado con mayor precisión en que consiste dicho deber respecto a distintos tipos de supuestos y los ajustes razonables que se requieren de acuerdo a la particular vulnerabilidad del sujeto.

4.- Conclusiones preliminares.

Si entendemos que los costos de litigiosidad se ven reducidos en la medida que los litigios se resuelven en las instancias inferiores entonces, la aplicación de los lineamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos por parte de los jueces de grado en sus sentencias, sean ellos esbozados mediante estándares o reglas, reducirá los costos de litigiosidad. Asimismo, se evitara la inseguridad jurídica y la dilación indebida de los procesos que se suscitan cuando los litigantes deben peregrinar por varias instancias hasta lograr una solución definitiva por parte de las últimas instancias judiciales del país. Aun si los fallos resultan recurridos, el reconocimiento de los lineamientos sentados por la CorteIDH y utilización por los jueces de grado permitirá en la mayoría de los casos que el padeciente encuentre una pronta satisfacción a su reclamo en virtud de que su aplicación simplifica la tarea de los jueces. A ello debe agregarse la reducción preventiva de los costos de litigio en la medida que la jurisprudencia que aplica el estándar o la regla se convierta en un bien de capital será una información que utilizara el potencial litigante a fin de evaluar la conveniencia de iniciar –o no- acción judicial.

No puede soslayarse que el valor de capital generado por la convicción de la procedencia de la resolución mediante los lineamientos importa el producto del trabajo de los litigantes, abogados, doctrinarios y operadores de justicia a fin de dar resultado a un estándar o regla. Esa información, resultado de un proceso complejo de integración será de utilidad para reducir los costos de litigación en la medida que resulte claro para los sujetos como se solucionaría su probable contienda y cual es el rango de posibilidad de que el mismo se vea modificado a los fines de entablar una acción judicial.

En los casos en que el Sistema IDH ha trazado estándares, los mismos resultan de mayor perdurabilidad aparentemente ante la amplitud de su procedencia y aplicabilidad a casos más diversos. A los fines de su utilidad para la reducción de

los costos asociados al litigio, resulta de fundamental importancia que los mismos, en la medida que se reiteren supuestos en el orden local, sean delimitados a fin de que permitan a los sujetos una mayor previsibilidad de sus actos. Aportar mayor información y reducir los costos de acción de los mismos. Se daría en este supuesto, la conversión del estándar en regla a través del caso judicial.

Ahora bien, la reiteración de conflictos sobre temas en los que ya esta delineado un estándar debe llevar a la CortelDH a evaluar la posibilidad de dictar una regla judicial precisa. El límite estará dado por una cuestión política. Esto es la imposibilidad de lograr el mismo efecto en todos los Estados parte, por lo cual sería irracional dictar una regla destinada a su incumplimiento con la consiguiente debilitación moral del Sistema IDH o desde el punto estrictamente económico la excesiva multiplicación de reglas particulares dificulta la creación del bien de valor del precedente por su menor posibilidad de utilización fuera de casos aislados. En este punto es importante “tener presente que algunas posturas han señalado que, dado el difícil y limitado acceso al sistema, el uso indiscriminado del litigio internacional (...) sin consideración de los factores no legales que influyen en estos derechos, tiene el potencial de generar efectos negativos si los casos no son idóneos para alcanzar un impacto mas allá del beneficio individual de una víctima o un grupo limitado de víctimas”¹⁶⁵.

En efecto, parecería que el lineamiento mediante estándar sigue siendo la mejor opción regulatoria, trasladándose los costos de información a cada uno de los Estados partes.

Ahora bien, de la jurisprudencia analizada se desprende que los estándares resultan convenientes a los fines de lograr un valor de capital. Sin embargo, en los

¹⁶⁵ PARRA VERA, Oscar "La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en Laura Clérico, Liliana Ronconi y Martín Aldao (coords.), Tratado de Derecho a la Salud, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, ps. 761-800.

supuestos en que la jurisprudencia evidencia la reiteración de casos análogos, la utilización de reglas se vislumbra como conveniente. En estos supuestos, los lineamientos mediante estándar parecen permitir que se eleve la litigiosidad sobre determinados temas en virtud de su aplicación dispersa y con diferentes alcances que coloca a los justiciables en la posición preferente de asumir el riesgo de litigación.

Por su parte, los lineamientos mediante reglas permiten inferir la reducción de la litigación al permitir predecir un resultado con mayor certeza. Profundizando lo expuesto, esta afirmación puede leerse, al menos, desde dos dimensiones:

Primero, las reglas al limitar al máximo o anular el margen de interpretación se vuelven criterios claros de actuación para los Estados a nivel regulatorio –tanto de la administración como de la legislación: Poder Ejecutivo y Poder Legislativo-, y en ultima instancia de criterio concreto para la resolución de casos por parte del Poder Judicial como ultimo eslabón interno del tamiz de convencionalidad.

Segundo, las reglas también resultan claras para los particulares en la medida que se hacen acreedores de dicha información. Si bien esto puede llevar algún tiempo es mas simple incorporar la información derivada de una regla que de un estándar. Vgr. El deber de los Estados de contar con asistencia medico psiquiátrica para los sufrientes mentales que se encuentren privados de libertad resulta como regla mas simple de incorporar que los Estados deben brindar una especial tutela a las personas con sufrimiento mental. En el primer caso el sujeto sabra con certeza cual es la prestación que le corresponde, en el segundo deberá acudir a los estrados para su determinación.

Finalmente, si los Estados Partes continúan sin precisar un estándar, lo que se evidenciara por la reedición de causas sobre temas análogos asi como en aquellos supuestos en que la sagacidad intelectual de los integrantes del SIDH vislumbre la

posibilidad de que una cuestión análoga pueda reeditarse en el futuro, resultara necesaria una clara determinación de las normas por parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, precisando el estándar existente en un precedente, con una sentencia posterior a los efectos de darle el carácter de regla¹⁶⁶. Claro está que las oportunidades de que el Sistema IDH se pronuncie nuevamente sobre una cuestión análoga es menor de lo que acontece en los ordenamientos internos, por lo que sería más eficiente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación precise el estándar en regla a través de sus pronunciamientos, lo que además permitirá una mayor posibilidad de cumplimiento al tener un conocimiento más acabado de la coyuntura nacional de lo que puede tenerlo un tribunal supranacional.

No podemos olvidar –como ya hemos expresado en reiteradas ocasiones- que el Sistema IDH resulta un sistema que solo funciona de modo subsidiario o complementario, siendo –consecuentemente- una función *secondbest*. La mejor opción –aunque no siempre la más eficiente si los derechos no están claramente definidos- es el cumplimiento de los derechos de las personas con padecimiento mental por parte de los Estados, entendidos en sus tres poderes. Solo cuando el orden doméstico falla en su deber de garantía, podrá actuar el Sistema IDH. Por ello, su función deberá también contemplar los incentivos a generar a fin de que el Estado no reincida en su conducta violatoria. Esto por cuanto, como se señaló, si la función no crea los incentivos correctos puede suceder que al Estado le sea más rentable incumplir, se dan los supuestos de incumplimientos eficientes.

¹⁶⁶KAPLOW, Louis, Rules versus standards: an economic analysis, Duke law journal , Vol. 42.557.

A dichos fines, es decir, de desincentivar las conductas contrarias a la tutela de los derechos humanos, por caso de las personas con padecimientos mentales, cobra especial relevancia la cuestión relativa a la reparación del daño.

Aun cuando no resulta el objeto de esta tesis, nos parece atinado referirnos muy someramente a la reparación como otro modo de desincentivar la reedición de conflictos.

La idea de compensación ha sido, desde antaño, el modo de equilibrar, de cuantificar la vuelta a la justicia en supuestos de desequilibrio. Así, es dable recordar a Platón cuando a través de su Dialogo Fedrón le decía a Sócrates que “Además, los enamorados tienen siempre ante sus ojos todo lo que de su incumbencia les ha salido mal a causa del amor y, por supuesto, lo que les ha salido bien. Y si a esto añaden las dificultades pasadas, acaban por pensar que ya han devuelto al amado, con creces, todo lo que pudieran deberle.”. Tras esta afirmación se encuentra la esencia misma de la reparación, presentada no solo como un consuelo para la víctima sino también como un pacificador de culpas en el dañador. Es decir, Platón refiere a la reparación desde la óptica del agente dañador y el dañado. Es frecuente referirnos a la reparación solo desde el punto de vista del dañado. Por ello, nos interesa en este apartado abordar la reparación como un doble camino en el que directa y proporcionalmente se encuentra el consuelo de la la parte/s lesionada/s conforme a la terminología utilizada por la Corte Interamericana. Es decir, quien ha sido declarada víctima de la violación de algún derecho reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁶⁷. Asimismo, desde el punto de vista de la legitimación ha dicho la Corte que “de conformidad con el artículo 35.1 del Reglamento de la Corte, el informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención

¹⁶⁷ Cfr. Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 126 y Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244, párr. 149

debe contener “todos los hechos supuestamente violatorios, inclusive la identificación de las presuntas víctimas”. En este sentido, corresponde a la Comisión y no a este Tribunal, identificar con precisión y en la debida oportunidad procesal a las presuntas víctimas en un caso ante la Corte”¹⁶⁸.

Por otro lado, la reparación entendida como un modo de superación del propio dañador. En el caso del Estado, tiene un especial interés en que se repare el daño y evitar que se repita, pues, en definitiva la función del Estado es justamente el servicio de la sociedad en su conjunto. En caso de que esta función se halle económicamente desmotivada, el alcance de la reparación fijada por la Corte IDH cobrara –como se señaló- especial relevancia como elemento desincentivador de la reiteración de conductas violatorias.

Soslayar el punto concerniente a la reparación sería casi como negar la función misma del sistema interamericano. El hecho ilícito, el hecho ilícito internacional como en el caso en análisis, genera desde el momento mismo de su nacimiento el deber de reparar. Este deber de reparar surge del principio general del deber de no dañar a otro. Este principio junto al del derecho de igualdad, en cuanto a que ningún particular tiene el deber de soportar un daño distinto al de sus semejantes en igualdad de condiciones, pone en cabeza del Estado el deber de reparar el daño ocasionado. Adunado a ello, desde el análisis económico del derecho en los tipos de daños ocasionados por ilícitos los costos de negociación son tan elevados que las partes no pueden cooperar entre sí. De acuerdo con ello, la doctrina judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos elimina los costos de negociación al insinuar el modo en que han de resolver supuestos análogos.

¹⁶⁸ Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 112 y Caso AtalaRiffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 245. Criterio ratificado en Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, nota de pie 214.

Los ilícitos culposos –en palabras de COOTER y ULEN- se ocupan de las relaciones entre individuos para quienes son relativamente elevados los costos de transacción de acuerdos privados. Continúan los autores citados expresando que el propósito económico de la responsabilidad de los ilícitos culposos es el de inducir a los victimarios a internalizar estos costos. El derecho de los ilícitos culposos internaliza estos costos haciendo que el victimario compense a la víctima. Cuando los victimarios potenciales internalizan los costos del daño que causan, tendrán incentivos para invertir en la seguridad al nivel eficiente. La esencia económica del derecho de los ilícitos culposos es que utiliza la responsabilidad para internalizar las externalidades creadas por los costos de transacción¹⁶⁹.

La reparación es una clave del sistema en cuanto implica la verdadera intención de borrar los resultados del injusto sufrido, aunque ello resulte imposible en el plano práctico dado que una vez padecido el daño se ocasiona el costo de oportunidad perdido. Es decir que aun cuando se pueda en el caso concreto restituir al damnificado de aquello de lo cual fue privado (*statu quo ante*), habrá perdido el costo de oportunidad materializado en el tiempo en que dejó de gozar de ese estado. Ante dicha imposibilidad, la reparación se manifiesta como la forma de hacer cesar y principalmente, mitigar los efectos ocasionados por el hecho dañoso. Es un modo de internalizar las externalidades que caracterizan a los daños producidos por hechos ilícitos. Por cierto, no la única¹⁷⁰. La reparación sirve entonces como una solución *ex post* en el caso concreto, es decir que debe contemplar el “pos daño”, y a su vez puede adquirir, como lo ha hecho por ejemplo en el caso Furlan ya citado, un efecto “pre daño” en cuanto actúe como forma de prevenir el acaecimiento de nuevos daños, tanto al damnificado concreto como la repetición de situaciones análogas a

¹⁶⁹ COOTER, Robert-ULEN, Thomas, Derecho y Economía, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p.371-2

¹⁷⁰ COOTER- ULEN, Op . cit. p. 371 nos recuerdan que otros instrumentos son los estatutos penales, las regulaciones de seguridad y los incentivos fiscales.

otros sujetos. Es por esta razón que estimamos que sentar lineamientos generales de comportamiento del Estado –ya sea mediante estándares o reglas, según el caso- equivale a aportar herramientas de reparación de prevención, aquellas que atienden al pre-daño.

El deber del Estado de reparar los daños es un principio de derecho internacional receptado desde antaño por la Corte Permanente de Justicia Internacional¹⁷¹ –en relación a la responsabilidad de un Estado respecto de otro Estado-, cuya jurisprudencia ha sido tomada por la actual Corte Internacional de Justicia¹⁷².

En materia de Derechos Humanos, los tribunales especializados como aquí, la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido proclives a fallar –como vimos- a fin de otorgar una amplia reparación que incluya al caso concreto y que permita cumplir con la garantía de no repetición frente a ese mismo individuo u otros que puedan hallarse en supuestos análogos, conforme se desprende de las obligaciones de garantía previstas por los artículo 1 y 2.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La reparación es, en definitiva, el pago por el infractor de un precio igual a los costos de oportunidad ocasionados por la violación.

¹⁷¹ Caso “Fabrica Chorzow”, “Alemania vs. Polonia”, CPJI, Sentencia del 13 de septiembre de 1928, Serie A, N° 17, Citado por TRUCCO, Marcelo en La responsabilidad internacional de los Estados en el escenario actual del sistema interamericano de derechos humanos, capítulo en el libro Responsabilidad Internacional de los Estados. Desarrollo actual, perspectivas y desafíos, (Dir) ANDRÉS, Gabriel E. y PAVÓN PISCITELLO, Daniel, Editorial de la Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, 2012, p. 156

¹⁷² Caso “Estrecho de Corfu” Sentencia de junio de 1949, CIJ (Recueil 1949), Caso de las “Actividades Militares y paramilitares en y contra Nicaragua” (Nicaragua vs. Estados Unidos de América), sentencia del 27 de junio de 1986. Cita de TRUCCO, Marcelo op. Cit. p. 156. Es dable aclarar que el caso citado en ultimo término pone en evidencia el juego político que se esconde tras el deber de los Estados de reparar. Este caso pone en jaque el principio de igualdad soberana de los Estados y recuerda esa triste afirmación de que los Estados pequeños están condenados a ser invadidos en tiempos de guerra y olvidados en tiempos de paz.

En relación a las reparaciones compensatorias, las materiales no traen mayores inconvenientes pues dependerán de la prueba arrimada a la causa, pero respecto a las reparaciones del daño inmaterial surgen amplias divergencias pues ante la ausencia “de un parámetro internacional” de reparación de estos daños no es posible realizar un estándar de referencia única¹⁷³.

Creemos que es correcto que así sea. La imposibilidad de los Estados de calcular el costo definitivo del daño opera como un incentivo para no ocasionar el daño. Pues de lo contrario podría darse el supuesto de que dañar sea más económico y por ende, más eficiente desde el punto estrictamente económico.

Sin embargo, como postulamos desde el momento en que se utiliza el análisis económico del derecho como una herramienta de análisis es claro que ante el incumplimiento de los derechos humanos existen criterios supremos que impedirán tomar la solución más eficiente si ella implica desconocer la vigencia de los derechos fundamentales.

En el sentido esbozado, la sentencia de la Corte IDH en la causa Furlan deja en claro que el costo de la no determinación legal (o su no aplicación) de un sistema de prevención y reparación del daño que tome en consideración la situación de especial vulnerabilidad equivale a la desprotección del grupo al implicar un incumplimiento de los derechos humanos con la consecuente responsabilidad internacional.

La doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos , también en materia resarcitoria, elimina los costos de negociación al permitir vislumbrar el modo en que se han de resolver conflictos análogos. **Es decir que, los pronunciamientos de la Corte Interamericana funcionan como incentivos, al**

¹⁷³ GRAHAM, James, The compensation of damage as result of the state's international responsibility: an overview, en Responsabilidad internacional de los Estados..op. cit. p. 54

hacer que los Estados internalicen los costos marginales al igual que los beneficios de su accionar¹⁷⁴.

El sistema interamericano “establece reglas de comportamiento destinadas a modelar el comportamiento futuro, no sólo el de los litigantes del caso sino también el de otras personas”¹⁷⁵.

Por último, nos interesa cerrar este apartado transcribiendo un párrafo de la interesante obra de JARAMILLO respecto a la importancia de entender al daño en las tres etapas: pre daño, daño y pos daño:

“Una política adecuada no sólo mira a un extremo: el daño y la devastación, sino a su evitación, y a su mitigación, según sea el caso, cuando no se haya podido evitar, pues la pasividad tiene dos momentos indeseables: antes y después del daño, y es allí en donde los deberes —positivos— de evitarlo y mitigarlo tienen terreno abonado, en aras de hacer más equilibrada y solidaria la existencia humana, de una parte, y de la otra, de incidir en la estructuración de una nueva legislación (política legislativa nacional y supranacional) que reformule las finalidades de la responsabilidad civil y haga eco de la conveniencia de establecer, naturalmente en forma mesurada y prudencial, deberes conductuales encaminados a evitar y mitigar los daños, respectivamente¹⁶. Es también un tema de oportunidad y de foco. De oportunidad, por cuanto puede ser tarde, demasiado tarde en ocasiones, cuando se preocupa el Derecho a partir del daño, y antes no. Y de foco, pues debe centrarse en tres fases, y no en dos: el daño y el post-daño, es decir en la prevención, y en el daño y el pos-daño, pero sólo llegado el caso, como algo inevitable o irremediable.

¹⁷⁴ COOTER, Robert- ULEN, Thomas, *Derechos y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 387

¹⁷⁵ COOTER-ULEN, op. Cit. 491

Ello es pensar integralmente en el verdadero bienestar de la persona, como eje del sistema, que no puede conformarse únicamente con remedios o respuestas reactivas, a partir de la floración de un daño que seguramente se pudo evitar. De ahí que si el daño es evitable, no puede jactarse el sistema jurídico (legal y jurisprudencial) argumentando que finalmente se ha reparado, por cuanto dicha respuesta frecuentemente es insatisfactoria y tardía de cara a los intereses de la víctima. Por eso, así luzca elemental, es preferible no llegar a ser víctima, que serlo sólo para que reciba una reparación, que en el común de los casos, se anticipa, es una ficción o un paliativo, dado que hay daños irreparables, por más que intervenga un componente monetario.”¹⁷⁶

Tras los casos analizados, puede afirmarse -utilizando analógicamente el pensamiento transcrito de JARAMILLO- lo mismo en relación al esbozo de lineamientos mediante estándares o reglas. Se requerirá de un trabajo fino y artesanal por parte de los jueces a los fines de que con los mismos se logre reducir la litigiosidad o incluso evitarla.

¹⁷⁶ JARAMILLO J., Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado. Funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y trascendencia de la prevención, Coedición con el Grupo Editorial Ibañez, 2013, p.20

Capitulo IV.-

Conclusiones generales.-

Se valida la hipótesis de que la aplicación oportuna por parte de los jueces de grado en sus sentencias de los lineamientos del SIDH ya sea mediante reglas o como estándares, no solo garantiza los derechos de las personas con sufrimiento mental en la medida que consideramos al Sistema IDH como el último intérprete en materia de derechos humanos, si no que también reduce los costos asociados al litigio redundando en una mejor provisión de justicia.

Consecuentemente, se valida también la primera hipótesis secundaria en cuanto a que “La aplicación por parte de los jueces internos de los estándares y reglas del SIDH... mejora el bienestar de las personas con padecimiento mental”. Ello por cuanto reduce los costos que ellos deben afrontar, al poder obtener una respuesta judicial favorable de entrada.

Y de igual modo se valida la segunda hipótesis secundaria o accesorio planteada en cuanto a que “La aplicación... mejora la provisión/acceso a la jurisdicción”. En la medida en que se estime que el acceso a la justicia es en sí mismo un bien (un bien público), entonces reducir costos de acceso contribuye a ese bien.

La incorporación y seguimiento de los lineamientos (como estándares o reglas) importan un valor de capital. Este valor de capital es el resultado del trabajo mancomunado de litigantes, abogados, operadores de justicia en general que cristaliza el juez en un estándar o regla. La reiteración de dicho estándar o regla le da utilidad. El costo de generación de dicho valor de capital es sobrellevado por muchos actores pero fecho podrá ser aprovechado por todos. La recepción y seguimiento de los lineamientos del Sistema IDH por nuestros tribunales contribuye a la predicción de sus decisiones para casos análogos y, consiguientemente, contribuye a la seguridad jurídica. Los individuos buscan mediante el poder estatal contar con un registro oficial

de las reglas judiciales, lo que implica ver reforzados sus derechos y obligaciones, a la vez de constituir guías para futuros conflictos¹⁷⁷.

Al inicio de este trabajo se apuntaba que “Las reglas que componen el sistema legal afectan el valor relativo de las alternativas disponibles y, por lo tanto, sus efectos en la conducta de las personas pueden ser examinados desde la teoría económica. ¹⁷⁸ Es que toda vez que las “normas” son precios, su cumplimiento importa un precio.

El análisis efectuado en esta tesis nos permite concluir que el seguimiento de los lineamientos de la Corte IDH por parte de los jueces de grado permite reducir los costos asociados al litigio y de ese modo se logra la mejor tutela de las personas con sufrimiento mental y una mejor provisión del servicio de justicia, pues se evitara el dispendio jurisdiccional, permitiendo que el servicio de justicia se centre en aquellos casos en los que la aplicación de los lineamientos resulte confusa.

En este sentido, nos aclara SOLA¹⁷⁹ que “La función judicial consiste entonces primariamente en reducir los costos de transacción que deben asumir las partes, para que en una negociación, a veces compleja, lleguen a un acuerdo... En caso de una falta de acuerdo, el tribunal determinará las normas aplicables y en su sentencia establecerá el plan que resuelva las causas del litigio”. Este procedimiento –continúa diciendo el autor citado- se ha llamado la segunda mejor opción (*Second Best*).

Claramente la mejor opción seria la regulación a través de la intervención del Poder Legislativo que al ser electos son quienes representan la voluntad popular, pero ante la imposibilidad de que ello así sea, el Poder Judicial se erige en figura de

¹⁷⁷ Conf. BUSCAGLIA, Edgardo, Derechos Humanos, Acceso A La Justicia Y Análisis Económico Del Derecho, Publicado en: SJA 03/12/2014 , 3 • JA 2014-IV, con cita de Buscaglia, E. y Stephan, P. B., "An Empirical Assessment of the Impact of Formal versus Informal Dispute Resolution on Poverty: A Governance-based Approach", International Review of Law and Economics, 2005, (25)1, 89-106

¹⁷⁸Op. Cit. P. 26

¹⁷⁹ SOLA, Juan Vicente, La regulación a través del litigio, LA LEY 04/11/2011, 1, LA LEY 2011-F, 875

contralor para la efectiva vigencia de los derechos reconocidos –por caso- en relación a las personas con padecimientos mentales.

En nuestro país, como se concluyó parcialmente al analizar la normativa vigente, contamos con un ordenamiento legal de avanzada en materia de salud mental. Normas que han incorporado en sus textos los principios imperantes en el derecho internacional de los derechos humanos de las personas con sufrimiento mental. Ya la ley de Salud Mental (2010) significó un gran avance en pos de la tutela de este colectivo de personas y de los derechos específicos de los que resultan titulares. Asimismo, el Código Civil y Comercial significó consolidar el camino del modelo social de discapacidad.

Pese a ello, las constantes violaciones de los derechos de las personas vulnerables nos recuerda que, como señala SOLA¹⁸⁰ “en aplicación del estricto criterio de Pareto es, que el incumplimiento es eficiente cuando las partes están mejor luego del incumplimiento de lo que estarían en una situación anterior. Es decir, reconocer que a veces es más eficiente no cumplir un contrato, cuando los costos de cumplimiento exceden beneficios de todos”. Por ello, los incumplimientos y reedición de conflictos judiciales denotan una errónea asignación de los derechos o una clara dispersión de información, pues evidentemente en estos casos el incumplimiento sigue resultando eficiente (en términos económicos) para el dañador.

Sin embargo, en materia de derechos humanos, el incumplimiento es *a priori* vislumbrado como un resultado no deseado. La legislación vigente en nuestro país así lo postula. Serán las normas (y también las sentencias, como normas ‘individuales’) las que actuarán en el ordenamiento jurídico como los precios en los mercados.

¹⁸⁰SOLA, Juan Vicente, Coase y la Decisión Judicial, disponible en http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2011/Coase_y_la_decision_judicial_Dr_Juan_Vicente_Sola.pdf, p. 20.

La organización de la gestión judicial está pensada para evitar la denegación de justicia que significarían los enormes costos asociados a la necesidad centralizada de un único órgano decisor de las contiendas, en principio – acertadamente ha apuntado Posner- “toda organización puede evitar los problemas del gigantismo y lo monolítico mediante adoptar una forma descentralizada de organización”¹⁸¹. Es en este sentido que los lineamientos sentados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y , por caso, recogidos **como piso mínimo** por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación debe ser convenientemente aplicado por los tribunales inferiores, de modo de evitar, en primer lugar la judicialización excesiva de causas ante la Corte Suprema (para cuyo “remedio” la Corte aplica el art. 280 CPCCN) y eventualmente, como se ha observado en el transcurso de esta investigación, la habilitación complementaria de la actuación de la Corte Interamericana por ineficiencia del orden interno en la protección y salvaguarda de los derechos tutelados por los tratados de Derechos Humanos , en particular la Convención Americana de Derechos Humanos.

De lo expuesto se colige que, como es sabido, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos funciona en base al principio de subsidiaridad o complementariedad que importa su actuación solo cuando el Estado no ha realizado un adecuado tamiz de convencionalidad ya sea por medio de sus normas y/o sus prácticas. Esta estructura, importa la aplicación de la teoría de la firma de Coase a la interpretación convencional.

Conforme a esta doctrina, nos explica SOLA, toda organización debe ser flexible si desea cumplir con sus objetivos tal como fueron planteados¹⁸². En lo que a derechos humanos refiere, importa tal como está planteado el sistema supranacional

¹⁸¹ POSNER, Op. Cit. p. 594

¹⁸² SOLA, Juan Vicente, op cit., p. 21

de tutela que los Estados, resultan los primeros llamados a garantizar la tutela de los mismos, y solo cuando ello así no suceda, entran a campear los órganos de control del sistema correspondiente, por caso: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La teoría planteada por Coase –en palabras de SOLA- supone una corrección al principio de subsidiaridad que sostiene que la competencia debe ser concebida a la menor jurisdicción que pueda realizarla (...) Sería la organización que tiene los menores costos de transacción la que debe realizar la actividad, pero con conciencia que los costos varían en el tiempo¹⁸³.

La obtención de lineamientos por parte del sistema interamericano importa conceptualmente, a nuestro modo de ver, una solución *second best*, en tanto la solución más eficiente sería la de tutela de los derechos humanos de modo acabado por los Estados, descansando sobre el sistema de control el *enforcement*.

La actuación del Sistema Interamericano de derechos humanos en su faz de peticiones (Comisión) o jurisdiccional (Corte Interamericana en ejercicio de su función jurisdiccional) importará siempre un costo mayor de tutela, y por ende una solución “*second best*”.

Por lo expuesto, son los Estados sobre quienes recaen, por caso los jueces, la posibilidad de convertir dichos lineamientos en un bien de capital. De este modo la información concentrada en forma de estándar o regla, reducirá los costos de litigación al brindar al pretense litigante previsibilidad sobre el resultado de su acción, aumentando o reduciendo el riesgo de litigación en el caso concreto.

Por otra parte, el seguimiento de los lineamientos del Sistema IDH importa mejorar la provision del servicio de justicia, toda vez que no todos los casos admiten

¹⁸³ SOLA, Juan Vicente, op.cit., p. 22

su presentación ante los sistemas supranacionales, por lo que la aplicación de los estándares y las reglas por parte de los jueces domésticos garantizan más eficientemente el derecho de acceso a la justicia de este colectivo de personas vulnerables. Kaplow señala que cuando los individuos conocen el contenido de la norma precisada por una norma jurisprudencial, la situación equivale para los sujetos a obtener asesoramiento legal sin costo¹⁸⁴.

Por otra parte, el seguimiento de estándares y reglas facilita y reduce los costos de trabajo de los magistrados que con la lógica de los *free-riders* aprovechan de un valor de capital sin costo que a su vez contribuyen a fortalecer con su nueva aplicación.

Aun cuando la jurisdicción doméstica afronta **menores costos de transacción, en términos de Coase, no debe perderse de vista que los costos varían en el tiempo**¹⁸⁵, incrementándose, en el caso, a medida que deben transitarse numerosas instancias.

En relación a la fijación de lineamientos mediante forma de estándares o reglas podemos extraer de la información adquirida que los lineamientos en forma de estándares resultan mayormente aplicados por los tribunales locales.

Este resultado puede deberse a la naturaleza misma del estándar que al sentar un criterio amplio y librado al arbitrio del ámbito interno el modo de concretarlo, admite su aplicación a mayor cantidad de supuestos. Ahora bien, el lado malo de la generalidad de los términos constitucionales –en palabras de POSNER– es el conocido problema de los costos de agencia. Entre más general sea la disposición que va a interpretarse, y entre más flexible sea la interpretación

¹⁸⁴ KAPLOW, Op. Cit. p. 569.

¹⁸⁵ SOLA, Juan Vicente, op.cit., p. 22

permitida, más fácil será que el agente-intérprete se desvíe de la ruta establecida por el principal (los constituyentes, en nuestro caso de investigación: la Corte IDH)¹⁸⁶.

A su vez, como afirma KAPLOW, si bien el valor de la información que se desprende de la presencia de un estándar o una regla es igual, el costo para su obtención difiere, resultando más costoso para el caso de los citados en primer termino por las razones ya apuntadas en torno a su textura abierta. Sin embargo, paralelamente, esa misma amplitud permite con mayor facilidad mantenerlos actualizados.

En este punto, debe destacarse que los vaivenes jurisprudenciales sobre el alcance de los pronunciamientos del Sistema IDH en el orden interno no contribuyen en manera alguna a lograr que los lineamientos se erijan como valor de capital.

De acuerdo a lo reseñado los lineamientos mediante estándares se iran perfilando de acuerdo a la repetición de su aplicación. Salvo en los supuestos de que se transforme en regla mediante la utilización del precedente¹⁸⁷. En nuestro país pese a no existir el *stare decisis* la reiteración de criterios por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación contribuirá a dicha conversión. Ello puede desprenderse del análisis realizado de los precedentes de nuestro Maximo Tribunal que resultan citados con mayor frecuencia que los precedentes de la CorteIDH por los jueces de grado. Si bien ello no ha sido motivo de análisis en esta tesis podría inferirse que dicha realidad puede deberse a la mayor accesibilidad, sistematización y conocimiento por parte de los jueces de grado del derecho interno.

Para los casos que los estándares reflejen una interpretación disímil, difusa e incluso contradictoria, la reedición de casos análogos importara una clara pauta de la

¹⁸⁶ POSNER, Op cit. p. 578

¹⁸⁷ KAPLOW, Op.Cit. p. 621.

necesidad de que el estándar se vea precisado por una regla o incluso convertido en regla por los tribunales domésticos

En un mundo en el que las relaciones interpersonales se han multiplicado y complejizado la eficacia de los derechos fundamentales y su concreción, en última instancia, a través de la regulación jurisprudencial resulta un desafío mayor¹⁸⁸.

En este sentido se ha expresado desde una perspectiva más estrictamente jurídica que “la legitimidad de los tribunales para convertirse en un importante promotor de reformas sociales es mayor dado que están aislados del proceso político cotidiano y menos sujetos a las influencias de los grupos de presión. Eso los coloca en una buena posición para proporcionar un “foco neutral” que promueva y motorice cambios en las políticas públicas, como así también para crear un clima favorable a las reformas. Cuando el litigio involucra a un grupo históricamente desfavorecido y políticamente desaventajado, los tribunales acrecientan su legitimidad, ya que de tal reconocimiento surge la obligación de dismantelar el *statu quo* que perpetua tales desventajas, independientemente de que se trate de problemas estructurales y/o complejos”¹⁸⁹.

El análisis económico del derecho ha resultado una herramienta eficaz para analizar la incidencia de los lineamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la reducción de costos de litigación en el ámbito doméstico en materia de salud mental. Resulta un análisis superador en tanto brinda elementos para fundar nuestras afirmaciones otorgándoles un carácter objetivo frente a la esencia subjetivista que caracterizan los pensamientos estrictamente jurídicos.

¹⁸⁸ Al respecto puede verse BUSCAGLIA, Edgardo, Law and Economics of the Human Rights to Access Justice, The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics: Vol. 1: Iss. 1, Article 3, 2015 disponible en <http://lajile.alacde.org/journal/vol11.Iss1/3>

¹⁸⁹ CAPURRO ROBLES, Facundo, El rol de los tribunales en la desinstitucionalización. Apuntes sobre la experiencia de los Estados Unidos, RDF 84, 17/05/2018, 89.

La trascendente función normativa que pueden realizar los jueces para tutelar los derechos de las personas con salud mental, reaviva las palabras de Bidart Campos en cuanto a que es preciso que “a la letra de la Constitución se la vivifique con una judiciabilidad dinámica, capaz de interpretar las normas que hay y de integrar los vacíos producidos por lo que hay, todo a favor de un estado social y democrático de derecho” ¹⁹⁰.

¹⁹⁰ BIDART CAMPOS, Germán J. “Lo viejo y lo nuevo en el Derecho a la salud”: entre 1853 y 2003”, LA LEY 2003-C-1235; esta Sala causas N° 56808, 09/04/2013 Tabernaberry” y 56149, 05/06/2012 “Zeballos”

Reseña bibliográfica conforme orden de aparición.-

MANKIW, N. GREGORY, Principios de Microeconomía, Mc. Graw W-Hill-Interamericana de España, S. A. U., 1ra ed. Traducida al español, 1998, p. 4.

POSNER, Richard A. , El análisis económico del derecho, , trad. De Eduardo L. Suarez, 2da. Ed., Mexico, FCE, 2007.

Cafure, Gisela M., Algunas consideraciones sobre el análisis económico del derecho, LLC2015 (marzo), 117.

SIMOS, Laura P. ,Análisis económico del derecho: posible mirada sobre un proceso sui generis?, Suo. Doct. Judicial Procesal 2015 (marzo), 09/03/2015, 7.

Guestrin, Sergio G., "Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho", Ed. Abaco, Buenos Aires, 2004,ps. 377/378.

Acciarri, Hugo A., Un Premio Nobel Al Análisis Económico Del Derecho, LA LEY 24/10/2016 , 1 • LA LEY 2016-F , 1146

BUSCAGLIA, Edgardo, Derechos Humanos, Acceso A La Justicia Y Análisis Económico Del Derecho, Publicado en: SJA 03/12/2014 , 3 • JA 2014-IV, con cita de Buscaglia, E. y Stephan, P. B., "An Empirical Assessment of the Impact of Formal versus Informal Dispute Resolution on Poverty: A Governance-based Approach", International Review of Law and Economics, 2005, (25)1, 89-106

VILLANUEVA ANDRADE, Marcos, El método del análisis económico del derecho (AED) y su aplicación mediante los centros AED universitarios, Cámara Ecuatoriana del Libro, 2017, disponible en <http://estudiojuridicovillanueva.com/wp-content/uploads/2017/06/PUBLICACION-LIBRO-4-EL-METODO-DEL-ANALISIS-ECONOMICO-DEL-DERECHO-AED-Y-SU-APLICACION-MEDIANTE-LOS-CENTROS-AED-UNIVERSITARIOS.pdf>

Acciarri, Hugo A., Un Premio Nobel Al Análisis Económico Del Derecho, LA LEY 24/10/2016 , 1 • LA LEY 2016-F , 1146

AGUILAR GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA- CASTRO SOTOS, CRISTINA, LAS NORMAS JURÍDICAS COMO INCENTIVOS. UNAS BREVES NOTAS SOBRE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO, Num. III, 2006, disponible en <http://webs.ucm.es/info/kinesis/economia.htm> , consultado 30/04/2018.

STORDEUR, Eduardo, Análisis Económico del Derecho: p. 25

SOLA, Juan Vicente, La regulación a través del litigio, LA LEY 04/11/2011, 1, LA LEY 2011-F, 875

POSNER, Richard A., El análisis económico del derecho (título original Economic Analysis of Law), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1998, p. 577
Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 140.

BIANCHI, Alberto B. , Una reflexión sobre el llamado "control de convencionalidad", Sup. Const. 2010 (septiembre), 23/09/2010, 15).

HITTERS, Juan Carlos, Los tribunales supranacionales, LA LEY, 16 de agosto de 2006, Tomo 2006-E, 817.

OLIVERO, Eduardo- FERNANDEZ, Yanina, Tratado de los Tratados Internacionales. Directores: Walter F. Carnota y Patricio Maraniello. Coordinadora: Guillermina Leontina Sosa

GALENDE, Emiliano- KRAUT, Alfredo Jorge, El sufrimiento mental. El poder, la ley y los derechos, Buenos Aires, Lugar Editorial, 2006, pág. 172.

HITTERS, Juan Carlos, ¿son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad, LA LEY 2008-E, 1169

GIALDINO, Rolando E., Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos, LA LEY 2008-C , 1295.

HITTERS, Juan Carlos , Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación, LA LEY 2009-D , 1205

CARNOTA, Walter, Los jueces y los procesos de integración, en Tratado de los tratados; Dir. Walter F. Carnota y Patricio Marianello.; Coord. Guillermina Leontina Sosa, Buenos Aires, La Ley, 2011, pags. 33-103

BIANCHI, Alberto B., Una reflexión sobre el llamado “control de convencionalidad”, LA LEY2010-E, 1090

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y LLOVERAS, Nora, en Sobre la Dignidad y los Principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, (CASADO, María, Coord.), Thomson Reuters, Aranzadi, España, 2009

Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

TRUCCO, Marcelo en La responsabilidad internacional de los Estados en el escenario actual del sistema interamericano de derechos humanos, capítulo en el libro Responsabilidad Internacional de los Estados. Desarrollo actual, perspectivas y desafíos, (Dir) ANDRÉS, Gabriel E. y PAVÓN PISCITELLO, Daniel, Editorial de la Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, 2012.

CANTÓN, Santiago A. El derecho internacional como un instrumento esencial para la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad mental: La experiencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, En Salud mental, legislación y derechos humanos en Argentina, comp. Por Hugo COHEN, OPS, Buenos Aires, 2009, pág.48) versión digital disponible en http://publicaciones.ops.org.ar/publicaciones/pubOPS_ARG/pub65.pdf (ultima visita efectuada 29/03/2013).

ORGANIZACIÓN PANAMERICA DE SALUD, Compilación técnica Salud Mental y Derechos Humanos, Vigencia de los estándares internacionales, Organización

Panamericana de Salud, 2009, disponible en http://publicaciones.ops.org.ar/publicaciones/pubOPS_ARG/pub65.pdf (ultima visita efectuada 13/12/2015).

KAPLOW, Louis, Rules versus standards: an economic analysis, Duke law journal , Vol. 42.557.

CASS R. SUNSTEIN, Problems with rules, 83 Cal. L. Rev. 953 (1995), disponible en <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol83/iss4/>

Naciones Unidas UN Sub Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Erica Irene Daes "Principles, Guidelines and Guarantees for the Protection of Persons Detained on Grounds of Mental Ill Health or Suffering from Mental Disorder", U.N. DOC. E/CN.4/Sub.2/1983/17, pág. 43.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida y LLOVERAS, Nora, en Sobre la Dignidad y los Principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, (CASADO, María, Coord.), Thomson Reuters, Aranzadi, España, 2009, p. 225

KRAUT, Alfredo Jorge, en Revista de Derecho Privado y Comunitario / Número: 1994-2015 Año, vol. y nro.:2013 - 1 - Derecho y Salud Mental, Rubinzal Culzoni

KRAUT, Alfredo Jorge, Salud Mental, tutela jurídica, Abeledo Perrot, 2008.

BIDART CAMPOS, Germán, La Constitución y del DD.HH, El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los derechos humanos., Citerea, disponible en www.citerea.com.ar/ex-libris/bidart_campos.doc, consultado por última vez 24/03/2013

ROSALES, Pablo (compilador), Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378) Comentada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pág. 25 y ss.

KRAUT, Jorge Alfredo-DIANA, Nicolas, Sobre la reglamentación de la Ley de Salud Mental, La Ley, 08/07/2013

PARRA VERA, Oscar, La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Clérico, Laura Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), Tratado de Derecho a la Salud, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

CLERICO, Laura - RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), Tratado de Derecho a la Salud, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013

<https://www.economist.com/blogs/freeexchange/2012/03/law-and-economics>

KAPLOW, Louis, Rules versus standards: an economic analysis, Duke law journal , Vol. 42.557.

COOTER, Robert-ULEN, Thomas, Derecho y Economía, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p.371-2

GRAHAM, James, The compensation of damage as result of the state's international responsibility: an overview, en Responsabilidad internacional de los Estados..op. cit. p. 54

COOTER, Robert- ULEN, Thomas, Derechos y Economía, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 387

JARAMILLO J., Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado. Funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y trascendencia de la prevención, Coedición con el Grupo Editorial Ibañez, 2013, p.20

BUSCAGLIA, Edgardo, Derechos Humanos, Acceso A La Justicia Y Análisis Económico Del Derecho, Publicado en: SJA 03/12/2014 , 3 • JA 2014-IV, con cita de Buscaglia, E. y Stephan, P. B., "An Empirical Assessment of the Impact of Formal versus Informal Dispute Resolution on Poverty: A Governance-based Approach", International Review of Law and Economics, 2005, (25)1, 89-106

SOLA, Juan Vicente, La regulación a través del litigio, LA LEY 04/11/2011, 1, LA LEY 2011-F, 875

SOLA, Juan Vicente, Coase y la Decisión Judicial, disponible en http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2011/Coase_y_la_decision_judicial_Dr_Juan_Vicente_Sola.pdf

SOLA, Juan Vicente, Tratado de Derecho y Economía. Herramientas de economía para el análisis jurídico, La Ley, 2013.

BUSCAGLIA, Edgardo, Law and Economics of the Human Rights to Access Justice, The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics: Vol. 1: Iss. 1, Article 3, 2015 disponible en <http://lajle.alacde.org.journal/vol11.Issl/3>

CAPURRO ROBLES, Facundo, El rol de los tribunales en la desinstitucionalización. Apuntes sobre la experiencia de los Estados Unidos, RDF 84, 17/05/2018, 89

BIDART CAMPOS, Germán J. "Lo viejo y lo nuevo en el Derecho a la salud": entre 1853 y 2003", LA LEY 2003-C-1235.

Reseña jurisprudencial conforme orden de aparición.

Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra nota 25, párr. 113; Caso de la Masacre de Mapiripán, , párr. 111; y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 07/07/1992, Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros., Fallos: 315:1492

Corte Suprema de Justicia de la Nación; 13/10/1994, Cafés La Virginia S. A., LA LEY 1995-D , 277, Fallos: 317:1282

Corte IDH. Caso "Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú". Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C N° 144, párr. 167, cit. Por Hitters, Juan Carlos, Los tribunales supranacionales, op. cit

Corte IDH. Caso "de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia". Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N° 13

Corte IDH. Caso "Palamara Iribarne vs. Chile". Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C N° 135, párr. 121, cit. Por Hitters, Juan Carlos, op. Cit.

Corte IDH, Caso Cantos vs. Argentina, 28/11/2002

CS, Expte. 1307/2003 Decisorio del 21 de agosto de 2003, Hitters en el trabajo citado remite al voto de la minoría doctores Boggiano y Maqueda.

Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de fecha 18 de septiembre de 2003

CSJN, Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal

CSJN, Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal –causa n° 24.079–

CS, 14/06/2005, "Simón, Julio H. y otros", LA LEY, 2005-C, 845, comentado por Gregorio Badeni, LA LEY, 2005-D, 639

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Verbitsky, Horacio". LA LEY, 2005-C, 276

CSJN, 14/02/2017, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cita on line: La Ley AR/JUR/66/2017.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/09/1996 ,Bramajo, Hernán J. , LA LEY 1996-E , 409 , Fallos Corte: 319:1840

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22/12/1998 , Acosta, Claudia B. y otros , LA LEY 2005 , 137 , Fallos Corte: 321:3555, Fallos: 323:4130

CS, 06/08/2013, Carranza Latrubesse, Gustavo c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut, Disponible en la Ley Online, Cita Online: AR/JUR/38982/2013

CS, 21/12/2000, Felicetti, Roberto y otros, Fallos: 323:4130, 327:5668

Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra nota 25, párr. 113; Caso de la Masacre de Mapiripán,

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, INFORME N° 63/99, CASO 11.427, VÍCTOR ROSARIO CONGO, ECUADOR, 13 de abril de 1999.

CS, 27/12/2005, T., R. A., LA LEY 28/04/2006 , 4, con nota de Nicolás Diana; LA LEY 2006-C , 231, con nota de Nicolás Diana; DJ19/04/2006, 1053 - LA LEY //, 01/01/2006, 6 - LA LEY2006-B, 36 - LA LEY 11/10/2006 , 5, con nota de Luis Fernando Barrios Flores; LA LEY 2006-F , 33, Cita Online: AR/JUR/5727/2005

CSJN, Competencia N° 1524. XLI. Cano, Miguel Angel s/ insania (internación de larga data

CSJN, Causa Competencia N° 1511.XL A Tufano, Ricardo Alberto s/ internación, votos de la mayoría y de los jueces Highton de Nolasco, Fayt, y Argibay.

CSJN, 12/06/2007, Hermosa, Luis Alberto s/insania proceso especial., Cita Online: 4/64146

CS, 05/02/2008, Comp. 1128. XLIII - "Duarte, J. A. s/ internación" , disponible en <http://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/Normativa/discapacidad/fallos/nacionales/csjn-internacion-duarte.pdf>

CS, 19/02/2008, R., M. J., LA LEY 29/02/2008, 29/02/2008, 7 - LA LEY 27/03/2008 , 6, con nota de Luciana T. Ricart; Carolina Wnuczko, LA LEY 2008-C , 255, con nota de María Graciela Iglesias; Cita Online: AR/JUR/52/2008

Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II, 11/04/2017, V., J. P. s/ determinación de la capacidad jurídica, Cita Online: AR/JUR/13661/2017

Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 23/12/2008, Acuña, María Soledad c. Ciudad de Buenos Aires , Cita Online: AR/JUR/29944/2008

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 01/09/2009, S. de B., M. del C. c. Ministerio de Justicia - Poder Judicial - Estado Nacional, Cita Fallos Corte: 332:2068 , Cita Online: AR/JUR/29167/2009

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 18/08/2010, P.L., J. M. c. I.O.M.A., Causa: A.69.412 , Cita Online: AR/JUR/45719/2010

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 17/08/2011, N., N. E. , Cita Online: 70071438

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 21/12/2011,L., R. c. I.O.M.A. s/amparo-recurso de inaplicabilidad de ley,, Cita Online: AR/JUR/91273/2011

Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 102, 10/11/2014, K., M. M. s/ articulo 152 ter. codigo civil, Cita Online: AR/JUR/53955/2014

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Matanza, sala I, 06/11/2012, Z., G. R. s/ insania y curatela, Cita Online: AR/JUR/60847/2012

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires , 07/05/2014, Z., A. M. s/ insania, ED 258 , 543 DFyP 2014 (septiembre) , 269 con nota de Juan Antonio SedaDJ 24/09/2014 , 51 , AR/JUR/19440/2014

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires , 08/07/2014, E., E. R. s/ insania y curatela, LA LEY 02/09/2014 , 6 LLBA 2014 (septiembre) , 900 DJ 28/01/2015 , 49 DFyP 2015 (febrero) , 185 , AR/JUR/32121/2014

Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, sala I, 07/11/2013, R., J. s/ hábeas corpus , Cita Online: AR/JUR/92393/2013, Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, sala I, 04/08/2016, R. O., F. E. s/ habeas corpus, Cita Online: AR/JUR/60527/2016

Juzgado de Familia nº 7, Bariloche, 05/02/2014, N. V. E. s/ habeas corpus,
Cita Online: AR/JUR/80/2014

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 16/12/2014, T., M. s/ art.
152 ter Código Civil, Cita Online: AR/JUR/66521/2014

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 07/07/2015, D., M. A. s/ declaración
de incapacidad, Cita Online: AR/JUR/24366/2015

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 15/07/2015,
Gutiérrez, Griselda Margarita y otra c. Hospital Interzonal Alejandro Korn y otro s/
amparo, Cita Online: AR/JUR/26953/2015

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal,
sala V, 21/12/2015, S., A., F. y otros c. EN-Mº Salud de la Nación y otros s/ amparo
ley 16.986, Cita Online: AR/JUR/67510/2015

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 09/11/2017, F., M. T. s/
determinación de la capacidad, Cita Online: AR/JUR/98094/2017

CCivComyLaboralGualeguaychu, 01/07/2013, A., J. C. s/ declaración de
inhabilitación, LLLitoral 2013 (octubre), 1021 - LLLitoral 2013 (noviembre) , 1072, con
nota de Angel Luis Moia;

Corte Sup., "B., J. M. s/Insania", 12/06/2012, LL, 26/06/2012, 7; DFyP 2013 —
enero-febrero—, 224

CCivComAzul, Salall, 10/10/2013, S., R. s/ adopción, DFyP 2014 (enero) ,
91, con nota de Eduardo A. Zambrizzi; DJ26/03/2014, 97 - LLBA2014 (marzo), 226 -
LA LEY 31/03/2014, 31/03/2014, 10

CS, 15/05/2014, I. C., L. A. c. ANSeS -P.E.N. s/ amparo - medida cautelar, LA
LEY 10/06/2014 , 7, P.q.-S; LA LEY 18/07/2014 , 7, con nota de María Laura Ciolli
de Aguirre; LA LEY2014-D, 257 - IMP2014-8, 263 - DJ13/08/2014, 39, Cita Online:
AR/JUR/16961/2014

CCivyComSalta, SalalIII, 09/09/2014, T., C. R. s/ Declaración de insania, LLNOA2015 (febrero), 104, Cita Online: AR/JUR/50068/2014

STSantiagoodelEstero, SalaCrimLabyMinas, 12/12/2014, M., M. M. c. Instituto de Obra Social del Empleado Provincial (I.O.S.E.P.) s/ acción de amparo – apelación en amparos, DJ15/07/2015, 49, Cita Online: AR/JUR/74378/2014

JuzgadoMenoresCorrientes, N1, 22/09/2015, A. C. E. y A. Y. s/ prevencional, DFyP 2016 (julio) , 175, con nota de Elena B. Mendoza y Silvina M. Basso; LLLitoral 2016 (julio) , 6, con nota de Elena B. Mendoza y Silvina M. Basso; DJ 26/10/2016 , 17, con nota de Elena B. Mendoza y Silvina M. Basso;

CS, 15/03/2016, G., A. N. c. S., R. s/ filiación, LA LEY 11/04/2016, 11/04/2016, 7 - LA LEY2016-B, 509 - RCCyC 2016 (mayo), 05/05/2016, 140 - DFyP 2016 (julio), 06/07/2016, 86 - DJ20/07/2016, 22, Cita Online: AR/JUR/5545/2016

CS, 07/06/2016, I., J. M. s/ protección especial, LA LEY 14/07/2016, 14/07/2016, 9 - LA LEY2016-D, 280 - LA LEY 26/07/2016, 26/07/2016, 11 - DJ28/09/2016, 33 - DFyP 2016 (octubre) , 119, con nota de Julio A. Martínez Alcorta y Carlos A. Bado; Cita Online: AR/JUR/32497/2016

Corte Interamericana de Derechos Humanos, FURLAN Y FAMILIARES VS. ARGENTINA, Sentencia del 31-08-2012; Conf. resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en www.corteidh.or.cr/docs/.../resumen_246_esp.pdf consultado el 24/03/2013

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, 28/12/2017, "G. R. Z. S/ DETERMINACION DE CAPACIDAD", elDial.com - AAA6CE, publicado el 15/03/2018.

Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contenciosoadministrativo Federal Nro. 9 , 03/05/2017 , C., S. F. s/ inc. ejecución de sentencia, La Ley Online • AR/JUR/20622/2017

Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 26 de la Capital Federal, 26/12/2016 , Causa nº 4874 • LLCABA 2017 (abril) , 9 con nota de Cristián F. Anderson, AR/JUR/102286/2016

Cam. Nac. Civ. Sala L, C. 29355/2005. P. A. E. s/DETERMINACION DE LA CAPACIDAD, 21/03/2018 confirma medida del Juz. 88 A.B. Buenos Aires, publicado en <http://www.cij.gov.ar/sentencias.html>

SCBA, 16/08/2017, Causa C119722 "L., S. C. Contra M., J. L. Homologación Convenio de Alimentos", JUBA.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE FAMILIA Nº 1 DE SAN ISIDRO (Buenos Aires) - 29/08/2017 , Expte Nº SI-11592-2011 - "A. E./ S. M. G. s/Incidente de alimentos", elDial.com - AAA251, Publicado el 11/10/2017

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Reconquista Sala/Juzgado: 4ta circ., 12/04/2017 , P. E. A. c/ C. A. M. s/ inc. de cesación parcial cuota de alim. y litis expensas, Cita: MJ-JU-M-105593-AR | MJJ105593 | MJJ105593, publicado el 29/08/2017.

CC0102, 14/09/2017 , Carátula: P. ,F. N. C/ P. ,M. S/ ALIMENTOS. CUADERNILLO ART. 250 DEL C.P.C., MP 163032 232-S S Juez MONTERISI (SD).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 126

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244, párr. 149

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso AtalaRiffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237.

Corte Permanente de Justicia Internacional, Caso “Fabrica Chorzow”, “Alemania vs. Polonia”, CPJI, Sentencia del 13 de septiembre de 1928, Serie A, N° 17

Corte Internacional de Justicia, Caso “Estrecho de Corfu” Sentencia de junio de 1949, CIJ (Recueil 1949)

Corte Internacional de Justicia, Caso de las “Actividades Militares y paramilitares en y contra Nicaragua” (Nicaragua vs. Estados Unidos de América), sentencia del 27 de junio de 1986.