

# IX. El derecho de defensa y el acceso a la justicia de las personas usuarias de los servicios de salud mental<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

Las personas con discapacidad mental conforman un colectivo social en particular situación de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono, y un grupo de riesgo con “debilidad jurídica estructural”, lo que conlleva la necesidad de una protección especial de parte del derecho y del sistema judicial en su conjunto.<sup>2</sup>

Las personas usuarias de los servicios de salud mental<sup>3</sup> han sido invisibles y marginadas de la garantía de ejercicio de sus derechos fundamentales en muchas sociedades, incluida la nuestra. La diferencia que supone la discapacidad mental ha sido percibida como motivo de segregación y naturalización de la exclusión concomitante. Sobre la base de este diagnóstico, las políticas tendientes al mejoramiento de los canales de acceso al sistema de justicia y derecho a la defensa de las personas usuarias de los servicios de salud mental, y el fortalecimiento asociado de la capacidad para peticionar por sus de-

1 El presente capítulo ha sido elaborado por Roxana Amendolaro, del Equipo de Salud Mental del CELS, y Mariano Laufer Cabrera, del Área de Litigio y Defensa Legal del CELS. Colaboraron en el Equipo de Salud Mental del CELS, Paula Litvachky, del Programa Justicia Democrática del CELS, Diego Morales, del Área Litigio y Defensa Legal del CELS, y Alison Hillman, de Mental Disability Rights International (MDRI).

2 Véanse, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “R., M. J. s/ insania”, Sentencia del 19 de febrero de 2008, considerando 6º, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Ximénes Lopes vs. Brasil”, Sentencia del 4 de julio de 2005, considerando 103º.

3 En este capítulo se utilizarán indistintamente los términos “personas usuarias de los servicios de salud mental”, “personas con discapacidad mental” o “personas con discapacidad psicosocial”. En tal sentido, se han contemplado los estándares internacionales en materia de derechos humanos de las personas con discapacidad y la actual discusión de este grupo en torno a cómo autodenominarse. Estos términos también incluyen a personas que puedan estar sujetas a discriminación basándose en la percepción de que tienen una enfermedad o un historial previo de discapacidad mental.

rechos, constituyen dos aspectos fundamentales del trabajo por su inclusión social plena.

La ratificación durante 2008 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, “Convención”), por parte de la Argentina, se presenta como una oportunidad inmejorable para llevar adelante las reformas que fortalezcan el acceso a la Justicia de este grupo. En particular, la Convención establece la obligatoriedad de que los Estados reconozcan la titularidad de derechos y garanticen su ejercicio pleno y en igualdad de condiciones para todas las personas con discapacidad.

La implementación de la Convención en la Argentina requerirá, entre otros factores, un cambio de paradigma en la función tradicional de la Justicia. Es necesario que se implemente una política institucional de acceso a la Justicia y derecho a la defensa que abandone el histórico abordaje asistencialista del problema y considere a dichas personas como *sujetos de derecho*.

La Convención se funda en el “modelo social” de la discapacidad y en la lucha de las propias personas con discapacidad para autoafirmarse como ciudadanos con igual dignidad y valor que los demás.

La dignidad como valor ha sido un factor crucial en el pasaje hacia una perspectiva de la discapacidad basada en los derechos humanos. Debido a su invisibilidad, estas personas frecuentemente han sido tratadas como objetos a los que había que proteger o compadecer. El cambio fundamental se produjo cuando comenzaron a verse a sí mismas, y fueron vistas por otros, como sujetos.<sup>4</sup>

El modelo social subraya que lo concebido como discapacidad obedece a causas preponderantemente sociales. De acuerdo con este modelo, las discapacidades son producto del encuentro entre personas que padecen una determinada deficiencia, y de barreras sociales que limitan su capacidad para participar en condiciones de igualdad en la sociedad. En consecuencia, la Convención determina que los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar su participación efectiva en cada una de las actividades de la vida en comunidad.<sup>5</sup>

4 Gerard Quinn y Theresia Degener, *Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, ONU [Organización de las Naciones Unidas], Nueva York y Ginebra, 2002, p. 18, disponible en: <[http://www.unhchr.ch/html/menu6/2/disability\\_sp.pdf](http://www.unhchr.ch/html/menu6/2/disability_sp.pdf)>.

5 Para mostrar la importancia del ejercicio pleno del derecho a la participación, cabe recordar algunas de las frases expresadas por organizaciones de personas con discapacidad durante el proceso de redacción de la Convención, entre ellas: “No nos sustituyan, inclúyanos” o “nada sobre nosotr@s sin nosotr@s”.

Para avanzar en este cambio de paradigma será fundamental que se reforme, entre otros, el Código Civil, el Código Procesal Civil y Comercial y la Ley Orgánica del Ministerio Público, así como adaptar gran parte de la normativa provincial.

En este capítulo analizaremos el panorama que se abre a partir de la ratificación de la Convención en relación con los procesos judiciales, la normativa tutelar vigente, la doctrina generada por la CSJN y el papel que deberían cumplir los organismos de control y defensa en ese contexto. Asimismo, subrayaremos la importancia de reconocer a las personas usuarias de los servicios de salud mental como actores sociales a la hora de formular políticas y legislaciones que las afecten.

## **2. EL NUEVO PARADIGMA: LAS PERSONAS USUARIAS DE LOS SERVICIOS DE SALUD MENTAL COMO SUJETOS DE DERECHO**

### **2.1. LA RATIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS**

#### **DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. UN MOMENTO DE OPORTUNIDAD**

El modelo social de la discapacidad instala un nuevo paradigma que gira alrededor de la idea de entender que las personas con discapacidad son, indiscutiblemente y en igualdad de condiciones con los demás, sujetos de derecho. Este nuevo criterio, reafirmado por la comunidad internacional a través de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, implica una oportunidad única para el avance del respeto de los derechos humanos de este grupo social.

La Argentina se ha incorporado a este proceso ratificando, el 2 de septiembre de 2008, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,<sup>6</sup> que constituye el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI. Es importante subrayar el destacado papel que cumplieron, durante el proceso

6 El 30 de marzo de 2007 la ONU presentó para su firma la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La Argentina fue uno de los primeros países en el mundo que firmó este tratado. El 21 de mayo de 2008 el Poder Legislativo Nacional aprobó la Convención y su Protocolo Facultativo. Gracias al esfuerzo conjunto de diferentes sectores, el 2 de septiembre de 2008 el tratado entró en vigencia en el país, luego de que el gobierno efectivizara la ratificación a través del depósito del instrumento correspondiente en las Naciones Unidas. Por lo demás, aún está pendiente la declaración de su jerarquía constitucional (el proyecto de ley respectivo fue presentado el 19 de junio de 2008 por los diputados Morgado, Massei y Pais [Expediente 3.289-D-2008]).

de elaboración, las organizaciones de personas con discapacidad. Así, este instrumento otorga visibilidad al grupo dentro del sistema de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas e identifica claramente el fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Al mismo tiempo, brinda una herramienta jurídica vinculante al momento de garantizar la satisfacción de sus derechos.<sup>7</sup>

La Convención, entonces, se construyó alrededor de los principios de reconocimiento de la autonomía individual, prohibición de discriminación e igualdad de oportunidades. Uno de los pilares centrales del tratado es “la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad”,<sup>8</sup> las que únicamente pueden concretarse respetando la capacidad jurídica de estas personas. Este concepto implica no sólo que el Estado presuponga la capacidad de esas personas de ser titulares de sus derechos, sino, fundamentalmente, la de ejercerlos por sí mismas.<sup>9</sup>

La ratificación de la Convención por parte de la Argentina genera la obligación de implementar una serie de medidas esenciales para hacer efectiva su aplicación, dado que la realidad local se encuentra alejada de los estándares fijados por el nuevo modelo. En este sentido, mientras que el sistema judicial argentino se basa en un modelo tutelar de incapacitación que sustituye a las personas con discapacidad mental en la toma de sus decisiones, el modelo social propone un sistema de “toma de decisiones con apoyo”. Así, en lugar de privar al individuo de su capacidad legal e instalar un tutor o curador para que cuide sus intereses, reforzando su pasividad, deben crearse condiciones que ayuden a que la persona pueda obrar con impulsos propios. Uno de los principios que guían esta metodología supone asumir la dignidad del riesgo y del derecho a transitar por el mundo con todos sus peligros y posibilidades.<sup>10</sup> En última instancia, la adopción de este paradigma demandará reformas legislativas que

7 Véase Agustina Palacios, *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, Ediciones Cinca, 2008.

8 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 3.

9 Al respecto, véase la “Carta de opinión legal sobre el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, disponible en: <[http://www.redlamyc.info/Comunicaciones\\_Region/Correos%20Varios/Archivos%20adjuntos/2008\\_04\\_27\\_Art\\_12\\_Carta%20Expertos%20del%20Caucus.doc](http://www.redlamyc.info/Comunicaciones_Region/Correos%20Varios/Archivos%20adjuntos/2008_04_27_Art_12_Carta%20Expertos%20del%20Caucus.doc)>.

10 Véase Tina Minkowicz, “La capacidad legal inherente y la toma de decisiones con apoyo”, ponencia presentada en la conferencia regional “Implementación de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en Latinoamérica: asociaciones, estrategias y acción”, Ciudad de México, 15 y 16 de abril de 2008.

avancen en la eliminación del instituto de la interdicción y que la reemplacen por un sistema que garantice el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad con los apoyos que requieran en cada situación.

2.2. EL INFORME DEL RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS  
SOBRE LA CUESTIÓN DE LA TORTURA Y LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS  
CON DISCAPACIDAD

Otro paso en el proceso hacia la implementación de este paradigma corresponde a los pronunciamientos de los órganos de control del cumplimiento de tratados generales de derechos humanos. En este sentido, es destacable la postura que asumió durante 2008 el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Manfred Nowak, sobre la cuestión de la tortura, que ha incorporado esta concepción al interrelacionar expresamente los postulados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con la normativa internacional específica que protege contra la aplicación de tortura.

Asimismo, el informe presentado por el relator ante la Asamblea General de las Naciones Unidas es importante para la Argentina porque podrá funcionar como guía para la elaboración de políticas públicas sobre la cuestión de la discapacidad que sean acordes con la perspectiva introducida por la Convención.

En efecto, en el informe, el relator se ocupó de mostrar la gran vulnerabilidad de las personas con discapacidad, y reconoció la importancia del respeto de la capacidad legal inherente como una forma de prevenir graves violaciones a los derechos humanos.<sup>11</sup>

Así, Nowak reconoce la trascendencia de respetar la voluntad de las personas usuarias de los servicios de salud mental, al subrayar la necesidad de que en todo tipo de tratamiento se incluya su consentimiento libre e informado. Esto se debe a que, según lo que se ha podido comprobar en distintos países, la vulneración de este derecho conlleva la privación de la libertad mediante internaciones psiquiátricas involuntarias por largos períodos de tiempo e, incluso, de por vida.<sup>12</sup>

11 "Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Sr. Manfred Nowak", 28 de julio de 2008, ONU, doc. A/63/175, disponible en: <<http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/torture>>.

12 Véase al respecto el informe sobre el sistema de salud mental en la Argentina del MDRI y el CELS, *Vidas arrasadas: la segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos. Un informe sobre derechos humanos y salud mental*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008, disponible en: <<http://www.cels.org.ar>>.

Además, señaló que otra cuestión clave para prevenir los abusos es adecuar los marcos legislativos locales y las lógicas de actuación de los operadores estatales a un modelo que no prive indiscriminadamente de la capacidad jurídica y que facilite el acceso a la Justicia de estas personas, con el objeto de evitar la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos e impedir que esos hechos vuelvan a repetirse.

En este sentido, y tal como reconoce el relator, el respeto de la voluntad de esas personas es el pilar fundamental para avanzar hacia un cambio de paradigma. Sin duda, este tipo de pronunciamientos por parte de diferentes organismos de derechos humanos brinda un impulso de gran importancia para avanzar en esta transformación.

### 2.3. EL DERECHO DE DEFENSA DE LAS PERSONAS USUARIAS DE LOS SERVICIOS DE SALUD MENTAL

Según los principios internacionales sobre derechos humanos, para considerar que el derecho de defensa se está gozando efectivamente deben respetarse algunas manifestaciones concretas, como: a) el derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso a la Justicia, b) el derecho a contar con un defensor técnico idóneo y gratuito desde el inicio del proceso, c) el derecho al reconocimiento de la capacidad legal y de la autonomía de la voluntad de la persona, d) el derecho a recurrir las decisiones judiciales, e) el derecho a tener audiencias personales con el juez, f) el derecho a ser debidamente informado, a ser oído y a participar por sí mismo en el proceso, y g) el derecho al plazo razonable.<sup>13</sup>

En el marco de este nuevo paradigma, las personas con discapacidad mental, en tanto sujetos de derecho, pueden y deben ser *protegidas* también del accionar del *Estado protector* puesto que, al desempeñar esta función, éste puede cometer irregularidades y abusos como en cualquier otra esfera de actuación, o, aun procediendo de forma correcta, simplemente puede orientar su accionar hacia fines que no coinciden con los de la persona involucrada, que, por su parte, tiene derecho a defender su postura ante los actos que afectan su vida. Lograr la protección de la dignidad de alguien sometido a un proceso judicial en el cual se

13 El fundamento jurídico de estas manifestaciones del derecho de defensa puede encontrarse en diversas normas, entre las que cabe mencionar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 y 25), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (arts. 2, 3, 4, 5, 12 y 13), los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental de las Naciones Unidas (ppios. 1, 18 y 19) y las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (ptos. 8, 29, 30, 31, 33, 38, 40, 41, 51, 53, 54, 58, 59, 63 y 64).

discute su capacidad mental y legal depende de un cambio de paradigma para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la defensa en juicio, básico en cualquier sociedad democrática y en un Estado de derecho.

Por ejemplo, el derecho a la defensa técnica implica que, durante el proceso judicial, la persona cuya capacidad se esté cuestionando cuente con la posibilidad de ser asistida jurídicamente por el defensor que elija, o que el Estado le proporcione uno sin cargo. Por otro lado, los profesionales que lleven adelante esta tarea deben estar suficientemente capacitados y especializados para realizar una defensa realmente idónea y, de ser necesario, deben contar con el apoyo de un equipo interdisciplinario (integrado por profesionales en psicología, trabajo social, intérpretes de lenguaje de señas, asistentes personales, etc.), que los ayuden a comprender y cumplir más fielmente la voluntad de su representado, y a traducir sus inquietudes en peticiones concretas dentro del ámbito judicial.

Garantizar el cumplimiento de este derecho constituye un apoyo concreto al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad mental, y no implica sustituir su voluntad con el criterio del profesional, sino asistirlo técnicamente para desenvolverse y expresar su voluntad en el marco del procedimiento judicial. En resumen, se trata del mismo servicio que brindaría un defensor público a un acusado en un proceso penal, ámbito en el que resulta inimaginable que la persona no cuente con una asistencia legal respetuosa de su voluntad de consentir la imputación, de oponerse, de solicitar medidas de prueba, de recurrir las decisiones del juez, etcétera.

Por lo demás, para que esto se logre es evidente que no debe haber conflicto de intereses entre la persona y su asistente legal, por lo que el defensor sólo podrá representarla a ella en el juicio, y no a sus familiares, o al personal de la institución psiquiátrica, o a otras dependencias del Estado. Tampoco, claro está, deberá tener en cuenta otros mandatos más que los de su representado. Así, su criterio personal o sus creencias acerca de los intereses sociales comprometidos no deberían interferir en el desarrollo de su actuación profesional.

Por su parte, el derecho a ser oído consiste en la posibilidad de la persona de participar en el proceso, de tener audiencias personales con el juez y de presentar pruebas y dictámenes médicos independientes sobre su salud mental. Además, involucra el derecho a ser debidamente informado desde el inicio sobre los fines y las características del proceso al que está siendo sometido y acerca de las garantías de las que goza durante su tramitación y las formas de hacerlas efectivas. Para eso, el Estado tiene que adoptar las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación entre los operadores judiciales y la persona sometida a proceso.

Finalmente, también forma parte de la debida defensa en juicio el derecho al plazo razonable, es decir, que la decisión judicial respecto de la capacidad legal de la persona sea adoptada en un término lógico y que la amenaza de in-

capacidad no se prolongue indefinidamente, porque esto termina estigmatizando su existencia.

### 3. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL EN EL SISTEMA JUDICIAL ARGENTINO

#### 3.1. EL SOSTÉN DEL PARADIGMA TUTELAR: UN SIGLO Y MEDIO SIN CAMBIOS EN LAS REGLAS DEL CÓDIGO CIVIL

Pese a este nuevo contexto dado por el derecho internacional de los derechos humanos, el paradigma aún vigente en la Argentina es el sistema tutelar de protección de los denominados incapaces. En función de esto, es entendible que las instituciones estatales actúen partiendo del supuesto de que la persona sometida a un proceso judicial por cuestiones de salud mental en realidad está siendo resguardada de los peligros de la “vida en sociedad” y, por ende, no tiene por qué preocuparse por el trámite del juicio en cuestión, ya que está motivado sólo por el afán puro de protección.

El sistema tradicional de abordaje judicial de los problemas de salud mental se basa en la idea de que el *presunto enfermo mental* necesita la protección estatal, es decir, un aparato tutelar que vele desde afuera y desde arriba por los intereses de un objeto de protección que debe ser sustituido en la toma de sus decisiones; en consecuencia, se restringe su capacidad de ejercer derechos, para evitarle así los males mayores que puede traer aparejados su interrelación con el mundo exterior. Además de basarse en las rutinas y prácticas de los operadores judiciales que intervienen en estos procesos, naturalizadas a partir de una ideología sostenida por más de un siglo y medio, este sistema tutelar tiene su sustento fundamental en la normativa local vigente.

La norma pilar de este paradigma resulta ser el Código Civil, que define a las personas declaradas incapaces como “menores de edad”. Por eso sustituye su voluntad por el criterio del curador y aplica para el manejo de sus bienes y de su persona reglas de tutela propias del viejo sistema asistencial que consideraba a los niños como objeto de protección y no como sujetos de derecho. Así, el tutor (o curador del incapaz) termina siendo el representante “*en todos los actos de la vida civil*” del afectado y, además, “*gestiona y administra solo*”, “sin el concurso del menor y *prescindiendo de su voluntad*”. Su figura termina de moldearse cuando el Código le impone el deber de administrar los intereses del menor como “*un buen padre de familia*”.<sup>14</sup>

14 Arts. 377, 411, 413 y 475 del Código Civil.

Como vemos, al analizar estos patrones fijados por la normativa local y la ideología subyacente del sistema tutelar de protección, no es difícil comprender por qué resulta tan bajo el nivel de respeto de la autonomía de la voluntad, de la capacidad legal inherente y del derecho de defensa de las personas usuarias de los servicios de salud mental.

### 3.2. LA PROTECCIÓN ESTATAL EJERCIDA A TRAVÉS DE PROCESOS JUDICIALES SOBRE SALUD MENTAL

Tradicionalmente, y desde la sanción del Código Civil hace ya ciento cincuenta años,<sup>15</sup> cuando el Estado interviene judicialmente para “proteger” a las personas con discapacidad mental lo hace a través de dos tipos de procesos: las interdicciones (inhabilitaciones o insanias) y las internaciones involuntarias o forzosas.

Para intentar una aproximación cuantitativa al problema, basta con considerar que durante 2007 y 2008 se iniciaron en la Ciudad de Buenos Aires más de 16.152 procesos judiciales por cuestiones de salud mental (internaciones forzosas, control de internaciones inicialmente voluntarias, insanias e inhabilitaciones). Sin embargo, en el mismo período se obtuvo sentencia o resolución definitiva en sólo 256 casos.<sup>16</sup>

Del total de causas iniciadas, casi el 90% corresponde a casos generados a raíz de internaciones psiquiátricas.<sup>17</sup> En efecto, durante 2007 y 2008, y sólo en

15 El Código Civil fue sancionado por la Ley 340 en el siglo XIX, en 1869.

16 Elaboración propia sobre la base del informe realizado a pedido del CELS por la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación, 17 de diciembre de 2008.

17 En este porcentaje se incluyen las causas judiciales de control de internaciones inicialmente voluntarias (reguladas en la Ley 22 914), como así también aquellos expedientes vinculados a internaciones involuntarias o forzosas. Estas últimas se encuentran previstas en el art. 482 del Código Civil, que dispone que: “El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial. Las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez, de las personas que por padecer enfermedades mentales, o ser *alcoholistas* crónicos o toxicómanos pudieren dañar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública. Dicha internación sólo podrá ordenarse, previo dictamen del médico oficial. A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la internación de quienes se encuentren afectados de enfermedades mentales aunque no justifiquen la declaración de demencia, *alcoholistas* crónicos y toxicómanos que requieran asistencia en establecimientos adecuados...”.

el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, se iniciaron más de 14.500 casos judiciales derivados de internaciones por cuestiones de salud mental.<sup>18</sup> Estos datos permiten confirmar que las internaciones psiquiátricas siguen constituyendo la principal política de salud mental en el país. Estas internaciones, instrumentadas en la práctica sin el respeto estricto de las garantías procesales y los derechos básicos de las personas usuarias de los servicios de salud mental, pueden implicar auténticas detenciones arbitrarias.<sup>19</sup>

Por lo demás, la intervención judicial sobre la vida de la persona por lo general no concluye una vez cesada la internación, ya que es habitual que muchos de estos procesos se transformen inmediatamente en extensos juicios de insania o inhabilitación.

El segundo grupo de casos corresponde a las causas por interdicción que, en esencia, consiste en un procedimiento por el cual se limita la capacidad jurídica de una persona nombrando a un representante para que la supla en todas o algunas decisiones de su vida. En nuestro país los tipos de interdicción son la *insania*,<sup>20</sup> que determina la incapacitación total de la persona y su sustitución casi absoluta en la toma de la mayor parte de sus decisiones, y la *inhabilitación*,<sup>21</sup> que es una incapacitación parcial. Por lo general, las insanias casi triplican el número de inhabilitaciones, pese a implicar una restricción mayor de la capacidad de la persona afectada. En 2007 y 2008 se iniciaron, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, más de 1.217 nuevos procesos de insanias, contra algo más de 436 nuevos procesos de inhabilitación.<sup>22</sup>

18 Elaboración propia sobre la base del informe realizado a pedido del CELS por la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación, 17 de diciembre de 2008.

19 Véase MDRI y CELS, *Vidas arrasadas: la segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos...*, ob. cit., pp. 95-107.

20 La declaración de insania se encuentra prevista en el art. 141 del Código Civil, que dispone: "Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes".

21 La inhabilitación se encuentra prevista en el art. 152 bis del Código Civil, que dispone que podrá inhabilitarse judicialmente a "los disminuidos en sus facultades cuando, sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio", y gradúa la incapacidad resultante al establecer que los inhabilitados "no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos" sin la conformidad del curador, y "sólo podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

22 Elaboración propia sobre la base del informe realizado a pedido del CELS por la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación, 17 de diciembre de 2008.

Estos procesos se caracterizan por ser *tutelares*, es decir, se desarrollan bajo el paradigma de la necesidad de protección de un objeto de derecho (el presunto insano). Son procesos *involuntarios*, iniciados ante la petición de un tercero (no de la persona denunciada) y en los que se discute judicialmente sobre el estado y la presunción de capacidad mental y legal de una persona y la consecuente futura restricción en el ejercicio de algunos de sus derechos, o sobre la necesidad de una internación coactiva.

Asimismo, una vez iniciados tampoco son *contenciosos*, o sea, no hay una real bilateralidad en las actuaciones y no juega el principio contradictorio entre las partes, no hay “igualdad de armas” entre el Estado y el “objeto de protección”, y ni siquiera el juez mantiene una función de imparcialidad clásica, sino que su participación en el proceso responde a criterios tutelares y paternalistas.

En estos procesos se observa una *flexibilización del plazo razonable* y es muy común que entre el inicio del juicio y la obtención de la sentencia firme pasen muchos años. También es habitual que durante varios meses las causas no presenten actividad jurisdiccional alguna, y que recobren impulso a través de participaciones esporádicas y automatizadas de los operadores judiciales intervinientes o mediante algunas peticiones de terceros interesados, lo que genera como efecto la prolongación de la duración global del trámite judicial. En consecuencia la *vigencia del derecho de defensa* para las personas sometidas a procesos judiciales por cuestiones de salud mental es meramente relativa.<sup>23</sup>

23 Estas consideraciones derivan de las intervenciones del CELS en diversos procesos judiciales. Por ejemplo, en el caso de una persona (D. G.) que tomó contacto con la comisión de práctica profesional (clínica jurídica en derechos humanos) de la UBA (Universidad de Buenos Aires)-CELS, se constató que se le había dictado una sentencia de inhabilitación con la que no estaba de acuerdo pues era una limitación del ejercicio de su capacidad. Se lo manifestó a sus representantes legales (curador público y defensor de incapaces) y les pidió que apelaran la sentencia. Sin embargo, ambos funcionarios priorizaron su criterio personal, acorde con el del juez, no le brindaron patrocinio legal y aceptaron las resoluciones. D. G. decidió entonces apelar personalmente la sentencia, y denunció además la violación de su derecho de defensa técnica. El juez interviniente rechazó la apelación porque faltaba la firma de un abogado, pese a la especial situación de vulnerabilidad en la que se hallaba D. G., al haber sido sometido a un proceso judicial por más de doce años, y a que se había acreditado la lesión de garantías procesales básicas. Ante la elevación de la causa en consulta a la cámara para la revisión de la legalidad de la sentencia, la defensora de incapaces de segunda instancia (anunciada formalmente de la situación por el CELS) advirtió la indefensión de D. G. y solicitó el reenvío de las actuaciones a la primera instancia, a efectos de que se integrara la representación de D. G. con el debido patrocinio legal a cargo de algún integrante de la defensa pública. Hasta el cierre de este Informe, y habiendo pasado más de un año del dictamen, ningún

Al día de hoy, estas personas no gozan en sentido estricto de una defensa técnica desde el inicio del procedimiento. En efecto, no existe, de parte de los representantes legales de la persona,<sup>24</sup> un apego incondicional a su voluntad y deseos, sino que éstos conservan discrecionalidad en sus líneas de actuación. De este modo, la presunción legal de capacidad se convierte, en la práctica, en un estado de sospecha de incapacidad y de desconocimiento de su personalidad jurídica. Asimismo, muchos de los miembros de la defensa pública que representan legalmente a la persona durante el proceso todavía ejercen una función inspirada en el concepto del *buen padre de familia*, e impulsan, consienten o recurren las decisiones judiciales sobre su asistido según su criterio, sin respetar (y muchas veces sin siquiera consultar) los deseos y las preferencias de quien está bajo proceso.<sup>25</sup>

Por lo demás, es típica la confusión de funciones y tareas entre los distintos operadores judiciales que intervienen en estos casos, que en muchas situaciones se superponen o se abstienen de actuar suponiendo que le compete a otro hacerlo. También es habitual que las actuaciones de cada operador sean espaciadas y obedezcan más a una lógica de remisiones y vistas automáticas que a peticiones que surjan del análisis serio de la situación judicial que esté viendo la persona de cuya capacidad se trate.<sup>26</sup>

Además del tema de la normativa interna, que funciona como límite y justificación ideológica de este tipo de intervenciones, hay que advertir la necesaria especialización y dedicación preferencial que requiere la asistencia legal de personas en particular situación de vulnerabilidad. Esto tampoco puede concretarse en la Argentina, debido a cuestiones materiales que tie-

---

funcionario había asumido formalmente la defensa técnica de D. G. respetando su voluntad, y la causa continuaba sin que la sentencia hubiese sido confirmada o revocada.

24 A través de la figura del curador público y del defensor o asesor de incapaces.

25 En este sentido, miembros de la defensa pública han reconocido que en la práctica “no existe verdadera representación legal” de las personas usuarias de servicios de salud mental, de modo que el funcionario “no está obligado a representar el punto de vista de la persona” y su objetivo es procurar “una síntesis adecuada de los deseos del individuo y aquello que el abogado considera lo mejor”. Véase MDRI y CELS, *Vidas arrasadas: la segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos...*, ob. cit., pp. 103-104.

26 Algunas de estas irregularidades se constataron en el caso de D. G., ya mencionado. Hasta el mes de julio de 2008 y luego de casi doce años de proceso, se contabilizaban no más de 25 intervenciones de los representantes legales del afectado (sumando las actuaciones del curador público y del defensor de incapaces), sólo seis exámenes del cuerpo médico forense y apenas una audiencia personal con el juez. Además, se advirtió un patrón reiterado de inactividad jurisdiccional absoluta por lapsos intercalados de seis meses.

nen que ver tanto con la sobrecarga de casos judiciales que debe afrontar cada miembro de la defensa pública,<sup>27</sup> como con su múltiple actuación ante distintos fueros en litigios muy disímiles.<sup>28</sup> En estas condiciones de falta de recursos humanos, una representación adecuada se convierte, en los hechos, en una imposibilidad.

Como vemos, ni la figura del curador público ni la del defensor de incapaces fueron creadas considerando el respeto estricto del derecho de defensa técnica de la persona representada en un proceso judicial por cuestiones de salud mental.<sup>29</sup> Es indispensable, por tanto, que estos funcionarios acompañen el camino hacia el cambio y la consolidación de un nuevo paradigma, generando con sus intervenciones nuevos escenarios judiciales.

A los efectos de tener un panorama más claro de la situación analizada, resulta interesante comparar estos procesos de interdicción (insanias e inhabilitaciones) con los juicios penales, para comprender así hasta qué extremo llegan la especial vulnerabilidad de las personas involucradas en procesos judiciales de salud mental y el escaso grado de respeto de su derecho de defensa técnica. Así, cabe señalar que si bien los procesos penales también son coactivos (iniciados por el impulso del Estado o ante la petición de un tercero, y no de la persona denunciada), éstos sí son realmente contenciosos (con respeto de los principios de bilateralidad y contradicción, igualdad de armas e imparcialidad del juez), y en ellos no se discute la necesidad de respetar el plazo razonable y el derecho de defensa en juicio.

En consecuencia, no sería un mero producto de la imaginación la suposición de que una persona imputada de un delito y sometida a un proceso penal goza de mayores garantías y derechos durante el juicio (en especial, del derecho de defensa) que una persona *protegida* por el Estado mediante su sometimiento a un proceso judicial de incapacitación por cuestiones de salud mental. Esa suposición sería más bien una fiel descripción de la realidad actual del sistema judicial argentino.

27 Se estima que cada curador oficial del Ministerio Público de la Defensa tiene a su cargo entre 800 y 1.000 casos judiciales.

28 En la Ciudad de Buenos Aires sólo siete defensores públicos de menores e incapaces de primera instancia intervienen ante 216 juzgados, correspondientes a tres fueros distintos (civil, comercial y laboral).

29 Por ejemplo, si bien el art. 147 del Código Civil establece que para la persona sometida a proceso judicial por cuestiones de salud mental debe nombrarse “un curador provisorio que lo represente y defienda en el pleito, hasta que se pronuncie la sentencia”, esta norma ha sido tradicionalmente interpretada a partir de un modelo tutelar, es decir, impidiendo el respeto de la autonomía de la voluntad y el goce efectivo del derecho de defensa técnica.

### 3.3. UN CASO PARADIGMÁTICO: LA APLICACIÓN DE TERAPIA ELECTROCONVULSIVA (TEC). EL HÁBEAS CORPUS PARA PREVENIR

#### UN POSIBLE ACTO DE TORTURA O TRATO CRUEL, INHUMANO O DEGRADANTE

Durante 2008 el CELS recibió una denuncia<sup>30</sup> sobre la aplicación de TEC a una persona institucionalizada (en adelante, "L") en el Hospital Psicoasistencial Interdisciplinario José Tiburcio Borda (en adelante, "Hospital Borda"), práctica extremadamente invasiva que iba a llevarse a cabo sin consentimiento del afectado<sup>31</sup> y sin que el juzgado civil a cargo del control de la internación hubiese dado autorización para realizarla.<sup>32</sup> Además, se informó que el hospital carecía de las condiciones materiales necesarias para llevar adelante este tipo de intervención (infraestructura, tecnología, seguridad, anestesia, monitoreo, etc.), con el consiguiente riesgo para la integridad personal y la vida de la persona.

Este caso ilustra una política generalizada en la Argentina, en la que el paradigma aún vigente en salud mental es el sistema tutelar de protección de los considerados incapaces, personas que no son reconocidas como sujetos de de-

30 La denuncia llegó al CELS a través del Movimiento de Ocupantes e Inquilinos (MOI), debido a que la persona institucionalizada forma parte allí de un programa de integración comunitaria para quienes egresan de establecimientos psiquiátricos y trabaja para una cooperativa que construye viviendas sociales.

31 Según los profesionales que tratan a L en el Borda, en la historia clínica estaba prevista la aplicación de ocho sesiones de TEC, avaladas por las autoridades del hospital debido al "riesgo suicida" del "paciente". Pese a esto, no se había pedido su consentimiento informado por entender que "no era conveniente", pues no sabían "cómo podía reaccionar ante la pregunta por la conformidad". Así, decidieron comunicarle simplemente que "lo iban a dormir un rato" para hacerle "un mapeo cerebral". Además, reconocieron no haber requerido autorización judicial ni supervisión del curador y defensor de incapaces, e incluso admitieron que la TEC hubiese sido aplicada en esas condiciones unos días antes de la denuncia, de no ser porque L había interrumpido el ayuno necesario para la técnica, al ingerir accidentalmente un alimento.

32 Luego pudo averiguarse que L se encontraba bajo un proceso judicial de inhabilitación ante el Juzgado Nacional en lo Civil n° 10 (a cargo en ese momento de la jueza Myriam Rustan de Estrada) y que había sido trasladado al Hospital Borda por la policía a fines de agosto de 2008, por intento de suicidio. Con posterioridad a una audiencia mantenida con miembros del CELS, los médicos de L decidieron comunicar la medida a la jueza civil, la que renunció de hecho al control jurisdiccional necesario sosteniendo que la aplicación de TEC "es exclusiva responsabilidad de los médicos" y, por lo tanto, "resulta innecesario autorizar judicialmente el tratamiento electroconvulsivo". Por lo demás, recién en ese momento ordenó controlar la legitimidad de la internación involuntaria, a través de un examen del Cuerpo Médico Forense, pese a que L se encontraba detenido a su disposición hacía más de un mes.

recho, con capacidad para tomar sus propias decisiones sobre las cuestiones que las afectan.

Al margen de la discusión en torno a la validez médica de la práctica en sí (la que, de admitirse, sólo podría ser aplicada en situaciones excepcionales, siempre como último recurso terapéutico, y tomando numerosos recaudos médicos),<sup>33</sup> una vez agotadas las instancias de incidencia<sup>34</sup> se interpuso un hábeas corpus correctivo a favor de L, por tratarse de la única vía judicial prevista por el ordenamiento normativo local que con tanta celeridad podía ser efectiva para impedir el acto denunciado.

Otro objetivo de esa acción fue generar un control judicial activo<sup>35</sup> de la situación de L quien, en las condiciones descritas, corría el peligro cierto e inminente de ser víctima de un posible trato cruel, inhumano o degradante, de acuerdo con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>36</sup>

33 Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), hay varias controversias alrededor de la legitimidad médica del uso de la TEC pero, de ser utilizada, la OMS prescribe que “sólo debe administrarse previa obtención del consentimiento informado, y en su forma modificada, es decir, con el uso de anestesia y relajantes musculares”. Además establece que compete al sistema judicial (o a un órgano de revisión independiente) “autorizar o prohibir los tratamientos intrusivos o irreversibles, como los casos de psicocirugía y terapia electroconvulsiva” (*Manual de recursos de la OMS sobre salud mental, derechos humanos y legislación*, Ginebra, 2006, pp. 68-81).

34 Entre ellas, comunicaciones telefónicas con distintos miembros de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional Neuropsiquiátrico de la Defensoría General de la Nación, entrevistas personales con L y audiencia con los médicos a cargo de la aplicación del TEC. A raíz de estas gestiones, la curadora oficial concurrió al Hospital Borda y se entrevistó con L y con los médicos, que la anoticiaron de la inminente aplicación de la TEC. Pese a esto, no interpuso recurso alguno para frenar la medida. En cambio, sí se opuso judicialmente el defensor de incapaces, aunque su recurso no logró que la jueza suspendiera la TEC.

35 Según la Ley 23098, que regula el procedimiento de hábeas corpus, el juez debe convocar a una audiencia a la que deberán concurrir personalmente el amparado por la acción, un defensor técnico (oficial) que lo asista legalmente y la autoridad denunciada como responsable de la privación de la libertad o del agravamiento de sus condiciones.

36 La ONU ha fijado el estándar de que “la terapia [electroconvulsiva] no modificada puede provocar un fuerte dolor y sufrimiento y suele tener secuelas, como fracturas de huesos, de ligamentos y de la columna vertebral, discapacidad cognitiva y posible pérdida de memoria. No puede considerarse una práctica médica aceptable y puede constituir tortura y malos tratos. En su forma modificada, es fundamental que la terapia electroconvulsiva se administre sólo con el consentimiento libre e informado de la persona interesada, y una vez que se le haya informado de los efectos secundarios y los riesgos que conlleva, como complicaciones cardíacas, confusión, pérdida de memoria e incluso muerte. [Además] las personas con discapacidad son sometidas

A pesar de haber constatado cada uno de los puntos denunciados, el juzgado penal rechazó formalmente el hábeas corpus, sin realizar la audiencia prevista por la ley con los afectados por la denuncia y mediante una decisión con graves problemas de fundamentación.<sup>37</sup> Sin embargo, la actividad jurisdiccional desplegada luego de la presentación y la cobertura periodística del caso<sup>38</sup> provocaron la reacción de los distintos actores involucrados y, de hecho, la aplicación de la TEC fue suspendida.

En efecto, al día siguiente de la resolución que rechazaba el hábeas corpus, hubo una audiencia en el Hospital Borda entre los médicos de L, la curadora pública y el defensor de incapaces, en la que se acordó sustituir la práctica de electroshoks por un tratamiento farmacológico alternativo.<sup>39</sup>

Así, y pese a que se había prescripto la TEC sobre la base de presunción de “riesgo suicida” y “peligro de vida”, L evolucionó favorablemente con la nueva medicación y sólo dos meses después obtuvo el alta médica y continuó su tratamiento en forma ambulatoria.

---

a [...] tratamientos médicos alteradores e irreversibles sin su consentimiento [...] como el electrochoque”. Por otro lado, sostuvo que es alarmante que estas situaciones “pasen inadvertidas o se justifiquen y no se las considere una forma de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. “Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Sr. Manfred Nowak”, ob. cit.

37 El tribunal que tramitó el hábeas corpus fue el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 20, a cargo de la jueza subrogante Elizabeth A. Paísán. Pese a que, según el derecho internacional de los derechos humanos, una internación involuntaria es una especie más de privación de la libertad, la jueza planteó en la sentencia que dado que L no se encontraba detenido bajo “régimen penitenciario”, no era válido interponer un hábeas corpus para impedir el agravamiento ilegítimo de las condiciones de encierro. La jueza tampoco comprendió que se estaba denunciando un posible acto de tortura, lesivo del derecho a la vida y la integridad personal, y que se trataba de una situación límite y urgente debido a la inminente aplicación de la TEC. Por el contrario, entendió que el caso versaba “sobre la eventual mengua que puede acarrear en el derecho a la salud”, cuestión que a su criterio era competencia del juzgado civil. La sentencia fue apelada por el CELS, pero la jueza no concedió el recurso por considerar que “la doble instancia no es de imperativo constitucional” (*sic*). A pesar de los groseros errores del fallo, y teniendo en cuenta que la TEC finalmente se suspendió, no se continuó la vía recursiva.

38 Véanse por ejemplo “Freno a un electroshock”, *Página/12*, 1º de octubre de 2008, y “Hospital Borda: una crónica del electroshock”, *Miradas al Sur*, 5 de octubre de 2008.

39 Pese a tratarse de una persona internada en un hospital público, estos medicamentos fueron costeados por el Ministerio Público de la Defensa, a instancias de la Dirección General de Tutores y Curadores Públicos, a cargo de Eduardo Madar, y no por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Después de la resolución de este caso testigo, el CELS envió notas a distintas autoridades para comunicar lo sucedido y expresar su preocupación frente a la aplicación de electroshock en instituciones psiquiátricas (públicas y privadas) de la Ciudad de Buenos Aires. También consultaba la posición oficial sobre el tema y solicitaba información acerca de las medidas que se iban a adoptar para garantizar el pleno ejercicio de la capacidad legal de las personas usuarias de los servicios de salud mental y para evitar que se repitan nuevos tratamientos involuntarios extremos.

La reacción de las instituciones interpeladas fue muy diversa y, en el caso de las distintas dependencias del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCABA), incluso contradictoria.

Aunque el Ministerio de Salud de la Ciudad no planteó la posición oficial, remitió informes producidos por el Hospital Borda y por la Dirección de Salud Mental del GCABA. En efecto, el director del Hospital Borda, Dr. Juan A. Garralda, sin referirse al caso puntual denunciado, señaló genéricamente que en la actualidad la práctica de la TEC “es de uso infrecuente”, si bien admitió que se la sigue utilizando. También sostuvo que se efectúa en “quirófanos con anestesia y con monitoreo cardíaco”. Asimismo, y pese a que los hechos constatados judicialmente muestran lo contrario, indicó que “se efectúa, siempre, previo consentimiento informado”. Finalmente aclaró que “es de conocimiento que este tratamiento se realiza en todos los países modernos del mundo”, pese a que la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y la ONU sostienen exactamente lo contrario.

Con una posición distinta, el Comité de Bioética del Hospital Borda sostuvo que “se deben tener en cuenta los efectos negativos a nivel institucional y social de una práctica que, por razones históricas, se encuentra asociada en el imaginario social a métodos de carácter represivo”, aunque reconoció que las disposiciones internas del hospital permiten que se aplique cuando se alega “necesidad clínica, de acuerdo con criterios médicos y jurídicos aceptados”. En este sentido, sugirió que era necesario modificar tales disposiciones a futuro y exigir que se requiera “autorización específica de la familia, representante legal y/o del juez interviniente”. No obstante, el control del comité no fue efectivo a la hora de impedir la realización de la práctica en las condiciones denunciadas.

Por su parte, la Dirección de Salud Mental informó que, tras la denuncia del CELS, se comunicó a los directores de los tres hospitales psiquiátricos para adultos del sistema público de la ciudad (el Borda, el Hospital de Emergencias Psiquiátricas Torcuato de Alvear y el Hospital Neuropsiquiátrico Braulio A. Moyano) que, para utilizar la TEC, se deben cumplir ciertos requisitos: a) se encuentra prohibida su aplicación a menores de edad, b) sólo puede aplicarse cuando resulte indispensable y no sea posible resolver la situación médica por

otros medios terapéuticos, previo consenso de una junta médica calificada y constancia en la historia clínica del paciente, c) se requiere consentimiento informado del paciente (si su condición médica lo permite), de un familiar a cargo y/o del curador correspondiente, d) se debe notificar al juzgado interviniente, y e) siempre se debe aplicar en su forma modificada (con anestesia, relajantes musculares y monitoreo).

También otras entidades respondieron los planteos del CELS. Así, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) sostuvo que existe una restricción absoluta en el uso de la TEC e informó que en los sistemas de salud mental basados en la comunidad ya prácticamente no se utiliza. Agregó que en los pocos países que aún la implementan, sólo se aplica en situaciones excepcionales, como última opción, y cuando no hayan dado resultado positivo el conjunto de recursos terapéuticos aplicados con anterioridad. En esos casos, la OPS informa que su aplicación debe estar acompañada de una detallada fundamentación y debe realizarse en condiciones médicas adecuadas (quirófano, anestesia, relajantes musculares, monitoreo cardiorrespiratorio, etcétera).<sup>40</sup>

Por su parte, la Defensoría General de la Nación informó que a través de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional Neuropsiquiátrico se tendría en cuenta la denuncia al momento de realizar futuras inspecciones en establecimientos psiquiátricos de la ciudad. También respondió el director general de tutores y curadores públicos, quien informó que pocos días después del hecho hubo un nuevo intento de aplicación de la TEC en el Hospital Borda, que tampoco se había realizado porque el curador público no dio el consentimiento supletorio y esta vez sí requirió judicialmente la suspensión de la medida hasta tanto se cumpliesen todas las condiciones necesarias, incluyendo la opinión previa de una Junta Médica ad hoc del Cuerpo Médico Forense y la intervención de la Academia Nacional de Medicina.

Asimismo, la asesora general tutelar de la Ciudad de Buenos Aires respondió que, a raíz de las presentaciones del CELS, se habían requerido informes y explicaciones al GCABA, por entender que la aplicación de la TEC, en las condiciones descriptas, constituía “una flagrante violación a los derechos humanos de los pacientes” al implicar prácticas “degradantes e inhumanas, bajo el pretexto de realizar acciones terapéuticas”.

Finalmente, la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires dictó una resolución en la que solicitaba al GCABA que, en el plazo de treinta días, informara a) cuáles son los diagnósticos utilizados para prescribir TEC en instituciones psiquiátricas en la ciudad, b) si se registra en las historias clínicas la aplicación

40 La información fue provista por el Asesor Subregional en Salud Mental para Sudamérica de la OPS, Dr. Hugo A. Cohen.

previa de terapias alternativas menos invasivas, así como el consentimiento informado de la persona y/o su representante legal, luego de la explicación acerca de los riesgos y efectos secundarios que conlleva la TEC, y c) quién controla que los equipos necesarios para practicar la TEC se encuentren en las debidas condiciones materiales, tecnológicas, de seguridad e higiene.<sup>41</sup>

El caso evidencia de qué modo responde tradicionalmente el Estado a quienes deben recurrir a los servicios de salud mental y atraviesan situaciones urgentes: desconociendo *la capacidad legal inherente y la voluntad de la persona usuaria del sistema de salud mental* para tomar decisiones sobre los actos que afectan su vida. Además, muestra hasta qué punto se relativiza la importancia de obtener el consentimiento informado de la persona ante un tratamiento psiquiátrico y sólo prima el criterio médico por sobre la voluntad del afectado. Asimismo, pone de manifiesto *los límites en el goce del acceso a la justicia y la garantía de defensa de sus derechos*. Finalmente, presenta un panorama de *incertidumbre respecto de las políticas de salud mental del sistema público de salud del GCABA*. Del análisis de los hechos surge el interrogante de saber en qué medida influyó en la decisión de prescribir la aplicación de la TEC por parte de los médicos tratantes del Hospital Borda la circunstancia de que el hospital público no contase con los recursos económicos necesarios para intentar la terapia farmacológica y psicoterapéutica adecuada mediante la provisión de los insumos, medicamentos y servicios profesionales de rehabilitación correspondientes.

#### 4. EL PAPEL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CSJN)

##### 4.1. LA CORTE PROMUEVE UNA NUEVA MIRADA DEL PROBLEMA

En este tránsito hacia una nueva configuración judicial de los procesos por cuestiones de salud mental, uno de los hechos más positivos del año 2008 fue el papel asumido por la CSJN al fijar nuevos criterios de actuación para el Cuerpo Médico Forense (CMF)<sup>42</sup> y especialmente al dictar algunas senten-

41 El pedido de informes al GCABA se instrumentó mediante la Resolución 624/08, aprobada en la sesión del 11 de diciembre de 2008. En el mes de enero de 2009, el Poder Ejecutivo local contestó la requisitoria, aunque de un modo impreciso, ambiguo y genérico. Es por ello que, al cierre de este Informe, en el ámbito de la Legislatura se encontraba en preparación un nuevo pedido de explicaciones al GCABA.

42 El 17 de junio de 2008 la CSJN dictó la Resolución 1370/08, luego de una visita realizada a la Unidad Psiquiátrica Penal n° 20 del Servicio Penitenciario Federal (ubicada en el predio del Hospital Borda) en la que constató que había varias divergencias en cuestiones médicas (entre los profesionales de la

cias.<sup>43</sup> Por ejemplo, el fallo “R., M. J. s/ insania”, que profundizó una línea de actuación que puede remontarse al año 2005.<sup>44</sup>

Ese fallo ubicó nuevamente en la agenda pública la cuestión del encierro y el abandono al que son sometidas las personas asiladas en instituciones psiquiátricas, cuyo sufrimiento muchas veces es desconocido por vastos sectores de la sociedad. En especial, la corte alertó sobre las fallas del sistema judicial a la hora de cumplir su función de controlar el respeto de los derechos de las personas internadas forzosamente. Por otro lado, puso en evidencia las habituales vulneraciones al debido proceso, al derecho de defensa, al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva que se presentan en estos casos.

#### 4.2. EL ABANDONO DEL SISTEMA JUDICIAL: EL CASO “R., M. J.”

Además de los hechos que dieron origen a la intervención de la Justicia sobre la vida de M. J. R.,<sup>45</sup> lo interesante, para desarrollar cabalmente este tema, es analizar la respuesta judicial que tuvo este caso.

---

institución y el criterio utilizado por algunos juzgados con los detenidos a su disposición) sobre la permanencia de varios internos, y que la gran cantidad de internaciones innecesarias era perjudicial para su buen funcionamiento. Para la corte, el criterio de los médicos permanentes de la unidad debía prevalecer por sobre las observaciones puntuales y más espaciadas que el CMF usualmente realizaba ante la petición de los tribunales. La corte resolvió habilitar a la Dirección de la Unidad n° 20 a solicitar al CMF la conformación de una Junta Médica, integrada por un perito psiquiatra del CMF y dos profesionales de la Unidad n° 20, que deberá analizar si es conveniente que la persona en cuestión permanezca internada o no, indicando en su caso el tratamiento que corresponda y las posibles derivaciones, y remitir dicho informe al juzgado pertinente. Asimismo, la CSJN “recomienda” a todos los tribunales involucrados que presten “especial atención” a estos informes para “reconsiderar las disposiciones de internos”.

43 Estos avances no se han advertido en todas las áreas. Especialmente, en lo que se refiere al fallo vinculado con la privación de la libertad de menores de edad inimputables, una temática de características similares a las aquí analizadas por tratarse también de personas en especial situación de vulnerabilidad. Para más información, véase el capítulo III de este Informe.

44 El 27 de diciembre de 2005 la CSJN falló en el caso “Tufano, R. A. s/ internación” estableciendo que todas las internaciones psiquiátricas deben ajustarse a los estándares internacionales de derechos humanos sobre salud mental y a las normas de tratados vinculadas a la privación de la libertad.

45 M. J. R. cometió un homicidio cuando tenía 14 años, por el que fue declarado judicialmente inimputable e inmediatamente le fue aplicada una medida de seguridad por el hecho, que lo privó así de su libertad desde el año 1982. El tribunal penal interviniente fue el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 16.

El derrotero judicial comenzó en 1982 cuando M. J. R. fue declarado inimputable y se le aplicó una medida de seguridad que disponía su encierro psiquiátrico en forma ininterrumpida desde ese entonces. Siguiendo un procedimiento habitual en este tipo de casos, el juzgado penal dio parte de la situación a la justicia civil, donde se inició un proceso por insania en el cual efectivamente se lo declaró incapaz, en el año 1987, bajo el rótulo de “alienado mental, demente en el sentido jurídico”.<sup>46</sup> En dicho proceso se convalidó su detención y se ordenó su internación psiquiátrica por considerarlo “peligroso para sí y para terceros”, sobre la base de un único informe pericial a cargo del Cuerpo Médico Forense.<sup>47</sup>

Con la causa casi sin actividad ni control jurisdiccional, y con M. J. R. aún internado hacía ya diez años, en 1992 se produjo un conflicto negativo de competencia entre dos jueces civiles, dado que ambos consideraban que el juzgado que debía intervenir era el otro.<sup>48</sup> Dicha contienda debía ser resuelta por la CSJN rápidamente y mediante un procedimiento sencillo. Sin embargo, el juez que tenía que elevar el expediente a la corte “olvidó” hacerlo, la atención sobre el caso se diluyó y la causa quedó archivada durante casi catorce años, en los que no hubo ningún impulso procesal de los operadores judiciales encargados de velar por los derechos de M. J. R. (curador oficial, asesor de incapaces). Tampoco, como es evidente, el juez asumió un papel protagónico de controlador ni ofreció tutela judicial efectiva a M. J. R.

Años después, en 2006, la madre de M. J. R. se presentó a los tribunales solicitando su designación como nueva curadora de su hijo y así, casi accidentalmente, se volvió a poner en marcha la maquinaria judicial. Gracias a esta intervención, el expediente fue sacado del archivo luego de catorce años, y recién entonces pudo advertirse el abandono del sistema judicial sobre M. J. R., que

46 El tribunal que tramitó el proceso de insania y decretó la interdicción civil de M. J. R. fue el Juzgado Nacional en lo Civil n° 14.

47 De acuerdo con el análisis de la CSJN, el informe pericial original contenía serios defectos, dado que era muy escueto y sólo rotulaba el cuadro como “esquizofrenia” sin fundamentación suficiente, sin hacer el diagnóstico, el pronóstico y el tratamiento requeridos por la supuesta patología, sin declaración fundada de las razones por las cuales la internación era la única medida posible para contrarrestar la supuesta “peligrosidad” de M. J. R. Además, el informe ni siquiera había sido suscripto por psiquiatras.

48 El conflicto de competencia se suscitó entre el Juzgado Nacional en lo Civil n° 9 (al que se había reasignado la causa) y el Juzgado en lo Civil y Comercial n° 4 del Departamento Judicial de Morón (pues M. J. R. se encontraba para esa fecha internado en un establecimiento de Castelar). Este último Juzgado era el que debía elevar la causa a la Corte Suprema para que resolviese la contienda en 1992, aunque finalmente fue girada recién en 2006 por el nuevo titular del tribunal.

había corrido una suerte similar a la de su expediente físico, al continuar detenido arbitrariamente en una institución psiquiátrica.

En concreto, el máximo tribunal constató que a lo largo de la internación no existieron informes médicos periódicos sobre el estado de salud mental de M. J. R., ni registro de que se hubieran aplicado tratamientos tendientes a su reinserción comunitaria.<sup>49</sup> También se comprobó la falta de control judicial periódico, evidenciada de forma extrema por el tiempo en que la causa permaneció archivada, pese a que M. J. R. continuaba internado.

En resumen, M. J. R. (hoy de 40 años) estuvo internado forzosamente y privado de su libertad por más de veinticinco años<sup>50</sup> en diferentes instituciones psiquiátricas, y durante ese cuarto de siglo no contó ni con defensa técnica ni con el control jurisdiccional sobre las causas y las condiciones de la internación, es decir, fue abandonado a su suerte merced a diversos errores cometidos por el sistema judicial y por el aparato estatal encargado de atender estas problemáticas.

Finalmente, la CSJN resolvió el conflicto de competencia y ordenó realizar un urgente y minucioso informe científico sobre el estado psicofísico y las condiciones de internación de M. J. R. que se ajustara a los estándares fijados en el fallo.

#### 4.3. EL APORTE DEL FALLO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS USUARIAS DE LOS SERVICIOS DE SALUD MENTAL

Con esta decisión, el máximo tribunal sentó doctrina sobre las siguientes cuestiones:

1. *Importancia del debido proceso*: la CSJN le asignó una importancia suprema al respeto del debido proceso en todo tipo de procedimiento en el que se discutan los derechos u obligaciones de las personas con discapacidad, y más aún cuando se trate de

49 De las constancias del expediente surge que, en veinticinco años de internación, sólo se hicieron cinco exámenes médicos documentados judicialmente, el último de ellos en 1991.

50 Resulta paradójico que M. J. R. haya estado más tiempo encerrado que si hubiese sido condenado por el delito de homicidio. En el considerando 14º la CSJN señaló que: "M. J. R. ha permanecido privado de su libertad, de manera coactiva, más tiempo incluso del que le habría correspondido in abstracto en el supuesto de haber sido condenado a cumplir el máximo de la pena prevista para el delito cometido, a la luz del instituto de la libertad condicional [...] se muestra como irrazonable que una persona, a la que el Estado no quiere castigar, se vea afectada en sus derechos en una medida mayor de la que le hubiese correspondido de haber sido eventualmente condenada como autor responsable".

personas internadas involuntariamente, dada su especial situación de vulnerabilidad.

2. *El papel del Poder Judicial*: la CSJN expresó que el Poder Judicial debe ejercer un control activo y periódico sobre la validez y condiciones de la internación. A la vez, establece que tiene que regir el principio de inmediatez, es decir, el juez que debe intervenir en el proceso judicial de contralor debe ser aquel que se encuentre geográficamente más cerca del lugar donde se esté llevando a cabo la internación, a efectos de lograr una mejor tutela de los derechos en juego.<sup>51</sup> También le otorgó al Poder Judicial, a través de sus sentencias, una función “docente” en la promoción del conocimiento de los derechos específicos de las personas con discapacidad mental.
  
3. *Recaudos mínimos para que la internación psiquiátrica involuntaria no se transforme en una detención arbitraria*: la CSJN estableció que los criterios que se utilicen para internar forzosamente a una persona deben respetar los estándares internacionales de derechos humanos sobre privación de libertad, y deben ajustarse a los recaudos que exige toda restricción de un derecho humano para ser considerada legítima (respetando los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad). Específicamente, determinó que la internación coactiva es válida si y sólo si se dan, en forma simultánea, los siguientes requisitos:
  - a) si existe una afección mental que requiera que la persona sea internada para evitar un riesgo concreto de daño grave inmediato o inminente para sí mismo o para terceros;
  - b) si la internación se practica con carácter excepcional, sólo como último recurso, y por el menor tiempo posible, y

51 Respecto del principio de inmediatez, en el considerando 23º la CSJN sostuvo que “reconocer la competencia del órgano judicial del lugar del establecimiento en el que se encuentra el paciente tiene indudables ventajas, entre las que se puede citar el contacto directo de la jurisdicción con el afectado, la concentración de todas las diligencias médicas y psicológicas destinadas a determinar su estado de salud, y finalmente la eventual eliminación de trámites procesales superfluos u onerosos, como también la prolongación excesiva de los plazos en las decisiones vinculadas a la libertad ambulatoria del individuo”.

- c) si existe revisión judicial inmediata y periódica sobre la medida, mediante un procedimiento rápido, sencillo y dotado de todas las garantías del debido proceso.

Además, delineó el estándar más ambicioso del caso al sugerir que la internación crónica de los “pacientes sociales”<sup>52</sup> por la falta de servicios comunitarios fuera del manicomio podría resultar, en la práctica, una forma de detención arbitraria,<sup>53</sup> al vulnerarse el derecho a la reinserción de estas personas que, como consecuencia de los efectos de la segregación prolongada, muchas veces ya no consideran más opciones de vida que el terminar el resto de sus días dentro de los límites de la institución total.<sup>54</sup> Bajo esta condición se encuentran entre el 60 y el 90% de los internados en establecimientos psiquiátricos del país.<sup>55</sup>

4. *La finalidad del tratamiento, la autonomía de la voluntad y el derecho a decir “no”*: la CSJN señaló que la finalidad rectora de un tratamiento dirigido a un usuario de los servicios de salud mental debe ser su rehabilitación y reinserción comunitaria en el medio familiar y social y que, además, el tratamiento debe ser debidamente informado a la persona, adecuado a sus necesidades, aplicado con continuidad, registrado en la historia clínica, respetando la confidencialidad, y lo menos restrictivo posible.

52 “Pacientes sociales” es la forma en la que los funcionarios y los profesionales denominan a quienes no tienen familias que los contengan y, en consecuencia, permanecen internados por la falta de recursos en la comunidad.

53 En el considerando 12º, la CSJN sostuvo que: “la carencia de opciones en el marco de la comunidad, determina que los pacientes permanezcan internados, en muchos casos, por prolongados períodos con frecuencia *sine die*, luego [de] que se haya estabilizado su condición psiquiátrica y cuando podrían reinsertarse en la comunidad si se dispusiera de servicios y apoyos adecuados. Se debe tener en cuenta que, en la práctica, más allá de que la medida de internamiento posea un carácter terapéutico, se lleva a cabo una auténtica privación de libertad de la persona”.

54 Además la CSJN, en el considerando 6º, reconoció el daño que generan los encierros forzosos prolongados: “hoy nadie niega que las internaciones psiquiátricas que se prolongan innecesariamente son dañosas y conllevan, en muchos casos, marginación, exclusión y maltrato y no es infrecuente que conduzcan a un ‘hospitalismo’ evitable”.

55 Véase MDRI y CELS, *Vidas arrasadas: la segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos...*, ob. cit., p. 14.

Por último, la corte abrió una ventana a futuro cuando otorgó un peldaño de base a la lucha del movimiento de personas usuarias por el reconocimiento de su dignidad, al indicar que el derecho al tratamiento adecuado incluye la posibilidad de negarse a recibir un determinado tratamiento, de decir “no” al criterio unilateral de los médicos y de no ser obligado a aceptar medicación que no se desee consumir.<sup>56</sup> De este modo, se avanza hacia la restitución de la tradicionalmente negada vigencia de la autonomía de la voluntad de las personas bajo atención psiquiátrica.

#### 4.4. ALGUNAS CONCLUSIONES E INTERROGANTES RESPECTO DE LA INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DE LA CORTE EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SALUD MENTAL

La doctrina sentada por la CSJN en ese caso se percibe alejada de los criterios cotidianos de actuación del sistema judicial. En especial, la corte vuelve crudamente la lupa sobre el propio Poder Judicial, y deja al descubierto los errores, las desinteligencias y las rutinas nocivas típicas de esta clase de procedimientos, que profundizan y provocan mayores daños a las personas que ya arrastran sufrimientos causados por su cronificación innecesaria en los confines de los asilos psiquiátricos, instituciones que son ofrecidas como menú casi único del sistema público de salud.

Resta por ver qué incidencia puede llegar a tener esta doctrina judicial en la implementación de futuras políticas públicas en salud mental, o en la revisión de métodos de actuación hoy asentados. Sólo el paso del tiempo permitirá constatar si la jurisprudencia emanada de la corte es replicada por el resto de los tribunales del país, que son quienes deciden a diario los destinos de las personas bajo procesos judiciales vinculados a la salud mental.

### 5. LA NECESIDAD DE CONTAR CON MECANISMOS DE CONTROL ACTIVOS

Es importante subrayar que los organismos de control y defensa cumplen un papel fundamental en lo que atañe a las políticas públicas destinadas a los gru-

<sup>56</sup> En el considerando 9º dice que la normativa aplicable “permite fijar un catálogo de derechos mínimos específicos para quienes padezcan trastornos psíquicos que deben ser respetados rigurosamente. Entre ellos, cabe mencionar [...] derecho a negarse a recibir un determinado tratamiento o formatos terapéuticos”.

pos sociales vulnerabilizados, ya que el acceso a la Justicia es uno de los mecanismos fundamentales para trabajar por su plena inclusión social.

Por eso, es preciso que se refuerce la política institucional de acceso a la justicia para este grupo en todas las agencias estatales involucradas. En este sentido, es necesario que se definan nuevas estrategias de intervención para que las personas con discapacidades mentales y psicosociales tengan acceso a una defensa técnica, y para que los defensores y asesores puedan hacer efectiva la exigibilidad de sus derechos fundamentales en todas las instancias administrativas y judiciales. Para eso, tal como ya señalamos, es prioritario que los funcionarios abandonen el histórico abordaje que considera a las personas con discapacidad como objeto de tutela y se incorpore su voluntad como aspecto fundamental del proceso.

Durante 2007 y 2008 se han planteado diversas propuestas a fin de fortalecer las defensas públicas y los organismos de control y monitoreo. Resulta estratégico consolidar estos servicios públicos, para, de este modo, impulsar una asistencia jurídica efectiva y transitar hacia el cambio de paradigma. Basta con recordar la gravísima situación que el CELS denunció en 2007, en un informe en el que se subrayaba, entre otros aspectos, la inexistencia de revisiones periódicas e independientes de las internaciones.<sup>57</sup> Es por ello que reconocemos el avance en la cuestión que suponen las propuestas planteadas.

Una de ellas fue la creación de la Comisión de seguimiento del tratamiento institucional neuropsiquiátrico,<sup>58</sup> en el ámbito de la Defensoría General de la Nación. Esta comisión está integrada por cinco funcionarios del Ministerio Público de la Defensa de actuación en la jurisdicción nacional. De acuerdo con la resolución que la instituyó, su objetivo es:

coordinar las tareas tendientes a verificar las condiciones generales de internación de pacientes psiquiátricos [y] agotar esfuerzos para evitar cualquier acto de coerción que restrinja, más allá de lo estrictamente necesario, el ejercicio de derechos, especialmente de la libertad, procurando la desinstitucionalización y la reinserción social de los pacientes.

57 MDRI y CELS, *Vidas arrasadas: la segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos...*, ob. cit., capítulo IV.

58 Mediante la Resolución DGN 1421/07, del 2 de octubre de 2007. Sus cotitulares actuales son la Defensora de Menores e Incapaces de Cámara (Dra. Cristina Martínez Córdoba), una Defensora Oficial ante los Juzgados Criminales de Instrucción (Dra. María Florencia Hegglin), una Defensora Oficial ante los Juzgados de Ejecución Penal (Dra. Virginia Sansone), una Curadora Pública (Dra. María Ceumar Barral) y una Tutora Pública (Dra. Liliana Iurman).

De esta manera, se pone expresamente el foco de su proyectada actuación en el control de legalidad de las condiciones materiales de detención (internación) de las personas bajo control judicial y que son representadas por la Defensoría General y se señala adecuadamente que el fin de todo tratamiento psiquiátrico debe ser la reinserción comunitaria; por eso, es necesario reforzar el control para evitar privaciones injustificadas de la libertad. Se reconoce la utilidad de la presencia institucional periódica y de contralor en el ámbito de las instituciones psiquiátricas como un modo de mejorar las condiciones de encierro y disminuir los abusos y hechos de violencia.<sup>59</sup>

Asimismo, se identifica a las personas internadas en instituciones psiquiátricas como personas “detenidas” o “encerradas”, de acuerdo con los estándares internacionales en la materia, para superar antiguas y erradas discusiones que no asociaban estos conceptos por no comprender que la equiparación se realiza en un sentido *pro homine* y a los efectos de maximizar la protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad.<sup>60</sup>

59 Ante un pedido oficial de información por parte del CELS, la comisión contestó que durante 2007 y 2008 se visitaron cinco establecimientos públicos de internación psiquiátrica y seis instituciones privadas, ubicados en la Capital Federal y en la provincia de Buenos Aires. La comisión además remitió copias de los detallados informes de las visitas que dieron cuenta de los estándares internacionales de derechos humanos y salud mental aplicados en las inspecciones. Estas auditorías evidenciaron un seguimiento de las visitas, adecuados criterios de observación de las condiciones materiales de internación (infraestructura, higiene, alimentación, seguridad), de la atención de la salud física y mental de los afectados (inspección de historias clínicas, constatación del nivel de actividades de rehabilitación) y de circunstancias particulares (utilización de celdas de aislamiento, restricciones físicas injustificadas) o condiciones generales que podrían implicar violaciones concretas de los derechos humanos. Sin embargo, de los informes no surge que se hayan realizado denuncias administrativas (instando la apertura de sumarios contra los presuntos responsables) o judiciales (denuncias penales, amparos, hábeas corpus) para profundizar investigaciones o prevenir abusos en aquellos lugares en los que podrían estar cometándose actos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

60 Por ejemplo, la Resolución 01/08, “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA/Ser/L/V/II.131, doc. 26) establece que por privación de libertad se entiende “cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya

Como vimos a lo largo del capítulo, todavía resta mucho por hacer en relación con el acceso a la Justicia de este grupo. Por ende, la creación de este espacio es auspiciosa, y su desafío es trabajar en la profundización de la política institucional de la Defensa Pública a largo plazo en, por lo menos, estas cuestiones:

1. Capacidad de concretar los objetivos de su creación en la progresiva desinstitucionalización de las personas representadas privadas de su libertad, tendiendo al paulatino descenso de la cantidad de internaciones involuntarias y a la reducción del promedio de su duración temporal.
2. Capacidad real y sistemática de dar una respuesta inmediata y eficaz ante situaciones de urgencia,<sup>61</sup> coordinando, supervisando o interviniendo autónomamente y aprovechando las amplias facultades ya conferidas por la Ley Orgánica de Ministerio Público.<sup>62</sup> Para eso deberá dejar de lado concepciones basadas en un excesivo rigorismo formal que, al limitar su actuación, pueden redundar en perjuicio de los representados expuestos a mayor vulnerabilidad.
3. Capacidad institucional de participar en la promoción de reformas legislativas o reglamentarias vinculadas a la salud mental,

---

sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados, y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas". Lo mismo se plantea en el art. 4 del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles.

- 61 Las situaciones de urgencia pueden abarcar desde hechos que pongan en peligro inminente el respeto de derechos humanos básicos (vida, integridad personal o salud), hasta contextos en los cuales esté en riesgo la dignidad de la persona por la violación de garantías procesales y judiciales (como la imposibilidad de contar con una defensa técnica adecuada, que asegure ejercer el derecho de recurrir decisiones judiciales que no se compartan, o con asistencia legal y contralor judicial para ser debidamente informado, consentir o negarse a recibir tratamientos involuntarios o invasivos durante la internación).
- 62 Además de la normativa internacional, la Ley Orgánica del Ministerio Público 24 946 habilita este tipo de actuación inmediata cuando sea necesario "suplir la inacción" de los asistentes o representantes legales o "tomar medidas urgentes". Véanse, por ejemplo, art. 25, incs. i y l, art. 54, incs. c y e, art. 55, inc. b, y art. 493 del Código Civil.

en especial para propiciar los cambios normativos necesarios en el Código Civil, el Código Procesal Civil y Comercial y la Ley Orgánica del Ministerio Público, a los efectos de adecuar la legislación interna a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. A la vez, y hasta tanto se concreten esas reformas legales, la comisión debe estar capacitada para proponer a las autoridades del Ministerio Público de la Defensa el dictado de las instrucciones generales<sup>63</sup> que logren acercar transitoriamente el actuar de los defensores y curadores oficiales al nuevo paradigma del modelo social de la discapacidad, al respeto estricto de la autonomía de la voluntad y a la indispensable defensa técnica de todo sujeto de derecho.

4. Posibilidad de ampliar su ámbito de actuación a casos de personas bajo procesos judiciales en los que se discute su capacidad mental y legal (inhabilitaciones e insanias), pero que aún no se encuentran internadas involuntariamente. Estas personas también constituyen un sector poblacional en especial situación de vulnerabilidad al soportar la estigmatización provocada por el tránsito de procesos judiciales muy lentos. De esta manera, se podrá concretar realmente el objetivo de resolver las habituales confusiones de funciones y competencias entre los distintos operadores judiciales que participan en este tipo de procesos.<sup>64</sup>
5. Capacidad de brindar y ofrecer asesoramiento, asistencia técnica y comunicación fluida, continua y formal a los operadores judiciales que puedan requerirla en su labor cotidiana vinculada a la salud mental y, en especial, posibilidad de generar la capacitación especializada para adecuar el trabajo de los funcionarios a los nuevos estándares internacionales de derechos humanos y salud mental.

63 La posibilidad de proponer al defensor general de la Nación el dictado de instrucciones generales “tendientes a coordinar esfuerzos para hacer más efectiva la defensa” y la “protección de los incapaces, inhabilitados, pobres y ausentes” se encuentra expresamente prevista en los arts. 27, 30 y 51, inc. c, de la Ley 24 946.

64 En este sentido, cabe tener presente que la resolución que creó esta comisión establece en sus considerandos que “se deberán arbitrar los medios para superar cualquier desinteligencia o falta de coordinación o comunicación que se suscitara entre los asistentes técnicos, en aquellos supuestos en los que más de un integrante de este Ministerio Público se encuentre actuando”.

6. Capacidad de dar amplia publicidad y difusión a las auditorías que se realicen sobre las condiciones de internación en los centros psiquiátricos visitados. Ello generará espacios de discusión adecuados para que esa información llegue a los distintos actores sociales que trabajan en la temática y posibilitará así un efectivo control ciudadano sobre los abusos de los que son habitualmente víctimas las personas institucionalizadas.

Otra de las propuestas a destacar ha sido el cambio de criterio en la actuación judicial de la Asesoría General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires (AGT), en relación con los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes y de las personas con discapacidades mentales y psicosociales. Las autoridades de la AGT reconocen que, en el marco legislativo actual, su misión y funciones deben dirigirse a la defensa de los derechos de un universo poblacional que deja de ser considerado como incapaz y objeto de tutela y protección, y es concebido como sujeto de derecho.

El informe anual presentado por este organismo en 2008<sup>65</sup> destaca aspectos críticos de la política pública de la ciudad, entre ellos, la inexistencia de dispositivos suficientes que garanticen la inclusión social plena, el incumplimiento del debido proceso en las internaciones/detenciones, la desarticulación entre las agencias del Poder Ejecutivo, las intervenciones centradas en la institucionalización de la pobreza, la no efectivización por parte del GCABA de su obligación de garantizar en cada procedimiento un defensor, y la falta de seguimiento y revisiones periódicas de los motivos que determinaron la internación/detención. Sin embargo, este escenario no es sólo responsabilidad del Poder Ejecutivo sino que también es consecuencia de las lógicas de actuación del Poder Judicial. La posición institucional asumida por la AGT crea condiciones para impulsar medidas de cambio que quiebren estas deficiencias.

Estas consideraciones, por supuesto, se trasladan a la necesidad de que todo organismo responsable del control y la defensa de los derechos de este grupo encare sus esfuerzos en la misma dirección.

65 Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio Público, Asesoría General Tutelar (AGT), *Informe 2007. Perspectiva jurídica de los derechos de la infancia y de las personas con padecimientos mentales*, Buenos Aires, 2008.

## 6. AUSENCIA DE UN MOVIMIENTO CONSOLIDADO DE PERSONAS USUARIAS DE LOS SERVICIOS DE SALUD MENTAL

El fortalecimiento de la capacidad de las personas usuarias de los servicios de salud mental para peticionar por sus derechos es un aspecto central de su inclusión social plena, en la medida en que supone el reconocimiento de su condición de sujetos de derecho. Por ello, y de acuerdo con la normativa internacional sobre derechos humanos, las personas con discapacidades mentales tienen el derecho a estar involucradas en la planificación y la ejecución de los servicios que las afectan, de modo que la simple representación, sin una participación real, es a todas luces insuficiente. Aunque tanto las familias como los trabajadores de la salud mental y la comunidad en general tengan en efecto un rol importante, el papel fundamental sobre el que debe estructurarse toda política es el que cumplen las propias personas usuarias.<sup>66</sup>

A pesar de esto, las autoridades argentinas aún no consideran formalmente a este grupo como un actor social con entidad suficiente como para participar en el diseño e implementación de las políticas que los involucran. Sin embargo, se percibe que en ciertos ámbitos comienza a discutirse cada vez más la necesidad de incluirlo.

Como ejemplo, cabe destacar el incipiente trabajo que está llevando a cabo la Asamblea Permanente de Personas Usuarias y Sobrevivientes de los Servicios de Salud Mental (APUSAM), en la ciudad y en la provincia de Buenos Ai-

66 La Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad establece el derecho de esas personas a participar en la “elaboración, ejecución y evaluación de medidas y políticas”, y afirma que los gobiernos deberán promover la participación de las personas con discapacidades en la planificación e implementación de las políticas. Las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad señalan que las personas con discapacidades tienen el derecho de participar en la formulación de políticas públicas, y de solicitar que sus gobiernos “prom[uevan] y apoy[en] [...] el fortalecimiento de organizaciones que agrupen a personas con discapacidad, a sus familiares y a otras personas que defiendan sus derechos”. La simple representación, sin una capacidad real de participar en la planificación de las políticas, es insuficiente. Por su parte, la OPS reconoce que si bien los familiares de los usuarios, los trabajadores de la salud mental y la comunidad en general cumplen un papel importante en la formulación de las políticas, “en primer lugar están las personas (pacientes, clientes, usuarios) alrededor de los cuales toda la política debería ser estructurada”. OPS, “Reestructuración de la atención psiquiátrica: bases conceptuales y guías para su implementación”, en *Memorias de la “Conferencia regional para la reestructuración de la atención psiquiátrica”*, Caracas, 11 al 14 de noviembre de 1990.

res. APUSAM es un espacio autogestivo que comenzó a funcionar en diciembre de 2007, está integrada por personas usuarias y ex usuarias, y uno de sus principales objetivos es la incorporación de las voces de las personas con discapacidad en las discusiones sobre políticas en salud mental.<sup>67</sup>

Asimismo, una de las posibles estrategias para favorecer la consolidación de un movimiento de personas usuarias es la promoción de alianzas de trabajo, entre grupos locales y redes regionales y globales, que permitan así intercambiar experiencias y conocimientos y aprovechar los avances logrados en aquellos lugares donde las organizaciones de personas con discapacidad han conseguido visibilidad política.<sup>68</sup>

## 7. HACIA UNA LEY NACIONAL DE SALUD MENTAL

En la Argentina aún no existe una ley nacional de salud mental. Si bien se han sancionado algunas normas con alcance provincial, éstas no han culminado en la implementación de un plan de salud mental que respete los derechos humanos de las personas con discapacidades mentales y/o psicosociales. Para incorporar el paradigma contenido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es fundamental que se avance en la formula-

67 Como parte de su labor, la asamblea trabajó la cuestión de la exclusión de la voluntad de las personas con discapacidad en los diferentes ámbitos por los que transitan, que se refleja en algunas de las preguntas formuladas durante los encuentros de discusión: “¿Por qué una persona continúa estando declarada insana cuando ella misma está en desacuerdo? ¿Por qué se le niega la posibilidad de ir a votar a una persona que está internada en un hospital psiquiátrico? ¿Por qué se obliga a firmar un consentimiento de internación bajo los efectos de la medicación, cuando la persona se había manifestado en desacuerdo? ¿Por qué se aplica la TEC sin el consentimiento pleno, libre e informado de la persona? ¿Por qué no se puede tomar en cuenta lo que la propia persona sabe respecto de cuándo el sufrimiento mental deja de ser aceptable y necesita especial atención? ¿Qué necesitamos que hagan nuestros familiares y amigos cuando no estamos bien? ¿Qué tratamientos no estamos dispuestos a probar?”.

68 Por ejemplo, dos importantes redes internacionales son: Discapacidad y Derechos Humanos, organizada por el Instituto Interamericano sobre Discapacidad para promover la inclusión y los derechos humanos de las personas con discapacidad, con especial énfasis en el desarrollo de acciones para implementar la Convención, y el Grupo de Trabajo sobre Capacidad Jurídica del Foro Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que reúne a esas personas, sus familiares y aliados de distintas partes del mundo y se propone, esencialmente, trabajar sobre el concepto de capacidad jurídica inherente de las personas con discapacidad.

ción de ese marco normativo, en cuyo proceso es decisivo que participen las personas usuarias de los servicios de salud mental.

Esa ley ayudaría, entre otras cosas, a avanzar en la formulación de nuevos estándares sobre acceso a la Justicia y tutela judicial efectiva. En este sentido debería contener, como mínimo, garantías del debido proceso para las internaciones psiquiátricas involuntarias y para las interdicciones, e incluir:

1. El derecho a la revisión judicial de todas las internaciones involuntarias desde el comienzo de la internación.
2. El derecho a que un órgano independiente e imparcial revise en forma periódica internaciones involuntarias.
3. El derecho a contar con representación legal gratuita desde el inicio del procedimiento.
4. El derecho a que la voluntad de la persona forme parte indispensable del proceso.
5. El derecho a que toda prestación en salud sea provista después de obtener el consentimiento libre e informado.

Durante 2007 se presentaron dos proyectos de leyes nacionales de salud mental. Uno de ellos continúa actualmente en estado parlamentario y está siendo discutido y analizado en el Congreso Nacional.<sup>69</sup> Además, durante 2008 se ha comenzado a trabajar en la redacción de anteproyectos de leyes de salud mental en las provincias de Buenos Aires<sup>70</sup> y Córdoba.

El proyecto de ley presentado por los diputados Gorbacz, García Méndez y Ríos, entre otros aspectos referidos al acceso a la Justicia, establece la creación de un órgano de revisión de las internaciones, que deberá velar por la defensa de los derechos fundamentales de las personas usuarias de los servicios de salud mental. Este órgano estaría conformado por un equipo interdisciplinario y por representantes del Ministerio de Salud, de la Secretaría de Derechos Humanos, del Ministerio Público, de organizaciones de personas usuarias y familiares, de asociaciones de profesionales y otros trabajadores de la salud y de diversas ONG. De concretarse la sanción de la norma, este órgano podría potenciar la activación de los canales judiciales de contralor necesarios y, por su composición multisectorial, generaría condiciones para fortalecer la capacidad de los usuarios para peticionar por el respeto de sus derechos.

69 Se trata del proyecto de ley (Expediente 0276-D-07) presentado por los diputados Gorbacz, García Méndez y Ríos.

70 Se trata del proyecto presentado por la diputada Berardo ante la Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires el 5 de diciembre de 2008.

Por otra parte, el proyecto prohíbe la creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones monovalentes, públicas o privadas, y establece que las internaciones deberán realizarse en hospitales generales y que en ningún caso pueden ser indicadas o prolongadas para resolver problemáticas sociales o de vivienda, para lo cual el Estado debe proveer los recursos adecuados. También establece que el proceso de atención se realice fundamentalmente fuera del ámbito de internación hospitalario, con lo cual se promueve la creación de dispositivos basados en la comunidad.<sup>71</sup>

Asimismo, el proyecto contempla el respeto de la voluntad de las personas usuarias y establece que para todo tipo de intervenciones es necesario obtener su consentimiento pleno, libre e informado. Sin embargo, para lograr su implementación en todos los casos, será necesario crear un sistema de toma de decisiones con apoyo. En este sentido, el anteproyecto de ley de la provincia de Buenos Aires avanza claramente en la definición de este tipo de sistemas de apoyo, y consigna que los usuarios pueden formular “instrucciones anticipadas” en las que se plasmen sus decisiones relativas a los tratamientos que prefieran o no deseen recibir.

Finalmente, el anteproyecto bonaerense también contempla mecanismos para facilitar el acceso a la Justicia y, aprovechando la ley de creación de la Defensoría del Pueblo local (sancionada durante 2008), propone que “[t]oda persona usuaria, sus familiares y asistente, tendrán derecho a recurrir ante los órganos judiciales competentes, por toda acción u omisión de los deberes de la debida diligencia, que afecte el ejercicio de los derechos de la persona asistida. Asimismo, podrán realizar presentaciones ante la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires”.

71 En agosto de 2008 el CELS fue convocado a integrar la comisión asesora para la reformulación de la Colonia Montes de Oca, creada en el marco de la reforma institucional de ese centro que lleva adelante el Ministerio de Salud de la Nación e integrada, entre otros, por la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, la OPS, la Asociación de Psiquiatras Argentinos, el Municipio de Luján, el Instituto Nacional de Seguridad Social para Jubilados y Pensionados, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, diputados nacionales y provinciales, y jueces civiles de distintas jurisdicciones. Este proceso se propone incluir socialmente a las personas internadas en ese establecimiento y, para ello, se prevé trabajar en conjunto con la Curaduría General de la provincia de Buenos Aires para revisar la situación judicial de las personas bajo proceso e impulsar las medidas que correspondan en cada caso. Dicha iniciativa resulta auspiciosa para mejorar los canales de acceso a la Justicia y el derecho a la defensa. En este sentido, la capacitación y sensibilización de los diferentes operadores intervinientes es central para que la voluntad de la persona forme parte indispensable del proceso de evaluación.

## 8. PALABRAS FINALES

Tal como hemos desarrollado y fundamentado en este capítulo, debido al paradigma tutelar vigente en nuestro país, la realidad demuestra estar alejada del respeto efectivo del derecho de defensa de las personas usuarias de los servicios de salud mental. En general, esto se debe a tres problemáticas: a) la normativa anacrónica que sostiene este modelo, b) las características inherentes a los procesos judiciales aplicados, y c) las lógicas de actuación tradicionales de los operadores del sistema judicial, es decir, jueces, fiscales y defensores.

Las normas argentinas no garantizan de manera adecuada el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad en procedimientos de internación involuntaria o interdicción. Este diseño actual de representación legal deberá forzosamente adecuarse a los nuevos estándares internacionales sobre derechos humanos y salud mental, y en particular al nuevo modelo social de la discapacidad que impone con carácter vinculante la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Para hacerlo es necesario que se lleven a cabo diversas reformas legislativas, que incluye cambios en el Código Civil, en los códigos procesales y en las leyes de ministerios públicos de cada jurisdicción, y la sanción de una ley específica sobre salud mental que aborde integralmente la cuestión permitiendo la participación en el debate de distintos actores institucionales y sociales. Por su parte, esta transformación sólo podrá lograrse con la participación efectiva de las personas usuarias de los servicios de salud mental.

Será interesante observar con control ciudadano la capacidad del sistema para incorporar los criterios fijados por la CSJN respecto de la denunciada ilegalidad de las internaciones crónicas de personas por motivos sociales, así como el reconocimiento de la capacidad legal y la voluntad personal materializadas en el derecho a negarse a recibir tratamiento psiquiátrico, y para instrumentar los cambios pertinentes a fin de lograr el efectivo goce de estos derechos que han sido cultural e históricamente conculcados.

Asimismo, es preciso fortalecer el papel de los organismos de control que operan en los actuales procesos judiciales por cuestiones de salud mental, con el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de las personas en especial situación de vulnerabilidad.

Este horizonte, indispensable en el corto o mediano plazo, no justifica que en el ínterin, con el pretexto de que aún no existe el soporte normativo local que se requiere para implementar los cambios indicados, se sigan violando garantías procesales y derechos básicos. Muy por el contrario, cada operador del sistema estatal de salud y cada agente del sistema judicial tendrán que transformar sin demoras sus lógicas de actuación y adecuarlas al nuevo esquema. Para alcanzar ese cometido, sería muy útil que los máximos responsables de cada

organismo interviniente impartieran instrucciones o directivas generales, señalando los nuevos criterios de intervención, a fin de que cada operador estatal y judicial garantice el fiel respeto del derecho de defensa de las personas usuarias de servicios de salud mental, y de que transitoriamente se interpreten las normas locales aún vigentes a la luz de la normativa internacional sobre derechos humanos.

En el informe *Vidas arrasadas: la segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos*, afirmamos que, de las 25.000 personas detenidas en instituciones psiquiátricas argentinas, más del 80% están encerradas durante más de un año, y que muchas lo están de por vida. También subrayamos que entre el 60 y el 90% permanecen internadas por “razones sociales”, esto es, porque carecen de los medios para mantenerse a sí mismas o de familiares que estén en condiciones de actuar como red de sostén. Consideramos que esta situación responde a la persistencia de una política pública en salud mental orientada a la institucionalización manicomial, y a la ausencia de dispositivos basados en la comunidad.

Entre las recomendaciones del mencionado informe señalamos que es fundamental que el gobierno argentino se comprometa a incluir plenamente a las personas con discapacidades mentales en todos los aspectos de la vida ciudadana. Proteger los derechos humanos de esta población requiere un cambio de paradigma desde un sistema de institucionalización y detención arbitraria hacia un sistema inclusivo, basado en la comunidad, de atención primaria de la salud mental y de servicios sociales que contribuyan a robustecer las redes sociales. También enfatizamos que el gobierno nacional debería planificar e implementar una reforma del sistema de salud mental que permita que las personas con discapacidades vivan, trabajen y reciban atención de salud y de salud mental en sus propias comunidades.

Un año después de la presentación pública de dicho informe podemos afirmar que la segregación de las personas usuarias de los servicios de salud mental en nuestro país no solamente alcanza a las que permanecen detenidas sino que también deben tomarse en consideración a todas aquellas sometidas a procesos de interdicción. Asimismo debemos continuar insistiendo en el hecho de que la problemática, además de su trasfondo económico, está atravesada por cuestiones de índole política e ideológica que constituyen pilares insoslayables a la hora de avanzar en la profunda transformación cultural que la inclusión plena de este colectivo social demanda.