



# Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación



---

## ÍNDICE

---

### SECCIÓN I. DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSICOSOCIAL

- 7 **La intervención estatal en defensa del paciente**  
*Emiliano Galende y Alfredo Jorge Kraut*
- 11 **Derechos humanos de las personas con discapacidad psicosocial. Nuevos estándares para la Defensa Pública en salud mental**  
*Mariano Laufer Cabrera*
- 23 **La inconstitucionalidad de las medidas de seguridad impuestas como consecuencia de la suspensión del proceso penal por discapacidad psicosocial del imputado. El caso del señor Acosta**  
*María Florencia Hegglin*

### SECCIÓN II- EXPERIENCIAS NACIONALES

- 53 **La experiencia de la Unidad de Letrados de Salud Mental: 5 años, 12 mil defensas y la amplificación del derecho a ser oído en las internaciones forzosas**  
*Mariano Laufer Cabrera y Facundo Capurro Robles*
- 71 **Interdisciplina y Ley de Salud Mental. El trabajo interdisciplinario enmarcado en el apoyo a la defensa técnica a personas internadas en forma involuntaria**  
*Alejandra Barcala*
- 81 **Consumo problemático de sustancias psicoactivas de NNyA en situación de calle. Vulnerabilidad extrema: tensión entre el discurso jurídico y la realidad**  
*María Laura Folgar*
- 91 **El rol del Órgano de Revisión de Salud Mental en la prevención y protección de derechos humanos de las personas usuarias de servicios de salud mental**  
*Gabriela Spinelli*
- 101 **Personas con discapacidad intelectual en el sistema penal. Del proceso de normalización a la discriminación**  
*Ezequiel Mercurio*
- 111 **Los procesos sobre determinación de capacidad jurídica: necesidad de armonizar la normativa de forma y de fondo**  
*Marcelo A. Budich y Anabella Ferraiuolo*

- 121 **El litigio de reforma estructural como herramienta para la implementación de la Ley Nacional de Salud Mental: el caso Melchor Romero y la protección de los grupos vulnerables**  
*Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)*
- 131 **La necesidad de contar con un abogado defensor y la inmediata implementación de todas las leyes de salud mental sancionadas**  
*APUSSAM*

### SECCIÓN III. EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

- 137 **Peligrosidad ¿Intervención estatal en expansión?**  
*Maria João Antunes*
- 149 **Internamiento e inimputabilidad en el derecho penal peruano: statu quo y crítica**  
*Julio Rodríguez Vásquez*
- 163 **Prácticas coercitivas en la atención a personas con padecimiento o discapacidad mental**  
*Francisco Torres-González*
- 175 **Construyendo un sistema de justicia penal incluyente: las barreras en el acceso a la justicia para las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en México**  
*Documenta. Análisis y acción para la justicia social a.c.*

### SECCIÓN IV. ENTREVISTAS

- 191 **La experiencia de Alfredo Kraut**  
*Por Mariano Laufer Cabrera*
- 197 **La experiencia de María Graciela Iglesias**  
*Por Mariano Laufer Cabrera*



Este número 11 de la *Revista del Ministerio Público de la Defensa* está dedicado a la defensa de las personas con discapacidad psicosocial, tanto en el ámbito civil como penal. Con esta edición, se pretende fortalecer la doctrina y la jurisprudencia que mejor receptan una mirada interdisciplinaria, orientada a la inclusión social de aquellas personas con algún padecimiento mental, conforme el paradigma de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Esta Convención, que tiene jerarquía constitucional, junto con la Ley Nacional de Salud Mental 26.657 y su Decreto Reglamentario 603/13, representó un cambio fundamental a favor de una mayor y mejor protección de los derechos de las personas con padecimientos mentales. En el mismo sentido pueden contabilizarse las últimas reformas legislativas: la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa. Ambas implican un avance en el reconocimiento y garantía de derechos de las personas con discapacidad psicosocial, en particular, respecto de quienes se encuentran internados en forma involuntaria por motivos de salud mental.

Estos avances normativos impactaron fuertemente en el rol del Ministerio Público de la Defensa, al dotar de mayores garantías y mecanismos tendientes a fortalecer los derechos a la autonomía y a la dignidad de este grupo de personas como sujetos plenos de derecho. Así, desde esta Defensoría General se crearon nuevas dependencias que permitieran abordar los desafíos planteados y se procuró que las ya existentes adecuaran su actuación al nuevo paradigma.

Estos cambios fueron, entre otros, instrumentados mediante la creación de las Unidades de Letrados de Salud Mental (art. 22 de la Ley 26.657). A su vez, luego del Decreto 603/13, siguiendo el mandato legal, se conformó la Secretaría Ejecutiva del Órgano de Revisión Nacional de Salud Mental (cf. art. 38 y ss. Ley 26.657), que comenzó a desarrollar sus tareas a fines del año 2013.

Con este modelo de actuación se corroboró que la presencia cercana y especializada por parte de la defensa permite dar una mejor respuesta a la problemática de este grupo en especial situación de vulnerabilidad, contribuyendo a incorporar su voz en los tratamientos de salud, a garantizar el debido proceso en las internaciones, como así también a prevenir violaciones a sus derechos humanos.

Las diferentes secciones de esta publicación están dedicadas a presentar los logros y desafíos que enfrenta la Defensa Pública en esta temática. Mientras la primera sección propone la discusión del tema tal como es analizado por la doctrina o la jurisprudencia nacional, la segunda sección recopila trabajos sobre el mismo tópico desarrollado en otras regiones. De esta manera, la publicación contribuye al diálogo y fortalecimiento de la Defensa Pública en diferentes latitudes, aportando una mirada local y otra de derecho comparado en una temática que requiere nuestra fuerte y continua intervención.

**Stella Maris Martínez**



---

SECCIÓN I

---

**DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS  
CON DISCAPACIDAD PSICOSOCIAL**

---





## La intervención estatal en defensa del paciente

### Emiliano Galende

*Psicoanalista, Coordinador del Doctorado Internacional del Departamento de Salud Comunitaria, Universidad Nacional de Lanús.*

### Alfredo Jorge Kraut

*Abogado, ex Secretario General y de Gestión, Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

Como consecuencia de la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (CDPD), la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental (Nº 26.657) y su Decreto reglamentario Nº 603/13 y, recientemente, del Código Civil y Comercial de la Nación, se debe destacar la nueva relación entre el Estado y los pacientes con sufrimiento mental bajo tratamiento psiquiátrico, en la que se distingue la actuación de la Unidad de Letrados del artículo 22 de la Ley Nacional de Salud Mental. Asegurar la intervención de un abogado defensor gratuito a quienes han sufrido una internación involuntaria en un hospital psiquiátrico no solo brinda al paciente el apoyo imprescindible para el ejercicio real de sus derechos, sino que también establece la presencia del Estado como regulador del poder del psiquiatra y como garante de condiciones de dignidad e igualdad ciudadana para el sujeto bajo su atención.

Para comprender con mayor profundidad el valor de esta intervención del Estado en la regulación del poder del especialista y en la defensa del paciente a fin de preservar sus derechos ciudadanos y humanos, vale recordar la situación que se pretende transformar con esta intervención.

Desde comienzos del siglo XIX, la psiquiatría se constituye según dos premisas centrales,

la primera de carácter político, la segunda de orden ideológico y epistemológico. La política consiste en *apartar al loco de la sociedad* y, para ello, instaura un orden jurídico especial, que delega en el médico especialista la función judicial de privación de libertad sin proceso, sin defensa y sin plazos de vigencia. Desde la ley de 1838, conocida como Ley Esquirol, los psiquiatras y directores de los manicomios dispusieron de los cuerpos y de las vidas de las personas diagnosticadas como “enfermo mental”; su certificado –como sentencia– ligaba locura, peligrosidad para sí o terceros como fundamentos del aislamiento en internación. Esta legislación se extendió a todos los países de Occidente y sigue vigente como legislación de base hasta hace poco tiempo.

La segunda, ideológica, *consistió en apartar a la locura de la razón humana*. Se consuma, así, una doble exclusión del sujeto sufriente, excluido de la vida en común, excluido de la razón, fuera de la norma social y fuera de lo normal y, por lo mismo, incapaz de utilizar la palabra para alegar en defensa de su condición de sujeto.

Frente al panorama descrito, se debe señalar que el hecho de que el ordenamiento nacional haya acogido a la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad significó un gran avance y cambio de eje en el modo de abordar el tratamiento de las enfermedades mentales. La visión dinámica, responsable e inclusiva que se evidencia desde su Preámbulo al reconocer “que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, alentó a vislumbrar que el sistema de aislamiento, reforzado legalmente, implicaba el desconocimiento de obligaciones internacionalmente asumidas.

En este contexto, la ley 26.657 transforma

radicalmente esta relación del Estado con el sufriente psíquico, y se propone integrarlo doblemente. Por un lado, en el plano social, preserva su integración, para lo cual el Estado no solo debe cuidar que el paciente permanezca integrado a la comunidad mientras realiza su tratamiento, sino que debe proveer la asistencia jurídica que asegure el ejercicio de los derechos cuando el paciente no puede hacerlo por sí mismo. Por otro lado, también el desafío que asume la Ley de Salud Mental es fundar una nueva práctica y nuevos servicios, que se acompañarán con un conocimiento diferente sobre el sufrimiento mental. Así, se borra la dupla ideológica de locura=peligrosidad, y se restablece la necesidad de una comprensión más científica, más racional y más verdadera, lo que funda una disciplina que reconoce su ignorancia acerca de estas formas del desvío de la razón y, por lo mismo, no reemplaza la ignorancia por el ejercicio de su autoridad.

Perfectible, como lo es todo, el sistema se complementa con lo dispuesto por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto consagra la internación como un derecho, al igual que reconoce en cabeza de las personas con discapacidad, internadas o no, el goce de los derechos humanos y sus extensiones.

¿Acaso los derechos humanos no son inherentes al hombre sin importar condición alguna? Claro que sí: la reforma viene a tutelar a personas especialmente vulnerables, buscando el equilibrio y el verdadero respeto de la dignidad humana, y tomando a la norma como herramienta para el alcance de la efectiva vigencia de los derechos reconocidos.

¿Cómo lo hace? Alejándose del modelo nefasto que describiéramos al comenzar estas líneas: la reforma pone cerrojos en pos de la tutela de la libertad. Bien jurídico del que solo podrán ser privados los sufrientes mentales cuando se den las circunstancias excepcionales allí descriptas (medida terapéutica restric-

tiva), y con el debido control judicial para su imposición y mantenimiento (garantías del debido proceso).

El nuevo sistema de salud mental quedaría, entonces, estructurado sobre el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, la CDPD y la ley 26.657. El perfeccionamiento de este trípode normativo brindará pautas claras y de avanzada para la protección de las personas con discapacidad mental por la que, con tanto empeño, trabaja día a día la Defensoría General de la Nación.



# Derechos humanos de las personas con discapacidad psicosocial. Nuevos estándares para la Defensa Pública en salud mental

**Mariano Laufer Cabrera**

*Coordinador de la Unidad de Letrados art. 22 Ley 26.657 de la Defensoría General de la Nación.*

## I. Introducción

En este artículo introductorio, es mi intención repasar someramente algunas de las novedades aportadas por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), la Ley Nacional de Salud Mental (LNSM) y el Código Civil y Comercial de la Nación (CCC), en relación con los derechos humanos de las personas con discapacidad psicosocial -en especial aquellas internadas por motivos de salud mental-; así como las transformaciones de enfoques que este nuevo paradigma normativo, social, y cultural, debiera generar en el rol desarrollado en estos casos por el Poder Judicial y la Defensa Pública.

Específicamente, reseñaré algunas de las experiencias implementadas en este sentido por el Ministerio Público de la Defensa, teniendo como eje de análisis, principalmente, las situaciones acaecidas durante las internaciones coactivas en efectores de salud mental. Finalmente, después de comentar las regulaciones incorporadas en la temática por el reciente Código Civil y Comercial, concluiré con algunas reflexiones como nuevos puntos de partida.

## II. El nuevo paradigma asentado en los derechos humanos

### II.1. Derechos y garantías en la LNSM

Con el voto unánime de la Cámara de Senadores, el 25 de noviembre de 2010 fue sancionada la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 (LNSM)<sup>1</sup>. Participaron del debate referentes del campo de la salud mental y de los derechos humanos, asociaciones de familiares y de usuarios, autoridades gubernamentales, legisladores y jueces, instituciones de salud, referentes internacionales, e investigadores y docentes de universidades públicas<sup>2</sup>.

La movilización social que se generó alrededor de esta ley se explica porque la normativa aprobada significa una transformación del paradigma (CELS-MDRI 2007), al poner el foco principal en el sujeto y sus derechos. A partir de la nueva ley, se define la salud mental bajo el prisma de los derechos humanos, como “un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona” (art. 3 LNSM).

Es así, que la LNSM codifica derechos humanos de las personas con padecimientos mentales:

- Reafirma la condición de sujeto de derechos de las personas con padecimientos mentales, su autonomía y su capacidad para tomar decisiones respecto de lo que les sucede.
- Reconoce el derecho a recibir atención integral de la salud mental, mediante abordajes respetuosos del derecho a la integración en la comunidad, que tiendan a mantener los lazos sociales, familiares y laborales.
- Aclara el derecho a que los tratamientos en salud mental sean guiados por el derecho a la rehabilitación de la persona, y en el marco de abordajes interdisciplinarios.
- Establece el derecho de las personas con padecimientos mentales a vivir en su comunidad, lo que significa la desinstitutionalización de la salud mental mediante la prohibición de la creación de nuevos manicomios, la adaptación de los efectores existentes, la promoción de la atención primaria de la salud y la atención en dispositivos comunitarios, incluyendo los hospitales generales.
- Preserva el derecho a que toda prestación sea provista luego de que la persona otorgue su consentimiento libre e informado, con respeto de la voluntad y personalidad jurídica de la persona usuaria.
- Implica el derecho a no ser objeto de investigaciones clínicas ni de tratamientos experimentales sin consentimiento fehaciente.
- Establece que la internación debe ser considerada como un recurso terapéutico excepcional y por el menor tiempo posible, y restringe las internaciones coactivas a supuestos excepcionales en que se verifique una situación de “riesgo cierto e inminente” debidamente constatado y acreditado por un equipo interdisciplinario de salud.

1 La ley 26.657 fue promulgada el 2 de diciembre de 2010 y reglamentada por Decreto 603/13, el 28 de mayo de 2013.

2 Participaron, entre otros, la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones del Ministerio de Salud de la Nación, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, el INADI, la Organización Panamericana de la Salud (OPS), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Red de Familiares, Usuarios, Voluntarios, Estudiantes y Profesionales (Red FUV), la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI), la Asamblea Permanente de Usuarios de los Servicios de Salud Mental (APUSSAM), la Asociación por los Derechos en Salud Mental (ADESAM), etc.

## DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSICOSOCIAL

- Reserva para la justicia el rol de contralor y garante de los derechos de las personas con padecimientos mentales, de manera activa, periódica, y desde el comienzo de la internación.
- Garantiza el debido proceso, incluyendo especialmente el derecho a contar con asistencia legal gratuita desde el inicio del procedimiento de internación involuntaria, lo que incumbe de forma directa a los servicios de defensa pública en todo el país.

### II.2. Estándares internacionales y antecedentes jurisprudenciales

La LNSM incorpora innovaciones técnicas que la enmarcan en los estándares internacionales de salud mental y de derechos humanos, que el Estado argentino está obligado a cumplir, debido a los compromisos asumidos al suscribir tratados y otros instrumentos de derecho internacional.

Así, la ley se basa en los “Principios de Salud Mental de la ONU” (1991), que forman parte de la nueva normativa. La “Declaración de Caracas” (OPS/OMS 1990) y los “Principios de Brasilia rectores para el desarrollo de la atención en Salud Mental en las Américas” (OPS/OMS 2005) se mencionan como orientadores de políticas públicas (art. 2 LNSM).

Además, el abordaje comunitario de la salud mental que plantea la LNSM se enmarca en el modelo social de la discapacidad adoptado en 2006 por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), ratificada en Argentina en el año 2008 por medio de la ley N° 26.378, y elevada al rango de instrumento con jerarquía constitucional en el año 2014, por medio de la ley N° 27.044.

Por su parte, la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Ximenes Lopes v. Bra-*

*sil*<sup>3</sup>, y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en materia de salud mental y adicciones, a través de los fallos “Tufano”<sup>4</sup>, “R.M.J.”<sup>5</sup> y “Arriola”<sup>6</sup>, orientó también el contenido de la LNSM. La CSJN ya había interpelado, a través de estos fallos, a los poderes legislativo y ejecutivo, para que se avance en el rediseño de normas y políticas públicas de salud mental, de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos.

En efecto, en estos precedentes judiciales se introducen cuatro conceptos clave, que han sido reconocidos luego por la LNSM:

- Colectivo con debilidad jurídica estructural.* Las personas con padecimiento mental conforman un colectivo social en particular situación de “vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono”, lo que crea verdaderos “grupos de riesgo” en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales, debido a la “debilidad jurídica estructural que sufren”.
- Sujetos de derechos.* Las personas institucionalizadas por razones de salud mental resultan “sujetos titulares de derechos fundamentales”, respecto de los cuales “la regla debe ser el reconocimiento, ejercicio y salvaguardia especial de esos derechos”, destacando “la necesidad de establecer una protección normativa eficaz”.
- La internación como factor de riesgo y vulnerabilidad.* Las personas con discapacidad que viven o son sometidas a tratamientos en instituciones psiquiátricas “son particularmente vulnerables a la tortura u otras

3 Corte IDH, *Ximenes Lopes v. Brasil*. Sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C N°149

4 CSJN, “Tufano, R.A. s/ internación”, rta. 27/12/05, *Fallos* 328:4832.

5 CSJN, “R., M. J. s/ insania”, rta. 19/02/08, *Fallos* 331:211.

6 CSJN, “Arriola, S. y otros s/ causa n° 9080”, rta. 25/08/2009, *Fallos* 332:1963.



formas de trato cruel, inhumano o degradante”. La vulnerabilidad intrínseca de las personas con discapacidades mentales “es agravada por el alto grado de intimidad que caracteriza los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas que torna a esas personas más susceptibles a tratos abusivos cuando son sometidos a internación”.

- iv) *Protección especial y estricta vigilancia.* La situación de vulnerabilidad que se reconoce a las personas internadas determina que el Estado deba garantizar, a través de todos los agentes involucrados, una protección especial y una estricta vigilancia, con la obligación de asegurar que en toda institución pública o privada se preserve el derecho de las personas internadas a recibir un tratamiento digno, humano y profesional.

Con posterioridad, y como se desarrollará luego, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ratificó y profundizó los postulados de la LNSM en cuanto al tratamiento jurídico de las situaciones que involucren a personas con padecimientos mentales, en especial las internaciones y las restricciones a la capacidad jurídica.

### III. El cambio de rol asignado al Poder Judicial por la CDPD y la LNSM

Desde la vigencia de la CDPD y del modelo social de la discapacidad, no resulta legítima la privación de libertad de una persona por la “mera existencia de una discapacidad”.<sup>7</sup>

Desde el derecho internacional de los derechos humanos no queda ninguna duda de

que una internación involuntaria, coactiva o forzosa, aun por razones de “preservación de la salud mental”, es en efecto una restricción de la libertad.<sup>8</sup>

En el mismo sentido, la LNSM encuadra la internación involuntaria como una privación de libertad, colocando al Poder Judicial en rol de garante último de esa situación, y asignándole el deber de controlar para evitar detenciones arbitrarias. Así, se le impone al juez el deber de examinar que dichas medidas respeten los recaudos de *legalidad, proporcionalidad y razonabilidad* exigidos para toda restricción de un derecho humano.

Con la sanción de la LNSM se establece como único justificativo para una internación coactiva, la existencia -comprobada y fundada por un equipo interdisciplinario de salud de una “situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros”, y que la internación involuntaria se trate del último recurso terapéutico disponible, aplicado en forma restrictiva y excepcional, por el tiempo más breve posible, para impedir el daño.<sup>9</sup>

En este sentido, la ley clasifica la internación involuntaria como una medida restrictiva, debiendo el juez controlar puntualmente que: i)

---

8 Esta discusión se encuentra saldada desde el punto de vista jurídico, por cuanto la equiparación se realiza en un sentido *pro homine*, a los efectos de maximizar la protección de los derechos fundamentales de las personas internadas. Por lo demás, diversos instrumentos jurídicos reconocen esta clasificación. Por ejemplo, la Resolución 1/08 “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Similar criterio se desprende del art. 4 del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, de jerarquía constitucional. Además, la CSJN lo tiene dicho desde 1923, en el caso “Duba de Moracich, Recurso de Habeas Corpus”, donde equiparó la internación forzosa con una detención.

9 Ver arts. 14, 15, 20 y 21 de la LNSM. En el mismo sentido, ver ppios. 11.11, 16.1.a, y 17.3 de los “Principios de Salud Mental ONU”.

---

7 CDPD, art. 14: “Libertad y seguridad de la persona. 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en pie de igualdad con los demás: b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de la libertad sea de conformidad con la ley, y que *en ningún caso el hecho de que haya una discapacidad justifique una privación de la libertad*”.

se trate siempre de un acto terapéutico debidamente justificado; ii) se aplique como un último recurso, con carácter excepcional, sólo si no son posibles los abordajes sanitarios ambulatorios; iii) se indique como la alternativa terapéutica más conveniente, y menos restrictiva posible; iv) se prescriba con la posibilidad de mantener la comunicación con el exterior, los vínculos afectivos, y los lazos sociales; v) sea producto de la decisión de un equipo interdisciplinario; vi) no se utilice como respuesta a problemas habitacionales o como modo de “cronificación”; vii) y, fundamentalmente, se aplique si y sólo si se está en presencia de una situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.<sup>10</sup>

Es así que puede definirse el rol del juez, en estos casos, como garante del contralor legal inmediato de la internación, medida que constituye un acto sanitario.

Ello así, por cuanto la nueva ley define – como ya se dijo– que toda internación involuntaria siempre es excepcional y debe adoptarse sólo en una situación de emergencia, lo que autoriza a proceder rápidamente por parte del personal sanitario (sin requerir orden judicial), para no generar omisiones que perjudiquen la salud del afectado. En esos casos, se impone la obligación al efector sanitario de dar inmediato aviso al juez (y a la Defensa Pública y al Órgano de Revisión), que controlará la procedencia de la medida.

En consecuencia, queda claro que la LNSM reformula el rol clásico del Poder Judicial en esta temática, aplicando para ello la doctrina sentada por la CSJN (“Tufano” y “R., M.J.”), y delineando el perfil requerido de juez

como agente garante del control externo, activo y periódico de la internación, ejercido con inmediatez y en el marco del plazo razonable (Laufer Cabrera 2011, 189-202).

### IV. El cambio de rol asignado a la Defensa Pública por la CDPD y la LNSM

La CDPD exige el deber de garantizar a todas las personas con discapacidad igual protección legal, por lo que las exigencias del debido proceso y el derecho de defensa en juicio, válidos para todos los demás procesos administrativos o judiciales, deben aplicarse también en el control judicial de una internación.

Para delinear adecuadamente el rol de la defensa en estos ámbitos, se deberán tener en cuenta instrumentos internacionales que contienen indicaciones al respecto, como la propia CDPD (arts. 2, 3, 4, 5, 12, 13 y 14), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 y 25), los “Principios de Salud Mental de la ONU” (principios 1, 18 y 19), y las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad<sup>11</sup>.

La LNSM también produce innovaciones en la intervención que corresponde a la Defensa Pública. En este sentido, en su art. 3 aclara que “se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas”, en línea con el art. 12 de la CDPD, en cuanto al trato de la persona con discapacidad como sujeto pleno de derecho, con capacidad jurídica y, por ende, con la posibilidad de tomar decisiones autónomas y, así, manifestar voluntad, deseos, preferencias y mandatos al defensor que deba asistirlo jurídicamente.

10 El criterio de *riesgo cierto e inminente* para sí o para terceros, como única causal válida para proceder a una internación coactiva, fue especificado en el art. 20 del Decreto 603/13, reglamentario de la LNSM, al establecer: “entiéndese por riesgo cierto e inminente a aquella contingencia o proximidad de un daño que ya es conocido como verdadero, seguro e indubitable que amenace o cause perjuicio a la vida o integridad física de la persona o terceros.”

11 Ver en especial reglas 8, 29, 30, 31, 33, 38, 40, 41, 51, 53, 54, 58, 59, 63 y 64. Las *Reglas de Brasilia* fueron adoptadas en 2008 en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. La CSJN, a través de la Acordada N° 5/2009, resolvió “adherir a las Reglas de Brasilia”, estableciendo que “deberán ser seguidas –en cuanto resulte procedente– como guía en los asuntos a que se refieren”.

Otro artículo de la LNSM a tener en cuenta para completar el perfil de defensa requerido es el 7, que establece un catálogo de derechos mínimos, entre los que se cuenta el derecho de la persona a ser informada de manera adecuada y comprensible de los derechos que le asisten (inc. j), el derecho a poder tomar decisiones (inc. k) y el derecho a ser reconocido como un sujeto de derecho (inc. l).

Es así, que la LNSM, como derivación razonada del derecho internacional de los derechos humanos y del modelo social de la discapacidad, obliga a la Defensa Pública a abandonar el paradigma tutelar de protección con el que nació el hoy derogado Código Civil hace más de 150 años<sup>12</sup>.

Debe así, repensarse y cuestionarse la actuación enmarcada en figuras como la del “buen padre de familia” que viene del derecho romano, o inspirada en los “intereses generales de la sociedad”, tendientes a proteger a la persona con discapacidad “contra sí misma” y evitarle los “males” que pudiese provocarle la relación con el mundo exterior.

El derecho internacional nos obliga a abandonar el modelo de sustitución de la voluntad de la persona asistida y de representación en todas sus decisiones. El nuevo paradigma obliga a perfilar y basar la actuación de la Defensa Pública en el respeto de: i) la persona con discapacidad como sujeto pleno de derecho; ii) el ejercicio de la capacidad jurídica en todos los casos; iii) el sistema de la toma de decisiones propias, con apoyos en casos de requerirlo voluntariamente; iv) el principio de la dignidad del riesgo y el derecho a equivocarse; v) la autonomía personal; vi) la voz, la voluntad, las preferencias y los deseos de la persona.

En definitiva, la Defensa Pública debe asegurar el derecho de la persona a ser oída, ga-

rantía básica inherente al debido proceso. Pero, ¿cuál sería la forma de asegurar la prestación de este tipo de defensa pública? Pues bien, brindando el servicio a través de una defensa técnica de la persona en su calidad de sujeto de derecho, de forma gratuita y por personal idóneo y especializado, con la formación y capacitación necesarias para la tarea.

Para lograr dicho cometido, en muchos de estos casos será necesario contar con el apoyo de equipos interdisciplinarios, conformados por psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, intérpretes u otras disciplinas, que colaboren con la tarea del defensor y ayuden a comprender más fielmente la voluntad de la persona asistida jurídicamente.

Como he dicho en otro trabajo, dada la complejidad que suponen los problemas de padecimiento subjetivo, estos requieren un abordaje interdisciplinario. Por ello, la constitución del equipo interdisciplinario, como apoyo a la defensa, permite comprender mejor la complejidad de cada una de las situaciones, a partir de la articulación de distintos saberes y prácticas (Barcala y Laufer Cabrera 2015, 79-87).

Queda claro que la defensa debería asumirse y ejercerse siguiendo la voluntad de la persona asistida jurídicamente, sin conflicto de intereses, sin injerencia indebida y sin responder a intereses contrapuestos o genéricos que aparten la defensa de los intereses individuales del sujeto.

Otro recaudo a satisfacer por el defensor es el de informar debidamente a la persona sobre las características del proceso que está atravesando y los derechos de que dispone.

El defensor deberá, además, facilitar a la persona el goce del derecho al recurso judicial -a través del patrocinio jurídico pertinente-, contra decisiones que no comparta, vinculadas al tratamiento o la internación. Ello, más allá de las opiniones que el defensor pueda tener respecto de la conveniencia de esa decisión sobre la salud de la persona, teniendo en cuenta que quien asume el papel de decisor final es

12 El Código Civil Argentino, hoy derogado, se sancionó mediante la Ley N° 340, en el año 1869.

el juez, y que el principal derecho tutelado por la defensa en estos casos es, precisamente, el derecho a ser oído, a la defensa en juicio, y el acceso a la justicia (CELS 2009, 359-394; Laufer Cabrera 2011, 189-202).

### V. El rol asumido por el MPD en el cambio de paradigma en salud mental

Algunos años antes de la sanción de la LNSM, el MPD ya había comenzado a desarrollar acciones específicas para la defensa de los derechos humanos en los establecimientos de internación psiquiátrica.

Es así, que en el año 2007 se creó en el ámbito de la DGN la “Comisión de seguimiento del tratamiento institucional neuropsiquiátrico” (Res. DGN 421/07), con el objetivo de “coordinar las tareas tendientes a verificar las condiciones generales de internación de pacientes psiquiátricos”.

A partir de la sanción de la LNSM, a fines del año 2010, la DGN desplegó una serie de acciones para promover la implementación de la ley.

Por un lado, y dado que la LNSM derogó en forma expresa la antigua ley 22.914 e introdujo modificaciones al Código Civil, fue necesario generar nuevas guías para la mejor actuación de los Defensores de Menores e Incapaces en los procesos que afectan a personas con padecimiento mental, que se plasmaron en la “Guía de Buenas Prácticas en la Implementación de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657”<sup>13</sup>.

Por otro lado, con el objetivo de resguardar los derechos de este colectivo en especial situación de vulnerabilidad, la LNSM dispuso la creación de un Órgano de Revisión “con el objeto de proteger los derechos humanos de los usuarios de los servicios de salud mental” (cf. art. 38 Ley 26.657), que posee amplias facultades

en materia de supervisión y control de los tratamientos en salud mental. El Órgano funciona en el ámbito del MPD desde octubre de 2013 y está integrado por instituciones públicas, agrupaciones de usuarios y familiares y organismos de derechos humanos.<sup>14</sup>

Finalmente, una de las innovaciones más originales de la LNSM es el rol que se asigna a la Defensa Pública como actor de contralor de las internaciones, de acuerdo al nuevo paradigma explicitado en el acápite anterior.

Es así, que, a partir de la LNSM, toda persona internada sin su consentimiento por razones de salud mental, tiene derecho a contar con un abogado que procure hacer efectivos sus requerimientos y voluntad.

La LNSM establece en su artículo 22:

La persona internada involuntariamente o su representante legal, tiene derecho a designar un abogado. Si no lo hiciera, el Estado debe proporcionarle uno desde el momento de la internación. El defensor podrá oponerse a la internación y solicitar la externación en cualquier momento. El juzgado deberá permitir al defensor el control de las actuaciones en todo momento.

Son funciones de la defensa: velar por el respeto de los derechos de las personas internadas; ejercer el contralor de la legalidad de su internación y patrocinar sus intereses en

<sup>14</sup> Este organismo se puso en funcionamiento luego del Decreto Reglamentario 603/13 de la LNSM. La conformación actual (desde fines del año 2015) del Órgano de Revisión de Salud Mental es: Defensoría General de la Nación, Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, Ministerio de Salud de la Nación, CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), REDI (Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad), y AASM (Asociación Argentina de Salud Mental). Para más información sobre las funciones de este organismo, ver el artículo de Gabriela Spinelli en esta Revista, “El rol del Órgano de Revisión en la prevención del maltrato en centros de salud mental”.

<sup>13</sup> Aprobada por Res. DGN 422/11, del 15 de abril de 2011.

estos procesos, siempre en base a la voluntad expresada por quien está en situación de internación involuntaria<sup>15</sup>.

En pos de avanzar, concretamente, en la igualación de derechos para aquellas personas en especial situación de vulnerabilidad, la DGN creó la Unidad de Letrados de Salud Mental (art. 22 Ley 26.657), que comenzó a funcionar hace casi 5 años y, a través de la cual, ya se defendió a casi 12.000 personas, habiendo colaborado para que la gran mayoría de ellas sean externadas o derivadas con su consentimiento a ámbitos de tratamiento menos restrictivos<sup>16</sup>.

## VI. Innovaciones en salud mental desde el nuevo Código Civil<sup>17</sup>

En 2014 -pasados casi 150 años de la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield- se aprobó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCC)<sup>18</sup> que, entre otros aspectos valorativos, asume en su exposición de motivos la identidad cultural latinoamericana, la constitucionalización del derecho privado para darle coherencia con el sistema de derechos huma-

nos, la igualdad real en vez de la igualdad abstracta, el paradigma de la no discriminación, el respeto por una sociedad multicultural, y la relevancia de los derechos colectivos.

El CCC deberá interpretarse teniendo a la vista la LNSM y la CDPD, para lograr una aplicación adecuada y armonizada con lo que exige el derecho internacional de los derechos humanos, en materia de salud mental y discapacidad.

El CCC detalla el instituto de la internación involuntaria en el art. 41, lo que implica un claro avance respecto de la vieja regulación. La redacción original de la norma posibilitaba casos de internaciones arbitrarias, dado que incluía causales para la internación excesivamente generales, ambiguas y estigmatizantes (por ejemplo, se habilitaba el alojamiento forzoso del “demente” que afectase “la tranquilidad pública”), e insuficientes garantías de debido proceso y derecho de defensa (no se garantizaba adecuadamente el derecho a una audiencia judicial en un plazo razonable, ni el derecho a ser representado por un defensor que respete fielmente su voluntad, ni el derecho a la revisión periódica de las decisiones acerca de su internación) (CELS-MDRI 2007, 95-107; REDI-RI 2010, 22, 33 y 35).

Varias de estas cuestiones se superaron normativamente cuando entró en vigor la LNSM, que –como se explicara previamente- encuadró la internación *forzosa* como una medida para resguardar el derecho a la salud, pero, al mismo tiempo, como una restricción de la libertad ambulatoria. Con esta ley se ubica al juez en el rol de garante de esa situación, debiendo examinar que las internaciones involuntarias respeten los recaudos de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad.

El nuevo CCC recepta estos parámetros. En primer lugar, por cuanto refiere que la internación sin consentimiento de una persona “procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial”, haciendo referencia a la LNSM.

15 Las competencias de la defensa técnica quedaron especificadas en un primer momento por el Decreto 603/13, reglamentario de la ley N° 26.657. Posteriormente, la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa (27.149), en su artículo 47, precisó las facultades de los integrantes del Ministerio Público que ejerzan la defensa prevista en el art. 22 de la ley N° 26.657.

16 Para más información sobre el trabajo desarrollado desde el año 2011 por esta área, ver en esta Revista el artículo “La experiencia de la Unidad de Letrados de Salud Mental: 5 años, 12 mil defensas, y la amplificación del derecho a ser oído en las internaciones forzosas”.

17 Este acápite se basa en lo expresado en el trabajo previo “Salud Mental y Código Civil Argentino en el Siglo XXI: cambio cultural, interdisciplina, capacidad jurídica, internación. De cómo las prácticas modifican las visiones y las visiones las prácticas” (Amendolaro et ál 2015).

18 Aprobado por ley N° 26.994 (BO 8-10-2014), vigente desde el 1 de agosto de 2015, cf. texto art. 7° modif. por ley N° 27.077 (BO 19-12-2014).



## DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSICOSOCIAL

En segundo lugar, porque el nuevo CCC exige que la internación coactiva debe estar fundada en una “evaluación de un equipo interdisciplinario que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad”, y que “es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible”, al igual que lo requería la LNSM (arts. 7 inc. d, 14, 15, 16 y 20).

En tercer lugar, porque incluso el nuevo CCC indica que la internación “debe ser supervisada periódicamente”, lo que no sólo implica una obligación para el juez de la causa, sino que resulta compatible con las funciones del Órgano de Revisión de Salud Mental, creado por la LNSM. En efecto, se respeta así el “derecho a que en el caso de internación involuntaria o voluntaria prolongada, las condiciones de la misma sean supervisadas periódicamente por el Órgano de Revisión” (art. 7, inc. h, LNSM); y la atribución del Órgano de Revisión de “supervisar de oficio o por denuncia de particulares las condiciones de internación”, y de “evaluar que las internaciones involuntarias se encuentren debidamente justificadas y no se prolonguen más del tiempo mínimo necesario” (art. 40, incisos b y c, LNSM).

En cuarto lugar, porque el CCC reafirma que la internación forzosa “sólo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros”, consolidando jurídicamente esta causal como la única válida en el derecho argentino para internar a una persona sin su consentimiento, de conformidad con lo previsto de manera similar por el art. 20 LNSM (Kraut 2013).

En quinto lugar, por cuanto el CCC exige que durante el procedimiento de internación involuntaria “debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el *derecho de defensa mediante asistencia jurídica*”, lo que se ajusta a la LNSM, con relación al rol activo y expedito que se espera del Poder

Judicial (arts. 21 y 24 LNSM) y, asimismo, al rol asignado a la Defensa Pública brindada a personas usuarias de servicios de salud mental (art. 22 LNSM).

Finalmente, con relación a lo regulado por el CCC al establecer que “la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión”, cabe recordar que ya la LNSM había definido que la medida de internación constituye un acto y una decisión sanitaria, y que el rol del juez es el de garante del contralor legal inmediato de la internación. Ello así, por cuanto la Ley define que toda internación involuntaria siempre es excepcional y debe adoptarse sólo en una situación de emergencia, lo que autoriza a proceder rápidamente al personal sanitario, para no generar omisiones ni demoras que perjudiquen la salud del afectado. En esos casos, se impone la obligación al efector sanitario de dar inmediato aviso al juez, que controlará la procedencia de la medida. Así, el art. 21 LNSM establece que el juez debe “autorizar” o “denegar” la internación involuntaria; y el nuevo art. 41 del CCC dispone que la sentencia judicial debe “aprobar” la internación, lo que resulta equivalente, y explica que la medida ya ha sido adoptada previamente por el sistema sanitario, y llega luego –en forma inmediata- al contralor judicial.

En el mismo sentido, el texto del CCC indica que la sentencia debe especificar “finalidad y duración” de la medida, y “periodicidad de la revisión”, conceptos que son compatibles con las reglas de la LNSM, en cuanto a la finalidad *terapéutica* de la internación, la duración *más breve posible*, y la revisión *activa, periódica, e inmediata de la medida*.

En consecuencia, la regulación de la internación involuntaria en el CCC significa la consagración en el orden interno de algunos de los estándares internacionalmente vigentes en materia de salud mental y derechos

humanos<sup>19</sup>, ya incorporados previamente al derecho argentino por la doctrina de nuestra CSJN y por la LNSM, norma que en definitiva se consolida, al brindársele al actual paradigma de salud mental comunitaria, un resguardo normativo, simbólico e institucional de la entidad de un nuevo Código.

## VII. Reflexiones finales

En el campo de la salud mental, no ha sido frecuente que los actores judiciales se pregunten por qué una persona internada contra su voluntad gozaba de pocas garantías, o por qué no podía acceder fácilmente a un abogado o, simplemente, por qué cuando la persona quería señalar su disconformidad con las condiciones en que debía transitar una internación, o cuando quería exteriorizar su intención de ser externada, su voz no era escuchada con la importancia que merece todo reclamo de respeto de los derechos humanos.

Estas preguntas fueron, en general, históricamente silenciadas, merced a la subsistencia del paradigma médico-judicial de segregación de la locura, que sustituye a las personas en la toma de decisiones, que refuerza su pasividad y que, para lidiar con su “peligrosidad”, encuentra como “remedio” el aislamiento social.

Este modelo ha sido posible en virtud de factores culturales, históricos y normativos, y de prácticas amparadas en una concepción tutelar emanada hace más de un siglo y medio de un anticuado Código Civil, hoy ya derogado, y de otras leyes que respondían a ese esquema.

Esta situación entró en evidente crisis con

la vigencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la Ley Nacional de Salud Mental, y del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que, en tanto normas que receptan derechos humanos, interpelan a todos los actores a replantearnos aquellas preguntas. Aunque, claro está, la respuesta siempre fue clara: nunca hay razones atendibles para ejercer la discriminación, la exclusión, y la perpetuación del estigma.

En definitiva, mediante los nuevos roles asignados a la Defensa Pública se intenta abandonar el paradigma tutelar de protección, para considerar a la persona con discapacidad psicosocial como sujeto pleno de derecho, asegurando una garantía básica de todo ciudadano: el derecho a ser oído, a no ser discriminado y a acceder a la justicia.

Por supuesto, la defensa del acceso a la salud mental desde un enfoque comunitario y de derechos humanos, depende de la labor diaria de todos los actores que participan en este campo y, fundamentalmente, de que la voz de las propias personas con discapacidad psicosocial sea oída, cada vez más claramente, por el colectivo social. Sólo así podrá avanzarse en la transformación de la cultura manicomial que, hay que decirlo, hace tiempo excedió los muros de los hospicios.

## Bibliografía

Amendolaro, Roxana, Mariano Laufer Cabrera y Gabriela Spinelli. 2015. “Salud Mental y Código Civil Argentino en el Siglo XXI: cambio cultural, interdisciplina, capacidad jurídica, internación. De cómo las prácticas modifican las visiones y las visiones las prácticas”. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*. 69. Directoras: Cecilia Grosman, Nora Lloveras, Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.

19 El CCC da cumplimiento, al menos en parte, a lo exigido por el “Consenso de Brasilia”, elaborado en la “I Reunión Regional de Usuarios de Servicios de Salud Mental y sus Familiares”, convocado en 2013 por la OPS/OMS (Organización Panamericana de la Salud / Organización Mundial de la Salud), en cuanto allí se requirió “tener acceso a la protección legal, técnica y a otros instrumentos contra la internación involuntaria por problemas de salud mental”.



Barcala, Alejandra y Mariano Laufer Cabrera. 2015. "La Ley Nacional de Salud Mental y su enfoque de derechos humanos: la interdisciplina y el nuevo rol de la defensa pública". En: *Determinantes de la Salud Mental en Ciencias Sociales. Actores, conceptualizaciones, políticas y prácticas en el marco de la Ley 26.657*, compiladoras Silvia Faraone, Eugenia Bianchi y Soraya Giráldez. 79-87. Buenos Aires: Ed. Facultad de Ciencias Sociales UBA.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Mental Disability Rights International (MDRI). 2007. *Vidas Arrasadas. La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos. Un informe sobre Derechos Humanos y Salud Mental en Argentina*. 95-107. Disponible en [www.cels.org.ar/common/documentos/mdri\\_cels.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/mdri_cels.pdf)

CELS. 2009. "El derecho de defensa y el acceso a la justicia de las personas usuarias de los servicios de salud mental". En: *Derechos Humanos en Argentina: Informe 2009*. 359-394. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Kraut, Alfredo. 2013. "El instituto de la internación como derecho en el proyecto de Código Civil y Comercial". *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1: 57-89. Disponible en <http://www.rubinzalonline.com.ar/blog/el-instituto-de-la-internacion-como-derecho-en-el-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-1-por-alfredo-jorge-kraut/>

Laufer Cabrera, Mariano. 2011. "Reflexiones sobre la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657: su impacto sobre la administración de justicia, la defensa pública, y el ámbito de la infancia". En: *Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes. Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública*. 189-202. Ministerio Público de la Defensa y UNICEF Argentina.

REDI (Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad) y RI (Rehabilitación Internacional). 2010. *Capacidad jurídica y acceso a la justicia: una propuesta de reforma legal desde las organizaciones de las personas con discapacidad*. Disponible en <http://es.calameo.com/books/0040346979bb7f8928e29>

### Jurisprudencia internacional

Corte IDH, *Ximenes Lopes v. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C N° 149.

### Documentos de organismos internacionales

Declaración de Caracas. Adoptada por aclamación por la Conferencia Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina dentro de los Sistemas Locales de Salud, convocada por la Organización Mundial de la Salud/Organización Panamericana de la Salud (OMS/OPS), Caracas, Venezuela, 14 de noviembre de 1990.

ONU, *Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental*, aprobados por la Asamblea General, 75° sesión plenaria, Resolución 46/119, 17 de diciembre de 1991.

Principios de Brasilia rectores para el desarrollo de la atención en Salud Mental en las Américas. Adoptados en la Conferencia Regional para la Reforma de los Servicios de Salud Mental: 15 años después de Caracas, convocada por la Organización Mundial de la Salud/Organización Panamericana de la Salud (OMS/OPS), Brasilia, Brasil, 9 de noviembre de 2005.

### Jurisprudencia nacional

CSJN, "Tufano, R.A. s/ internación", rta. 27/12/05, *Fallos* 328:4832.

CSJN, “R., M. J. s/ insania”, rta. 19/02/08,  
*Fallos* 331:211.

CSJN, “Arriola, S. y otros s/ causa n° 9080”,  
rta. 25/08/2009, *Fallos* 332:1963

# La inconstitucionalidad de las medidas de seguridad impuestas como consecuencia de la suspensión del proceso penal por discapacidad psicosocial del imputado. El caso del señor Acosta

**María Florencia Hegglin**

*Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal. Desde el 1 de marzo de 2015, en funciones ante la Unidad de Actuación N° 3 de la Cámara Nacional de Casación Penal en lo Criminal y Correccional.*

## I. Introducción

En anteriores oportunidades analicé las contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad que establece el artículo 34, inciso 1 del Código Penal (CP) (Hegglin 2006, 298-299)<sup>1</sup>, así como también la regulación del sistema procesal del artículo 77 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) y la arbitraria aplicación que de esta norma hacen los tribunales cuando, tras suspender el proceso penal por discapacidad psicosocial del imputado, le imponen una medida de seguridad restrictiva de su libertad (Hegglin 2013).

---

<sup>1</sup> Esta publicación es producto de mi investigación doctoral realizada entre los años 1997 y 1998 en la Universidad de Barcelona sobre la reforma introducida en el sistema de medidas de seguridad en el Código Penal español de 1995. Vale destacar que la época de su realización fue anterior a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Como documento internacional con incidencia en la materia sólo se había dictado el Conjunto de Principios de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, aprobados por el Consejo Económico y Social de la ONU, el 17 de diciembre de 1991, que es relevado en distintos pasajes de la publicación.

En este trabajo, en cambio, quiero presentar un caso real, en el que todas aquellas construcciones intelectuales desarrolladas en la comodidad de mi escritorio, y otras ideas ni siquiera imaginadas, se corporizaron y tomaron su verdadera dimensión en la restricción de derechos fundamentales de un hombre que sufrió más de once años de detención y trece años de proceso, sin juicio y sin sentencia de absolución y de condena, para resultar finalmente sobreesido por “incapacidad procesal para estar en juicio” y recuperar su libertad.

Estoy convencida de que la presentación de este caso, así como las críticas que presentamos la defensora oficial en la instancia anterior<sup>2</sup> y yo, ante la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, dejarán en evidencia la incorrección de las sucesivas decisiones adoptadas por los operadores judiciales. Relevar esa experiencia, también permite mostrar la verdadera dimensión de los problemas jurídicos y recordar a quienes están, en definitiva, dirigidas todas las discusiones dogmáticas e intelectuales del derecho penal.

El caso, además, es paradigmático de la discriminación y la arbitraria restricción de derechos que sufren en el sistema penal argentino las personas con discapacidad psicosocial que enfrentan un proceso penal, así como también, de la indiferencia de algunos operadores judiciales al dolor de las personas, cuya queja es sistemáticamente silenciada bajo el peso de leyes mal aplicadas.

Su caso no es aislado, sino que responde a prácticas instaladas en todo el país<sup>3</sup>, restricti-

vas de derechos fundamentales reconocidos en el sistema constitucional y convencional de derechos humanos y, más específicamente, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la que ha sido recientemente dotada de jerarquía constitucional.

El caso tuvo como protagonista al señor Hernán Acosta, un hombre de 43 años que, como veremos, estuvo privado de su libertad en el Programa Prisma del Complejo Penitenciario Federal N° 1 de Ezeiza un total de once años y cinco meses, sin juicio, sin sentencia de absolución ni de condena y sin conocer a los jueces que dispusieron esa restricción de libertad bajo el título de una “medida de seguridad” por incapacidad para estar en juicio (art. 77 del CPPN). Finalmente, la intervención de la defensa oficial en la instancia anterior a la Cámara de Casación permitió que su situación procesal se resolviera y se dictara una resolución de sobreesimiento. Más allá de esta decisión, la medida de seguridad se mantuvo y fue la Cámara de Casación la que puso punto final a una historia de incertidumbre y dolor. Pero no me quiero adelantar, sólo introducir su historia.

Previamente, me interesa relevar el estado de la discusión en el derecho penal argenti-

2 Defensoría Pública Oficial ante los TOC N° 16, Verónica Blanco. En la instancia del art. 466 del CPPN, también intervino el Defensor Público Oficial Santiago García Berro, quien precisó los agravios desarrollados en el recurso de casación.

3 En el ámbito de la justicia de la provincia de Buenos Aires, las medidas de seguridad se cumplen en la Unidad Psiquiátrica para varones, Unidad N° 34 y en un Anexo de la Unidad N° 45 para mujeres. En el último informe anual

del año 2015, la Comisión Provincial por la Memoria relevó que había 178 personas detenidas sobre las cuales todavía no se había realizado un juicio –estaban detenidas bajo una medida cautelar (prisión preventiva) y presentaban elementos para ser considerada inimputables- y 140 personas detenidas cumpliendo una medida de seguridad (art. 34, inc. 1). Hasta noviembre de 2012, se incluía la Unidad N° 10, la cual cambió de régimen y los internos fueron derivados a la Unidad 34 y a dos hospitales neuropsiquiátricos de la misma provincia, el Hospital Alejandro Korn de Melchor Romero y el Hospital Cabred; algunos pocos quedaron en libertad (confr. Informes anuales 2013 y 2015 de la Comisión Provincial por la Memoria, <http://www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/anales/informe%202013FINAL%20b.pdf>, y [http://www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/anales/ANEXO%20II%20Informe\\_anual\\_2015.pdf](http://www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/anales/ANEXO%20II%20Informe_anual_2015.pdf))

no, sobre las medidas de seguridad impuestas por declaración de inimputabilidad y juicio de peligrosidad en los términos del art. 34, inc. 1 del CP que, como veremos, no pueden identificarse con la restricción de libertad que menciona el art. 77 del CPPN.

## II. El estado de la discusión en el derecho penal argentino sobre la inconstitucionalidad de las medidas de seguridad del art. 34, inc. 1 del CP<sup>4</sup>

En los últimos años, en el derecho penal argentino se han alzado voces críticas que presentan las contradicciones del sistema de medidas de seguridad, regulado en el art. 34, inc. 1 del CP, con principios fundamentales del sistema convencional de derechos humanos.

Como advierte Caride (2013, 155-178), se ha instalado una polémica sobre la posibilidad de que el Estado reaccione, a través de su estructura penal, frente a una persona que ha sido declarada inimputable del delito de cuya comisión venía acusada. Se discute la razonabilidad del sistema penal que mantiene a la persona que fue absuelta de delito –por estricta aplicación del principio de culpabilidad por el acto y el principio de igualdad– en un sistema punitivo, que puede resultar –agrego– más severo que el que le hubiese correspondido de haber sido condenado a una pena de prisión. Se trata de una discusión que aún no tiene definición y en la que se han adoptado diversas posturas.

Así, quienes sostienen que es posible la intervención penal, propugnan un sistema conocido como doble vía en el que el derecho penal puede

imponer no sólo penas, sino también medidas de seguridad. Es la versión que se condice con el texto legal, que exige que la persona haya sido declarada inimputable por razones vinculadas a su discapacidad y que, a su vez, haya sido considerada peligrosa para sí o para terceros (De la Fuente 1998, Ziffer 2008, Cesano s/f).

En esta línea se inscribe la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que confirmó la validez de las medidas de seguridad en el fallo “A.G.J.” del 13 de noviembre de 2012<sup>5</sup>.

En cambio, otro sector de la doctrina plantea la inconstitucionalidad de las *medidas de seguridad por su condición de medida de carácter penal contraria a los principios de legalidad y de culpabilidad*. Desde este enfoque, la única respuesta posible del derecho punitivo es la pena. En tal sentido, se sostiene que

[...] declarar la inimputabilidad del sujeto porque no pudo comprender la criminalidad de su acto o no pudo dirigirse conforme esa comprensión responde a la idea de reconocer la diferencia que existe entre las personas y, consecuentemente, a no aplicar un castigo a quien no puede exigírsele un comportamiento conforme a derecho. Luego, no puede imponerse a esta misma persona una sanción penal, llámese pena o medida de seguridad (Hegglin 2006, 298-299)<sup>6</sup>.

En su lugar, se propone que, tras la declaración de inimputabilidad, la situación de la persona con discapacidad sea evaluada directamente desde el marco normativo que regula la situación de las personas con discapacidad psicosocial, sin darle trascendencia a la acusación penal que sobre esa persona haya mediado.

4 Los argumentos que se presentarán a continuación se encuentran desarrollados en un anterior trabajo, bajo el título “Las medidas de seguridad en el sistema penal argentino: su contradicción con principios fundamentales del derecho penal y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” que se encuentra actualmente en prensa, para ser publicado por la Organización Documenta de México.

5 Un análisis crítico de este fallo, desde la perspectiva de la Ley Nacional de Salud Mental, cfr. Plazas (2013).

6 En la misma línea, ya se habían pronunciado Zaffaroni et ál (2000, 925-926), Marum y Arce (1997, 306), Martínez (2010) y Caride (2013, 155-178).

Desde esta postura, la mirada se centra en el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas en situación de especial vulnerabilidad y en la internación y la prisión como intervenciones arbitrarias (Marum y Arce 1997, 306). Y se sumaron, además, cuestionamientos a la peligrosidad como fundamento de una restricción de libertad coactiva, por su manifiesta oposición con el límite de la dignidad humana que impide considerar a la persona como un mero medio, como un objeto o como algo que se pueda eliminar o “neutralizar” de cualquier manera para salvaguardar a la sociedad del supuesto peligro que representa, como así también propuestas a focalizar la discusión sobre el juicio de inimputabilidad (Hegglin 2006, 298-299).

Esta postura ha sido receptada en numerosos fallos de la Ciudad de Buenos Aires<sup>7</sup>.

Esta discusión no ha sido ignorada en los escasos intentos de reforma del Código Penal de 1921, todavía vigente. Por el contrario, en el último anteproyecto de reforma, en la ex-

posición de motivos, se apuntó que las medidas de seguridad debían desaparecer del sistema penal, en tanto significaban un castigo. Sin embargo, fueron mantenidas con algunos cambios insustanciales. Así, dejaron de ser fundadas en la peligrosidad de la persona para ser fundadas en la “agresividad” y le impusieron un límite de duración.

Sobre las razones para mantener estas medidas que, como ellos reconocieron, dejan en evidencia “la contradicción teórica que provocan en un derecho penal de acto, pues implican, al menos en su aspecto punitivo, la sanción de una pena sin culpabilidad”<sup>8</sup>, expusieron:

La Comisión ha discutido la posibilidad de suprimir esta regulación, en atención a la contradicción señalada y a la nueva legislación psiquiátrica, como también a los importantes cambios de perspectiva que ésta introduce, en particular a la desmanicomialización de los pacientes. No obstante, *han prevalecido razones prácticas y el temor a dejar un vacío que pueda dar lugar a un escándalo mediático*. Se ha tenido en cuenta que es innegable que en buena medida esta legislación psiquiátrica es aún un programa que llevará algunos años hasta verse convertido en realidad, no sólo por razones de infraestructura, sino también por la necesidad de un cambio en la propia cultura profesional y judicial. Se ha considerado que dar todo esto por hecho, ignorando los datos de la realidad, puede resultar riesgoso en varios sentidos, pues tampoco la justicia civil tiene práctica en las decisiones de esta naturaleza y, además, no podemos ignorar que el texto regirá en todo el territorio, con organizaciones judiciales dispares<sup>9</sup>.

7 Cfr. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, “Antuña, Guillermo Javier s/recurso de casación”, voto minoritario de Ledesma, rta 13/09/10; Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, “Gómez, Gustavo Daniel s/recurso de casación”, rta 13/04/10; Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, “Brois Montani, Jonathan Christian s/rec. de casación”, reg. N° 18.759, rta 22/06/11, voto de los jueces Yacobucci y Madueño; Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, “Ruiz, Marcelo s/recurso de casación”, reg. N° 14.309.4, rta 20/12/10, votos de los jueces Diez Ojeda y González Palazzo; Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, Causa N° 13.809, “Menéndez, Ariel Roberto s/recurso de casación”, rta 7/12/10, voto de los jueces Madueño y Rodríguez Basavilbaso; Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VI, Causa N° 1799-2012, “CBJ s/medida de seguridad”, rta 28/11/12, voto de los jueces Lucini y Filozof; Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala V, Causa N° 39.452 “A.R.G. s/medida de seguridad”, rta 16/06/10, voto de los jueces Mirta López González y Pociello Argerich; Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala II, “Incidente de excarcelación en autos Hugo Alberto Mosqueda s/robo”, reg. N° 393/2015, rta 02/09/15, voto de los jueces Niño, Días y Mahiques.

8 Anteproyecto de Código Penal de la Nación, 21 de marzo de 2015, pág. 126, Infojus. Disponible en <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>

9 Ibidem.



Y así, el temor a un escándalo mediático pesó más que el escándalo jurídico de legislar en abierta y confesa contradicción a un sistema de garantías de derechos humanos.

Sin perjuicio de ello, y en miras a restringir, dentro de lo posible, las graves afectaciones que las medidas generan en los derechos de las personas que las deben cumplir, se dirigieron otros cuestionamientos y otras propuestas limitadoras de su ejecución.

En primer lugar, se ha cuestionado su indeterminación temporal. El art. 34, inc. 1 del Código Penal no establece ningún límite temporal en la duración de la medida de seguridad, lo cual habilita a que personas acusadas de cometer delitos permanezcan privadas de su libertad, en estricto cumplimiento de una medida de seguridad, durante años e, incluso, muchísimo más tiempo del que les correspondería de ser condenadas por el delito por el cual han sido acusadas. Esta paradoja fue advertida como contradicción del principio de proporcionalidad y, desde la doctrina y la jurisprudencia, se propuso restringir la imposición y la duración de las medidas de seguridad en función de los tiempos de duración previstos como pena máxima del delito por el que había sido acusado. Estas propuestas siguieron o se ajustaron, en líneas generales, al modelo del Código Penal español de 1995 (De la Fuente 1998, 320; Cesano s/f; Hegglin 2006, 360).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha receptado este criterio en el fallo "R.M.J.", del 19 de febrero de 2008, en el que, por un lado, con remisión al precedente de la Corte IDH *Ximenes Lopes v. Brasil*<sup>10</sup>, advirtió sobre la especial atención que los Estados deben a las personas que sufren discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad, para luego agregar que en las medidas de seguridad deben atenderse los principios constitu-

cionales de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad, por lo que no puede admitirse que este tipo de medidas con contenido jurídico penal se extienda más allá del máximo de la pena prevista para el injusto de origen. Asimismo, señaló que:

No resulta indispensable (para el cese de la internación) que la persona deje de ser considerada peligrosa, sino que debiera alcanzar con que la internación no sea entendida como el único medio terapéutico disponible, ya sea porque se cuenta con nuevos medios para contenerla, o bien porque el estado de peligrosidad no fuera (...) lo suficientemente grave o inminente<sup>11</sup>.

Y, por ello, también apuntó:

La medida de privación de la libertad del paciente debe ser revisada judicialmente mediante procedimientos simples, expeditivos, dotados de la mayor celeridad y, si correspondiera prolongarla por razones terapéuticas, ello debe ser objeto de un minucioso control periódico jurisdiccional obligatorio de los motivos de la internación.

Esta postura fue ratificada en el fallo "A.G.J.", previamente mencionado.

En segundo lugar, se ha cuestionado la *afectación a la presunción de inocencia y las reglas propias del debido proceso (derecho a ser oído, derecho de defensa y juicio previo)*.

Si tomamos en cuenta que nuestro derecho penal es un derecho penal de acto y no de autor, resulta ineludible la acreditación del hecho antijurídico con todas las garantías procesales correspondientes, lo contrario importaría admitir medidas de seguridad predictuales contrarias al *principio de legalidad*,

10 Este fallo se encuentra comentado por mí, en Hegglin (2009, 19-42).

11 Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C N° 149.



así como la manifiesta afectación del principio de inocencia. Veamos.

En el derecho penal argentino, la imputabilidad es una característica del acto que proviene de una capacidad del sujeto. De allí que a la persona pueda imputársele un injusto y no otro; más concretamente –como señalan Zaffaroni, Alagia y Slokar (2000, 658)-, una persona con un retraso madurativo podrá tener capacidad de pensamiento en abstracto para comprender la antijuridicidad de un homicidio, que no demanda gran nivel de abstracción, pero no tenerla para comprender el injusto de ciertos delitos económicos que exigen, por lo general, una capacidad de pensamiento abstracto de mayor alcance. Por ello, para determinar la inimputabilidad no alcanza con saber que la persona acusada de cometer un delito padecía al momento del hecho de una “insuficiencia o alteración morbosa de sus facultades mentales” (art. 34, inc. 1 del CP), sino que, además, es necesario conocer las circunstancias que rodearon al hecho, así como cuál fue su concreta participación en la ejecución. Sólo así podrá saberse la incidencia que tales estados tuvieron en su comportamiento.

Por lo demás, en función de la ubicación sistemática otorgada a la imputabilidad en la dogmática del delito, debe sostenerse que la persona con discapacidad debe beneficiarse con todas las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal, previo evaluar una eventual declaración de inimputabilidad y con ésta, la peligrosidad y la medida de seguridad. La ausencia de cualquiera de los elementos necesarios para la configuración de un delito será obstáculo que impedirá la imposición de medida alguna (Righi 1993, 219-235; Zaffaroni et ál 2000, 658).

Por todo ello, la imposición de la medida de seguridad prevista en el artículo 34 inciso 1 del CP requiere una declaración judicial de inimputabilidad para la cual se necesita, por un lado, conocer las circunstancias del hecho y el grado

de participación de la persona en su comisión y, por el otro, demostrar que en su realización no medió una circunstancia excluyente de la responsabilidad distinta de la inimputabilidad.

Dictar en las primeras instancias del proceso la declaración de inimputabilidad e imponer una medida de seguridad porque se considera a la persona peligrosa supone, en consecuencia, una solución contraria a los principios de inocencia y de legalidad. En efecto, el principio de inocencia se afecta, en tanto se impone una medida restrictiva de la libertad sin haberse realizado previamente el juicio en resguardo del derecho de defensa y de las garantías del proceso. Por otro lado, la no celebración del juicio y la no comprobación de la participación de la persona en un hecho típico y antijurídico, convierte a la medida de seguridad en una medida predelictual contraria al principio de legalidad.

Más allá de la fuerza de estas observaciones, la imposición de medidas de seguridad en las primeras instancias del proceso, previas al ejercicio del derecho de defensa y al juicio, es una práctica instalada en la justicia argentina<sup>12</sup>.

---

12 Como Defensora Pública Oficial ante la Justicia de Instrucción asistí técnicamente al Sr. O. Villalba, un hombre mayor e indigente que vivía en la calle y que era acusado de haber matado a otro hombre indigente en el marco de una pelea con cuchillos, en la plaza donde dormían. Cuando fue detenido, Villalba dijo ser inocente y pidió poder hablar personalmente con los testigos que lo acusaban. Como él no podía caminar, por sufrir dolor en sus piernas, el Juez lo envió al Cuerpo Médico Forense, donde tras examinarlo sugirieron que debía ser hospitalizado por sufrir diabetes. El psiquiatra informó, además, que Villalba padecía una discapacidad mental, que era incapaz de comprender la criminalidad de su conducta y que era peligroso para sí y para terceros. Pocas horas después de su detención, el Juez declaró a Villalba inimputable y lo declaró sobreseído del delito de homicidio, sin embargo, le impuso una medida de seguridad en el hospital psiquiátrico penitenciario. En su defensa, intenté demostrar que él era inocente, porque no había testigos que lo hubieran visto pelear. Los testigos eran otros indigentes, que habían dicho

El mismo art. 34 establece que las causales de inimputabilidad deben referirse al hecho por el cual viene acusado, sin que pueda establecerse en función de un determinado diagnóstico de padecimiento mental una declaración de inimputabilidad genérica.

En tercer lugar, corresponde destacar que el cese de la medida de seguridad y la externación de la persona o eventual derivación a una institución más adecuada a su problemática depende de una decisión judicial, previo dictamen de peritos (un psiquiatra y un psicólogo) que indique que la persona dejó de ser peligrosa para sí o para terceros (art. 34, inc. 1 del Código Penal y art. 23 de la Ley Nacional de Salud Mental), consolidándose, así, un tratamiento jurídico más severo para las personas con discapacidad psicosocial que el de por sí ya se admite para las demás personas con discapacidad. Por lo demás, las medidas de seguridad, en tanto no están condicionadas en su cese al dictamen favorable del equipo interdisciplinario tratante sino al criterio judicial, no cumplen la condición de “recurso terapéutico de carácter restrictivo” que “sólo puede llevarse a cabo cuando aporta mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar o social” (artículo 14 de la LNSM).

En efecto, como se expuso, la Ley Nacional de Salud Mental admite la internación involuntaria de una persona con discapacidad

psicosocial si el equipo interdisciplinario tratante advierte que se encuentra en situación de riesgo cierto o inminente, y siempre que el juez que controla la internación, tras escuchar a la persona y a su abogado, coincida en la configuración del mencionado presupuesto (artículos 20, 21 y 22); en la misma lógica, establece que “el alta, externación o permisos de salida son facultad del equipo de salud que no requieren autorización del juez” (artículo 23). Distinta es la situación que enfrentan las personas con discapacidad en el sistema penal, cuyos permisos de salida, externaciones o derivaciones deben esperar el dictamen favorable del Cuerpo Médico Forense y del juez, siempre que ellos se acuerden de supervisar el control de la medida.

Las penosas condiciones en que se cumplen las medidas de seguridad, por el solo hecho de cumplirse en una unidad penitenciaria, deberían extremar las exigencias y los controles en los planes de externación que los equipos tratantes deberían realizar; por el contrario, se suman exigencias y dilaciones manifiestamente improcedentes desde el derecho a permanecer en libertad y del reconocimiento de su salud mental.

Sobre el punto, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, los organismos de monitoreo advierten que:

(Las personas con padecimiento mental) son depositadas en unidades penitenciarias neuropsiquiátricas, las cuales –según hemos constatado a lo largo de muchos años- no mantienen diferencias sustanciales que las distinguan del resto de las unidades penitenciarias. En estas unidades se ha constatado el mismo circuito de deterioro subjetivo que en el resto de las unidades, con la diferencia de que lo aplica sobre población con padecimiento mental y, por lo tanto, las consecuencias en las personas revisten otra particularidad de mayor grave-

---

“nosotros sabemos que Villalba mató a Fernández”, a lo cual los investigadores les habían preguntado “¿cómo lo saben? ¿Ustedes los vieron pelear?”, y ellos respondieron “Nosotros no los vimos, pero en la plaza los árboles hablan”. Villalba murió en el pabellón psiquiátrico de la Unidad, mientras yo preparaba la tercera apelación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuestionando la medida de seguridad, por afectar el principio de inocencia. Cfr. resolución dictada en la causa “Villalba, Octavio s/ homicidio”, Juzgado de Instrucción N° 40, resolución del 19/3/2007; Cámara Criminal y Correccional, Sala I, causa 31.068, resolución del 13 de abril de 2007. En el mismo sentido, cfr. Caride (2013, 166 y ss).

dad aun (...) Se constató que las condiciones materiales y el régimen de vida (mala alimentación, falta de abrigo, maltrato del personal penitenciario, hacinamiento, desvinculación familiar, uso del aislamiento como sanción) propician la aparición de brotes o excitación psicomotriz de las detenidas culminando con la aplicación sobre ellas de psicofármacos inyectables o chaleco químico, previa reducción violenta y sujeción mecánica con grilletes en la cama, deteriorándose rápidamente el cuadro clínico de las personas detenidas<sup>13</sup>.

En ese contexto, estos organismos destacan la situación de la población que se encuentra sin criterio para estar en una unidad psiquiátrica, que queda largo tiempo “a la espera de una respuesta judicial”. Las mismas condiciones de detención y la demora en la resolución de su medida comprometen cualquier posibilidad de libertad y la protección de su salud mental.

A estas críticas formuladas desde el derecho penal y los derechos humanos, corresponderá sumar las que deberán surgir de confrontar el sistema de medidas de seguridad con el paradigma de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Nada se ha dicho todavía en el sistema penal argentino sobre la CDPD. Los operadores y académicos del derecho penal en esta materia todavía no la han aplicado, pese a que se trata de una convención con jerarquía constitucional y que impone una nueva perspectiva de análisis. Es esperable y deseable que su consolidación como instrumento internacional impacte directamente en las futuras discusiones del derecho penal y genere una instancia

de análisis y reflexión sobre las consecuencias que, en el sistema penal, ha de generar el nuevo enfoque social (no médico ni científico) no discriminador de la persona con discapacidad psicosocial que la Convención impone<sup>14</sup>.

### III. Antecedentes del caso

Si bien, como iremos precisando, el caso que presento no está justamente asociado a una medida de seguridad por declaración de inimputabilidad del art. 34, inc. 1 del Código Penal sino a una restricción de libertad impuesta como consecuencia de la suspensión del proceso por discapacidad psicosocial del imputado, entiendo que haber relevado la discusión actual sobre las medidas de seguridad permite tomar cabal comprensión de la gravedad de haberle impuesto este tipo de medida, así como anticipar su incorrección jurídica.

La imposición de una medida de seguridad a una persona que fue absuelta por declaración de inimputabilidad genera cuestionamientos desde el principio de culpabilidad y de legalidad y, por su carácter indefinido, críticas desde el principio de proporcionalidad. También se ha llamado la atención sobre su apartamiento del derecho a la salud y de los derechos humanos que prioriza la Ley Nacional de Salud Mental.

Estas críticas se potencian si hablamos de una medida de seguridad impuesta tras una resolución de suspensión del proceso penal o de sobreseimiento por igual motivo, sin norma que la habilite y en afectación al derecho a ser oído, al principio de inocencia y al derecho de defensa. Una medida que justificó su restricción de libertad en un ámbito carcelario, sin permitirle discutir no sólo si debía o

13 Informe anual de la Comisión Provincial por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires, 2015. Disponible en [http://www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/anales/ANEXO%20II%20Informe\\_anual\\_2015.pdf](http://www.comisionporlamemoria.org/comite/informes/anales/ANEXO%20II%20Informe_anual_2015.pdf)

14 Sobre el enfoque social de la discapacidad y la CDPD, cfr. Rosales (2012, 8-36), Palacios (2008, 472) y CorteIDH, Caso Furlan y familiares v. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No 246..

no ser declarado inimputable sino, además, si había o no intervenido en los hechos que se le atribuían y si su conducta había o no constituido un actuar típico y antijurídico.

A continuación, presentaré los detalles del caso, las distintas resoluciones judiciales adoptadas, los cuestionamientos que motivaron y la decisión final de la Cámara Nacional de Casación Penal.

Hernán Acosta fue detenido el día 5 de enero de 2002 acusado de haber causado la muerte de un hombre, ocurrida pocos días antes. Luego del trámite propio de la instrucción y del requerimiento de elevación a juicio, los autos se radicaron en el Tribunal Oral en lo Criminal N° 6. Este Tribunal, a partir de un informe confeccionado por la Unidad N° 20 del S.P.F., donde Acosta había permanecido detenido, suspendió el trámite en los términos del art. 77 del CPPN y luego, el 3 de noviembre de 2005, transformó la prisión preventiva en “medida de seguridad”. Para ello, los jueces invocaron un supuesto de internación no previsto en ninguna norma penal ni procesal, que definieron como “inimputabilidad sobrevenida”, y determinaron que Acosta continuara encarcelado en la U. 20.

Finalmente, el 14 de marzo de 2007, después de 5 años, 2 meses y 9 días, se dispuso el cese de la medida de seguridad, sin haberse dictado -vale destacar-, en ese período de tiempo, ninguna resolución procesal que pusiera fin a la imputación por homicidio que se cernía sobre Acosta.

El 16 de enero de 2010, Acosta fue detenido por un robo con efracción. La defensa solicitó su excarcelación sobre la base de que Acosta no registraba ninguna condena anterior y contaba con domicilio estable y grupo familiar conviviente, la que le fue denegada por registrar en trámite aquella causa de homicidio en la que se había suspendido el proceso, sin resolución final ni juicio. A partir de allí, se inició un nuevo e intrincado proceso de restricción de sus derechos.

Teniendo en cuenta el antecedente en la causa de homicidio, en el proceso por el robo con efracción se buscó determinar, en primer lugar, si en el momento del hecho Acosta contaba con capacidad para comprender la criminalidad del hecho y de dirigir sus acciones. En otras palabras, se evaluó su inimputabilidad en relación al hecho imputado y su capacidad de culpabilidad. Tras sucesivos estudios se determinó que sus facultades no habrían, en principio, estado comprometidas.

Ante ello, se formuló requerimiento de elevación a juicio por el delito de robo con efracción y se elevaron las actuaciones al Tribunal Oral en lo Criminal N° 6, el que citó a las partes a juicio el 13 de mayo de 2010.

El 20 de mayo de 2011 se propició evaluar si contaba con capacidad procesal para afrontar ese nuevo proceso, como el proceso anterior por homicidio que, a esas alturas, ya se había reanudado.

Los peritos forenses, peritos de la Defensoría General y luego, ante la designación de un abogado particular, peritos particulares; dictaminaron que no se hallaba en condiciones de participar en un juicio (por padecer un trastorno sociopático por consumo y deterioro cognitivo grave, según el informe de la neuróloga), invocándose, además, riesgo de autoagresión. Y sobre la peligrosidad, los médicos forenses señalaron la necesidad de continuar con un tratamiento de internación con medidas de seguridad. Más allá de ello, debe destacarse la opinión del perito particular Mariano Castex, en tanto había señalado (i) que en el aspecto neurocognitivo, Acosta había sufrido un deterioro de grado moderado a severo, el que se había agravado desde el examen anterior de marzo de 2011, (ii) el riesgo que conllevaba para su salud integral someterlo innecesariamente a “vicisitudes procesales (...) las que pueden conducirle a una descompensación psicoclínica de alto riesgo, agravándole además las patologías que le afectan (paciente

con HIV y hepatitis)”, (iii) se trataba de una persona afectada en su salud mental encuadrando, por consiguiente, en los parámetros de la ley N° 26.657 en cuanto sus derechos, y por último, advertía (iv) que “en sus condiciones actuales de tratamiento psiquiátrico en estado de privación de libertad debería considerarse seriamente su situación a la luz de lo previsto en el art. 33 de la ley N° 24.660 (...) ya que sus patologías actuales (en donde predomina el deterioro y no la descompensación) exigen ser atendidas en un medio apto para resocializarlo y facilitarle una óptima posibilidad de recuperación, no meramente de manera declarativa, si no de modo efectivo”.

Luego, el TOC 6 convocó a una audiencia en la que participaron el Fiscal, el abogado particular, los médicos forenses y los peritos de parte, donde se habrían pedido precisiones a los peritos sobre sus conclusiones en los informes. Sobre esta audiencia, *debo señalar que se realizó sin convocar ni oír al principal interesado, el señor Acosta.*

A continuación, el 13 de abril de 2012, el TOC 6 suspendió el trámite y dispuso una “medida de seguridad” hasta tanto cesaran las razones de peligrosidad para sí y para terceros; en ese mismo acto hicieron cesar la detención en carácter de prisión preventiva, la que a esas alturas ya registraba más de dos años.

A partir de allí empezó un nuevo periplo para Acosta, dirigido a determinar qué juez debía controlar la medida de seguridad que se cumplía en la Unidad Penitenciaria N° 1, Ezeiza, en el HPC ala norte Prisma. Primero, el TOC 6 dispuso que la medida debía ser controlada por el juez titular del Juzgado Civil que, para entonces, ya había resuelto su inhabilitación en los términos del art. 152 bis inciso 1, sin haber modificado su situación jurídica. El Juzgado Civil rechazó su intervención por cuanto el TOC 6 había impuesto una medida de carácter penal, que debía ser controlada por un juez penal. El TOC 6 admitió que el juez

civil estaba en lo correcto, pero insistió en no asumir la competencia de control de la medida que ellos mismos habían adoptado y le dio intervención al Juzgado de Ejecución Penal. El juez de Ejecución rechazó su intervención, con buenas razones, tras advertir que la internación que se había ordenado en función de lo previsto en el art. 77 del CPPN no tenía ninguna vinculación con las medidas de seguridad, a las que hacen referencia los arts. 511 a 514 del CPPN, que justificaran su competencia. El TOC 6 insistió en declinar su competencia y trabó contienda, la que fue resuelta por la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, el día 18 de septiembre de 2012, otorgándosele la razón al juez de Ejecución.

Mientras tanto, el proceso de deterioro de su salud física y mental fue avanzando conforme había advertido el Dr. Castex. Así, los profesionales de la salud que trataban diariamente a Acosta en su unidad de detención advertían al TOC 6 que (i) Acosta se encontraba en condiciones psicofísicas de egresar del Complejo Penitenciario, (ii) que Acosta podía continuar “con su tratamiento en un dispositivo de internación psiquiátrico que resultara menos restrictivo de su libertad”, (iii) que padecía su ansiedad y sufrimiento ante el temor de no poder recuperar los vínculos en libertad con su grupo familiar, teniendo en cuenta que seguía en detención de forma indefinida.

El 7 de mayo de 2013, más de un año después de que se suspendiera el trámite y se impusiera la medida de seguridad, el TOC 6 ordenó un nuevo examen para evaluar su capacidad procesal para estar en juicio. Los peritos del CMF mantuvieron su criterio de incapacidad para afrontar el debate y en cuanto a la peligrosidad, sólo destacaron riesgo de autogresión.

El 15 de julio de 2014, un año y dos meses después de la anterior evaluación, los jueces del TOC 6 ordenaron otro examen para evaluar la continuidad del proceso y de la medida de seguridad. Los médicos forenses insistie-



ron en la posibilidad de Acosta de estar en juicio y *resaltaron que el riesgo que presentaría sería prevalentemente para sí y, eventualmente, para terceros.*

Tras ello, los jueces no revisaron la disposición adoptada, ni siquiera revisaron sus supuestos. Estos estudios se practicaron sin adoptar ningún criterio sobre la continuidad de la medida y del proceso, pese a que habían transcurrido 2 años y 8 meses desde la resolución judicial anterior.

Mientras tanto, los jueces del TOC 6 seguían recibiendo los informes producidos por los médicos tratantes del SPF. Estos informes advertían al tribunal sobre la continuidad del deterioro cognitivo, sobre la situación de incertidumbre y desesperanza de Acosta, con expresa recomendación de una internación menos restrictiva de su libertad, para concluir *ya en julio de 2014 que todo este cuadro de situación de encarcelamiento indefinido le generaba graves repercusiones sobre su estado de salud mental y física, vinculando estos profesionales el empeoramiento a nivel psiquiátrico con el empeoramiento a nivel clínico.*

El 23 diciembre de 2014, dos años y diez meses después de la *primera resolución de suspensión del proceso y de imposición de la medida*, y casi cinco años después de haber sido detenido, los jueces del TOC 6 resolvieron revisar la situación judicial y la medida de seguridad. Y pese a las advertencias de los médicos tratantes, decidieron mantener suspendido el trámite de la causa y la medida de seguridad. Invocaron el riesgo que presentaría para sí y, *eventualmente*, para terceros y omitieron toda referencia a los informes de Prisma que daban cuenta de su avanzado y progresivo deterioro provocado por la angustia de un encarcelamiento indefinido. Esta resolución, al igual que la anterior, no fue precedida por un conocimiento personal por parte de los jueces.

Seis meses después, el 23 de junio de 2015, en una visita de los jueces de Ejecución al CPF

Ezeiza, Acosta toma, por primera vez, contacto personal con un juez, a quien le pidió su libertad y le informó sobre sus problemas de salud y la necesidad de mantener el vínculo con sus hijos en un establecimiento menos intrusivo.

Y en respuesta, el 25 de junio de 2015, se dispuso un nuevo examen por las autoridades del Cuerpo Médico Forense. La defensa –para entonces ya se había designado defensa oficial– propuso puntos de pericia vinculados al agravamiento de su salud como consecuencia de la continuidad indefinida de su encarcelamiento en una unidad penitenciaria, que el equipo Prisma del CPF 1 había estado señalando. En ese examen, el Cuerpo Médico Forense concluyó, una vez más, que las facultades mentales de Acosta no encuadraban en los parámetros de normalidad (trastorno psicótico, deterioro cognitivo y trastorno de personalidad con compromiso orgánico –neuropatías y nefropatías), que su situación estaba comprendida en el art. 77, y que era irreversible. También, mencionó que su peligrosidad se encontraba atenuada por el tratamiento que realizaba en condiciones de internación, sin perjuicio de que en los fundamentos del informe habían descartado cualquier forma de agresividad.

Ante ello, la defensa solicitó el sobreseimiento y el cese de la medida de seguridad. Invocó, no solo la falta de peligrosidad y agresividad señalada en los informes, sino además la aplicación de la Ley Nacional de Salud Mental (arts. 14, 16, 20 y 21).

El Fiscal adhirió al pedido de sobreseimiento, pero solicitó que siguiera encarcelado en el Complejo Penitenciario Federal Nro. 1.

Finalmente, el 7 de octubre de 2015, los jueces resolvieron, tras trece años de proceso:

“1) sobreseer a Hernán Gabriel Acosta del delito de robo agravado por haber sido cometido con perforación o fractura de puerta o ventana de un lugar habitado, en

concurso real con lesiones graves, que concurren idealmente con resistencia a la autoridad (...) y en orden al delito de homicidio calificado (...), II) mantener, como medida de seguridad terapéutica, la internación psiquiátrica de Hernán Gabriel Acosta en el Servicio Psiquiátrico del Complejo Penitenciario Federal N° 1 (Ezeiza) hasta tanto cesen las razones de peligrosidad por sí y para terceros que justifiquen dicha internación. III) dar inmediata intervención al Juzgado Nacional de Ejecución Penal que corresponde por turno (...).”

El sobreseimiento no se fundó en un juicio de inimputabilidad por el hecho cometido sino, pura y exclusivamente, en una incapacidad procesal para estar en juicio que impedía, en resguardo del derecho de defensa, continuar con el proceso penal en los términos del art. 77 del CPPN.

Se mantuvo, así, una medida de seguridad que supuso la continuidad de un período de detención de 11 años y 5 años, sin condena

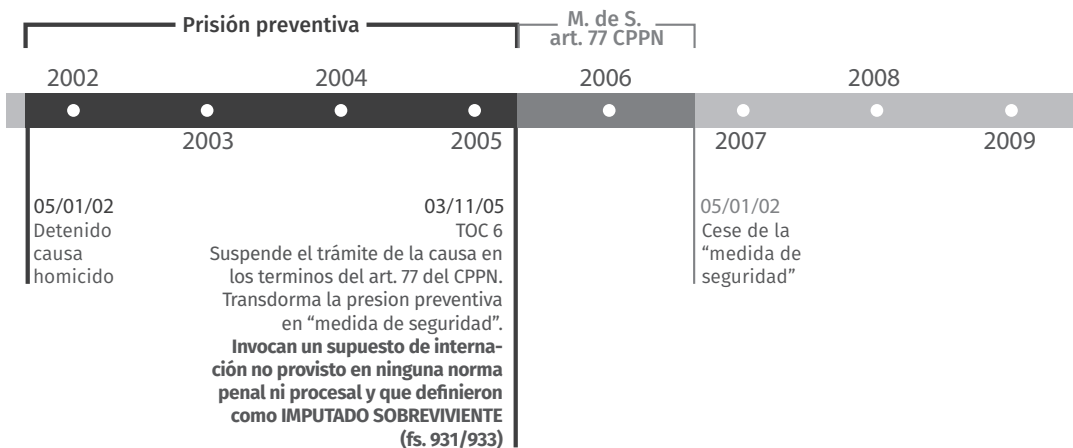
y sin que Acosta hubiera tomado contacto con un juez, en contradicción con principios constitucionales fundamentales de todo ciudadano argentino, que generó, además, responsabilidad internacional del Estado en tanto a través de sus representantes provocó que su salud física y mental se hubiera deteriorado severamente.

Basta ver las líneas de tiempo que corresponden a cada uno de los períodos de detención, para resumir la gravedad de lo ocurrido. (ver cuadro 1 y 2)

Contra esa última resolución del TOC 6, del 7 de octubre de 2015, la Defensoría ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal N° 16 interpuso recurso de casación, cuyos agravios mantuve, amplié y desarrollé en la audiencia del art. 468 del CPPN ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la que intervino como Defensora Pública Oficial de Acosta.

A continuación, voy a presentar los argumentos desarrollados en esa audiencia, en tanto críticas realizadas a la última resolución

Cuadro 1



**Tiempo de detención: 5 años, 2 meses y 9 días**



Cuadro 2

Prisión preventiva		M. de S. (art. 77 CPPN)		M. de S. (art. ????)			
2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	
16/01/10 Detenido causa robo con efracción		13/04/12 TOC 6 Suspende el trámite de la causa en los términos del art. 77 del CPPN y dispone una "MEDIDA DE SEGURIDAD"		23/12/14 TOC 6 Mantienen suspendido el trámite de la causa y la "MEDIDA DE SEGURIDAD"	07/10/15 TOC 6 Sobreseimiento y "MEDIDA DE SEGURIDAD"	21/04/16 Audencia ante la CNCCC	24/06/16 La CNCCC resuelve "casar la revolución y disponer el traslado de Acosta al H. Pirovano (art. 21 LNSM)

**Tiempo de detención: 11 años y 5 meses**

que mantuvo la medida de seguridad tras dictar el sobreseimiento de Acosta. Sin perjuicio de ello, y en tanto esa medida de seguridad no se impuso por primera vez en esa resolución cuestionada sino que reconocía un antecedente de más de once años de abusos y arbitrariedades, muchas de estas críticas se extendieron a la medida impuesta previo a dictar el sobreseimiento y sobre la base de lo dispuesto en el art. 77 del CPPN y a la equivocada lectura que de esa norma hizo el TOC 6 a lo largo de esos once años de privación de libertad en un establecimiento penitenciario, en cumplimiento de una medida de seguridad absolutamente contraria a la ley, a la CN y a todos los pactos internacionales, entre ellos y muy particularmente, a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

**IV. Críticas a la resolución que dictó un sobreseimiento por incapacidad procesal para estar en juicio e impuso una medida de seguridad. Críticas a la medida de seguridad, sin resolución de sobreseimiento, que se cumplió durante once años, tras suspender el proceso (art. 77 del CPPN)**

**IV.1. El carácter punitivo de la medida de seguridad**

En primer lugar, debe destacarse que la resolución cuestionada en el recurso de casación supuso mantener una medida de seguridad restrictiva de la libertad que, por definición, es coactiva y, en tanto ejercicio del ius puniendi estatal, es punitiva. Está claro que la conformidad del destinatario no es presupuesto de la aplicación de una medida de seguridad, lo que equivale a decir que el Estado las impone por la fuerza y, por más que el tribunal haya pretendido enmascararla bajo el título de "medida de seguridad terapéutica", este título nada le quita a su condición de castigo.

La imposición de esa medida de seguridad, en su condición de restricción de la libertad de carácter penal, permitió a las autoridades judiciales mantener a Acosta en una unidad penitenciaria con todo lo que esta clase de restricción de la libertad supone para una persona, y en donde, como advierte Ferrajoli (1989, 782) se consuma una doble violencia institucional: cárcel más manicomio. Quienes conocemos como operadores

judiciales, internos o familiares el ala norte del Hospital Penitenciario Central (HPC) del Complejo Penitenciario Federal N° 1, donde funciona Prisma, sabemos perfectamente que entre ese sector y los demás sectores del Complejo Penitenciario no hay diferencias. Todos los internos y los familiares tienen regladas sus vidas a las condiciones que impone el Servicio Penitenciario Federal, desde las actividades, las requisas y el régimen de visitas donde la seguridad se antepone a lo sanitario. Si bien ese módulo cuenta con un servicio de atención en salud mental personalizado (Prisma), la atención prestada siempre está sujeta a las reglas del Servicio Penitenciario Federal. Por lo demás, debe tenerse presente, como muestra de que ese módulo no deja, bajo ningún punto de vista, de ser una cárcel, que allí conviven todas las personas con padecimiento mental, hayan sido condenados, estén procesados con prisión preventiva, cuenten con un proceso penal suspendido o hayan sido declarados inimputables con medidas de seguridad, o hayan sido sobreseídos por otra causal y se haya dispuesto una medida de seguridad no reglada, como se le había impuesto a Acosta.

Más allá del lugar donde se cumple la medida de seguridad, lo cierto es que el *carácter punitivo surge de forma palmaria de los presupuestos tenidos en cuenta por el tribunal a la hora de evaluar su imposición*. En efecto, a la hora de considerar su necesidad, siempre se priorizaron razones preventivas sobre el derecho a la salud de la persona afectada. El derecho a la salud, que es reconocido en el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, fue desconocido abiertamente, anteponiéndose supuestos motivos preventivos que tampoco estaban debidamente fundados ni surgían de las constancias de la causa. Las advertencias sobre el deterioro que sufría

la salud física y mental de Acosta, que formulaba el equipo tratante, fueron desoídas frente a las conclusiones del Cuerpo Médico Forense en las que se señalaba “riesgo prevalentemente para sí y, eventualmente, para terceros” o “peligrosidad atenuada por el tratamiento que realizaba en condiciones de internación”.

#### **IV.2. Falta de adecuación de la medida de seguridad con la LNSM**

En segundo lugar, también se llamó la atención sobre la *falta de adecuación de la restricción de libertad impuesta* con posterioridad al sobreseimiento, pero, también, antes mientras el proceso se mantuvo suspendido en los términos del art. 77 del CPPN, con las disposiciones de la Ley Nacional de Salud Mental.

Esta ley no sólo prevé que la internación deba ser considerada como un recurso terapéutico excepcional y de carácter restrictivo, que sólo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones (arts. 14 y 20), sino que, además, en esa línea, prevé la posibilidad de que las personas internadas coactivamente puedan gozar de permisos de salida, de derivación o externación *por sola disposición del equipo tratante*, sin necesidad de contar para ello de una autorización judicial (art. 23). Y esta disposición debió regir la internación de Acosta, aun cuando se cumpliera en una cárcel y bajo el título “medida de seguridad”.

Si bien la Ley Nacional de Salud Mental no fue evaluada en la resolución impugnada –el tribunal no la consideró, pese a los reclamos de la defensa–, se suele invocar su art. 23 como argumento para excluir a las medidas de seguridad de las disposiciones de la ley. Sin embargo, debe atenderse –como se expuso– que esa norma no excluye a las medidas de seguridad del conjunto de derechos que prevé en resguardo de las personas con discapacidad que sufren un proceso de internación. Ese

artículo sólo “exceptúa” de las regulaciones a “*las internaciones realizadas en el marco de lo previsto en el artículo 34 del Código Penal*”.

En definitiva, la única medida de seguridad que la Ley Nacional de Salud Mental excluye del régimen general, que deja la externación o derivación a criterio del equipo tratante, es la única posible conforme nuestro CP: la medida de seguridad del art. 34 del CP.

En consecuencia, la “medida de seguridad” impuesta por el tribunal sobre la base de una norma de carácter procesal, como es el art. 77 del CPPN (que tampoco se refiere, como veremos, a la posibilidad de aplicar una “medida de seguridad”) y, luego, sin base normativa, al dictar el sobreseimiento, debió regirse por las disposiciones de la Ley Nacional de Salud Mental. Desde el 10 de diciembre del 2010 en adelante en que se sancionó la ley, el criterio de derivación y externación que los profesionales de la salud de Prisma informaron al tribunal debió regir la solución del caso, conforme una lectura respetuosa de la legalidad y del derecho a libertad (arts. 7. 2 y 3 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos). Lejos de ello, el tribunal directamente lo ignoró.

### **IV.3. Afectación al principio de legalidad. El estándar de la CSJN**

En el Código Procesal Penal de la Nación hay una única norma que regula el supuesto en que el imputado no cuenta con condiciones psicosociales para afrontar a la acusación en un juicio oral, y lo hace de un modo insuficiente y contradictorio con otras normas del sistema.

El art. 77 regula que, si durante el proceso sobreviniere la incapacidad mental del imputado, el tribunal suspenderá la tramitación de la causa y, si su estado lo tornare peligroso para sí o para los terceros, ordenará la internación de aquel en un establecimiento adecuado, cuyo director informará trimestralmente sobre el estado del enfermo. La

suspensión del trámite del proceso impedirá la declaración indagatoria o el juicio, según el momento en que se ordene, sin perjuicio de que se averigüe el hecho o se prosiga aquel contra los demás imputados. Si curare el imputado, proseguirá la causa a su respecto.

En esta norma, el legislador reguló la situación del imputado que no cuenta con condiciones psicosociales para afrontar la acusación, pero lo hizo en exclusiva referencia al supuesto de incapacidad que sobreviene al inicio del proceso.

Por otro lado, corresponde señalar que el art. 77 no se refiere a la misma capacidad de comprensión que se menciona en el art. 76 del CPPN. El art. 76 se refiere a la capacidad de comprender la criminalidad del acto, que presupone el juicio de imputabilidad; el art. 77, por su parte, se refiere a la capacidad procesal para estar en juicio, pero con expresa mención de la incapacidad sobreviniente, esta es, la incapacidad procesal que sobreviene al inicio del proceso. El imputado inicia el proceso en condiciones, pero durante su desarrollo deja de estar en condiciones de afrontarlo.

En ese sentido, conviene precisar de qué se está hablando cuando la ley se refiere a “incapacidad mental del imputado” (art. 77 del CPPN) y la doctrina procesal, a la “incapacidad procesal para estar en juicio” (Maier 1996, 202)<sup>15</sup>.

Sobre el punto, Castex destaca que:

La capacidad de un imputado para estar en juicio, inquiera sobre el ahora en el inicio del proceso, mientras que la determinación de la culpabilidad o inculpabilidad por razones psíquicas remite necesariamente en el pasado, a la conducta que, enrostrada, funda el procedimiento (Castex 2007, 24).

<sup>15</sup> Maier señala que “la capacidad para estar en juicio, esto es, la capacidad para ser imputado en un procedimiento penal, representa universalmente un presupuesto procesal”.

Así, pues, no se trata de determinar la imputabilidad penal de una persona (si tiene o no capacidad de culpabilidad en relación con el hecho investigado). Se trata de averiguar si la persona acusada está en condiciones de ser sometida a investigación o enjuiciamiento, con independencia de si en el momento de realizarse el hecho investigado esa persona era o no imputable; en definitiva, si cuenta o no con las condiciones definidas como “capacidad de autodefensa” o, lo que en el derecho anglosajón se conoce como, “competence to stand trial” (Grima Lizandra 2010, 67-84). O, en otras palabras, si cuentas con los medios y las condiciones necesarias para ejercer su defensa en paridad de condiciones con los acusadores<sup>16</sup>.

Ahora bien, el art. 77 del CPPN prevé que el juez o tribunal no sólo se encuentran facultados para suspender el trámite, sino que, además, se encuentran autorizados a imponer una internación “si su estado lo tornare peligroso para sí o para terceros”. Una interpretación constitucional del texto, sólo habilita la imposición de una medida de internación encauzada bajo las pautas de internación y externación del sistema civil y de la Ley Nacional de Salud Mental.

En efecto, como se expuso en el capítulo precedente, desde el principio de legalidad, la única medida de seguridad posible (aunque también discutible desde su constitucionalidad) es aquella prevista en el art. 34, inc. 1 del CP que reconoce una resolución judicial en la que se haya demostrado la comisión de un hecho típico y antijurídico, en cuya ejecución el

acusado haya participado, y una declaración de inimputabilidad. Para ello, será necesario además que el acusado pueda controvertir la acusación y desarrollar su defensa.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “RMJ” y ya desde antes, en el fallo “Tufano” del 27 de diciembre de 2005, ha dejado debidamente establecido que las personas con padecimientos mentales, especialmente cuando son reclusos coactivamente sin distinción del motivo de su internación, son titulares de un conjunto de derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la salud, a la defensa y al respeto de la dignidad, a la libertad, al debido proceso, entre tantos otros.

Conforme advirtió la Corte Suprema, estas reglas deben ser observadas, con mayor razón, en los procesos en los que se plantea una internación psiquiátrica coactiva en virtud del estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el cual se encuentran frecuentemente quienes son sometidos a tratamientos de esta índole, erigiéndose, por ende, como esencial el control por parte de los magistrados en que aquélla se desarrolla<sup>17</sup>.

Más recientemente, en el fallo “Antuña”, volvió a sostener que:

La garantía del debido proceso que rige para toda privación de libertad en virtud del art. 18 de la CN adquiere un vigor especial cuando la razón que motiva el encierro es la incapacidad psíquica de la persona de cuya libertad se dispone<sup>18</sup>.

Insistió en que toda internación, sea de origen civil o penal, debe ser evaluada en relación con su oportunidad, limitación temporal y condiciones de ejecución.

16 Por una cuestión de espacio, no voy a desarrollar el tema, pero entiendo que una interpretación del art. 77 adecuada a la CDPD no debe ceñir el análisis al diagnóstico de discapacidad, sino que debe atender a la persona y a su contexto. Hay personas con discapacidad psicosocial que pueden afrontar un juicio, dándosele herramientas de accesibilidad que faciliten su participación y la posibilidad de discutir la acusación, pero otras que no, ya sea porque no se le proveyeron esas herramientas o porque, aún en ese caso, no están en condiciones de afrontar su defensa en paridad con los órganos del Estado.

17 CSJN, “Tufano Ricardo s/internación”, rta 27/12/2005, Fallos 328:4832, considerando 4.

18 CSJN, “Antuña Guillermo Javier s/ causa n° 12.434”, rta 13/11/2012. Fallos 335:2228.

En ese mismo fallo, la CSJN, aun cuando reconoció la legitimidad de las medidas de seguridad previstas para personas con padecimientos mentales, sólo reconoció la legitimidad de las medidas de seguridad para personas declaradas inimputables por haber cometido un “ataque ilícito”.

Además, en miras de restringir su aplicación, en este mismo fallo la Corte fijó pautas para asegurar una limitación temporal, pero además para acotar su imposición a los casos en que se haya demostrado:

Con los estándares probatorios y de contradicción propios del proceso penal de que el imputado ha cometido un ataque ilícito, que no ha obrado en virtud de alguna justificación o excusa y que por él habría podido ser objeto de una pena privativa de la libertad si no hubiera sido incapaz de culpabilidad. En ausencia de una determinación así, no estaría justificado someter al incapaz a la mayor severidad que distingue al régimen penal de medidas de seguridad<sup>19</sup>.

Tal como se estableció en “Tufano” y “RMJ”, estas exigencias marcan la necesidad de asegurar un reconocimiento pleno a las garantías constitucionales de las personas que padecen una discapacidad psíquica y que se encuentran sometidas a proceso, con la consecuente obligación de analizar, en el caso concreto, los presupuestos del art. 34, inc. 1 del CP. Conforme el criterio de la Corte, la única medida de seguridad que ha sido reafirmada por la CSJN, con restricciones y limitaciones, es la medida de seguridad prevista en el art. 34, inciso 1 del CP cuando se declaró la inimputabilidad de la persona previo haberse demostrado, además, que en cumplimiento de las reglas del contradictorio,

y en resguardo del derecho de defensa, que la persona cometió un injusto penal y que por éste, sino hubiera sido declarado inimputable, habría podido ser objeto de una pena privativa de libertad.

En el caso comentado, la medida de seguridad no fue consecuencia de una declaración de inimputabilidad por el hecho cometido, ni tampoco se impuso tras haberse determinado que Acosta cometió alguno de los hechos imputados, que esos hechos superaban el control de tipicidad y antijuridicidad, ni que hubiese actuado por alguna otra excusa que lo hiciera inimputable. Menos aún se analizó, si en el caso no habría merecido una pena en suspenso teniendo en cuenta que estuvo más de 11 años privado de su libertad, sin contar con antecedentes penales; incluso, aun cuando hubiera sido condenado a una pena de efectivo cumplimiento por el delito de homicidio simple, ya había agotado el mínimo de ocho años de prisión que por ese delito se establece.

En resumen, la medida de seguridad impuesta tras el sobreseimiento contradujo el principio de legalidad (art. 18 CN, 9 de la CADH y 15 del PIDCyP) y las disposiciones del art. 7.2 y 7.3. de la CADH, en tanto se impuso una medida penal restrictiva de la libertad que no se encuentra regulada en el Código Penal.

Pero la medida de seguridad que antecedió al sobreseimiento, también contradujo los principios citados en tanto tampoco se encuentra regulada en la legislación penal; y si su imposición estuvo dirigida a asegurar la realización de un proceso, que paradójicamente se encontraba suspendido; en su condición de medida cautelar de 11 años y 5 meses, se apartó además de las exigencias de proporcionalidad que deben respetar las medidas cautelares (arts. 7.2 y 7.3 de la CADH).

19 Dictamen del PGN, cuyos fundamentos y conclusiones comparten los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni.

#### IV.4. Afectación al principio de inocencia, al derecho a ser oído, al derecho de defensa y a la prohibición de no discriminación por discapacidad

En cuarto lugar, y en estricta vinculación con lo expuesto, se alegó la afectación al *principio de inocencia, al derecho a ser oído y al derecho de defensa, como así también discriminación por discapacidad* (art. 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

La obligación de respetar las “reglas del *contradictorio*” en un proceso penal, que puede derivar en una medida de seguridad de índole penal, se corresponde con distintos compromisos internacionales que nuestro país asumió en materia de derechos humanos.

Por un lado, el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que:

Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.

El art. 13 impone a los Estados, además, el deber de asegurar “que las personas con discapacidad tengan *acceso a la justicia en igualdad de condiciones* con las demás”.

Por el otro, el art. 8.1 de la CADH reconoce a “toda persona, el *derecho a ser oída* con las debidas garantías... por un juez o tribunal competente ... en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella”, y el art. 8.2.d. establece el “*derecho del inculpa-*do de *defenderse personalmente* o de ser asistido por un defensor de su elección y de comu-

nicarse libre y privadamente con su defensor”. A su vez, el art. 14.1 del PIDCyP afirma que “todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. *Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías ...* en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

La persona con discapacidad cuenta con el derecho a ser oída y de poder ejercer su defensa en igualdad de condiciones con las demás personas. Y en resguardo de este derecho se construye la restricción que introduce la Corte Suprema cuando limita la imposición de la medida de seguridad a que “con los estándares probatorios y de *contradicción* propios del proceso penal” se demuestre que el imputado ha cometido un *ataque ilícito, antijurídico y que por éste habría podido ser objeto de una pena privativa de libertad*.

La persona tiene el derecho de defenderse de la acusación que media en su contra, y de poder alegar y demostrar –personalmente y valiéndose de asistencia técnica– que el hecho no se cometió, o que no se participó en su ejecución, o que la conducta fue atípica porque actuó bajo un error de tipo, por ejemplo, o justificada porque se actuó en legítima defensa. También puede alegar razones que descartarían la posibilidad de imponer una pena privativa de libertad y, en consecuencia, de conformidad con lo expuesto por la Corte, una medida de seguridad. Y todo ello, previo a considerar si actuó sin capacidad de culpabilidad (inimputabilidad) y si corresponde, entonces, imponer una restricción de su libertad.

En resguardo de la contradicción y el derecho de defensa, se debe garantizar el derecho de toda persona acusada a ser oída, especialmente si consideramos que, bajo la fachada de una absolucón, podrá ser privada compulsivamente de su libertad, en una uni-



dad penitenciaria, en las mismas condiciones que de haber sido condenada.

Como vimos, la Corte Suprema, exigió en “Antuña” que, previo a imponer una medida de seguridad (art. 34, inciso 1 CP), se analice

[...] con los estándares probatorios y de contradicción propios del proceso penal que el imputado ha cometido un ataque ilícito, que no ha obrado en virtud de alguna justificación o excusa y que por él habría podido ser objeto de una pena privativa de la libertad si no hubiera sido incapaz de culpabilidad. En ausencia de una determinación así –dijo la CSJN– no estaría justificado someter al incapaz a la mayor severidad que distingue al régimen penal de medidas de seguridad<sup>20</sup>.

Volviendo a nuestro caso, advertimos que, si bien el proceso penal se suspendió en resguardo supuestamente del derecho de defensa, paradójicamente, medió una ostensible afectación a ese derecho, como al derecho a ser oído y, fundamentalmente, al principio de inocencia.

En 13 años que duró su proceso, el señor Acosta nunca tomó contacto con los jueces del Tribunal que le impusieron, durante 11 años y 5 meses, una medida de seguridad. No hay referencia en las distintas resoluciones sobre manifestaciones de Acosta. Se escuchó a abogados, fiscales y peritos, pero jamás se entrevistó a Acosta, en una evidente demostración de discriminación por su discapacidad psicosocial. Él recién fue recibido por un juez el día de su audiencia, en abril de 2016, en la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación Penal, donde contestó preguntas de los jueces sobre sus condiciones de vida en la unidad, sobre el estado de su salud, su tratamiento y su familia.

20 Dictamen del PGN, cuyos fundamentos y conclusiones comparten los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni.

La afectación al derecho a ser oído fue evidente y la discriminación por discapacidad, también. *Nadie dudaría en descalificar una pena impuesta (no ya tras un sobreseimiento o sin juicio) sin que el Juez tome contacto con el imputado; sin embargo, nadie dudó, en este proceso, en mantener una medida de seguridad de 11 años y 5 meses de duración, sin siquiera conocerlo*<sup>21</sup>.

21 Tiempo atrás, en España, se dio una discusión parecida en la que el profesor Enrique Bacigalupo participó como Juez del Tribunal Supremo Español, en defensa de los derechos de las personas con padecimiento mental a quienes, sin poder ejercer el derecho de defensa, se les suspendía el proceso y se les aplicaba una medida de seguridad. Vale señalar que, en ese país, a diferencia de nuestro CPPN, la solución legislativa incluye, expresamente, la posibilidad de imponer una medida de seguridad de carácter penal fundada en la peligrosidad del sujeto, a aquellas personas respecto de las cuales se suspendió el trámite por falta de capacidad procesal. La Ley de Enjuiciamiento Criminal remite a la medida de seguridad prevista como consecuencia de una declaración de inimputabilidad (cfr. Art. 383-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y Grima Lizandra 2010). En esa discusión, el Juez Bacigalupo coincidió con los demás jueces en que “la celebración del juicio dado el estado del proceso de discapacidad en que el imputado se encontraba le había colocado en una posición de absoluta inferioridad e indefensión para afrontar un juicio de tan extraordinaria importancia para el mismo –acusado de un delito de asesinato, había dado 28 puñaladas a la víctima– lo que ha supuesto clara y terminantemente infracción al derecho de tutela efectiva en el ejercicio de su derecho a defenderse y consecuentemente a no sufrir indefensión, así como su derecho a un juicio justo.” Agregaron que, también, se había quebrantado el principio de igualdad de armas. Y tras ello, impugnó las medidas de seguridad impuesta en consecuencia, para lo cual señaló que *las medidas de seguridad son consecuencias penales que exigen constatar no sólo si el acusado presenta peligrosidad que justifique la medida, sino, además, con carácter previo, si es autor de una acción típica y antijurídica. Ello sólo puede demostrarse en un juicio celebrado con todas las garantías*. En resumen, resulta imposible realizar el juicio por falta de capacidad procesal del imputado, pero tampoco resulta posible la imposición de una medida de seguridad, puesto que, para su aplicación, resulta imprescindible la realización de un juicio en el que se demuestre la materialidad del hecho y la participación del imputado en su ejecución (Cfr. STS 2265/1993, publicado en el centro de docu-



En definitiva, resulta imposible imponer una medida de seguridad penal previo haberse realizado un juicio en el que se garantice al acusado con un padecimiento mental, el derecho de defensa. Si el imputado carece de las condiciones para afrontar una defensa, en resguardo del derecho de defensa, del derecho a ser oído y a la igualdad de armas, el trámite del proceso aun cuando pueda suspenderse no podrá derivar en la imposición de una medida de seguridad, en tanto consecuencia jurídico penal que exige de la configuración de un hecho típico y antijurídico como presupuesto.

Por otra parte, será obligación de los jueces conocerlo, entrevistarlo y garantizarle su derecho a ser oído en la igualdad de condiciones que se garantiza a toda persona acusada de cometer delitos, sin hacer uso de argumentos que sólo discriminan en razón de su discapacidad (art. 5 de la CDPD).

Por último, y en este sentido, deberá tenerse presente que la Argentina fue observada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en octubre de 2012, cuando solicitó al Estado que adecúe su legislación penal, tanto federal como provincial, para que la decisión sobre la imposición de medidas de seguridad a personas que son declaradas inimputables solo se tome una vez que se ha seguido un proceso en el que se respeten las garantías de defensa y asistencia letrada, incluidos los ajustes de procedimiento que puedan llegar a necesitarse para garantizar el ejercicio de los derechos<sup>22</sup>.

---

mentación judicial. [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Documentacion\\_Judicial/Jurisprudencia\\_/Sentencias\\_de\\_actualidad/Tribunal\\_Supremo](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Documentacion_Judicial/Jurisprudencia_/Sentencias_de_actualidad/Tribunal_Supremo)).

22 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina*, aprobadas por el Comité (ONU), 8º período de sesiones, CRPD/C/ARG/CO/1, del 8/10/2012, párr. 26.

#### **IV.5. La paradoja del sobreseimiento con detención. La contradicción del art. 14.2 de la CDPD**

En quinto lugar, también se advirtió que Acosta había sido *sobreseído y, en tales condiciones, se enfrentaba a la paradoja de haber sido desvinculado del proceso sin que esta resolución liberatoria de la acusación hubiese incidido en su detención*. Continuaba bajo el control penal punitivo cuando había sido sobreseído del delito imputado, generándose, así, por un lado, una contradicción con los presupuestos de un derecho penal de culpabilidad por el acto que tiene por presupuesto de toda intervención penal la comisión de un hecho típico, antijurídico y culpable, sin que pueda justificarse una intervención penal por motivos exclusivamente preventivos, conforme señaló la CSJN en “Gramajo”<sup>23</sup>.

Y en esas condiciones, la medida de seguridad contradice, además, los términos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por cuanto se está imponiendo una restricción de libertad penal a una persona que fue sobreseída cuando esa solución jamás podría pensarse para las personas adultas sin discapacidad que fueron sobreseídas de la comisión de un delito, ni aun cuando se invocara una supuesta peligrosidad para sí o para terceros. Recordemos que en el fallo “Gramajo” citado, la CSJN *declaró la inconstitucionalidad de las medidas de seguridad por peligrosidad que regulaba el art. 50 del CP*. La imposición de una medida de seguridad a personas adultas peligrosas, cuya discapacidad mental no está en juego, no está admitida por nuestro derecho penal y constitucional y nadie dudaría de su inconstitucionalidad. De allí que pueda concluirse que no son razones preventivas por sí las que justifican la imposición de

---

23 CSJN, “Gramajo s/robo en grado de tentativa”, rta 5/09/2006. *Fallos*: 329:3680.

esta consecuencia jurídico penal, sino razones preventivas estrictamente vinculadas a la discapacidad mental y, en esas condiciones, es evidente que *la medida de seguridad contradice abiertamente los términos de la CDPD, en tanto prohíbe toda restricción de la libertad fundada en la discapacidad (art. 14.2 de la CDPD)*.

Por ello, las medidas de seguridad son hoy duramente cuestionadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en los últimos informes de países<sup>24</sup>, en los que, directamente, se recomienda la eliminación de las medidas de seguridad que involucran restricción de libertad compulsiva en instituciones psiquiátricas, con expresa advertencia y preocupación sobre la indeterminación temporal que las caracteriza y la falta de garantías procesales en el sistema penal que las aplica y regula.

#### **IV.6. Arbitrariedad de la resolución. Falta de tratamiento de argumentos conducentes**

Por último, destacué la arbitrariedad de la resolución cuestionada por cuanto los jueces habían mantenido la medida de seguridad sin ponderar (i) los cuestionamientos introducidos por la defensa en su pedido de sobreseimiento y cese de la medida de seguridad; (ii) que esta medida de seguridad se venía aplicando hacía 6 años ininterrumpidamente, y hacía 11 años si consideráramos el tiempo anterior y, además, de manera indefinida, lo que la transformaba en una medida no sólo lesiva de los principios mencionados, sino además desproporcionada si ponderamos que había superado con creces la pena mínima de la figura básica de homicidio; (iii) que esa medida de seguridad había contribuido en el agravamiento de sus condiciones físicas y mentales, teniendo en cuenta los nume-

rosos informes médicos obrantes en la causa, lo que dejaba en evidencia el cinismo del tribunal al calificar la restricción de libertad como una “medida de seguridad terapéutica”; (iv) la situación integral de Hernán Acosta en tanto persona que requería un tratamiento psicofísico adecuado a la problemática de HIV, hepatitis, cirrosis y sucesivos cuadros infecciosos que sufría, lo que exigía, desde el derecho a la salud, la obligación del Tribunal de ponderar alternativas adecuadas a su estado de salud; (v) los vínculos familiares que se habían mantenido a lo largo de todo su encarcelamiento; su grupo familiar integrado por su madre, su padre y sus dos hijos lo habían acompañado durante todo su tiempo en prisión; (vi) *los informes elaborados, no ya por los médicos tratantes sino por los profesionales del CMF y los peritos de parte*. En esos informes, no se invocaba un estado de peligrosidad que exigiera permanecer bajo el régimen de seguridad de una medida de seguridad penal, sino que en las conclusiones los médicos referían “un deterioro cognitivo y un trastorno de personalidad con interurrencias somáticas severas (nefropatía y neumopatía)” y a ello, agregaban que “*su peligrosidad atenuada por el tratamiento que realiza en condiciones de internación*”, a lo que debe sumarse que en el cuerpo del informe se precisaba que “no se detectan (detectaban) signos y/o síntomas de agresividad en el monto del examen”. En resumen, no se describe una situación de riesgo o peligrosidad cierta e inminente que justificara una medida restrictiva de su libertad, sólo se hablaba de peligrosidad atenuada por el tratamiento que realiza en internación, lo que eventualmente podía motivar un nuevo examen del equipo interdisciplinario de un hospital general o del Hospital Borda para que, en los términos del art. 21 de la LNSM, se evaluara una internación en algunos de esos hospitales y bajo el control de internación de la justicia civil; (vii) *tampoco se pon-*

<sup>24</sup> CRPD/C/Ecuador/CO/1, Ecuador, del 27/10/2014, p. 28, CRPD/C/Bélgica/CO/1, Bélgica del 28/10/14, p. 28.

deraron los lineamientos fijados por la LNSM, que habían sido introducidos en el pedido de cese, los que debían ser evaluados a la hora de ponderar la pertinencia de continuar con la medida de seguridad restrictiva de la libertad por razones de salud mental.

Esta falta de tratamiento de argumentos conducentes hacía de la resolución, una resolución arbitraria. La falta de tratamiento de aspectos conducentes para la evaluación de la medida de seguridad configuraba una afectación al derecho de defensa, en cuanto incluye el derecho de obtener una resolución fundada que aborde los planteos formulados.

Por todo ello, el fallo era inválido a la luz de la jurisprudencia de Fallos: 328:121, en la que el máximo Tribunal de garantías se refiriera a la necesidad de dar respuesta a todas las alegaciones conducentes de la defensa. Esa doctrina está en línea con la jurisprudencia interamericana sobre el deber de motivación y su relación con el derecho a ser oído (art. 8.1 CADH). En efecto, la ausencia de respuesta a lo argumentado por esta parte es la prueba cabal de la falta material de atención a lo argüido.

Al respecto, vale la pena recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia *Tristán Donoso v. Panamá*<sup>25</sup>, reiterando la doctrina sentada en *Apitz Barbera*<sup>26</sup>, sostuvo que:

153. El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos, que puedan afectar derechos humanos, deben estar *debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias*. En este sentido, *la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debi-*

*damente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores*. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso<sup>27</sup>. (sin destacar en el original).

#### IV.7. Petitorio final

En definitiva, solicité que se casara la resolución impugnada en los puntos controvertidos (puntos I y II de la resolución) y se dispusiera el inmediato cese de la medida de seguridad, debiéndose disponer el traslado de Hernán Acosta al Hospital Pirovano, siguiendo las recomendaciones del equipo tratante del equipo Prisma del CPF 1, conforme el último informe que en esa audiencia acompañé, para un adecuada evaluación interdisciplinaria en la que se evaluara la posibilidad de una internación en los términos del art. 20 de la LNSM.

#### V. La resolución dictada por la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en los Criminal y Correccional de la Capital Federal<sup>27</sup>

El 24 de mayo de 2016 la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada en esa oportunidad por los jueces Garrigós de

25 Corte IDH, *Tristán Donoso v. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C N° 193.

26 Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N° 182.

27 La audiencia oral y pública ante la Cámara, donde se desarrollaron los argumentos expuestos, se celebró el día 21 de abril de 2016. La resolución se dictó el día 24 de mayo y se encuentra registrada bajo el número 391/2016.

Rébori, Bruzzone y García, resolvió “I.) CASAR los puntos dispositivos II y III del auto decisorio (...) en cuanto fueron materia de recurso, sin costas (...); II.) ENCOMENDAR al Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 6 que arbitre los medios necesarios para que Hernán Gabriel Acosta sea trasladado al Hospital General de Agudos, Dr. Ignacio Pirovano, en el término de veinticuatro (24) horas, a partir de lo cual cesará la intervención de la justicia penal (ley 26.657) (...)”.

En sus considerandos, la jueza Garrigós de Rébori expresó:

[...] advierto que la controversia es en parte similar en las que me tocó intervenir como jueza de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional<sup>28</sup>.

A mi modo de ver, desde el momento en que adquirió firmeza la decisión mediante la cual se sobreseyó al imputado, cesó la jurisdicción del juez penal y, en consecuencia, en casos como el presente, corresponde dar intervención a la justicia civil, que, además, por razones de especificidad, es la que mejor podrá evaluar y tomar las medidas más eficaces para contribuir a revertir el cuadro de Acosta.

Digo que es en parte similar, pues en este caso la incapacidad del acusado es sobreviniente e irreversible. Véase, que la desvinculación dispuesta lo fue en los términos del inciso 1 del art. 336 del ordenamiento procesal, es decir, porque “...la acción penal se ha extinguido...”.

Sobre este punto, no puedo dejar de atender que el artículo 335 del mencionado ordenamiento expresamente dispone que “el sobreseimiento cierra definitiva e irrevocablemente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta...”.

Entonces, y sin perjuicio de la ausencia de jurisdicción ya apuntada, cualquier medida de seguridad que ahora se pretenda mantener con remisión al artículo 34, inciso 1 del CP, lo es sin cauce legal, por cuanto el supuesto liberatorio no es aquél que comprende esta posibilidad (art. 336, inc. 5, CPPN). Es que la razón que lleva al mencionado a requerir este tipo de asistencia médica, no deriva de un conflicto con la ley penal.

El juez Bruzzone adhirió a la solución propuesta por la jueza Garrigós de Rébori.

El juez García, por su parte, dijo:

[...] La cuestión a decidir es, en rigor, si existe base legal para que el tribunal oral dispusiese mantener la internación de Hernán Gabriel Acosta en una división psiquiátrica del Servicio Penitenciario Federal y la respuesta es negativa.

Toda internación en una institución psiquiátrica cerrada, de la que la persona internada no puede salir por su propia voluntad es una restricción de la libertad física que sólo puede ser dispuesta si existe una ley que la autorice, si ésta persigue una finalidad legítima, si se presenta el supuesto de hecho definido en esa ley, y en la medida estrictamente necesaria exigida por la finalidad legítima perseguida por esa ley. Rigen el caso el art 19 CN, y los artículos 7.1 7.2 CADH y 9.1 PIDCP (...).

En la decisión no se cita ninguna disposición legal que autorice a prolongar la internación de Hernán Gabriel Acosta.

A este respecto destaco que, puesta que se ha seguido una vía sustantiva sobre la persecución penal que no implica declaración de inimputabilidad, la decisión no podría apoyarse en el art. 34, inciso 1, párrafo segundo, CP. Tampoco podría apoyarse en el art. 77 CPPN, sobre cuya base se había

28 CCC causa N° 41.318 (10.745/2010) “Arebalo, Milagros Elizabeth”, Sala V, del 18/5/2001, CCC 24.233/2012, Sala VI, del 12/11/2013.

dispuesto originalmente la internación, porque –sin abrir juicio sobre los límites de esa disposición legal- la internación en un establecimiento presupone la pendencia del proceso. Una vez fenecido éste –en la especie por virtud del sobreseimiento dictado- no podría ya prolongarse la internación dispuesta anteriormente.

La decisión recurrida pone en evidencia una cuestión dilemática: cómo debe tratar el Estado a las personas que padecen enfermedades psíquicas, respetando al mismo tiempo sus derechos fundamentales. No se trata de rechazar a priori cualquier intervención estatal –incluso coactiva- sino de que en todo caso esa intervención debe estar autorizada por una ley del Poder Legislativo, debe perseguir fines legítimos y debe satisfacer estándares de necesidad y proporcionalidad.

(...) El legislador nacional ha tomado una decisión en el marco del ejercicio soberano que le asignan los arts. 19 y 28 CN, y en ese ejercicio ha dictado la Ley Nacional de Salud Mental, por la que ha establecido que el Estado reconoce a las personas con padecimiento mental un conjunto de sustantivo de derechos (art. 7), declarando la preferencia por un proceso de atención que se realice fuera del ámbito de internación hospitalario orientado al reforzamiento, restitución o promoción de los lazos sociales (art. 9). (...).

Ahora bien, habida cuenta de que la Defensora Pública que ha tomado intervención en la audiencia ha solicitado expresamente que el Estado no libere a su surge a Hernán Gabriel Acosta, desentendiéndose de su actual estado de padecimiento psíquico, y de que ha pedido que éste sea examinado por un equipo de salud de un servicio asistencial de la salud pública, entiendo que, sin perjuicio de dejar sin efecto los puntos dispositivos II y III de la resolución (..) y

de hacer cesar la medida de seguridad impuesta, corresponde disponer que sin demora el nombrado sea examinado por un equipo de salud del Hospital General de Agudos Dr. Ignacio Pirovano, como se ha pedido en la audiencia, a fin de que se expida sobre si corresponde proceder según el art. 20 de la ley 26.657.

## VI. Reflexiones finales

Acosta fue trasladado al Hospital Pirovano donde, tras ser evaluado por un equipo interdisciplinario, se estableció que no reunía los criterios de internación por situación de riesgo cierto e inminente que establece la Ley Nacional de Salud Mental. Desde entonces, está en su casa intentando, con muchísimo esfuerzo, rearmar su vida. Vive con su madre y sus hijos, a quienes poco conoce si pensamos que su contacto en los últimos años –y en sus años de crecimiento- estuvo limitado a las visitas en la Unidad Penitenciaria. Obtuvo, gracias a la intervención de la Defensoría General de la Nación, el certificado de discapacidad que le permitirá contar con una obra social para afrontar su tratamiento para su salud mental y su salud física, que resultó severamente deteriorada en los años de encierro; y mientras tanto recibe atención en el Hospital Muñiz y en el Hospital Borda, en la medida de las posibilidades de atención de cada uno de esos hospitales.

Más allá de la decisión final, el caso deja un sabor amargo, si consideramos los años que Acosta debió vivir en una cárcel como consecuencia de una administración de justicia que discrimina y olvida. Desde esa sensación, debemos seguir trabajando sobre el reconocimiento de los derechos fundamentales de todas las personas con discapacidad psicosocial y estar, fundamentalmente, muy atentos a que esa discapacidad psicosocial no se transforme, paradójicamente, en el argumento para una



intervención penal, en contra del mandato del art. 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que impone al Estado argentino el deber de asegurar “que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás: 1. Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona; 2. No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique, en ningún caso, una privación de la libertad”.

### Bibliografía

Caride, Miguel C. 2013. “Medidas de seguridad, derechos de las personas internadas y Ley de Salud Mental”. *Revista Derecho Penal*, 5(2): 155-178. Buenos Aires: Ediciones Infojus.

Castex, Mariano. 2007. *Capacidad para estar en juicio*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.

Cesano, José D. s/f. “Medidas de seguridad respecto de inimputables adultos por incapacidad mental: principios generales y garantías”, en *elDial.com-DC1020*.

De la Fuente, Javier E. 1998. “Medidas de seguridad para inimputables”. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 8. Buenos Aires: Ed. Adhoc.

Ferrajoli, Luigi. 1989. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

Grima Lizandra, V. 2010. “El derecho de defensa del imputado con graves anomalías psíquicas”. *Revista jurídica de la comunidad valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, 34: 67-84.

Hegglin, María Florencia. 2006. *Los enfermos mentales en el derecho penal. Condiciones y falencias del sistema de medidas de seguridad*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto.

Hegglin, María Florencia. 2009. “El caso ‘Ximenes Lopes vs. Brasil’: leading case de la Corte Interamericana en materia de derechos fundamentales de los enfermos mentales privados de libertad”. En: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Análisis de los estándares del sistema interamericano*, 19-42. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa. Disponible en <http://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/005%20Derecho%20Internacional%20Derechos%20Humanos.pdf>

Hegglin, Florencia M. 2013. “La capacidad procesal para estar en juicio, el derecho de defensa y las medidas de seguridad”. *Revista Derecho Penal*, 5: 191-216. Buenos Aires: Ediciones Infojus.

Maier, J. B.J. 1996. *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*. Buenos Aires: Ed. Del puerto.

Martínez, G. 2010. “Un gran avance hacia la protección de los derechos de los incapaces de culpabilidad”. *Revista Jurídica La Ley, Suplemento de Derecho penal y procesal penal*, del 16 de marzo.

Marum, Elizabeth y Enrique Arce. 1997. “Internación psiquiátrica y Derecho penal”. En: *Nueva Doctrina Penal*, Tomo A, 306. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Palacios, A. 2008. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Ed. Cinca.

Plazas F. 2013. “Medidas de seguridad y Ley Nacional de Salud Mental”. En: *Jurisprudencia*

*dencia Penal de la CSJN*, Tomo 14. Buenos Aires: Ed. Hammurabi.

Righi, E. 1993. "Derecho penal de inimputables permanentes". *Revista Mexicana de Justicia*, 1(1): 219-235.

Rosales, P. 2012. "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ONU. Una introducción al marco teórico y jurídico de la discapacidad y los Derechos Humanos". En: *Discapacidad, Justicia y Estado, acceso a la Justicia de personas con discapacidad*, 8-36. Buenos Aires: Infojus.

Zaffaroni, Eugenio R., Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. 2000. *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Ed. Ediar.

Ziffer, Patricia. 2008. *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en el derecho penal*. 239 y sgtes. Buenos Aires, Ed. Hammurabi.

### **Jurisprudencia internacional**

Corte IDH, *Caso Furlan y familiares v. Argentina*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No 246.

Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

Corte IDH, *Caso Tristán Donoso v. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.

Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

### **Documentos de organismos internacionales**

Comité sobre los Derechos de las Personas

con Discapacidad, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina*, aprobadas por el Comité (ONU), 8º período de sesiones, CRPD/C/ARG/CO/1, del 8/10/2012.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Ecuador*, aprobadas por el Comité (ONU), CRPD/C/ECU/CO/1, del 27/10/2014.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Bélgica*, CRPD/C/BEL/CO/1, del 28/10/2014.

### **Jurisprudencia nacional**

Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, "Villalba, Octavio s/ homicidio", Causa 31.068, rta 13/04/2007.

Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala V, Causa N° 39.452 "A.R.G. s/medida de seguridad", rta 16/06/10, voto de los jueces Mirta López González y Pociello Argerich.

Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VI, Causa N° 1799-2012, "CBJ s/medida de seguridad", rta 28/11/12, voto de los jueces Lucini y Filozof.

Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala II, "Incidente de excarcelación en autos Hugo Alberto Mosqueda s/robo", reg. N° 393/2015, rta 02/09/15, voto de los jueces Niño, Días y Mahiques.

Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, "Gómez, Gustavo Daniel s/recurso de casación", rta 13/04/10.



## DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSICOSOCIAL

Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, Causa N° 13.809, “Menéndez, Ariel Roberto s/recurso de casación”, rta 7/12/10, voto de los jueces Madueño y Rodríguez Basavilbaso.

Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, “Brois Montani, Jonathan Christian s/rec. de casación”, reg. N° 18.759, rta 22/06/11, voto de los jueces Yacobucci y Madueño.

Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, “Antuña, Guillermo Javier s/recurso de casación”, voto minoritario de Ledesma, rta 13/09/10.

Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, “Ruiz, Marcelo s/recurso de casación”, reg. N° 14.309.4, rta 20/12/10, votos de los jueces Diez Ojeda y González Palazzo.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “RMJ s/insania”, rta 19/2/2008, Fallos 331:211.

CSJN, “Antuña Guillermo Javier s/ causa n° 12.434”, rta 13/11/2012, Fallos 335:2228.

CSJN, “Gramajo s/robo en grado de tentativa”, rta 5/09/2006, Fallos: 329:3680.

CSJN, “Tufano Ricardo s/internación”, rta 27/12/2005, Fallos 328:4832.

Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 40, Causa “Villalba, Octavio s/homicidio”, rta 19/3/2007.



---

SECCIÓN II

EXPERIENCIAS NACIONALES



# La experiencia de la Unidad de Letrados de Salud Mental: 5 años, 12 mil defensas y la amplificación del derecho a ser oído en las internaciones forzosas\*

**Mariano Laufer Cabrera**

*Coordinador de la Unidad de Letrados art. 22 Ley 26.657 de la Defensoría General de la Nación.*

**Facundo Capurro Robles**

*Defensor Público Coadyuvante de la Unidad de Letrados art. 22 Ley 26.657.*

## I. Introducción

En el presente artículo realizaremos un recorrido sobre la experiencia recabada por la Unidad de Letrados art. 22 Ley 26.657, creada por la Defensora General de la Nación, Stella Maris Martínez, a 5 años de su puesta en funcionamiento.

El objetivo es contar con una herramienta para mensurar el impacto de la creación de esta dependencia, en el goce efectivo de los derechos de las personas con discapacidad psicosocial.

Para ello, esbozaremos un panorama general sobre el rol del Ministerio Público de la Defensa (MPD) respecto de las personas internadas por razones de salud mental, y sobre algunas de las problemáticas detectadas en las instituciones de salud mental.

Luego, a partir de las estadísticas de gestión, relevaremos algunos resultados obtenidos; por último, detallaremos brevemente la intervención de la Unidad respecto de situaciones particulares y/o con grupos en especial situación de vulnerabilidad.

\* Los autores agradecen muy especialmente la colaboración de María Sol Gilges, integrante de la Unidad, cuyo aporte fue sustancial para la edición y actualización de información, estadísticas y gráficos, del presente trabajo.

## II. Ley Nacional N° 26.657: un nuevo paradigma en salud mental

### II.1. Derechos humanos y salud mental

El 25 de noviembre de 2010 fue sancionada la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 (LNSM)<sup>1</sup>. La LNSM consagra derechos humanos de las personas con padecimientos mentales. Con posterioridad, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ratificó los postulados de la LNSM en cuanto al tratamiento jurídico de las situaciones que involucren a personas con padecimientos mentales, en especial las internaciones y las restricciones a la capacidad jurídica.

A partir del cambio normativo, una de las innovaciones más originales de la LNSM es el rol que se asigna al Poder Judicial y al MPD, como actores de contralor de la medida de internación involuntaria.

Desde la sanción de la LNSM, toda persona internada sin su consentimiento por razones de salud mental tiene derecho a contar con un abogado que procure hacer efectivos sus deseos, requerimientos y voluntad.

En efecto, la LNSM establece en su artículo 22 el derecho a contar con un abogado para todas las personas internadas en contra de su voluntad.

Así, son funciones de la defensa: velar por el respeto de los derechos de las personas internadas y ejercer la defensa en la internación, siempre en base a la voluntad expresada por quien está en situación de internación involuntaria<sup>2</sup>.

1 La ley N° 26.657 fue promulgada el 2 de diciembre de 2010 y reglamentada por Decreto N° 603/13, el 28 de mayo de 2013.

2 Las competencias de la defensa técnica quedaron establecidas en un primer momento por el Decreto N° 603/13, reglamentario de la ley N° 26.657. Posteriormente, la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa (27.149), en su artículo 47, delimitó las funcio-

### II.2. Creación de la Unidad de Letrados Art. 22

En agosto de 2011, la DGN dispuso la creación de la Unidad de Letrados Art. 22 Ley N° 26.657 (en adelante la Unidad), con la función de ejercer la defensa de personas (mayores de 18 años de edad) internadas involuntariamente por razones de salud mental, en instituciones públicas y privadas de la Ciudad de Buenos Aires, sin proceso de determinación de su capacidad jurídica<sup>3</sup>.

Con posterioridad, la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa incluyó expresamente la defensa de las personas internadas involuntariamente por razones de salud mental entre las funciones del Ministerio Público (art. 47 ley N° 27.149).

### II.3. Intervención interdisciplinaria

En seguimiento de las reglas 41 y 64 de las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, y a partir de reconocer que el discurso jurídico resulta insuficiente para enfocar las intervenciones en salud mental (LNSM, art. 3), la DGN incluyó en la composición de la Unidad de Letrados un equipo interdisciplinario conformado por psicólogos, psiquiatras y trabajadores sociales (Resolución DGN N° 558/11).

La regla 41 destaca la importancia de los

tades de los integrantes del Ministerio Público que ejercen la defensa prevista en el art. 22 de la ley N° 26.657.

3 Res. DGN N° 558/11 y 841/11. De esta manera, bajo la órbita de los Defensores Públicos Curadores continúan las internaciones existentes con anterioridad a la creación de la Unidad, y aquellas en que la persona se encuentra bajo un proceso de determinación del ejercicio de su capacidad jurídica. Asimismo, mediante Res. DGN N° 1451/11 y 516/12 se creó la Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art. 22 Ley N° 26.657 (para internaciones de personas menores de 18 años de edad).



equipos multidisciplinarios para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia de una persona en condición de vulnerabilidad, y la regla 64 dispone la “asistencia por personal especializado (profesionales en Psicología, Trabajo Social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios)”.

El apoyo de un equipo interdisciplinario como un requisito necesario para una defensa técnica especializada tuvo su consagración normativa definitiva en la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa (art. 47 inc. h), así como en el propio Código Civil y Comercial de la Nación (art. 31, inc. c).

#### II.4. Facultades de la Unidad

Quienes integran la función de defensa del art. 22 de la ley N° 26.657 (letrados y equipo interdisciplinario), de acuerdo con dicha norma, el Decreto N° 603/13, la Ley 27.149 y la Res. DGN N° 1102/12, entre otras, están facultados a:

- Ingresar a los establecimientos públicos o privados en los cuales se realicen internaciones por cuestiones de salud mental, sin necesidad de autorización previa por parte de los efectores de salud ni de ninguna otra autoridad.
- Tomar conocimiento integral de la situación y asumir, de corresponder, la asistencia técnica pertinente; ello, más allá de que el órgano jurisdiccional correspondiente haya tomado intervención en el caso.
- Realizar presentaciones judiciales y/ o extrajudiciales a su sola firma, respetando en todo momento los deseos y las preferencias de la persona internada (cf. art. 12.4 y 13 de la CDPD), pudiendo labrar actas en las cuales conste la voluntad de los usuarios defendidos, de acuerdo a la estrategia de defensa planteada.
- Comunicarse con sus defendidos en cualquier momento, en forma visual,

personal, telefónica o a través de los equipos interdisciplinarios, para mantener entrevistas, en un ámbito de privacidad y confidencialidad que facilite la libre expresión de las personas defendidas.

- Intervenir activamente, en todo momento, en el efectivo control de las condiciones de internación.
- Oponerse a la internación, solicitar externación, requerir mejoras en las condiciones de internación y tratamiento; procurar que las condiciones generales de la internación respeten las garantías mínimas exigidas por la legislación.

### III. El modelo de abordaje de la Unidad de Letrados art. 22 Ley N° 26.657

La Unidad de Letrados art. 22 Ley N° 26.657 tiene como objetivo proveer asistencia jurídica gratuita a las personas internadas en forma involuntaria. A través del contacto rápido y directo con una abogada o abogado defensor, se materializa el derecho de toda persona internada contra su voluntad a ser escuchada y a poder acceder a la justicia (Barcala, Capurro Robles y Laufer Cabrera 2014, 237-244; Barcala y Laufer Cabrera 2015, 79-87)<sup>4</sup>.

#### III.1. Modelo de intervención de la Unidad

La inmediatez en el abordaje es una de las premisas del modelo de intervención de la Unidad. A partir de la LNSM, cada vez que se concreta una internación involuntaria, las instituciones de salud están obligadas a infor-

<sup>4</sup> Se podrá encontrar más información detallada accediendo a la información pública elaborada anualmente por esta Unidad de Letrados, y contenida en los últimos 5 Informes Anuales del Ministerio Público de la Defensa (años 2011 a 2015), los que pueden consultarse en la página web del organismo. Consultados: 24 de junio de 2016. Ver: Informe anual MPD 2011, 91 - 93; 2012, 20 - 26; 2013, p. 23 - 38; 2014, 143 -158; 2015, 157 -168.

mar de inmediato al juzgado y a la Unidad de Letrados de la DGN.

Cuando es notificada de una internación, la Unidad designa a un abogado que en los siguientes días (lo más rápido posible, dentro de los 3 primeros días y no más allá de la primera semana de internación) concurre a la institución a tomar contacto directo con la persona defendida. Ingresa al nosocomio, consulta su historia clínica, releva las condiciones generales de internación, dialoga con el equipo tratante y mantiene una entrevista privada con la persona internada.

En ese primer encuentro, el abogado se presenta, explicita cuáles son las funciones y atribuciones de la defensa técnica y proporciona sus datos de contacto. La narración de la persona internada, su punto de vista, sus necesidades y deseos, son el mandato que intenta hacerse efectivo desde la defensa. Finalmente, se acuerda un nuevo encuentro para los próximos días y, si el letrado lo considera necesario, da intervención al equipo interdisciplinario de la Unidad.

Así, se incorpora al abordaje terapéutico y al expediente judicial la voz activa de la persona con padecimiento psíquico. Si bien esto parece elemental, con anterioridad a la sanción de la ley N° 26.657 y al cambio que produjo en la Defensa Pública, la participación de toda persona capaz en su tratamiento de salud mental se encontraba subsumida –en general– a factores externos, como indicaciones y opiniones del equipo tratante, demandas familiares y disponibilidad de recursos.

### *III.1.1. Resultados de la acción de la Unidad*

De agosto de 2011 a junio de 2016, la Unidad ejerció la defensa de casi 12.000 personas internadas en forma involuntaria en más de 40 instituciones de salud públicas y privadas.

Del total histórico de personas asistidas por la Unidad, a junio de 2016, sólo un 3,5% aproximadamente es asistido por esta dependencia en

la actualidad. El restante 96,5% de las personas con las que intervino la Unidad fueron externadas (dadas de alta o por otros motivos), derivadas a otros dispositivos intermedios, decidieron continuar con el tratamiento de salud mental en forma voluntaria, o continúan siendo asistidos por otra dependencia de la DGN.

### *III.1.2. Casos nuevos*

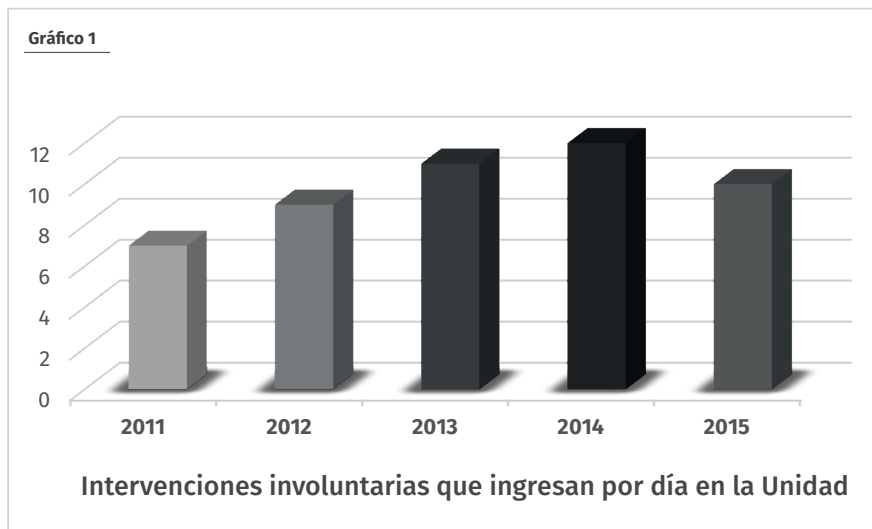
Entre los años 2011 y 2014 ha existido un incremento constante de comunicaciones de internaciones involuntarias que ingresan a la Unidad. En 2011, hubo siete nuevos casos por día; para 2012 llegaba a entre nueve y diez; a 2013 alcanzaron los once; en 2014 la tendencia siguió ascendente hasta un promedio de doce nuevas notificaciones por día. A partir de 2015 y hasta la actualidad, el número de casos ingresados se estabilizó, siendo actualmente 10 el promedio de comunicaciones ingresadas por día.

En definitiva, la Unidad interviene en la defensa de aproximadamente 2.400 personas internadas involuntariamente por motivos de salud mental, cada año. (*ver gráfico 1*)

Por otro lado, a lo largo del funcionamiento de esta Unidad, se ha notado un incremento creciente en la cantidad de instituciones en que los/as abogados/as desarrollan su defensa. Al inicio, se reportaban internaciones de diecinueve efectores de salud; en el período 2011-2012 fueron monitoreadas treinta y cinco, y a 2013, se ejercía la defensa técnica de personas internadas en treinta y nueve instituciones. En 2015 dicho número ascendió a cuarenta instituciones. Estas instituciones son, principalmente, hospitales monovalentes, clínicas y sanatorios privados, geriátricos, comunidades terapéuticas y hospitales generales.

### *III.1.3. Interacción con el equipo tratante*

El contacto directo del abogado con la



persona defendida en la institución no sólo implica oír su palabra, canalizar sus peticiones y deseos con la mayor celeridad y eficacia posible. También, su presencia interpela las prácticas de los servicios de salud mental. Por ese motivo, la búsqueda de un vínculo fluido con los equipos de salud es una pieza central del modelo de intervención de la Unidad.

En la gran mayoría de los casos, la Unidad plantea al equipo tratante las demandas de la persona defendida para que, en lo posible, dé cumplimiento al derecho de toda persona a tomar decisiones respecto de su tratamiento. Al encontrar fundamento jurídico e interlocutor profesional, la voz de la persona internada pasa a ser valorada de otra manera por la institución sanitaria.

Cuando se constatan abordajes que restringen derechos, se realizan actos defensivos en las sedes de las instituciones. Por ejemplo, si la institución pretende aplicar tratamientos alteradores e irreversibles sin el consentimiento de la persona, ante contenciones físicas o la existencia de cuartos de aislamiento, abuso de medicación, prohibición de contactos con familiares y allegados, negación de permisos de salida y si se cons-

tatan la falta de condiciones mínimas de seguridad y habitabilidad en las instalaciones.

En estos casos se hacen saber al efector y al juzgado la voluntad de la persona defendida y su disconformidad con el abordaje empleado, se solicita expliquen el fundamento terapéutico de la medida adoptada y su cese cuando no queda debidamente justificada. Se exige el cumplimiento de los estándares establecidos por el marco normativo vigente. Es habitual para estas acciones solicitar la intervención del equipo interdisciplinario de la Unidad.

Del universo de casos en que interviene el equipo interdisciplinario (un 44% del total de los que ingresan a la Unidad), en aproximadamente el 80% se establece contacto con el equipo tratante, mientras que en el restante 20% esto no sucede, ya sea porque el alta ya está encaminada o por algún obstáculo en el acceso o comunicación con los profesionales de la institución.

En el 40,5% de las situaciones en que intervino, el equipo interdisciplinario de la Unidad propuso mejoras y adecuación del tratamiento hasta entonces seguido por la institución. Además, en el 48,5% de los casos, establece contacto con sus familiares u otras personas significativas

para evaluar la red de apoyo con la que se cuenta para obtener la externación. En los restantes casos, ello no se realiza porque la persona se retira antes de esta intervención, o por expreso pedido de los/as asistidos/as. La mayoría de estas acciones se realizan en procesos de diálogo que, si bien en ocasiones involucran opiniones y miradas diversas, funcionan como instancias de construcción de acuerdos, articulación y colaboración recíproca con los equipos tratantes.

#### *III.1.4. Resultados del abordaje inmediato*

La inmediatez en la intervención de la Unidad se debe a que el abordaje rápido permite lograr:

- Transmisión al defendido/a de los derechos y garantías que goza en el proceso y cómo puede ejercerlos.
- Fiscalización temprana y adecuación de la medicación utilizada.
- Concreción rápida de demandas y peticiones formuladas por la persona.
- Mantenimiento del contacto con el entorno familiar.
- Permisos de visitas, paseos y llamados telefónicos.
- Adopción de un plan de externación para evitar una prolongación innecesaria de la internación.
- Prevención de contenciones físicas, su control y cese inmediato.

La inmediatez como premisa a partir de la cual se aborda el trabajo de la Unidad es posible gracias a que la mayoría de las notificaciones de internación involuntaria recibidas provienen directamente de las clínicas y hospitales; mientras que en un pequeño porcentaje son comunicadas únicamente desde los juzgados.

En el año 2012, aproximadamente el 72% del total de las notificaciones llegaban directamente de los efectores de salud y un 28% exclusivamente de parte de los juzgados. En el período 2013 a 2014, el 86,5% llegaron a

la Unidad directamente desde los servicios y sólo el 12,2% lo hicieron vía judicial; y hay un 1,3 % que llega por otros medios (llamados telefónicos, averiguación directa en las instituciones, etc.). Dicha tendencia se mantuvo, observándose que durante el año 2015 aproximadamente el 88% de las notificaciones llegaron directamente de los efectores de salud, el 10% a través de los juzgados y el 2% por otros medios. (*ver gráfico 2*)

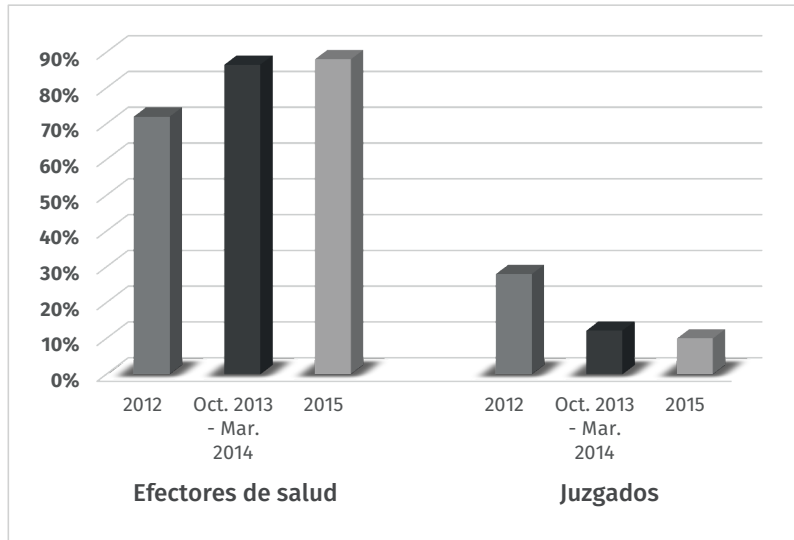
Como ya se señaló, en una gran cantidad de situaciones se genera un debate sobre el tratamiento a seguir y, a partir de lograr incorporar la voz de la persona internada, se modifica el enfoque terapéutico. Sin embargo, como las necesidades de las personas van variando con el tiempo, es necesario un contacto directo y continuo.

Un dato que ilustra este abordaje es el promedio de contactos con personas defendidas que se realizan cada semana: en total, entre abogados/as y equipo interdisciplinario se entrevista personalmente a más del 65% del total de asistidos semanales por la Unidad. Al 35% restante su abogado/a los contacta personalmente, como máximo, en los 15 días subsiguientes a la última entrevista, aun cuando no demanden gestiones puntuales.

En las visitas a las instituciones se realizan entrevistas con las personas internadas y el equipo tratante, y el relevamiento de la historia clínica. Además de esto, en el 59% de los casos es necesario hacer peticiones concretas ante los equipos tratantes o personal de la institución vinculadas al tratamiento y que son solicitadas por las personas defendidas en el momento. De este porcentaje, el 43% son pedidos directos relacionados con lograr una pronta externación de la persona y su inclusión en dispositivos ambulatorios. El 57% restante consisten en peticiones relacionadas a mejoras o cambios en las condiciones de internación<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Para la elaboración de estas estadísticas se tomaron

Gráfico 2



### III.2. Efectores públicos y privados: diferentes necesidades y estrategias

Desde su puesta en funcionamiento, la Unidad intervino en más de cuarenta efectores de salud. Del total de intervenciones, aproximadamente un 55,5% fueron en efectores privados, mientras que un 44,5% en públicos.

#### III.2.1. Instituciones públicas

Los tres hospitales monovalentes para adultos de la CABA (Hospital Borda, Hospital Moyano, Hospital Alvear) concentran aproximadamente el 90% de las camas de internación públicas para salud mental, sin perjuicio de que es en los hospitales generales donde -según la normativa vigente- deberían desarrollarse en forma primordial las internaciones en salud mental. A septiembre de 2015, menos del 10% del total de las personas internadas contra su voluntad en instituciones públicas, estaba en hospitales generales<sup>6</sup>.

como referencia datos extraídos del año 2015.

6 Algunas de las instituciones públicas generales en las

En los efectores públicos, la actuación se enfoca en las múltiples vulnerabilidades que atraviesan las personas internadas en estas instituciones.

Se trata de una población que muchas veces no cuenta con ingresos económicos ni obra social, en ocasiones con estudios incompletos, que viven en barrios humildes o viviendas precarias, en algunos casos en situación de calle o en paradores, hoteles y pensiones, con una larga historia de privación económica y pérdida de redes familiares u otros vínculos de sostén afectivo.

La LNSM prohíbe la permanencia en instituciones por motivos sociales y exige al equipo tratante un rol activo en la búsqueda de un dispositivo que pueda brindar un marco adecuado de contención en el momento del alta. Esto se dificulta cuando se depende exclusivamente de los recursos socio-sanitarios públicos, pues resulta escasa la oferta de tratamientos ambu-

que interviene la Unidad son: hospitales Álvarez, Argerich, de Clínicas, Fernández, Durand, Penna, Piñero, Pirovano, Ramos Mejía, Rivadavia, Santojanni, CENARES y Hospital Tornú.

latorios y se requieren sistemas de apoyo comunitarios alternativos a la internación, que no fueron creados hasta ahora.

Si se tiene en cuenta que, de la asignación de presupuesto destinado a salud mental en CABA, el 77% está destinado al funcionamiento de los hospitales monovalentes (ACIJ 2015, 25), se visualiza una de las causas de la carencia de recursos de salud mental con base comunitaria.

Desde la Unidad, se intentan obtener vacantes en los pocos programas de externación que existen: Programa de Externación Asistida para la Integración Social (PREASIS)<sup>7</sup>, Atención Domiciliaria Psiquiátrica-psicológica-social y Psiquiátrica-psicológica-social Infantil en situaciones de crisis (AdoP-AdoPi)<sup>8</sup>, acompañantes terapéuticos y vacantes en los hogares de la Coordinación de Discapacidad de la Dirección General de Emergencia Inmediata y de la Dirección de Tercera Edad de la ciudad.

Para generar condiciones de apoyo a la externación, se gestionan –con el acuerdo de la persona internada– subsidios habitacionales, pensiones, beneficios sociales, certificados de discapacidad y la afiliación a PAMI o a Incluir Salud (ex PROFE), el programa de cobertura médico-asistencial del Ministerio de Salud de la Nación para personas con discapacidad.

### III.2.2. Instituciones privadas

Las personas que cuentan con obra social, servicio de medicina prepaga, PAMI o son beneficiarias del programa Incluir Salud (ex

7 Ver: [www.buenosaires.gob.ar/bweb/search?keys=salida&q=bweb/search&facet\\_area=desarrollo\\_social](http://www.buenosaires.gob.ar/bweb/search?keys=salida&q=bweb/search&facet_area=desarrollo_social)  
Consultado: 24 de junio de 2016.

8 AdoP- AdoPi es un programa para dar respuesta a pacientes y sus grupos familiares en situación de crisis, que por su complejidad requieren temporalmente una atención domiciliaria intensiva en salud mental. Ver: [www.buenosaires.gob.ar/areas/salud/s\\_mental/programas/adop.php](http://www.buenosaires.gob.ar/areas/salud/s_mental/programas/adop.php). Consultado: 24 de junio de 2016.

Profe) suelen estar internadas en clínicas privadas de salud mental, sanatorios, comunidades terapéuticas y gerontopsiquiátricos.

### III.3. Resultados extrajudiciales y actuación judicial

Las intervenciones de la Unidad intentan resolver las cuestiones suscitadas en el marco de una internación involuntaria, a través de procesos de diálogo con los equipos tratantes, las familias de los/as usuarios/as y con actos defensivos en las sedes de las instituciones.

En los años 2012 y 2013, en solo el 3% aproximadamente de los casos ingresados en cada período, se llegó a la instancia de solicitar la externación por vía judicial. En 2014 dicho porcentaje se redujo a menos del 1% (21 casos), llegando en 2015 a una cifra cercana al 0,5% (12 casos)<sup>9</sup>.

La disminución es un indicador positivo para la Unidad, ya que el diálogo y cooperación con los equipos tratantes resulta un camino más efectivo para lograr cambios en las prácticas institucionales hacia el modelo establecido por la LNSM; por eso, solo cuando se consideran agotadas estas instancias y siempre como último recurso, se interponen recursos judiciales directos de externación.

#### III.3.1. La labor judicial

La Unidad interviene cotidianamente ante los 24 Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Civil con competencia en asuntos de familia, así como ante la Cámara Civil.

Tras el contacto directo con las personas defendidas, y para aquellos casos en los que las gestiones en la institución de salud no

9 Estos porcentajes se miden en función de los casos ingresados durante el período de referencia.



puedan brindar una solución, el cuerpo de abogados se aboca a la canalización de las demandas por vía judicial. Habida cuenta de que los tiempos judiciales siempre serán más laxos que la inmediatez del equipo tratante, se maneja esta opción cuando las posibilidades de acuerdo con estos últimos hayan sido infructuosas o bien, cuando la comunicación se hubiera visto impedida por distintos motivos.

Desde el inicio del funcionamiento de la Unidad en agosto de 2011 y hasta diciembre de 2015, la cifra total de peticiones judiciales de externación representa menos del 2% del total de los casos.

Esto quiere decir que en casi el total de los casos (98% aproximadamente), las peticiones de tratamientos menos restrictivos se hace de modo extrajudicial.

De los casos en que se solicitó judicialmente la externación, el 42% se resolvió en el marco de la tramitación del expediente o por orden judicial. A su vez, en el 57,3 % la misma se resolvió favorablemente por otras vías (por ej. por acuerdo con los equipos tratantes, familiares, entidades responsables de brindar cobertura). Sólo en un caso se rechazó el pedido judicial de externación (0,7%)<sup>10</sup>.

Las presentaciones realizadas en el fuero civil demuestran algunas singularidades, en tanto se trata de personas que se encuentran privadas de su libertad debido a la realización de un tratamiento de salud, sumado a que el marco jurídico es muy reciente e impone un nuevo paradigma, con las tensiones, conflictos y desencuentros que conlleva toda adaptación de viejas a nuevas prácticas.

Estas circunstancias hacen que las presentaciones de la Unidad de Letrados requieran un desarrollo dinámico y abierto por parte de los operadores judiciales. La nueva concepción de autonomía y voluntad

de las personas internadas difiere de la estructura tutelar imperante en los antiguos procesos judiciales cuyo objeto procesal era la “protección” de la persona.

A esto se suma que los planteos que se realizan demandan ser resueltos en tiempos breves, dado que puede variar la situación fáctica y tornar abstracta la intervención judicial. Esto requiere incorporar una nueva lógica de celeridad e inmediatez y oficiosidad en el fuero de familia, lo cual ha sido ratificado por el nuevo Código Civil.

A partir de los deseos y necesidades de la persona y siempre con su autorización expresa, la defensa lleva adelante planteos judiciales que tienden, entre otros, a lidiar con las siguientes situaciones:

- La provisión de dispositivos y recursos necesarios para hacer efectivo el derecho a la atención en el marco comunitario.
- Lograr el traslado desde un lugar de internación a otro en donde se cuenta con mayor apoyo y contención.
- Evitar traslados a otros dispositivos de internación por la oposición expresa de los usuarios.
- Realizar el control directo por parte de la persona defendida y su abogado/a sobre las condiciones de internación.
- Evitar tratamientos alteradores o irreversibles que no cuentan con la expresa conformidad de la persona.
- Lograr el cese de medidas restrictivas que pueden lesionar derechos fundamentales.
- Garantizar un tratamiento activo y que contemple las singularidades y subjetividad de la persona.
- Contar con intervenciones profesionales periódicas y constantes.
- Estos planteos se realizan una vez que se agotó la instancia extrajudicial y, como ya se señaló, la mayoría de las veces con respuesta judicial favorable.

<sup>10</sup> Por razones de edición se realiza el corte en noviembre de 2015.



### *III.3.2. Estrategias judiciales novedosas*

En ocasiones, cuando la persona manifiesta su clara voluntad de impulsar su externación y no obtiene respuesta por parte de los equipos tratantes, se solicita al juez que tome una decisión. Para estos casos se presentan informes interdisciplinarios que avalan tal postura y sugieren la continuidad del tratamiento bajo otra modalidad. Estos planteos suelen acompañarse de un acta labrada y firmada junto a la persona defendida, donde constan expresamente su deseo y su voluntad.

Los juzgados suelen receptar dichos planteos en forma favorable y proceden a otorgar la externación y/o la inclusión de la persona en un dispositivo de tipo ambulatorio. Según el caso, se requieren primero informes al equipo tratante o solicitan informes adicionales a otros organismos; citan a audiencias previas, o se ordena la realización de planes terapéuticos de externación, en plazos rápidos y razonables.

## **IV. Acciones colectivas desplegadas por la Unidad en resguardo de los derechos**

### **IV.1. La actuación de la Policía Metropolitana en el Hospital Borda**

El accionar de la Policía Metropolitana en el Hospital Borda el día 26 de abril del 2013 generó una situación de extrema conmoción en el monovalente, que afectó la integridad psicofísica de las personas internadas.

El mismo día de los hechos, desde la Unidad se presentó una acción de habeas corpus colectivo, correctivo y preventivo, con la finalidad de que se pusiera fin al accionar de la Policía Metropolitana, que ocasionaba una grave afectación a la integridad psicofísica de todas las personas allí internadas y, por tanto, un agravamiento de las condiciones de su privación de la libertad.

Como consecuencia de ello, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional ordenó a la jueza de grado intimar al Gobierno de la CABA a adoptar “las medidas necesarias a fin de salvaguardar la integridad psicofísica y la seguridad de las personas internadas involuntariamente en el Hospital Borda”; y a “evitar reiterar por parte de la Policía Metropolitana un accionar similar al acontecido el 26 de abril”.

### **IV.2. Acciones para promover el ejercicio de derechos políticos**

Desde el año 2013, desde la Unidad se impulsaron diversas acciones piloto con el objetivo de visibilizar la importancia del derecho al voto por parte de las personas internadas involuntariamente, y lograr que la mayor cantidad posible pudiera efectivamente ejercer su derecho ante el acto eleccionario. Anteriormente, la Unidad había participado de la “Campaña piloto por el derecho al voto de los usuarios de los servicios de salud mental”, iniciativa de la cual participaron diversos organismos estatales, organizaciones de la sociedad civil y de usuarios y familiares, lo que resultó un avance al poner en el debate público la centralidad de este derecho.

Se pretende así asegurar que las personas internadas puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública, y hacer valer su condición de sujetos de derecho en el proceso de toma de decisiones. A su vez, el efectivo ejercicio de este derecho, del cual históricamente estuvieron excluidas las personas con padecimientos mentales, puede contribuir enormemente a promover mayor autonomía y participación de este grupo de personas en otras esferas del debate público.

Las acciones desplegadas por la Unidad se desarrollaron en las elecciones legislativas P.A.S.O. realizadas el 11 de agosto de 2013; y en las elecciones legislativas generales llevadas adelante el 27 de octubre del mismo año.

Ello se debe a que los nuevos cambios normativos habilitaron a ejercer el derecho al sufragio activo a las personas internadas a causa de un padecimiento mental, siempre que este derecho no haya sido restringido expresamente vía sentencia judicial<sup>11</sup>.

En concordancia con dicha normativa, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad señaló en sus Observaciones Finales sobre Argentina del año 2012:

[...] su reconocimiento al Estado parte por la derogación de las disposiciones del Código Electoral que impedían ejercer el derecho al voto a “sordomudos que no sepan hacerse entender por escrito” y a personas con discapacidad psicosocial e intelectual que “se encuentren recluidos en establecimientos públicos”.

Sin embargo, el Comité manifestó su preocupación por “la falta de medidas adecuadas para garantizar la accesibilidad electoral a las personas con discapacidad que se encuentran institucionalizadas para que puedan salir a votar” y recomendó al Estado que:

[...] Continúe sus esfuerzos para garantizar el acceso a las urnas electorales de las personas con discapacidad institucionalizadas mediante, por ejemplo, el diseño e implementación de un plan nacional para garan-

tizar el ejercicio del derecho a la participación política (CRPD/C/ARG/Q/1/Add.1, párr. 249) u otras soluciones alternativas [CDPD 2012, párr. 47 y 48].

Las acciones emprendidas por la Unidad respecto de este tema, incluyeron:

- Solicitudes de información a las instituciones de salud mental: se solicitó a los centros de salud en donde se alojan los asistidos de la Unidad información sobre las acciones emprendidas para garantizar este derecho. Dichas solicitudes tuvieron respuesta dispar, ya que algunas instituciones privadas refirieron que no es su tarea “arbitrar operativos o servicios asistenciales a los fines electorales” y otras aseveraron que informarían a los usuarios sobre esta posibilidad. Otras comunicaron la realización de acciones positivas (revisar documentación y estado de empadronamiento, brindar información sobre el proceso, contacto con los familiares y apoyos).
- Peticiones ante los Juzgados a cargo del control de internación: la Unidad realizó peticiones judiciales a los 24 Juzgados Nacionales en lo Civil de Familia. Antes de las P.A.S.O. se realizaron 323 peticiones, lo que representa más del 90% de los casos activos con los que se contaba los días previos a las elecciones. Por otro lado, previamente a las elecciones llevadas a cabo el 27 de octubre de 2013, la Unidad realizó 295 presentaciones judiciales, es decir por casi el 80% de sus defendidos en ese momento. La mayoría de los juzgados acogieron favorablemente la petición, pero muchos omitieron imprimir la celeridad que el trámite requería.

Con la experiencia de las elecciones P.A.S.O., se llevaron adelante reuniones con autoridades de la CABA a fin de explorar acuerdos institucionales que permitan sortear

11 En este sentido, el plexo normativo conformado por el art. 3 del Código Nacional Electoral (modificado por ley N° 26.571); art. 37 de la Constitución Nacional, arts. 3 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); arts. 1, 2, 3 incs. a), b), c), d), e) y f), 4 incs. a), b), c) y d), 5, 9, 12, 19, 29 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD); artículos, 5, 7 incs. i), j), l), n) de la ley N° 26.657 (LNSM) y Dto. PEN N° 603/13, habilitó a ejercer el derecho al sufragio activo a todas aquellas personas que se encuentran alojadas en centros de internación a causa de un padecimiento mental, siempre que el mismo no haya sido restringido expresamente mediante sentencia judicial.

los obstáculos que impidieron a muchos asistidos de esta Unidad ejercer en forma efectiva su derecho al voto, en particular, la falta de acompañamiento y medios de traslado en el momento del acto eleccionario.

Como producto de esta articulación, la Defensoría del Pueblo de la CABA creó el Programa “Yo quiero votar”<sup>12</sup> mediante el cual, en un trabajo en red entre la Unidad de Letrados, el Programa de Observación Electoral y el Observatorio de Derechos Políticos y Electorales (ambos de la Defensoría del Pueblo de la CABA), se brindó acompañamiento a varios asistidos de la Unidad que expresaron su deseo de votar y no contaban con red socio-familiar de apoyo para concurrir a las elecciones generales. Mediante dicho programa, se dispusieron móviles de la Defensoría de CABA que concurrieron a los hospitales Borda, Moyano y Alvear, y garantizaron su traslado hasta la mesa de votación. A su vez, desde la Unidad de Letrados se brindó acompañamiento y asesoramiento jurídico a los asistidos el día de la votación.

De la información que pudo recabarse luego de las elecciones P.A.S.O., el 13% de los defendidos de la Unidad concurrió a votar, mientras que, en las elecciones legislativas generales, aproximadamente un 18% de los asistidos de la Unidad concurrió efectivamente a la votación. Según la información que pudo relevarse, aproximadamente otro 13% de las personas internadas en instituciones de salud mental de la CABA, que fueron asistidas por la dependencia, podrían haber ejercido este derecho, pero no lo hicieron por carecer de los apoyos estatales y sociales adecuados (DGN 2014, 127-139).

En articulación con actores estatales y de la sociedad civil, la DGN elaboró en el año 2014

el “Manual de Buenas Prácticas en el acceso a la justicia para garantizar el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial” en el cual se efectúan diversas recomendaciones para superar dichos obstáculos.

En las elecciones presidenciales generales del año 2015, la Unidad volvió a llevar adelante acciones. Así se realizó un taller destinado a personas internadas en el Hospital Borda, con la finalidad de brindar información acerca de los derechos que les asisten vinculados con la participación política, al que concurrieron 50 usuarios. Toda la jornada fue transmitida en directo por Radio La Colifata. Además, en el Hospital Moyano, la Unidad participó de otra jornada de capacitación de la que participaron 30 mujeres internadas, quienes realizaron el simulacro del ejercicio del voto y fueron informadas sobre sus lugares de votación. El taller se realizó en conjunto con el Servicio Social del establecimiento y, finalmente, se logró concretar que veinte de las defendidas por la Unidad contarán con la posibilidad de salir a ejercer su derecho al sufragio. Siete de esas mujeres, que requerían asistencia para el traslado a los centros de votación y no contaban con referentes familiares, fueron acompañadas por integrantes de la Unidad de Letrados con el soporte logístico provisto por el Consejo Nacional de las Mujeres, quienes proveyeron los móviles, las conductoras y la especificidad de una acción enmarcada en los objetivos de ese organismo: contribuir con la superación de las diversas formas de discriminación hacia las mujeres y promover las condiciones sociales que les garanticen el ejercicio pleno de sus derechos.

Las acciones mencionadas resultaron de vital importancia para pensar en reforzarlas de cara a los próximos actos eleccionarios, pero fundamentalmente a fin de dar visibilidad a los obstáculos con que se encuentra este grupo de personas en especial situación de vulnerabilidad, al momento de ejercer su derecho al sufragio.

12 El programa fue creado por Disposición N° 102/13 de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, el 23/10/13.

## V. Intervenciones con grupos en especial situación de vulnerabilidad

Las personas internadas en forma involuntaria por motivos de salud mental suelen encontrarse no sólo afectadas por un padecimiento psíquico sino que, en muchas ocasiones, se ven atravesadas por múltiples dificultades en sus vidas que confluyen y complejizan cada internación.

Dada esta multiplicidad de dimensiones, la Unidad de Letrados coordina acciones con diferentes programas y comisiones de la DGN y de otros organismos del Estado para brindar una prestación integral del servicio de Defensa Pública.

En especial, en este apartado se da cuenta de las intervenciones que se realizan ante ciertas vulneraciones de derechos que afectan específicamente a tres poblaciones (mujeres, migrantes y adultos mayores).

### V.1. Violencias contra las mujeres

La violencia de género es una de las vulneraciones de derechos humanos que afectan a la salud y que motivan la internación de mujeres en instituciones de salud mental. Pueden reconocerse cinco situaciones recurrentes:

- Tentativas de suicidio, a partir de discusiones o separaciones con parejas que ejercen violencia física, psicológica y/o patrimonial; en contrapartida, casi ninguna de estas parejas, con mayor poder y ejercicio de violencia dentro del vínculo, realiza tratamiento psicoterapéutico.
- Internaciones en las que no se verifica una situación de riesgo cierto e inminente, sino marcadas posiciones de vulnerabilidad respecto del núcleo familiar.
- Fuerte dependencia afectiva, psíquica y económica del agresor, al que no están dispuestas a denunciar y que aparece

como única referencia familiar para una estrategia de externación.

- Mujeres que son madres y atraviesan problemas sociales graves, profundizados por intervenciones desde distintas dependencias públicas orientadas a desvincularlas de sus hijos e hijas contra su voluntad, bajo la evaluación de que no reúnen las condiciones necesarias para continuar a cargo de su cuidado.
- Desvinculación de la mujer de sus hijos e hijas como consecuencia de su estado de salud mental, y determinación del estado de preadoptabilidad de las niñas y niños sin haber escuchado a la madre sobre sus deseos, decisiones y posibilidades de construir y sostener una familia.

Ante estas situaciones, la Unidad de Letrados asesora a las mujeres defendidas sobre sus derechos en juego, a qué fueros acudir y ante qué organismos gubernamentales y no gubernamentales realizar consultas, denuncias o peticionar patrocinio jurídico gratuito. En forma simultánea, se trabaja de manera articulada con los efectores de salud acerca de cómo vehicular las denuncias de la manera adecuada, y se analizan y definen otras intervenciones posibles.

Además, se proporcionan los medios para requerir el asesoramiento y/o la intervención de la Comisión sobre temáticas de Género de la DGN, de la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) de la CSJN, y de la Brigada Móvil de Atención a Víctimas de Violencia Familiar del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

#### *V.1.1. Prohibición de acercamiento y otras medidas*

En algunos casos, el cuadro agudo que desencadena la internación por salud mental tiene relación directa con una situación de violencia de género, sea por parte de la pa-

reja, padre, padrastro u otro familiar varón. En estos casos, la defensa canaliza medidas de protección como la prohibición de acercamiento, u otras posibles, en la causa judicial sobre control de internación, pues resulta indispensable para coadyuvar con el plan de externación, evitar el contacto con su agresor en la internación y en el momento del alta.

## V.2. Atención a migrantes

Alrededor del 5% del total de personas internadas por salud mental en contra de su voluntad, que son defendidas por la Unidad y que se encuentran en hospitales públicos de la CABA, son extranjeras.

La condición de migrante, en especial cuando la documentación de estadía en la Argentina no está aún terminada, se configura en un obstáculo para la obtención de apoyos socio-económicos necesarios en las estrategias de externación e inclusión social. La falta de documentación (pasaporte, DNI y radicación en el país), la situación de permanencia irregular, la necesidad de trabajar en condiciones informales y la carencia de vínculos en Argentina contribuyen a agravar la vulnerabilidad psicosocial de una persona. En especial, en aquellos casos en que los años de residencia en el país no son suficientes para acceder al cobro de una pensión no contributiva, que pueda ayudar a la subsistencia diaria.

En estos casos, la intervención de la Unidad incluye solicitudes para la obtención de pasaportes, salvoconductos, certificados de nacionalidad y gestión de pasajes ante el consulado o embajada respectiva. O bien, trámites en la Dirección Nacional de Migraciones para la habilitación de salidas del país o radicaciones, según el caso.

### V.2.1. Convenios y estrategias

Con el objetivo de facilitar gestiones de

documentación, en el marco del Convenio de Cooperación y Asistencia Técnica celebrado entre la Defensoría del Pueblo de la CABA y la DGN, se suscribió un “Convenio Específico” (Res. DGN N° 422/13). Fruto de esta articulación, se iniciaron las gestiones para la regularización migratoria de defendidas y defendidos de la Unidad.

El cumplimiento del Convenio fue evaluado como altamente satisfactorio por el Defensor del Pueblo de CABA, quien consideró que ese acuerdo “se ha configurado en un puente de acceso al ejercicio de derechos por parte de la población migrante que se encuentra atravesando una internación involuntaria” (DGN 2015, 160).

### V.2.2. Externación

Un ejemplo del despliegue de estrategias respecto de este grupo es el realizado cuando se informa a la Unidad de la internación involuntaria de una persona migrante que residía hace años en el país, pero no poseía vínculos sólidos con sus familiares y carecía de cualquier otra red de apoyo. En articulación con la Defensoría del Pueblo de la CABA, la Unidad de Letrados avanzó en construir una estrategia de externación para esa usuaria, que se comunicaba únicamente en su lengua de origen.

En primer lugar, a través de la Secretaría General de Política Institucional de la DGN se logró contratar un traductor para las entrevistas. En segundo lugar, se realizaron diversas solicitudes –tanto judiciales como extrajudiciales– para lograr ubicar a su familia y comprometerla en el proceso de externación, lo que llevó a que abonen una cuota alimentaria similar al monto de una pensión asistencial. En tercer lugar, en acuerdo con el equipo tratante, se gestionó la admisión de la usuaria en un dispositivo intermedio –el Programa de Externación Asistida (PREASIS) de la CABA–

que facilitara su inclusión comunitaria. Finalmente, la usuaria fue externada.

Asimismo, la Unidad intervino en la situación de una persona de nacionalidad china que se encontraba internada en un hospital monovalente, sin referentes vinculados fuertes en Argentina. De hecho, la usuaria no hablaba castellano, por lo que la primera gestión de la defensa fue conseguir un traductor del Ministerio Público que permitiera canalizar su voluntad. En este caso, el arduo y continuado trabajo articulado de la letrada, el equipo interdisciplinario de la Unidad y los equipos tratantes del Hospital, permitieron reconstituir sus vínculos familiares en China, regularizar su situación migratoria en el país y lograr que finalmente la usuaria pudiera ser externada a su país de origen (Rodríguez 2015).

### V.3. Adultos mayores

En varias ocasiones, cuando la persona internada en forma involuntaria por salud mental tiene más de 60 años y no cuenta con una familia que pueda cuidarla, el alta suele concluir con un traslado a dispositivos geriátricos o gerontopsiquiátricos, si la persona no es considerada “autoválida”.

En estos casos, las derivaciones pueden ser a instituciones geriátricas residenciales con una función predominantemente social-asistencial o a geriátricos que, además, proveen a los residentes de un control psiquiátrico periódico.

En muchas de estas situaciones, se constata que en la internación psiquiátrica inicial no se recaba la voluntad de la persona para ser trasladada o no a un establecimiento destinado a la tercera edad. Una vez realizado el traslado, se ha observado como un patrón repetido que en las residencias tampoco se recaba la voluntad de la persona para permanecer allí, sino que se consulta a sus fami-

liares o allegados, a pesar de lo previsto en la ley 661 de la CABA<sup>13</sup>.

En estos casos, la intervención de la Unidad continúa hasta recabar los extremos delimitados en la Res. DGN N° 1408/12, que establece que “deberá determinarse, en el caso concreto, si la internación corresponde a la realización de un tratamiento psiquiátrico y si fue dispuesta con su consentimiento”.

Las situaciones que determinan el traslado de un adulto mayor a una institución geriátrica, de acuerdo a lo relevado por la Unidad, pueden ser diversas, y en función de ello se orienta la actuación:

- Persona con vivienda: en estos casos la labor de la Unidad está orientada a asesorar a las personas y familiares para la gestión de los recursos pertinentes (mediante cuidadores domiciliarios, asistentes personales, enfermeros, etc.) a fin de que los cuidados no la priven de su derecho a vivir en su domicilio. Eventualmente se realiza el reclamo judicial al servicio responsable de la cobertura.
- Persona sin familia continente ni vivienda: la intervención está orientada –siempre respetando la voluntad y preferencias de la persona– a la gestión de estos recursos necesarios mediante solicitudes judiciales o extrajudiciales a su cobertura u otros organismos del Estado, para hacer efectiva su voluntad de vivir en su comunidad o, en su defecto, vivir en un dispositivo menos restrictivo que le permita mayores libertades de circulación o de contacto con terceros.
- Peticiones de menores restricciones en su internación: A raíz de la voluntad mani-

13 El art. 2 inc. 11 de la ley N° 661 establece el derecho de las personas allí alojadas a “ingresar a cualquiera de los establecimientos con el consentimiento del residente o familiar o responsable a cargo. En estos últimos casos, sólo si el residente no pudiera dar su consentimiento producto de alguna discapacidad mental, según indicación médica”.



festada por la persona, la intervención de la Unidad se prolonga hasta lograr cambiar sus condiciones de alojamiento, generalmente con un cambio en el tipo de institución. Pasar de un gerontopsiquiátrico a un geriátrico reduce las restricciones en las salidas y en las comunicaciones.

- Persona con necesidad de apoyos: la intervención de la Unidad apunta a paliar la ausencia de vínculos, lazos familiares y sociales continentes que, sumados a la situación socioeconómica de la persona y, a veces, la falta de auto-valimiento, hacen necesaria la presencia de apoyos adecuados para lograr efectivizar los derechos de las personas allí alojadas.
- Peticiones por el derecho a la salud: En muchos otros casos, cuando la intervención de la Unidad persiste hasta constatar el carácter de la estadía de la persona alojada, muchas gestiones de esta dependencia están dirigidas a las entidades que brindan cobertura (obras sociales, prepagas o Estado), para otorgar una determinada prestación relacionada con el cuadro de salud físico de la persona (interconsultas, medicamentos o insumos).

La intervención de la Unidad también resulta importante en aquellos casos de adultos mayores que no cuentan con familiares o referentes afectivos que los visiten y, de algún modo, visualicen las condiciones de alojamiento de la residencia.

A su vez, en los casos en que la Unidad –conforme las pautas delineadas en la Res. DGN N° 1408/12– cesa su intervención, dado que ello no implica prescindir de los controles administrativos, se solicita al juzgado interviniente en el control de internación que ponga en conocimiento la situación del usuario a las áreas vinculadas a adultos mayores de los poderes ejecutivos respectivos, de las defensorías del pueblo y secretarías de derechos humanos.

## VI. Conclusiones

A 5 años de la puesta en funcionamiento de esta área del Ministerio Público de la Defensa, el camino recorrido permite afirmar que la intervención de un defensor público gratuito se ha consolidado como un actor necesario en los procesos de internaciones involuntarias. Este hecho acarrea de por sí una mayor protección de los derechos de las personas con padecimientos mentales, en especial el acceso a la justicia y el debido proceso legal.

La modalidad de intervención de esta Unidad, priorizando la inmediatez y la celeridad en el abordaje, y acortando la distancia tradicional entre los operadores judiciales y los equipos de salud, ha generado un proceso dinámico de colaboración, que posibilita cambios concretos en favor de una mayor participación de las personas en sus tratamientos, y que permite evitar su cronificación.

La disminución de la judicialización en las peticiones y el progresivo aumento de las resoluciones extrajudiciales en dichos procesos, también es un indicador de este proceso dinámico.

No obstante estos avances, las estadísticas también indican que la internación coactiva continúa actualmente siendo un recurso utilizado en forma extendida. En este sentido, la intervención de la Unidad ha logrado visibilizar algunas problemáticas, como la escasez de dispositivos comunitarios que posibilitan la externación o la persistencia de prácticas restrictivas de derechos que aún no se han revisado a la luz de los nuevos paradigmas legales y sanitarios.

Así como la creación y puesta en funcionamiento de la Unidad de Letrados ha resultado una medida fundamental para revertir la negación del acceso a la justicia que este grupo de personas ha padecido históricamente, es imperioso que los diferentes poderes públicos avancen en forma coordinada en la im-



plementación de acciones tendientes a superar las deudas que aún persisten para lograr la vigencia plena de un modelo de salud mental comunitaria respetuoso de los derechos humanos, de modo de acortar así la brecha entre la realidad y los postulados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, del Código Civil y Comercial de la Nación y de la Ley Nacional de Salud Mental.

### Bibliografía

Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ). 2015. "Políticas de salud mental con enfoque de derechos. Transparencia y análisis presupuestario. El caso de la Ciudad de Buenos Aires". Consultado: 24 de junio de 2016. <http://acij.org.ar/informe-transparencia-y-analisis-presupuestario-de-las-politicas-de-salud-mental-con-enfoque-de-derechos-by-asociacion-civil-por-la-igualdad-y-la-justicia/>.

Barcala, Alejandra; Facundo Capurro Roles y Mariano Laufer Cabrera. 2014. "Unidad de Letrados Artículo 22, Ley 26.657, Defensoría General de la Nación". En: *Prácticas Inclusivas en Salud Mental y Adicciones con enfoque de Derechos Humanos*, 237-244, Buenos Aires: INADI.

Barcala, Alejandra y Mariano Laufer Cabrera. 2015. "La Ley Nacional de Salud Mental y su enfoque de derechos humanos: la interdisciplina y el nuevo rol de la defensa pública". En: *Determinantes de la Salud Mental en Ciencias Sociales. Actores, conceptualizaciones, políticas y prácticas en el marco de la Ley 26.657*, 79-87. Buenos Aires: Facultad Ciencias Sociales UBA.

Defensoría General de la Nación (DGN). 2014. *Manual de Buenas Prácticas en el acceso a la justicia para garantizar el derecho al voto*

*de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial*, 127-139. Madrid: Programa EUROsociAL. Consultado: 24 de junio de 2016 <http://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/032%20manual%20dcho%20voto.pdf>.

DGN. 2015. *Informe Anual 2015. Ministerio Público de la Defensa*. Consultado: 24 de junio de 2016. <http://www.mpd.gov.ar/pdf/Informe%20Anual%202015.pdf>.

Rodríguez, Carlos. 2015. "Un cuento chino (de terror)". Página/12. 27 de septiembre de 2015. Consultado: 24 de junio de 2016. <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/subnotas/282575-74574-2015-09-27.html>.

### Documentos de organismos internacionales

Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). *Observaciones Finales sobre Argentina*, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones, 19 de octubre de 2012, CRPD/C/ARG/CO/1.



# Interdisciplina y Ley de Salud Mental

## El trabajo interdisciplinario enmarcado en el apoyo a la defensa técnica a personas internadas en forma involuntaria

**Alejandra Barcala**

*Doctora en Psicología. Coordinadora del Equipo Interdisciplinario de la Unidad de Letrados art. 22 Ley 26.657. Coordinadora del Doctorado Internacional de Salud Mental Comunitaria de la Universidad Nacional de Lanús.*

### I. Introducción

La creación e inclusión en el campo de la salud mental de la Unidad de Letrados art. 22 de la Ley Nacional 26.657 de Salud Mental implica profundas modificaciones en un escenario en el que concepciones -no sólo formales sino ideológicas y culturales- hondamente enraizadas en los distintos actores sociales y en prácticas sostenidas desde las instituciones, permanecieron varias décadas casi inalteradas.

En este texto se analiza desde una perspectiva interdisciplinaria -enfoque privilegiado en la Ley Nacional de Salud Mental- la tarea que este actor social emergente viene realizando desde sus inicios. A su vez, se profundizan algunos aspectos que facilitan la adecuación de las prácticas institucionales en los hospitales y clínicas psiquiátricas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CABA) a los estándares internacionales de derechos humanos; así como las huellas del trabajo de la Unidad de Letrados art. 22 en la subjetividad de los usuarios y usuarias.

En el marco de las tensiones vigentes, y encuadrados en los principios de salud mental comunitaria, se plantea como desafío la ar-

ticulación entre los marcos normativos y los modos de abordaje de la complejidad de las problemáticas de las personas con sufrimiento psicosocial para garantizar la protección de sus derechos fundamentales.

## II. La Ley Nacional de Salud mental: las tensiones vigentes

En diciembre de 2010, la sanción de la Ley Nacional N° 26.657 significó una ruptura con el paradigma tutelar en el campo de la salud mental, y el reconocimiento como sujetos de derechos de todas las personas, cualquiera sea su edad o el padecimiento mental que atravesen.

La norma apunta a efectivizar y consolidar un cambio de los principios vigentes en el campo de la salud mental en nuestro país, estableciendo responsabilidades políticas y sociales que promueven el efectivo acceso al ejercicio de los derechos. Por lo tanto, impulsa la transformación de las prácticas y los modelos de intervención destinados al cuidado de la salud mental.

Es oportuno recordar, que la Ley de Salud Mental suscitó profundas discusiones entre diversos actores con diferentes posiciones políticas, ideológicas y económicas, ya que modifica la relación de poder vigente entre las teorías y los dispositivos clínicos positivistas y los que promueven prácticas comunitarias de promoción de la salud. Estas diferentes posiciones responden a dos éticas contrapuestas que visibilizan el contraste entre los efectos de psiquiatrización de la pobreza que produce el hospital psiquiátrico, basada en el ejercicio del poder, por un lado; y la ética de integración comunitaria que quita valoración psicopatológica a la desventaja social y a los sufrimientos, por el otro. Ésta última da lugar central a la palabra como medio terapéutico, al cuidado y al restablecimiento del lazo social a través de estrategias de intervención de base comunitaria, a la participación del

usuario y su familia en el proceso de la cura o rehabilitación, y al consentimiento para su tratamiento o las decisiones de internación (Galende 1997).

El espíritu de la Ley N° 26.657 recoge esta ética y exhorta a los organismos estatales a que asuman la responsabilidad de la ejecución de políticas públicas referidas al campo de la salud mental. De este modo, promueve cambios profundos que avanzan hacia una perspectiva de derechos e implican modificaciones en el sistema de salud.

Históricamente, en el campo de análisis, el nivel de protección de las personas con sufrimiento psicosocial era bajo y sus derechos frecuentemente vulnerados. Así lo testimonia el informe del CELS-MDRI (2007), que documenta violaciones a los derechos humanos cometidas contra personas asiladas en instituciones psiquiátricas argentinas. Dicho informe señala, además, como asignaturas pendientes en nuestro país, la problemática de la internación psiquiátrica forzosa y la vulneración de los derechos humanos de las personas con sufrimiento psíquico que se hallan discriminadas y desamparadas dentro de la sociedad. Asimismo, subraya que debe ser parte de la agenda pública la creación de alternativas que reviertan la situación de segregación que presentan las personas en los asilos psiquiátricos.

A partir de la promulgación de la Ley Nacional de Salud Mental se generaron lineamientos políticos para la promoción de procesos alternativos y sustitutivos del espacio manicomial en el país. Sin embargo, existe una tensión aún no resuelta entre las legislaciones específicas que regulan el campo, y el nivel de gestión de políticas y programas, y respuestas institucionales implementadas.

En el caso específico de la CABA, en los últimos años, se suman a estas tensiones importantes retrocesos en las políticas implementadas y los programas organizados en el

marco de la Ley de Salud Mental N° 448, que llevan a poner en evidencia ciertas resistencias al cumplimiento de la legislación nacional (Luciani Conde et ál, 2012).

### III. Unidad de Letrados artículo 22: un actor social emergente en el campo de la salud mental

A partir de la sanción de esta nueva Ley, y con el objeto de asegurar el pleno goce de la protección de la salud mental amparada por los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Defensora General de la Nación, Stella Maris Martínez, creó por Resolución DGN N° 558/11 un nuevo dispositivo: la Unidad de Letrados artículo 22<sup>1</sup> (en adelante, la Unidad).

Destinado a actuar en la CABA, el organismo tiene como propósito mejorar el nivel de protección de los derechos y materializar el acceso a la justicia de personas con sufrimiento psicosocial.

La Unidad brinda un servicio de defensa técnica para todas las personas internadas en forma involuntaria por razones de salud mental. Al mismo tiempo, garantiza el acceso gratuito, universal e igualitario a los servicios sanitarios para el tratamiento y la rehabilitación, y efectiviza el derecho de las personas con sufrimiento psíquico para ser escuchadas, contribuyendo a su externación e integración comunitaria.

Es interesante remarcar que la Unidad está integrada, tanto por abogados y abogadas que intervienen en las internaciones involuntarias en instituciones psiquiátricas públicas y

privadas de la CABA, como por un equipo interdisciplinario de apoyo a la defensa técnica conformado por psicólogos/as, médicos/as psiquiatras y trabajadores/as sociales<sup>2</sup>. La labor conjunta de los abogados/as y el equipo interdisciplinario se realiza con un claro posicionamiento ético alejado del paradigma tutelar, que incluye el respeto por la voluntad y las preferencias de cada sujeto, y materializa el derecho a ser oído de las personas en especial situación de vulnerabilidad.

Este posicionamiento evita la naturalización de los discursos objetualizantes y estigmatizantes provenientes de muchos profesionales que trabajan en las instituciones de internación, y promueve el remplazo y la transformación de algunas prácticas cuya existencia aún se mantienen en ciertas instituciones<sup>3</sup>.

Es dable remarcar que una tarea central de la Unidad es evitar el aislamiento, los métodos forzados de tratamiento en los contextos de asistencia a la salud mental, las restricciones físicas prolongadas, la utilización de medicación forzada o electroshock, el miedo y la ansiedad provocada por la internación indefinida, la segregación de las personas con padecimiento psíquico de la familia y la comunidad; acciones que de acuerdo a la citada relatoría constituyen un trato cruel, inhumano o degradante.

De este modo, asume una posición activa, comprometida en la adecuación del sistema de protección por parte del Estado a las complejas problemáticas de un grupo con alto nivel

<sup>1</sup> Ley 26.657, artículo N° 22: “La persona internada involuntariamente o su representante legal, tiene derecho a designar un abogado. Si no lo hiciera, el Estado debe proporcionarle uno desde el momento de la internación. El defensor podrá oponerse a la internación y solicitar la externación en cualquier momento. El juzgado deberá permitir al defensor el control de las actuaciones en todo momento”.

<sup>2</sup> El equipo interdisciplinario está conformado por las médicas psiquiatras Lucila Gurman, Daniela Domínguez y Yanina Leoni; los trabajadores/as sociales Alejandro Grillo, Mariano Devic, Eva Amorín; y los psicólogos/as Lucía Rodríguez y Lucio Laffite.

<sup>3</sup> Prácticas que, según se desprende del “Informe del Relator especial sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes” (Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 2013), se podrían encuadrar en dichas definiciones, en tanto son prácticas abusivas de asistencia a la salud.

de vulnerabilidad: *las personas con sufrimiento psicosocial*. Por ello, se instituye como un actor central del paradigma que pone freno a la hegemonía psiquiátrica y da cuerpo al avance, en materia legal, que obliga al Estado a garantizar el derecho a la protección integral de la salud mental desde una perspectiva de derechos.

#### **IV. El impacto de la intervención de la Unidad en la adecuación de las prácticas en salud mental a los estándares internacionales**

A más de cinco años de creada la Unidad, es posible observar que, al mismo tiempo que brinda la defensa técnica de las personas internadas en forma involuntaria en instituciones psiquiátricas, su implementación genera importantes efectos en la transformación de las prácticas y comportamientos particulares e institucionales de los servicios de salud mental, tanto del subsector público como en el privado y de obras sociales en la CABA.

Los servicios de salud mental no fueron concebidos desde la lógica de derechos, sino que han sido pensados históricamente bajo el paradigma asistencialista basado en el modelo médico hegemónico. Actualmente, ello pone en tensión dos lógicas contrapuestas: un modelo de atención reproductor de la lógica asilar tutelar, y un paradigma de garantía de derechos. Además, la complejidad de la organización interna de las instituciones hace que, en su interior, convivan prácticas y modelos contradictorios de acuerdo con las diversas percepciones, intereses y visiones de los actores acerca de los sujetos. En este escenario coexisten desde concepciones asistencialistas basadas en la beneficencia hasta prácticas de control que tratan de evitar supuestos efectos perjudiciales futuros a través de la protección. Estas últimas son las que mayor preocupación deben generar, en virtud de que tienen como eje las ideas de peligrosidad y de con-

trol social a los fines de perpetuar el encierro institucional. Esto requiere de un proceso de transformación institucional que, sólo en algunos casos, se viene realizando.

Al garantizar a las personas el goce de sus derechos mientras dura la internación psiquiátrica, oponerse a la misma o solicitar la externación de acuerdo a la voluntad de sus defendidos, así como controlar las actuaciones e impulsar que las internaciones sean lo más breves posible, los abogados y las abogadas defensoras de la Unidad producen en la dinámica de las instituciones psiquiátricas un cambio sustantivo que las obliga a un proceso de adaptación de su praxis a la nueva normativa.

En este sentido, las visitas periódicas realizadas a las personas que se encuentran internadas involuntariamente en las distintas instituciones, en conjunto con el asesoramiento y acompañamiento del equipo interdisciplinario, inaugura un nuevo modo de expresión de las instituciones jurídico administrativas en el campo de la salud mental; y se convierten en posibilitadores de transformaciones de las condiciones de las prácticas institucionales, ya que van incidiendo en los procesos de adecuación institucionales a los estándares de derechos humanos.

De este modo, la Unidad, al mismo tiempo que se ocupa de la defensa individual de cada una de las personas internadas involuntariamente en la CABA, contribuye al establecimiento de prácticas sociales sanitarias en las instituciones de encierro. Este doble rol funcional es fundante de una práctica instituyente que colabora a la movilización y transformación del modelo de cuidados de salud mental vigente.

Al intervenir a los fines de evitar las internaciones prolongadas, el trabajo realizado evita que un sujeto quede confinado en un manicomio y que la internación invisibilice su existencia, lo que constituye una muerte simbólica.

En muchos casos, las personas son retenidas en el hospital y las clínicas psiquiátricas debido a la ausencia de dispositivos alternativos al encierro que aborden el problema desde una perspectiva de salud mental comunitaria, que incluya el fortalecimiento y apoyo a la familia y la inclusión social. La práctica cotidiana del equipo de trabajo evita naturalizar que las expresiones de sufrimiento psíquico se encuadren como enfermedades objetivadas, y que su único destino posible sea la internación y el encierro.

### **V. El acceso a la justicia de personas con vulnerabilidad psicosocial y las marcas en la subjetividad**

Si bien el Estado argentino había reconocido en diversos instrumentos internacionales el derecho a la salud mental y, particularmente, existía un marco regulatorio de la CABA, en la práctica se producían constantes y graves violaciones a los derechos humanos. Inclusive, en los últimos años se profundizaba un proceso de medicalización y patologización del sufrimiento psíquico y se ampliaba la intervención institucionalizante.

En ese sentido, Silvia Bleichmar (2002) plantea que, a partir de la década de 1990, la ausencia del Estado en su obligación de asegurar la protección de los derechos de las personas con padecimiento mental los somete a un sentimiento de desvalimiento similar al que se observa en la infancia, y que da lugar a la más profunda de las angustias. Según la citada autora, se trata de una sensación de “des-auxilio”, “des-ayuda”, de sentir que el otro, del cual dependen los cuidados básicos, no responde al llamado y deja al ser sometido no sólo al terror sino también a la desolación profunda de no ser oído. A tal punto, que la situación puede devenir en *marasmo*, un dejarse morir por desesperanza, por el abandono de toda perspectiva de reencuentro con el objeto de auxilio.

Por ello, el trabajo de la Unidad toma mayor relevancia al restituirles a las personas internadas involuntariamente el derecho a ser escuchados y tomar conocimiento de sus necesidades y expresiones deseantes, al construir un nuevo modo vincular con ellas, se crea un momento fundante de reconocimiento subjetivo que instaura al otro como semejante. Participamos, de esta manera, de una nueva construcción de un saber-hacer sostenido desde un posicionamiento ético. Se trata de un movimiento que reinstala la función del Estado en tanto defensa de los derechos de los ciudadanos.

Entonces, si la eficacia simbólica de un discurso se mide por su potencia de producción de subjetividad, es decir, por su capacidad de constituir a un sujeto alrededor de un conjunto de normas y valores que son los que rigen la vida social (Duschatzky, 2000), las prácticas discursivas de quienes integramos la Unidad respecto de los usuarios/as de servicios de salud mental, colabora con la construcción de una subjetividad que habilita una concepción del sujeto que, en lugar de objetivarlo, promueve procesos de subjetivación y modificaciones en las representaciones que tienen de sí mismos.

En este sentido, es necesario resaltar el vínculo generado por las visitas periódicas de los abogados/as a sus asistidos/as y el valor de la entrega de su tarjeta que les deja un testimonio escrito de la presencia de un profesional que va a ejercer su defensa y a quien pueden recurrir durante la internación involuntaria.

A la asistencia y apoyo legal, se suman el encuentro y la escucha de los integrantes del equipo interdisciplinario en lo referido a la historización del padecimiento y el análisis del contexto de la persona. Esto establece un movimiento, también constituyente de reconocimiento y rescate subjetivo del otro, que lo reconoce en tanto sujeto deseante y sujeto de derechos, y posibilita la inclusión de estas



dimensiones aún en ámbitos que funcionan, en muchos casos, como instituciones totales.

Sin embargo, la legitimación del accionar de la Unidad y su impacto se evidencian, principalmente, a partir de los propios testimonios realizados por los defendidos/as, quienes remarcan el lugar central de la defensa técnica en su sensación de amparo y reconocimiento, y revelan que la efectivización del derecho a ser escuchado es, en sí misma, subjetivante.

Los siguientes testimonios corresponden a entrevistas realizadas a usuarios/as y familiares en el marco de un proyecto preliminar de evaluación del trabajo de la Unidad por parte de los defendidos/as.

Tuve una crisis de ansiedad. Para mí fue muy violento, una internación innecesaria. Era un contexto demencial. El abogado no estaba en ese caos. Me vio, me pudo ver. Dio una mirada distinta que ve por los derechos, sin emitir ninguna opinión psiquiátrica. Ya solo eso fue bueno, alguien neutral. Ellos ven sólo desde el molde, te tratan, te medican y te patologizan. [El abogado] Fue claro y me ayudó a salir.

Conocí al doctor estando ahí. Me dio su tarjeta. Mi marido me internó y no vino más. El doctor me pareció de bien, distinto a todos los demás. Estuvimos charlando. ¿Sabe?, me encontré con un ser humano que se preocupó por mí y colaboró. ‘Si no la dejan salir yo voy a intentarlo’, me dijo. No llegué a estar tres meses.

Estoy muy agradecida porque pude ver a mi padre que estaba atado, y no me lo dejaban ver.” (A partir de la intervención del abogado cesó la contención física y se habilitaron las visitas).

Asimismo, la institucionalización psiquiátrica pensada como “protección”, conlleva la

aniquilación misma de la subjetividad. Reduce a las personas en situación de vulnerabilidad a la autoconservación y desconoce que lo humano no es reductible a lo autoconservativo, sino que conlleva un plus que instaura una dimensión deseante (Bleichmar 2005). Es decir, al serle quitada al sujeto -en la realidad cotidiana- la posibilidad de soñar con otra parte, se lo priva del motor fundamental del deseo de crear y trabajar y, en consecuencia, estas personas quedan reducidas a condiciones de automatización, lo que los lleva a permanecer inmóviles en el sitio que la sociedad les ha fijado (Mannoni 1996); en los casos mencionados, con el agravante de que sea dentro de una institución de encierro.

Al favorecer espacios de escucha y de circulación afectiva, la intervención de todas y todos los profesionales que conformamos la Unidad constituye un primer paso que dinamiza la posibilidad de que las personas internadas puedan proyectarse en un futuro por fuera de estas instituciones. Un futuro de transformación y de neogénesis, de posibilidades para generar nuevos movimientos que favorezcan la disminución del sufrimiento, al sentirse escuchadas y acompañadas en sus trayectorias singulares, lo que incluye la aceptación de sus posibilidades y sus límites, y también de los nuestros.

## **VI. El trabajo interdisciplinario enmarcado en el apoyo a la defensa técnica**

Dada la complejidad que suponen los problemas de padecimiento subjetivo, estos no son abordables desde un campo disciplinario específico. Se presentan como demandas complejas y difusas que dan lugar a prácticas sociales atravesadas por las contradicciones e imbricadas con cuerpos conceptuales diversos, por lo cual requieren un abordaje interdisciplinario (Stolkner, 2005). Por ello, la constitución del equipo interdisciplinario

como apoyo a la defensa formaliza una matriz de trabajo que permite comprender mejor la complejidad de cada una de las situaciones de los usuarios/as a partir de la articulación de distintos saberes y prácticas. Ello aporta la construcción de elementos teóricos que permiten contribuir al mejor desempeño de la defensa técnica de las personas asistidas.

Las múltiples tareas que realizamos promueven el cuestionamiento de los saberes hegemónicos, las tecnologías de normalización a través del control de los cuerpos, la relación entre el poder disciplinario y la reorganización de los campos del saber que determinan los discursos, las prácticas, las intervenciones, y las respuestas institucionales públicas y privadas que naturalizan el encierro y cronifican las internaciones. Nos proponemos, por el contrario, desnaturalizar la justificación de la internación psiquiátrica prolongada y forzosa como único recurso posible frente al padecimiento psíquico.

Pretendemos actuar como un articulador entre el enfoque de derechos y la lógica de la mayoría de los servicios, tal como están concebidos actualmente, los cuales incluyen dos concepciones de subjetividad diferentes. Y uno de los objetivos de nuestra tarea cotidiana es posibilitar condiciones para generar un diálogo que admita las tensiones entre dos campos, entendiendo que, si bien se trata aún de tensiones irreductibles, se pueden construir intermediaciones que posibiliten un proceso de comunicación e intercambio cuyo accionar produzca una transformación que favorezca a los y las usuarias.

En muchos casos, sobre todo en instituciones privadas, intervenimos en el momento de fractura de comunicación entre los servicios de salud y los usuarios para tender a restituir el derecho a ser escuchado de estas personas. Cuando esto ocurre, asumimos en conjunto el abordaje de la complejidad de la dimensión subjetiva y de las dimensiones sociales y

familiares, y acordamos una estrategia en común que articula el trabajo en salud y el efectivo acceso de las personas al ejercicio de sus derechos. Así, se pone en marcha un proceso de subjetivación que permite -mediante la corresponsabilidad de todos los actores- la reinserción, la inclusión y el diseño de un proyecto para aquellos sujetos que, en condiciones de vulnerabilidad, arrojados a los márgenes, recuperan la categoría de semejante y el reconocimiento de sus posibilidades y derechos.

Este desafío conjunto de promover intervenciones que puedan contrarrestar las representaciones que lo instituido reproduce y cristaliza, al tiempo que vehicular otra mirada sobre las personas internadas, constituye la tarea central, cotidiana, silenciosa y comprometida del equipo interdisciplinario, en tanto favorece procesos de autonomía y reconocimiento del otro, y evidencia de manera trascendental que la vigencia y garantía de derechos constituye subjetividad. Esta tarea no deja de estar frecuentemente atravesada por tensiones y conflictos.

En ocasiones, debemos intervenir en los momentos en los que surgen sentimientos de sobreimplicación afectiva, impotencia y frustración suscitados por la complejidad inherente a los padecimientos psíquicos graves, sobre todo en un contexto de pobreza. Esta tarea se enmarca dentro de un sistema sanitario fragmentado, donde la ausencia de políticas específicas en salud mental en la CABA no sólo no favorece el proceso de reinserción social de personas con altas de internación que permanecen en la institución por causas sociales, sino que además son funcionales a los procesos de exclusión.

En estos casos, es frecuente que para posibilitar externaciones, articulando la dimensión singular de la subjetividad de cada usuario internado involuntariamente y la compleja dimensión social e institucional, nos ocupemos de generar las condiciones necesarias

para recuperar la trama de relaciones y lazos familiares o sociales de cada una de estas personas. Si bien esta tarea deberían realizarla los servicios de salud, éstos generalmente no cuentan con los equipos interdisciplinarios necesarios y suficientes para ponerlo en práctica, e incluso refieren la disminución en la contratación de los profesionales del área social en los últimos años.

Por ello, trabajamos en red con los distintos organismos y actores sociales comprometidos con la efectivización de derechos.

En este sentido, y a casi cinco años de la implementación de la legislación, se ha incrementado el número de profesionales de establecimientos públicos y privados que conocen el contenido de las nuevas normas jurídicas y, a partir de ello, se han producido transformaciones en la organización de varias instituciones de internación psiquiátrica, lo que pone de evidencia un significativo avance respecto a las prácticas históricas.

## VII. Un desafío creciente

En consonancia con lo anteriormente expuesto, se evidencia que no son pocos los obstáculos existentes para garantizar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con padecimiento psíquico en miras a su inclusión social.

Trabajar en pos de asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas y todo lo que ello implica, nos obliga a quienes conformamos el equipo de profesionales de la Unidad a una reflexión y cuestionamiento permanente acerca de la complejidad de las problemáticas del sufrimiento psíquico y de nuestra propia práctica; y entraña un posicionamiento ético, entendido en el marco de reconocimiento y de obligaciones con el otro.

Este compromiso implica, por un lado, evitar la vulneración de los derechos de las personas con sufrimiento psicosocial, en especial de

la expropiación de la potencialidad de pensar y de la posibilidad de imaginar y proyectar un futuro posible; y, por el otro, trabajar articuladamente con aquellas instituciones y prácticas que hoy van apropiándose de las normas jurídicas, asimilándolas y reinterpretando sus significaciones según sus historias, tradiciones, ideologías y formaciones profesionales, en un proceso de adecuación a los principios de la Ley Nacional de Salud Mental. Se trata de instaurar un nuevo modo de afrontar en nuestra sociedad el problema del padecimiento psíquico.

Resulta un desafío, a partir de una perspectiva interdisciplinaria en la praxis cotidiana, contribuir a favorecer la articulación entre los marcos normativos y los modos de abordaje de las problemáticas, que impidan formas de violencia institucional naturalizadas que vulneren la dignidad de las personas.

La ausencia de modalidades de atención y cuidados de la salud, basados en un modelo de salud mental comunitaria, contribuye a la continuidad y reproducción de un modelo asilar manicomial como respuesta al sufrimiento psíquico, y favorece los procesos de medicalización y de estigmatización. Es necesario un cambio representacional acerca de las personas con padecimiento psíquico, ya que son los diferentes modos en que comprendemos la subjetividad los que determinan los diferentes formas intervención.

La Ley N° 26.657 es una herramienta para la transformación del sistema de salud mental. A partir de la misma, las respuestas institucionales se ven obligadas a un profundo proceso de reformulación. Sin embargo, actualmente existen dificultades para la transformación, creación e implementación de abordajes integrales de salud mental articulados con un enfoque de derechos humanos. Aún cuando resulte evidente la potencia instituyente y subjetivante de los procesos de atención cuando son pensados desde esa perspectiva, así como su posibilidad de mejo-

rar las condiciones de vida de los sectores con mayores niveles de vulnerabilidad psicosocial, los cambios son muy lentos.

Por ende, se requiere de decisiones políticas en el campo de la salud mental que posibiliten la creación de programas y dispositivos inclusivos, alternativos a la segregación de las personas y que, acordes con la legislación vigente, favorezcan prácticas sociales que al reflexionar permanentemente sobre sí mismas permitan mejores condiciones de producción de subjetividad. Esto supone, además de la articulación de políticas integradas, de la participación y compromiso de todos los actores involucrados en la reconstrucción del entramado colectivo con el objeto de revertir la tendencia a la estigmatización, discriminación, exclusión social e internación psiquiátrica, y de garantizar el pleno goce de los derechos de todas las personas con sufrimiento psicosocial.

## Bibliografía

Bleichmar, S. 2002. *Dolor País*. Buenos Aires: Libros del zorzal.

Bleichmar, S. 2005. *La subjetividad en riesgo*. Buenos Aires: Topía.

CELS-MDRI. 2007. *Vidas arrasadas: La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos*. Centro de Estudios Legales y Sociales-Mental-Disability Rights International. Consultado en agosto de 2013. [http://www.cels.org.ar/common/documentos/mdri\\_cels.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/mdri_cels.pdf)

Duschatzky, S. 2000. *Tutelados y asistidos. Programas sociales, políticas públicas y subjetividad*. Buenos Aires: Paidós.

Galende, E. 1997. *De Un Horizonte Incierto. Psicoanálisis y Salud Mental en la Sociedad Actual*. Buenos Aires: Paidós.

Luciani Conde, L; Barcala, A.; López Casariego, V.; Laino, C.; Bazzano, M.; Pambukdjian, M.; Czerniecki, S. 2012. "Enfoque de derechos y prácticas profesionales: conocimiento de la legislación vigente y su utilización por profesionales de salud mental de la Ciudad de Buenos Aires". En *Revista Salud Mental y Comunidad*, 1(2). Ediciones de la UNLa.

Manonni, M. 1996. *¿Qué ha sido de nuestros niños locos? Las palabras tienen peso están vivas*. Buenos Aires: Nueva Visión.

Stolkiner, A. 2005. "Salud Mental y Globalización: estrategias posibles en la Argentina hoy". Ponencia presentada en las IX Jornadas Nacionales de Salud Mental. I Jornadas Provinciales de Psicología. Posadas. Misiones, Argentina.

## Documentos de organismos internacionales

Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, Naciones Unidas, Informe A/HRC/22/53, 1º de febrero de 2013.



# Consumo problemático de sustancias psicoactivas de NNyA en situación de calle. Vulnerabilidad extrema: tensión entre el discurso jurídico y la realidad

**María Laura Folgar**

*Prosecretaria Letrada, Coordinadora de la Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad (art. 22 Ley 26.657) y cotitular de la Comisión del Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niños, Niñas y adolescentes de la Defensoría General de la Nación.*

## I. Introducción

La Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad (art. 22 Ley 26.657, en adelante LNSM)<sup>1</sup> ejerce la defensa técnica en su calidad de usuarios del servicio de salud mental de los niños, niñas y adolescentes (NNyA), que se encuentran transitando una internación por salud mental y adicciones en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los términos de los arts. 22 y 26 de la LNSM, 41 del Código Civil y 47 de la Ley 27.149.

Desde su puesta en funcionamiento el 1° de junio de 2012, la Unidad ha intervenido en 4.292 internaciones, procurando garantizar que no se vulneren los derechos de los NNyA durante la internación; siendo el portavoz de sus pretensiones y procurando su externación inmediata, una vez que cesen los motivos que justificaron su internación (riesgo cierto e inminente)<sup>2</sup>. La defensa y el abordaje de

---

<sup>1</sup> Creada por Res. DGN N° 1451/11 y 516/12.

<sup>2</sup> Conf. Ley N° 26.657 y su Dec. Reglamentario N° 603/13; art. 47 Ley N° 27.149 (y cf. previa Ley N° 24.946); art. 41 inc. d del Código Civil y Comercial de la Nación; art. 18 y 19 de la Constitución Nacional; y Resoluciones DGN N° 558/11, 841/11, y 1102/12, 1451/11

cada NNyA procurando su externación, sea el regreso al domicilio familiar o al dispositivo adecuado, depende de las particularidades que lo rodean. Nuestra intervención cesa cuando cesó la internación del NNyA en los términos de la normativa citada.

En este artículo pretendo abordar la particular situación que atraviesan aquellos NNyA que se encuentran en situación de calle. Es decir, niños, niñas y jóvenes que tienen suprimidos –al menos temporalmente- varios de sus derechos, y que circulan por las instituciones y la calle, por el fuero penal y el civil, incrementando el deterioro psicofísico que importa la sumatoria de vulnerabilidades, sin que se logre desubicarlos del lugar en que se encuentran. Estos NNyA ponen en jaque el discurso de los derechos. El amplio corpus iure que existe relativo a la infancia, a la salud mental, del consumo problemático e incluso de la “situación de calle”<sup>3</sup> en particular, no hace más que dar cuenta del abismo existente entre el sujeto real y su condición jurídica.

A toda la Unidad conmueve, día a día, ver como estos NNyA circulan en el circuito, retroalimentando un sistema de exclusión, acompañado por su detrimento psicofísico. Cada vez que el NNyA llega a una nueva internación, procurando por lo general -por lo menos así nos manifiestan- sortear la problemática en la que se encuentra sumergido, poco –y en algunos casos nada- permanecen en los dispositivos que debieran brindarle tratamiento integral; volviendo a la situación calle, hasta reingresar en una nueva internación.

Poner sobre el tapete este circuito es un paso tendiente a visibilizarlos y a superar la brecha o tensión entre la proclamación de estos

derechos y su efectivización. El desafío será repensar la intervención con NNyA en situación de calle, ya no solo desde una perspectiva de salud sino desde una perspectiva de derechos.

## II. Los NNyA en situación de calle en C.A.B.A.

Chicos en situación de calle es la expresión que se utiliza para llamar a los niños, niñas y jóvenes que pasan sus días en las calles. Las investigaciones sobre el tema evidencian que la mayoría de ellos tienen un hogar, una dirección y una referencia, es decir, no “pertenecen” a la calle sino a una sociedad que los excluye o les niega sus derechos. Muchas veces se utiliza la expresión “chicos de la calle” pero se recomienda no usarla porque profundiza la discriminación que ya existe e induce a pensar que “ser de la calle” es una condición “natural inmodificable”, en lugar de ser advertida como una condición que puede y debe ser modificada (Unicef 2006).

Mary Bellof (2009), comentando el fallo de la Corte IDH de los “Niños de la calle” destaca que:

[...] “niños de la calle”, como construcción problemática, estaba desapareciendo y comenzando a instalar un enfoque orientado a de-construir al “niño de la calle” como un niño que, eventualmente, como cualquier otro niño sobretodo perteneciente a sectores en situación de desventaja social y económica, puede tener dificultades con el ejercicio de sus derechos.

Por otra parte, respecto de los NNyA en situación de calle se ha dicho que:

[...] por la profunda distancia en que se encuentran de las normas que rigen nuestras condiciones dominantes, han representado todo lo que la niñez y la juventud

y 516/12; Ley 26.061 y su dec. 415/06.

3 Cabe citar CDN, Ley 26.061 y Dec. 415/06; Ley 114 CABA; Ley 26.657; Dec. 603/13; CDPD; Ley CABA 2318/07; Ley 448; Ley 3706/10; Ley 26.934, Res. Sedronar 266/14, entre otra normativa.



no debe, no debería ser; la contracara de lo social y jurídicamente establecido y esperable. La situación de desprotección institucional, extrema vulnerabilidad y fuerte exposición a la violencia en que se encuentran, la flagrante situación de vulneración de sus derechos (a la salud, a la educación, a una vida digna, a la convivencia familiar, por nombrar solo algunos), han motivado fuertes preocupaciones y compromisos (García Silva 2014).

También cabe señalar que en muchos casos la huida a la calle significa libertad porque sienten que allí son “ellos mismos”, aunque sea el precio de seguridad (casa comida). Suponen que de quedarse en sus casas, enajenarían ese “ser ellos mismos”. La vida en la calle les permite suponer que lo que allí hacen forma parte de “su proyecto” (Giberti, Garaventa, Lambertini 2005). Es que la calle ofrece todo y nada: la ausencia de parámetros temporales y espaciales, la libertad sin límites, el riesgo constante, el desamparo absoluto, la permanente exposición a situaciones límites, el placer sin permiso, el anonimato, moldearán un sujeto particular, contradictorio, incomprensible, absolutamente distinto de la imagen de la niñez ideal (Eroles, Fazzio, Scandizzo 2008).

También debo destacar que, lamentablemente, muchos de estos NNyA son los que entran en el circuito penal, a veces ocasionado por delitos callejeros que obedecen a la propia vulnerabilidad que atraviesan en la calle y a su problemática de consumo. Debe advertirse pues, que en este caso, los NNyA pasan rápidamente de ser “niños en situación de vulnerabilidad” a “menores en conflicto con la ley penal”<sup>4</sup>.

Basta compulsar la nómina de NNyA que transitaron por las comunidades terapéuticas del sector público, del Centro de Atención y Derivación y de los Centros de Régimen Cerrado, y se advertirá que una buena parte son los mismos jóvenes. Incluso, preocupa pensar en la trayectoria de estos NNyA, puesto que una vez que alcancen la mayoría de edad posiblemente su suerte continúe en el servicio penitenciario.

### III. Qué consumen los NNyA en la calle

El ámbito callejero se presenta como propicio para el acceso y consumo de drogas<sup>5</sup>. El consumo forma parte del proceso de construcción de una identidad colectiva, de socialización y de integración al grupo, de allí que tenga más que ver con la conducta social que con una personalidad tóxica dependiente. De hecho, una vez alejados de la calle los NNyA suelen suspender el consumo. A medida que crecen y que permanecen más tiempo en situación de calle, los niños y adolescentes de ambos sexos consumen más drogas, con más combinaciones (Dirección General de Niñez y Adolescencia de la Ciudad de Buenos Aires 2006). El consumo de marihuana es una de las prácticas más habituales (García Silva 2014), pero también acceden a otras sustancias, como por ejemplo, Poxyan, cocaína, ansiolíticos, Rivotril, Clonazepam, Alplax, pasta base, entre otras.

Con relación al “paco” se puede destacar que los consumidores tienen una expectativa de vida que no supera los 30 años y que, en los últimos años, se ha incrementado la severidad de los cuadros con un importante deterioro físico de los pacientes debido al consumo de esta sustancia (Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires 2012). Si

4 Silvia Guemureman (s/f) señala que desde la sanción de la LSM ha habido un traspaso de red de atención, que los egresos de los jóvenes de los institutos se reciclan en nuevas institucionalizaciones especializadas.

5 Cuando compromete la salud física y psíquica de la persona, el consumo problemático es una forma de padecimiento mental (art. 4 Ley 26.657).

bien se denomina “paco” a diferentes productos, la constante en su composición es el alcaloide cocaína en concentraciones muy pequeñas, “estirado” con otras sustancias como cafeína y bicarbonato de sodio, lo que lleva al usuario a consumir decenas de dosis diariamente (Damin 2010). Como otras sustancias, pero de modo más pronunciado, el uso intensivo de PB/paco produce ciertos daños corporales, algunos de los cuales son considerados lesiones perdurables en el tiempo. Además del deterioro de las vías y sistema respiratorio digestivo, los usuarios destacan las quemaduras en la boca y las manos, deshidratación y la rápida pérdida de peso (Epele 2010). No está demás señalar que el consumo de drogas hace estragos en la salud psíquica y física de estos niños, y en muchos casos, su autonomía se ve seriamente comprometida por no tener proyecto de vida independiente del consumo.

#### IV. El circuito: la puerta giratoria

En la práctica, de las internaciones que llegan a la Unidad advertimos que, frecuentemente, los NNyA en situación de calle ingresan a un Hospital Público (hospitales generales como Ramos Mejía, Argerich, Penna, Rivadavia, Santojanni, entre otros), con riesgo cierto e inminente para sí o para terceros<sup>6</sup>. Allí son llevados por un familiar o tercero o por SAME, donde son tratados por la gravedad de sus cuadros clínicos ocasionados por la suma de sustancias.

Desde la institución se comunican con el Consejo de Derechos de NNyA, quienes solicitan a la Gerencia Operativa de Prevención

6 Entiéndase por riesgo cierto e inminente a la contingencia a proximidad de un daño que ya es conocido como verdadero, seguro e indubitable que amenace o cause perjuicio a la vida o integridad física de la persona o de terceros (art. 20 dec. 603/13).

Social en Adicciones (G.O.A.S.A.) -dependiente de la Dirección Operativa de Políticas Sociales en Adicciones de la Ciudad de Buenos Aires<sup>7</sup>-, la evaluación del NNyA para su derivación a una comunidad terapéutica. Estos evalúan si reúne criterios de internación y, en su caso, efectúa las derivaciones en esta ciudad (a Casa Faro o Casa Puerto<sup>8</sup>) o en la provincia de Buenos Aires. Algunos jóvenes son derivados desde los dispositivos penales juveniles, que por lo general tratan a jóvenes en situación de calle que han tenido un conflicto con la ley penal.

Para ser gráfica, haciendo el recorte de un año (desde mayo de 2015 a mayo de 2016), en la Unidad hubo 234 ingresos de NNyA por problemática de consumo de sustancias psicoactivas solo en el sector público –sector abordado en este trabajo-, 99 en hospitales generales, 73 en Casa Puerto y 62 en Casa Faro.

En este punto, no puedo soslayar señalar que G.O.A.S.A., y en consecuencia sus efectos, trabajan bajo el paradigma de reducción de riesgos y daños, por ello refieren que no trabajan con una institución a puerta cerrada y no ofrecen ningún recurso si el NNyA no

7 La Dirección General de Políticas de Adicciones de C.A.B.A. forma parte del Ministerio de Desarrollo Social y no del de Salud, cuando el abuso de sustancias psicoactivas constituye uno de los problemas más grandes de salud pública, debiendo formar parte de las políticas públicas de salud mental, integrando el resto del sistema de salud. No solo se extrae de la Ley de Salud Mental 26.657, sino que también la Ley 26.934 de “Plan Integral para el abordaje de los Consumos Problemáticos” dispone en su art. 9 que “los consumos problemáticos deben ser abordados como parte integrante de las políticas de salud mental, por lo que los sujetos que los padecen tienen, en relación con los servicios de salud, todos los derechos y garantías establecidos en la Ley 26.657 de Salud Mental”.

8 Casa Faro (Institución Privada c/ Convenio. Dir.: Terrada 3063, C.A.B.A., Tel: 4301-0680) y Casa Puerto (Efecto directo del C.A.B.A. Dir.: Cortina 645, C.A.B.A. Tel 4566-2556 y 4566-7738).

presta voluntariedad para el tratamiento. Al respecto, vale aclarar lo siguiente:

la reducción de daños se refiere a las políticas, programas y prácticas que se proponen aminorar los efectos sociales, económicos y sobre la salud asociados con el consumo de drogas legales e ilegales, sin necesariamente reducir el consumo. El objetivo es reducir o modificar las consecuencias en lugar de la conducta de consumir, y es un complemento a las intervenciones de prevención y tratamiento. Se enfoca en cambiar la manera en que los individuos usan drogas y el medio ambiente en donde consumen, partiendo de la idea de que en algunos grupos de personas el consumo de sustancias psicoactivas continuará a pesar de los esfuerzos preventivos y terapéuticos. La reducción de daños se propone disminuir los riesgos inherentes a la adquisición de drogas en el mercado ilegal, al uso y a la abstinencia, y atenuar las consecuencias negativas en la salud del consumidor, en su relación con la familia, con la ley, o en su vida laboral, interpersonal o desarrollo educativo (OEA 2013).

Según se ha explicado, estas estrategias:

... incorporan para la asistencia el criterio de umbral de baja exigencia o mínimo de exigencia y (...) valora positivamente los logros intermedios y considera, en todo caso, que la abstinencia puede llegar a ser un punto de llegada. Se orienta a posibilitar la accesibilidad de los ciudadanos que padecen consumos problemáticos y/o toxicomanías y/o adicciones a los dispositivos terapéuticos, tanto sociales como de los servicios de salud... (Paveto 2010).

Por su parte, en favor de este paradigma, el Informe Mundial sobre Drogas de Nacio-

nes Unidas (2016) ha señalado que las intervenciones para reducir la demanda de drogas son eficaces si se basan en medidas de eficacia demostrada, como las orientadas a minimizar las consecuencias adversas del uso indebido de drogas en los ámbitos social y de la salud pública, entre las que figuran programas adecuados de distribución de agujas y jeringuillas, la terapia de sustitución de opiáceos, la terapia antirretroviral y otras intervenciones pertinentes destinadas a prevenir la transmisión del VIH, la hepatitis viral y otras enfermedades de transmisión sanguínea relacionadas con el consumo de drogas. En cambio, el internamiento obligatorio en centros de tratamiento del abuso de drogas dificulta la ya problemática vida de las personas que consumen drogas y las que sufren drogodependencia, en particular las más jóvenes y vulnerables<sup>9</sup>.

Ahora bien, retomando el circuito que atraviesan estos NNyA, una vez derivados a Casa Faro o a Casa Puerto<sup>10</sup>, según los registros de esta Unidad, en general los NNyA hacen abandono del tratamiento el mismo día que ingresan o a los pocos días. Existen pocas "ALTAS" –casi todas son "altas por abandono"– y, generalmente, una vez que se retiran los NNyA no realizan tratamiento ambulatorio.

Aquí, enfrentamos el primer problema: más allá de haber reducido los efectos de la droga durante el corto período de internación, lo cierto es que resulta por lo menos observable que muy pocos, por no decir ninguno, de los NNyA que ingresan a la comunidad tenga adherencia al tratamiento que ofrecen. Es decir, estando en un establecimiento de sa-

9 Esta intervención fue objetada recientemente por el actual titular de SEDRONAR quien refirió que "la reducción de daños es una recomendación desde una mirada muy limitada." (Román 2016).

10 Señalo estos dos dispositivos porque esta Unidad no tiene intervención en las comunidades cuyo domicilio es en extraña jurisdicción.

lud no reciben el tratamiento integral que requieren y ello se traduce en una oportunidad perdida. Nótese que la no realización/continuidad de tratamiento en estos casos implica –según se advierte de la experiencia de la Unidad- regresar a los contextos señalados en los puntos II y III.

Otra de las observaciones que se puede realizar a ambas instituciones es que cuando el NNyA no desea continuar el tratamiento se le abre la puerta y con posterioridad se hace la denuncia “de abandono de tratamiento y búsqueda de paradero” en la comisaría cercana. Esto implica, en general, que el NNoA vuelve a la situación de calle, por ello resulta por lo menos cuestionable cuando no se arbitran las medidas pertinentes para que acceda a una alternativa diferente de resguardo, exponiéndolo nuevamente a la calle y a los riesgos que le son inherentes.

Por lo expuesto, por las constantes reinternaciones de estos NNyA, incluso en los mismos dispositivos cuyo tratamiento han abandonado una y otra vez, y su regreso a situación de calle, es que entiendo a este circuito como una “puerta giratoria”.

## V. La necesidad de un cambio en el abordaje

En el contexto previamente descrito, queda claro que el abordaje actual es insuficiente y deficitario para el tipo de problemática de los jóvenes que ingresan a las citadas comunidades.

En efecto, son NNyA, en formación y crecimiento, con sus derechos vulnerados. No solo se trata de la necesidad de realizar un tratamiento adecuado (derecho a la salud); se trata de niños en situación de calle (derecho a la vivienda), sin escolarización (derecho a la educación) y sin DNI (derecho a la identidad), entre otros. Además, muchos de ellos están en situación de pobreza; sin continente familiar o referentes afectivos o sin representante legal;

incluso con alguna discapacidad, y varios de ellos en conflicto con la ley penal. Súmese la discriminación, exclusión y estigma que pesa sobre estos NNyA<sup>11</sup>, y que a medida que crecen y que más tiempo permanecen en situación de calle, los niños y adolescentes consumen más drogas, además de los riesgos y carencias a los que se ven expuestos.

Por ello, entiendo que debe plantearse una revisión en profundidad del dispositivo terapéutico que actualmente ofrece el sector público a estos NNyA. Claramente, debe brindarse mayor contención para lograr adherencia al tratamiento<sup>12</sup>. Dada la complejidad de la situación que atraviesan estos NNyA debe trabajarse desde una perspectiva territorial, combinando el fortalecimiento del vínculo familiar y las redes comunitarias.

Desde su ingreso al dispositivo, es necesario trabajar pensando en la externación del NNoA con otra alternativa más digna que la calle -teniendo en cuenta que la pobreza y la circunstancia de que niños se encuentren en situación de calle no justifican la institucionalización-, motivo por el cual debe trabajarse la autonomía, facilitándole una red de con-

---

11 Según Irene Vasilachis de Gialdino (2003), a los chicos de la calle se los califica como niños ligados a la miseria “niños mendigos”, “niños en situación de conflicto con la ley”, “niños abandonados”, “niños explotados”, “niños en riesgo” o “niños de máximo riesgo social”; se los asocia con las “enfermedades”, “mugre”, “prostitución”, “delincuencia”, “hambre”, “pobreza”, “maltrato”, “carencias”, “rencor”, “bronca”, “angustia”, “presos” o “detenidos”. Prácticamente no se les atribuyen cualidades positivas a los niños que trabajan y/o viven en la calle. Aun para aquellos que viven en ella desde niños, la calle es definida de manera negativa considerando que la situación de estar en ella es, entre otras, “denigrante”, “degradante”, “desesperante”.

12 Debe tenerse en cuenta que “sin proyecto que los incluya en un horizonte futuro no encuentran en sí mismos la motivación y las fuerzas suficientes para desvincularse de las drogas, en general la determinación y la motivación que les requería sostener el proceso no parecía estar a su alcance” (García Silva 2014, 127).

tención y herramientas que les permita empoderarse y restablecer verdaderamente sus derechos básicos<sup>13</sup>.

Si bien existen programas tendientes a la externación de estos NNyA<sup>14</sup>, algunos de ellos no resultan ser una herramienta verdaderamente eficaz (por falta de recursos humanos y materiales que permitan sostener una estrategia; por estrictos criterios de admisión; por falta de apertura de las instituciones a trabajar con programas externos; entre otras). Además, otro factor a considerar es que estos jóvenes abandonan la comunidad con una rapidez que requiere tener a disposición los recursos para que comiencen a trabajar de manera inmediata, extremo que no siempre –por no decir casi nunca– coincide con los tiempos de la administración local. Con aire esperanzador, destaco que existe actualmente un proyecto de Ley (S-1691/16) cuyo objetivo es crear un Plan de Ingreso Integral para acompañar a los jóvenes en proceso de transición del sistema de protección de derechos a la vida autónoma.

## VI. La necesidad de un cambio en la intervención de los operadores judiciales

Atendiendo a la intervención que corresponde a la Unidad en el marco del expediente judicial para el control de la internación psiquiátrica, no puedo más que concluir que se advierte la necesidad de abordar la problemá-

13 En “Hacia una teoría general de la calle”, Kurt Shaw (2002) propone herramientas para salir de la calle.

14 Por ejemplo, el Sistema Sostén dependiente de la Procuración de la provincia de Buenos Aires, la Fundación Doncel ([www.doncel.org.ar](http://www.doncel.org.ar)), la Asociación Civil Casona de Barriletes (<https://lacasona.org.ar>). Cabe señalar que el Sistema Sostén (Ley 11.852), según informó la Coordinadora María Alegre a la Unidad, actualmente brinda acompañamiento a 200 jóvenes con domicilio en provincia de Buenos Aires, cuentan con solo 11 acompañantes y una beca de \$900 para cada joven, que puede duplicarse.

tica desde un lugar de verdadera protección integral. No solo se requieren políticas públicas, también se requiere un rol más activo en la defensa de los derechos de estos NNyA y en la exigencia en su cumplimiento y la intervención del Poder Judicial ante el incumplimiento de las acciones positivas a cargo del Poder Ejecutivo.

En efecto, deviene necesario trabajar en la promoción de todos los derechos y la inclusión social de estos NNyA, poniendo en marcha –o exigiendo la creación– aquellos programas o recursos destinados a garantizar los derechos de los niños. El norte debe ser acercar el discurso de los derechos a la realidad.

Debo aquí aclarar que no es mi intención judicializar la pobreza. Debo además destacar que estos NNyA ya se encuentran en un expediente judicial, con intervención de un juez civil, un Defensor de Menores e Incapaces, la defensa del art. 22 de la Ley 26.657, el CDN-NyA; y si no tiene representantes legales también estará el Defensor Tutor, y eventualmente si entró en conflicto con la ley penal –que sucede en varios casos– también la SENNAF, el juez y defensor penal correspondiente.

He aquí una lista de operadores judiciales y de la administración local y nacional, a la que podemos incluir los profesionales de la salud, que pueden coadyuvar a revertir la situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentran estos NNyA. Pero para ello será necesario que se mire más allá del “objeto” del expediente judicial, en todos los fueros. Resulta fundamental que todos los operadores trabajemos de manera conjunta en pos de restablecer los derechos de estos NNyA.

Específicamente, y considerando que la defensa pública debe “garantizar el acceso a la justicia en tanto derecho humano fundamental es, a la vez, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que



hubiesen sido desconocidos o vulnerados”<sup>15</sup>, y la profusa normativa aplicable a salud mental y niñez que brega por estos derechos, sin perjuicio de las incumbencias de los distintos organismos, desde este Ministerio Público debemos peticionar en resguardo de los derechos fundamentales de los NNyA.

Particularmente el nuevo Código Civil, en el art. 103, impone al Ministerio Público un rol más activo, “reforzado y resignificado conforme a un enfoque de derechos humanos, constituye una pieza clave en el “plus de protección” destinado a los vulnerables” (Yuba 2015, 358).

Como indican las Reglas de Brasilia, el sistema judicial debe ser un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Por ello, frente a la entidad de vulneración de derechos descripta, sea por acción u omisión, debe exigirse lo propio al Poder Judicial que intervenga para señalar a los otros poderes del Estado la conducta debida (Abramovich, Courtis 2002, 135).

Es que los derechos económicos, sociales o culturales, a la luz del principio de efectividad del art. 29 de la Ley 26.061, no son solo una nómina de derechos o simples reconocimientos, sino que debe exigirse al Estado acciones positivas “en su carácter del principal ‘removedor’ de obstáculos de cualquier índole que impidan el pleno goce y ejercicio de los derechos de las personas en pos de su efectivo desarrollo como tales”. (Gil Domínguez, Fama, Herrera 2012). Ya en el fallo “Niños de la Calle” la CIDH fijó como estándar que el Estado debe garantizar condiciones de vida dignas<sup>16</sup>.

En consecuencia, bajo estos lineamientos,

entiendo necesario revisar las prácticas actuales, dar una nueva mirada, ofrecer una defensa orientada a sortear el abismo existente, por un lado, entre la realidad de estos niños en situación de calle con consumo problemático, y por el otro, entre el discurso jurídico que brega por su sano desarrollo.

## VII. A modo de conclusión

Los llamados chicos en la calle en la Ciudad de Buenos Aires representan la cara más visible de una situación social que se sustenta, indudablemente, en la más absoluta injusticia (Dirección General de Niñez y Adolescencia de la Ciudad de Buenos Aires 2006)

Repensar el abordaje deviene imprescindible, como así también políticas públicas que ofrezcan reales soluciones que permitan el desarrollo integral y una verdadera atención e inclusión a los NNyA en situación de calle.

A los positivos cambios normativos hace falta acompañarlos con nuevas prácticas judiciales. Visibilizarlo con este artículo, entiendo, es un primer paso para trabajar en pos de una niñez con más derechos.

## Bibliografía

Abramovich, Víctor y Christian Courtis. 2002. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Ed. Trotta.

Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires. 2012. “Atención Clínica y social de las adicciones en servicios del sistema de Salud. Período 2010”. Consultado: 20 de junio de 2016. [http://www.agcba.gov.ar/docs/inf-20120711\\_1277---Atencion-Clinica-y-Social-de-las-Adicciones-del-Sistema-de-la-S.pdf](http://www.agcba.gov.ar/docs/inf-20120711_1277---Atencion-Clinica-y-Social-de-las-Adicciones-del-Sistema-de-la-S.pdf)

Bellof, Mary. 2009. “Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regiona-

15 Cf. Res. DGN 1305/11.

16 Cf. Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villa-grán Morales y otros) v Guatemala. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C. Nº 63.



les de protección a la niñez en América Latina”. En: *La cultura penal: Homenaje al Profesor Edmundo Hendler*. Buenos Aires: Ed. Didot.

Damin, Carlos. 2010. “Consumo problemático de Sustancias psicoactivas”. En: *Guía de orientación a la magistratura para la adecuada atención de personas consumidoras de sustancias psicoactivas* (Miguel Arnedo, dir.). Buenos Aires: Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Consultado: 20 de junio de 2016. [http://www.fmed.uba.ar/depto/toxico1/guia\\_magistratura.pdf](http://www.fmed.uba.ar/depto/toxico1/guia_magistratura.pdf)

Dirección General de Niñez y Adolescencia de la Ciudad de Buenos Aires. 2006. “Situación de niños, niñas y adolescentes en las calles de la Ciudad de Buenos Aires. Informe basado en 1.666 entrevistas realizadas en el Centro de Atención Integral a la Niñez y Adolescencia (CAINA) entre 1991 y 2003”. Consultado: 20 de junio de 2016. <http://docplayer.es/1492425-Situacion-de-ninos-ninas-y-adolescentes-en-las-calles-de-la-ciudad-de-buenos-aires.html>

Epele, María. 2010. *Sujetar por la herida. Una etnografía sobre drogas, pobreza y salud*. Buenos Aires: Ed. Paidós.

Eroles, Carlos, Adriana Fazzio y Gabriel Scandizzo. 2002. *Políticas Públicas de infancia. Una mirada desde los derechos*. Buenos Aires: Ed. Espacio.

García Silva, Rodolfo. 2014. *Los Chicos en la Calle*. Buenos Aires: Ed. Espacio.

Giberti, Eva, Jorge Garaventa y Silvio Lamberti. 2005. *Vulnerabilidad, desvalimiento y maltrato infantil en las organizaciones familiares*. Buenos Aires: Ed. Noveduc.

Gil Domínguez, Andrés, María Victoria

Fama y Marisa Herrera. 2012. *Ley de Protección Integral de NNyA. Derecho Constitucional de Familia*. Buenos Aires: Ed. Ediar.

Guemureman, Silvia. s/f. “Institucionalización psiquiátrica de NyA en CABA: entre la Locura, la adicción y el desamparo. Consultado: 12 de septiembre de 2016. [http://actacientifica.servicioit.cl/biblioteca/gt/GT24/GT24\\_Guemureman.pdf](http://actacientifica.servicioit.cl/biblioteca/gt/GT24/GT24_Guemureman.pdf)

Paveto, Ricardo. 2010. “Breves cuestiones sobre las políticas de drogas y las estrategias de reducción de daños y riesgos aplicada en materia de adicciones”. En: *Paco, una década después...estructura de un problema y compilación normativa* (Torres, S.; Marrazo L. e Iglesias D. comps.). Buenos Aires: Ed. Ediar.

Román, Valeria. 2016. “Drogas: ahora se interna el doble de adictos que hace 10 años”. Clarín. 26 de junio. Consultado: 26 de junio de 2016. [http://www.clarin.com/salud/Drogas-ahora-interna-doble-adictos\\_0\\_1602439747.html](http://www.clarin.com/salud/Drogas-ahora-interna-doble-adictos_0_1602439747.html)

Shaw, Kurt. 2002. “Hacia una teoría general de la calle”. Consultado: 20 de junio de 2016. [https://www.minsalud.gov.co/salud/Documents/observatorio\\_vih/documentos/literatura\\_interes/Hacia%20una%20teoria%20general%20sobre%20ni%C3%B1os%20de%20la%20calle.pdf](https://www.minsalud.gov.co/salud/Documents/observatorio_vih/documentos/literatura_interes/Hacia%20una%20teoria%20general%20sobre%20ni%C3%B1os%20de%20la%20calle.pdf)

Vasilachis de Gialdino, Irene. 2003. *Pobres, Pobreza y Representaciones Sociales*. Barcelona: Ed. Gedisa

Yuba, Gabriela, “La Representación y Asistencia de las Personas Menores de edad, Incapaces y con capacidad restringida. El Rol del Ministerio Público”. *Revista Derecho Privado y Comunitario. Personas Humanas*. 3. Buenos Aires: Ed. Rubinzal –Culzoni.

MARÍA LAURA FOLGAR

## Jurisprudencia internacional

Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C. N° 63.

## Documentos de organismos internacionales

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). 2016. *Informe Mundial sobre las Drogas 2016*. Consultado: 20 de junio de 2016. [http://www.unodc.org/doc/wdr2016/WDR\\_2016\\_ExSum\\_spanish.pdf](http://www.unodc.org/doc/wdr2016/WDR_2016_ExSum_spanish.pdf).

Organización de los Estados Americanos (OEA). 2013. *El Problema de las drogas en las Américas: Estudios*. [http://www.cicad.oas.org/drogas/elinforme/informeDrogas2013/drugsPublicHealth\\_ESP.pdf](http://www.cicad.oas.org/drogas/elinforme/informeDrogas2013/drugsPublicHealth_ESP.pdf)

Unicef. 2006. *Glosario para el correcto Tratamiento de la Información sobre Infancia y Adolescencia*. Consultado: 20 de junio de 2016. <http://www.unicef.org/argentina/spanish/3.Glosario.pdf>

# El rol del Órgano de Revisión de Salud Mental en la prevención y protección de derechos humanos de las personas usuarias de servicios de salud mental

## **Gabriela Spinelli**

*Abogada (UBA). Maestranda en Diseño de Políticas y Programas Sociales (FLACSO). Posgraduada en Determinantes Sociales de la Salud Mental (FSCOC. UBA). Funcionaria de la Defensoría General de la Nación, integrante de la Secretaría Ejecutiva del Órgano de Revisión de la Ley de Salud Mental.*

## **I. Introducción**

La sanción de la Ley Nacional de Salud Mental (N° 26.657 LNSM)<sup>1</sup> marcó un hito en el camino de desandar el paradigma, aún hoy fuertemente instalado en Argentina, basado en el encierro y la segregación de las personas usuarias de los servicios de salud mental, y en la sustitución de su voluntad bajo una pretendida finalidad de protección.

La LNSM recepta los estándares internacionales y, en ese sentido, avanza hacia el reconocimiento de esas personas como sujetos de derechos y hacia el respeto de su voluntad, al tiempo que reconoce el derecho a la protección de la salud mental desde un enfoque de derechos humanos.

El encierro, como modelo sistemático en grandes manicomios basado en la noción del “loco peligroso”, fue superado -al menos normativamente- con el modelo social propuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), la LNSM y el recientemente sancionado Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC).

---

<sup>1</sup> Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 (BO 03/12/2010).

Entre los mecanismos que la ley previó para garantizar la efectiva protección de los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud mental, en particular de aquellas privadas de libertad en instituciones psiquiátricas, así como para prevenir y erradicar las violaciones de derechos humanos a las que este grupo ha estado históricamente sometido, se destaca –entre otros– el Órgano de Revisión Nacional (ORN) con amplias facultades en materia de supervisión y control de los tratamientos en salud mental.

En este trabajo, nos proponemos analizar brevemente el rol del ORN en la prevención y protección de derechos humanos de las personas usuarias de servicios de salud mental, en particular, en la prevención del maltrato en instituciones monovalentes de salud mental y las principales acciones llevadas a cabo en ese sentido.

## II. Antecedentes de la creación del Órgano de Revisión de Salud Mental

Ya en la Declaración de Caracas, adoptada por la Conferencia para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina en 1990, los ministros y ministras de salud de los países de la Región habían reconocido que el *hospital psiquiátrico* crea condiciones desfavorables que ponen en peligro los derechos humanos y civiles de las personas usuarias de los servicios de salud mental y, en consecuencia, recomendaron una reestructuración de la atención psiquiátrica ligada a la atención primaria de la salud, *donde los recursos, cuidados y tratamiento provistos deben, entre otras cuestiones, salvaguardar, invariablemente, la dignidad personal y los derechos humanos y civiles*<sup>2</sup>.

2 Declaración de Caracas. Adoptada por aclamación por la Conferencia Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina dentro de los Sistemas Locales de Salud, convocada por la Or-

Desde esa perspectiva, la supervisión y el monitoreo son clave para asegurar la protección de los derechos humanos de las personas internadas en las instituciones. Así, numerosos instrumentos internacionales recomiendan la necesidad de contar con organismos independientes que revisen los criterios y las condiciones de las internaciones por salud mental.

Entre ellos, la CDPD requiere que los Estados parte prevengan todas las formas de “explotación, violencia y abuso” asegurando el monitoreo efectivo de todas las instituciones y programas que provean servicios a las personas con discapacidades, mediante autoridades independientes<sup>3</sup>.

De igual manera, los Principios de Salud Mental determinan que deberá establecerse un órgano de revisión imparcial e independiente para examinar las internaciones, y que este órgano debería ser asesorado por profesionales de la salud mental independientes. Además, estipulan la necesidad de establecer mecanismos para inspeccionar las *instituciones psiquiátricas, presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes*<sup>4</sup>.

También, la CIDH le recomendó a los Estados que apoyen la creación de organismos que supervisen el cumplimiento con las normas de derechos humanos en todas las instituciones y servicios de atención psiquiátrica en cuya conformación deben incluirse a los usuarios, sus

ganización Mundial de la Salud/Organización Panamericana de la Salud (OMS/OPS), Caracas, Venezuela, 14 de noviembre de 1990.

3 CDPD, art. 16, inciso 3º.

4 Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental. Adoptados por la Asamblea General (ONU) en su resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991. Anexo, principios 17 y 22.

familiares, los representantes de los usuarios y los trabajadores de la salud mental<sup>5</sup>.

De acuerdo con el Relator Especial sobre el Derecho a la Salud de ONU, las personas con discapacidad psicosocial deben contar con mecanismos de vigilancia y rendición de cuentas que sean eficaces, transparentes y accesibles. El incremento del monitoreo, sostiene el relator, es una de las medidas más urgentes que deberán adoptar muchos Estados para facilitar la realización efectiva del derecho a la salud de las personas con discapacidad mental<sup>6</sup>.

En el informe *Vidas arrasadas* (CELS, 2008), que documentó violaciones a los derechos perpetrados contra las, aproximadamente, 25.000 personas que –al momento de su realización– estaban *detenidas*<sup>7</sup> en las instituciones psiquiátricas argentinas, se formularon diversas recomendaciones tendientes a evitar esas graves violaciones de derechos humanos. Entre ellas, se incluyó la de sancionar una ley nacional de salud mental que, entre otras garantías, asegure *el derecho a la revisión periódica por un órgano de revisión independiente e imparcial de las internaciones involuntarias*.

La importancia de un organismo de vigilancia independiente, también fue señalada por la Organización Mundial de la Salud

(OMS)<sup>8</sup>, quien destaca que la legislación de salud mental más moderna contiene garantías legales que establecen la creación de órganos de revisión para proteger los derechos humanos de las personas usuarias de los servicios de salud mental.

Otro organismo que mostró preocupación por la puesta en funcionamiento del ORN fue el Sub Comité de Prevención de la Tortura (SPT) quien, como resultado de la visita que realizó a nuestro país, en el marco del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura (OPCAT) –que fue ratificado por Argentina en 2004–, recomendó celeridad en la conformación del “órgano de revisión” competente para monitorear el estatuto de las internaciones en centros monovalentes<sup>9</sup>.

En cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos, y siguiendo las recomendaciones de los diversos organismos precedentemente referidos, la Argentina sanciona la Ley Nacional de Salud Mental que crea el ORN, donde se reconoce, por un lado, el derecho de las personas usuarias de servicios de salud mental a la supervisión periódica de las internaciones y, por otro, se le atribuye a ese organismo la función de supervisar las condiciones en las que se desarrollan esas internaciones.

### III. Conformación, funciones y competencia

En efecto, la LNSM creó el ORN<sup>10</sup> como organismo de protección de derechos hu-

5 CIDH, *Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Sobre la Promoción y Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental*, 111º período extraordinario de sesiones, del 4 de abril de 2001.

6 Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt, Informe E/ CN.4/2005/51, 14 de febrero de 2005, Comisión de Derechos Humanos 61º período de sesiones, Tema 10.

7 Desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, queda claro que la internación involuntaria es una restricción de la libertad ambulatoria, y diversos instrumentos jurídicos reconocen esta clasificación. En el mismo sentido está reconocida por la LNSM y por el CCyCN.

8 Manual de Recursos sobre Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación, OMS, Ginebra, 2006.

9 Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (SPT), Naciones Unidas. Informe sobre la visita a Argentina, realizada del 18 al 27 de abril de 2012. Disponible en [http://www.apt.ch/es/news\\_on\\_prevention/spt-publica-informe-de-su-primera-visita-a-argentina/#.V3Kq2\\_krLcd](http://www.apt.ch/es/news_on_prevention/spt-publica-informe-de-su-primera-visita-a-argentina/#.V3Kq2_krLcd)

10 Art. 38.

manos y, a fin de garantizar su independencia, escogió como ámbito de funcionamiento el *Ministerio Público de la Defensa*, quien ejerce la presidencia, representación legal y coordinación, a través de una *Secretaría Ejecutiva*. A su vez, estableció una composición intersectorial y equitativa entre organismos estatales y no estatales, integrada por el Ministerio de Salud, la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y el Ministerio Público de la Defensa –todos de la Nación–, y tres organizaciones de la sociedad civil, entre las que se incluyen organizaciones de personas usuarias de servicios de salud mental<sup>11</sup>.

Apenas reglamentada la LNSM, la Defensora General de la Nación, Stella Maris Martínez, nombró a sus representantes ante el ORN<sup>12</sup>, designó a la Secretaria Ejecutiva<sup>13</sup> y dotó, a esa dependencia, de los recursos físicos y humanos para la puesta en funcionamiento. El ORN entró formalmente en funciones luego de que todos los organismos estatales designaran sus representantes y, por decisión fundada, seleccionaran a las organizaciones no gubernamentales que lo integrarían<sup>14</sup>.

Las funciones del ORN están previstas básicamente en el art. 40 de la LNSM y complementadas por otros artículos vinculados con los derechos de las personas usuarias de los

servicios de salud mental<sup>15</sup> y con el régimen de internaciones<sup>16</sup>, así como con algunas previsiones que, al respecto, establece el decreto reglamentario N° 603/13<sup>17</sup>, aunque la enumeración no es taxativa.

El derecho a la revisión periódica de las internaciones ha sido también previsto en el nuevo CCyC que, como ya habíamos señalado en otro trabajo (Amendolaro, 2015), receptó -en materia de internaciones involuntarias- todos los parámetros de la Ley Nacional de Salud Mental. Así, el art. 41 *in fine* indica que la internación “*debe ser supervisada periódicamente*”, y de ello se deduce la compatibilidad con algunas de las funciones del ORN previstas en la LNSM y con el *derecho a que, en el caso de internación involuntaria o voluntaria prolongada, las condiciones de la misma sean supervisadas periódicamente por el Órgano de Revisión*” (art. 7, inc. h).

Esas funciones —atribuidas por la ley al ORN— podrían dividirse en tres grupos:

a) *Funciones operativas* que prevén la intervención en casos concretos, entre las cuales se destaca la revisión de las internaciones involuntarias<sup>18</sup> y las voluntarias prolongadas<sup>19</sup>; el control de que las derivaciones, fuera del ámbito comunitario, cumplan las previsiones del art. 30<sup>20</sup>; y el cuidado por el cumplimiento de los derechos de las personas en procesos de declaración de inhabilidad<sup>21</sup>;

b) *Funciones de supervisión y monitoreo de las condiciones de alojamiento*<sup>22</sup> y

11 Ley 26.657 y Decreto Reglamentario 603/2013, arts. 38 y 39.

12 Los representantes titular y suplente del MPD ante el ORN fueron designados por Resolución DGN N° 1372/13.

13 María Graciela Iglesias fue designada como Secretaria Ejecutiva del ORN por Resolución DGN N° 797/13.

14 La conformación del primer período de funcionamiento del ORN fue aprobada por Resolución SE N° 1/13 publicada en el BO 21-11-2013 y, por Resolución N° 18/15, se aprobó la segunda integración que fue publicada en el BO N° 33.263.

15 Art. 7 inc. j).

16 Arts. 17, 21, 24, 25, 29, 30.

17 Arts. 7, incs. j) y m); 31 y 39.

18 Arts. 7 inc. h); 40 inc. c); 21, 24, 25, 26 y 40 inc. l).

19 Arts. 7 inc. h) y 18.

20 Arts. 40 inc. d) y 30.

21 Art. 40 inc. l).

22 Art. 40 inc a) y b).



c) *Funciones político institucionales*, tales como realizar recomendaciones a la autoridad de aplicación<sup>23</sup>, realizar propuestas de modificación a la legislación en salud mental tendientes a garantizar los derechos humanos<sup>24</sup>, controlar el cumplimiento de la ley de salud mental, en particular en lo atinente al resguardo de los derechos humanos de los usuarios del sistema de salud mental<sup>25</sup>; requerir la intervención judicial ante situaciones irregulares<sup>26</sup> y hacer presentaciones ante el Consejo de la Magistratura o el organismo que en cada jurisdicción evalúe y sancione la conducta de los jueces en las situaciones en que hubiere irregularidades<sup>27</sup>.

En relación con la competencia del ORN, la norma en cuestión es respetuosa de las competencias provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires (CABA) y, en esa inteligencia, el Decreto N° 603/13 precisa —en su artículo 40— que el ORN podrá ejercer sus funciones de modo facultativo en todo el Territorio Nacional, en articulación con el Órgano de Revisión local, cuando considere la existencia de situaciones de urgencia y gravedad institucional. Y, en los casos particulares que estén bajo proceso judicial con competencia de la justicia federal, provincial o de la CABA, deberá intervenir el Órgano de Revisión Local aun cuando —como en el caso de la CABA— la justicia interviniente fuese nacional<sup>28</sup>. Sin perjuicio de ello, en este último supuesto, el ORN podrá ejercer subsidiariamente dichas funciones.

23 Art. 40 inc. h.

24 Art. 40 inc. i).

25 Art. 40 inc. k).

26 Art. 40 inc f).

27 Art. 40 inc. g).

28 Decreto N° 603/13, cláusula transitoria in fine.

#### IV. La supervisión y monitoreo de las condiciones de internación y la prevención del maltrato

Las funciones de supervisión y monitoreo resultan medulares para el funcionamiento del ORN en tanto permiten identificar problemáticas estructurales, realizar diagnósticos y elaborar informes o propuestas a fin de promover prácticas acordes a los estándares nacionales e internacionales y erradicar, en todo el país, aquellas que se aparten de ese piso mínimo.

Estas funciones se llevan a cabo a través de visitas a instituciones, tanto para la intervención en casos individuales, como para monitoreos integrales de distintos establecimientos. Para los monitoreos, el ORN aplica un instrumento<sup>29</sup> que cuenta con cinco instancias de relevamiento de información, las cuales están organizadas en cuatro dimensiones: documentación, observación, entrevistas y situación jurídica. Además, incluye un apartado que busca recabar información sobre cuestiones vinculadas a identidad de género<sup>30</sup>.

En 2014 se realizaron doscientas visitas institucionales, como resultado de denuncias y de intervenciones en situaciones individuales. Además, en ese año se llevaron a cabo cinco monitoreos integrales a instituciones monovalentes. En 2015 se realizaron 238 visitas a instituciones de salud mental, en 45 instituciones distintas, incluidos programas que funcionan en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal. De esas visitas, 26 inspecciones fueron monitoreos integrales a siete instituciones<sup>31</sup>.

29 El *Instrumento de Monitoreo* fue aprobado por Resolución N° 14/15 y puede verse en [www.mpd.gov.ar/pdf/Resol%20SE%2014%2015%20Aprobaci%C3%B3n%20del%20Instrumento%20de%20Monitoreo.pdf](http://www.mpd.gov.ar/pdf/Resol%20SE%2014%2015%20Aprobaci%C3%B3n%20del%20Instrumento%20de%20Monitoreo.pdf)

30 Este apartado fue elaborado con el asesoramiento de la Comisión de Género de la DGN.

31 Al respecto, ver Informe de gestión 2014 del Órgano



Producto de esos monitoreos, se constató la existencia de salas de aislamiento y prácticas injustificadas de contención, el uso de terapia electroconvulsiva (electroshock), la internación y la medicalización como base prioritaria del abordaje terapéutico, internaciones prolongadas por razones sociales, así como irregularidades vinculadas con las historias clínicas y con la ausencia del consentimiento informado en internaciones calificadas como voluntarias.

Con respecto a niñas y niños, se constató que las respuestas priorizan: el alojamiento en hospitales monovalentes, en muchos casos junto con personas adultas; el uso frecuente de prácticas de sujeción mecánica y de medicalización; y la absoluta insuficiencia de políticas específicas que garanticen la continuidad de sus cuidados por fuera del ámbito hospitalario.

Se verificó, además, la insuficiencia de dispositivos de salud mental de base comunitaria que permitan hacer efectivo el derecho a la inclusión comunitaria de las personas con discapacidad psicosocial y la sustitución de los hospitales monovalentes. Esa deficiencia motivó una continuidad de la lógica monovalente: en efecto, en el año 2014 se constató que el 88% de las internaciones comunicadas al ORN, se trataba de internaciones acaecidas en hospitales monovalentes, y no en hospitales generales como establece la LNSM<sup>32</sup>.

Las irregularidades verificadas dieron lugar al dictado de distintas resoluciones por parte de la Secretaría Ejecutiva del ORN, para requerirle a las instituciones que se adecuaban a los estándares vigentes en materia de

salud mental y derechos humanos, la puesta en conocimiento de los incumplimientos a las autoridades responsables y también la formulación de algunas denuncias penales.

Como consecuencia del funcionamiento del ORN, lograron cerrarse las celdas y salas de aislamiento de tres clínicas privadas de la provincia de Buenos Aires y de un hospital monovalente de esa misma jurisdicción, donde había sido constatada su existencia<sup>33</sup>. Además, se logró la suspensión de dos obras en dos provincias que, bajo el pretexto de una refuncionalización, pretendían fortalecer los hospitales psiquiátricos en franca contravención a las previsiones del art. 28 de la LNSM, que prohíbe la creación de nuevos manicomios y promueve la adecuación de los existentes hasta su sustitución definitiva.

Por otra parte, y con la finalidad de propender a la erradicación de algunos de los patrones estructurales que fueron identificados dentro de las prácticas manicomiales, se elaboró una recomendación tendiente a que se investiguen la totalidad de las muertes ocurridas en contextos de encierro por salud mental<sup>34</sup>; y otra, que promueve la prohibición de la aplicación del método electroconvulsivo<sup>35</sup>.

Las muertes en contextos de encierro por salud mental raramente son investigadas. En ese contexto, el ORN estableció que toda muerte producida en contexto de encierro, en instituciones públicas y privadas de salud mental, debe ser investigada –aún aquellas co-

---

de Revisión en [www.mpd.gov.ar/pdf/Resolucion%20SE%2005%202015.pdf](http://www.mpd.gov.ar/pdf/Resolucion%20SE%2005%202015.pdf)) e Informe Anual 2015 del Ministerio Público de la Defensa (p. 269-279), en [www.mpd.gov.ar/pdf/Informe%20Anual%202015.pdf](http://www.mpd.gov.ar/pdf/Informe%20Anual%202015.pdf).

32 Al respecto, ver Informe de gestión 2014 del Órgano de Revisión y el Informe Anual MPD 2015 (269-279).

33 La “salas de aislamiento” están prohibidas en la legislación argentina (art. 14 del Decreto 603/2013). Para más información, ver Informe Anual MPD 2015 (272).

34 Ver el “Documento sobre Muertes en Instituciones Monovalentes de Salud Mental” de la Secretaría Ejecutiva del Órgano de Revisión, disponible en [www.mpd.gov.ar/pdf/RE%20SE%20N%C2%BA%2015-2014.pdf](http://www.mpd.gov.ar/pdf/RE%20SE%20N%C2%BA%2015-2014.pdf)

35 Ver el “Dictamen sobre el uso de Electroshock” del ORN, disponible en [www.mpd.gov.ar/pdf/RE%20SE%20N%C2%B0%2017\\_14.pdf](http://www.mpd.gov.ar/pdf/RE%20SE%20N%C2%B0%2017_14.pdf).

múnmente denominadas “muertes naturales” –, y se requirió a dichas instituciones que, en todo fallecimiento, se disponga como primera medida la inmediata intervención de la justicia penal. Similares resoluciones fueron dictadas por el Órgano de Revisión de la provincia de Buenos Aires (ORPBA) y por el Ministerio de Salud de la provincia de Salta<sup>36</sup>. A su vez, como consecuencia de la resolución dictada por el ORN, la Suprema Corte de la PBA dispuso la creación de un “Registro único de personas fallecidas en condiciones de encierro”.

Por su parte, el uso del electroshock contrapone abiertamente a la normativa internacional que protege a los derechos de las personas con discapacidad psicosocial, principalmente, la CDPD y su Protocolo Facultativo, y los instrumentos de prevención contra la tortura y los malos tratos. Los Relatores Especiales de Naciones Unidas contra la Tortura<sup>37</sup> de los períodos 2008 y 2013 cuestionaron el método. Y, en el último informe, se consideró a la utilización forzosa o no consentida del electroshock “como una práctica contraria a la prohibición absoluta de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes” y se exhortó a los Estados miembros a imponer su “prohibición absoluta”.

En ese marco, y basado en una interpretación armónica del marco de protección de derechos humanos, el ORN recomendó erradicar su uso. En la resolución se tuvo en consideración las importantes controversias que existen en el ámbito sanitario y se destacó, además, la inexistencia de evidencia científica de que los cuadros para los que suele indicarse no puedan ser abordados con otras

estrategias terapéuticas. El ORPBA adhirió a la recomendación dictada por el ORN en todo el territorio de esa provincia, y solo tres jurisdicciones del país han manifestado el sostenimiento de ese método en instituciones del ámbito público.

Con el propósito de que cada jurisdicción del país cuente con un mecanismo de control externo a los servicios de salud mental que permita prevenir malos tratos y coadyuvar a la integridad psicofísica de las personas internadas, el ORN ha promovido también la creación de órganos de revisión locales en cada jurisdicción. Hasta la fecha, se han creado cuatro órganos de revisión de los cuales tres están en pleno funcionamiento y, en al menos, seis provincias se han presentado proyectos de ley para su creación<sup>38</sup>.

## V. Las observaciones del Comité de Derechos Humanos al Estado argentino sobre el maltrato en instituciones monovalentes de salud mental

En ocasión de la cuarta evaluación de Argentina en su cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos<sup>39</sup> le recomendó al Estado tomar medidas con miras a proteger los derechos de las personas con padecimientos en su salud mental, de conformidad con el referido Pacto, y adecuar la legislación y práctica a los estándares internacionales relativos a los derechos de estas personas.

Ahora, en el marco de la quinta revisión periódica sobre Argentina, el referido Comité insistió en su preocupación sobre las medidas para prevenir y sancionar el maltrato en centros psiquiátricos en este país y le requirió al

36 Resolución 379D/15 del 28-05-2015, BO Salta 4/6/2015, Ministerio de Salud Pública de Salta.

37 Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak A/63/175 y Juan E. Méndez A/HRC/22/53. Asamblea General (ONU).

38 Ver Apartado sobre ORL en Informe de Gestión MPD 2015 (269) y en Informe de Gestión MPD 2014 (13).

39 ONU. Comité Derechos Humanos. *Observaciones finales, Argentina*. CCPR/C/ARG/CO/4. Par. 24

Estado argentino que informe sobre la adopción de tales medidas<sup>40</sup>.

La respuesta brindada por el Estado argentino al punto 14 de la Lista de Cuestiones fue exigua e insuficiente. En efecto, se limitó a responder que el Decreto Reglamentario 603/13 implicó la protección de los derechos de las personas con padecimiento mental y, si bien es cierto que dicho decreto fue un claro avance normativo que debe ser fortalecido y preservado en su vigencia jurídica, lo cierto es que no se brindaron datos concretos de la problemática señalada por el Comité, ni se mencionaron cuáles pudieron haber sido las medidas adoptadas para intentar resolver la cuestión.

Ese déficit fue señalado en el informe alternativo presentado por el Ministerio Público de la Defensa<sup>41</sup>, donde se le sugirió al Comité que -en la temática- le recomiende al Estado argentino que: adopte medidas tendientes a prevenir posibles actos de malos tratos en establecimientos de salud mental, en particular mediante el fortalecimiento de la vigencia, aplicación, e implementación efectiva de la LNSM y su Decreto Reglamentario 603/2013 y el fortalecimiento de la labor, y la obligatoriedad del cumplimiento de los dictámenes del ORN, contribuyendo además a la creación de órganos de revisión en cada provincia.

## VI. Algunas palabras finales

A partir del desarrollo de las funciones del ORN y de las acciones implementadas, nos propusimos analizar de qué modo la creación de uno de los mecanismos previs-

tos por la LNSM para la protección de los derechos humanos de las personas con padecimientos en su salud mental, había incidido en la prevención del maltrato en los centros de salud mental.

Consideramos que la puesta en funcionamiento del ORN ha sido, sin duda, un avance en ese sentido. El cierre de las salas de aislamiento, la suspensión de obras que fortalecían los manicomios, el dictado de recomendaciones generales vinculadas con la investigación de las muertes ocurridas en contextos de encierro por salud mental y con la abolición del electroshock, así como la intervención en casos individuales que, no sin dificultades, han ofrecido alternativas concretas que deslegitiman la internación psiquiátrica forzada como único recurso posible frente al padecimiento psíquico, dan cuenta de algunos incipientes pero importantes logros en la protección de los derechos humanos de las personas con padecimiento en su salud mental, en particular de aquellas internadas.

A su vez, la presencia de los organismos de control genera un movimiento que sacude el *status quo* de las instituciones asilares y motorizan transformaciones que van incidiendo en los procesos de adecuación institucional a los estándares de derechos humanos.

En ese sentido, la progresiva transformación de las políticas públicas en salud mental, centradas en la segregación en instituciones manicomiales como principal respuesta, en parte depende de la intervención del ORN así como de otros organismos, tales como la Unidad de Letrados (Art. 22 Ley 26.657) contemplados en la LNSM.

Entendemos que la intervención del ORN contribuye, por un lado, a modificar patrones estructurales de violaciones de derechos humanos en el ámbito de los servicios de salud mental, pero, al mismo tiempo, propende a uniformar el control y propiciar que las jurisdicciones monitoreen en sus ámbitos de competencia la plena efectividad de la LNSM

40 ONU. Comité de Derechos Humanos. *Lista de cuestiones previa a la presentación del quinto informe periódico de la Argentina*, CCPR/C/ARG/QPR/5, 28 de abril de 2014, p 4.

41 Informe alternativo del MPD. Examen del Estado argentino ante el Comité de DDHH ONU (5to ciclo). Buenos Aires, Argentina, 27 de mayo de 2016. (42-43)

que configura uno de los pilares del sistema de protección de derechos humanos.

Sin embargo, la complejidad del proceso de cambio propuesto por la LNSM y por el Sistema de Derecho Internacional de Derechos Humanos demanda una férrea decisión política de transformación del sistema de salud mental y el compromiso de todos los operadores y operadores involucrados en la temática.

## Bibliografía

Amendolaro, Roxana. 2015. "Salud Mental y Código Civil Argentino en el Siglo XXI: Cambio Cultural, Interdisciplina, Capacidad Jurídica, Internación. Derecho de Familia". *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* (69): 44-66

Kraut, Alfredo J. 2015. "Comentario a los arts. 31 a 50". En: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo I*, dirigido por Ricardo Lorenzetti, 125-278. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.

Laufer Cabrera, Mariano. 2011. "Reflexiones sobre la Ley Nacional de Salud Mental N° 26657: su impacto sobre la administración de justicia, la Defensa Pública, y el ámbito de la infancia". En: *Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública*, 191:211. Buenos Aires: Unicef.

CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) y MDRI (Mental Disability Rights International). 2008. *Vidas arrasadas: la segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos. Un informe sobre Derechos Humanos y Salud Mental*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

## Documentos de organismos internacionales

CIDH, *Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre*

*la Promoción y Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental*, 111° período extraordinario de sesiones, del 4 de abril de 2001.

Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre Argentina*, 98° período de sesiones (ONU), CCPR/C/ARG/CO/4, 31 de marzo de 2010.

Comité de Derechos Humanos, *Lista de cuestiones previa a la presentación del quinto informe periódico de la Argentina*, CCPR/C/ARG/QPR/5, 28 de abril de 2014.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 61/106, 24 de enero de 2007.

Declaración de Caracas. Adoptada por aclamación por la Conferencia Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina dentro de los Sistemas Locales de Salud, convocada por la Organización Mundial de la Salud/Organización Panamericana de la Salud (OMS/OPS), Caracas, Venezuela, 14 de noviembre de 1990.

Organización Mundial de la Salud (OMS), *Manual de Recursos sobre Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación*, Ginebra, 2006.

Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental. Adoptados por la Asamblea General (ONU) en su resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991.

Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt, Informe E/ CN.4/2005/51, 14 de febrero de 2005, Co-

## GABRIELA SPINELLI

misión de Derechos Humanos (ONU) 61º período de sesiones, Tema 10.

Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, Informe A/63/175, Asamblea General (ONU), 63º período de sesiones, 28 de julio de 2008.

Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, Informe A/HRC/22/53, Asamblea General (ONU), Comisión de Derechos Humanos, 28º período de sesiones, 5 de marzo de 2015.

Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (SPT), Naciones Unidas. *Informe sobre la visita a Argentina*, realizada del 18 al 27 de abril de 2012. Disponible en [http://www.apt.ch/es/news\\_on\\_prevention/spt-publica-informe-de-su-primera-visita-a-argentina/#.V3Kq2\\_krLcd](http://www.apt.ch/es/news_on_prevention/spt-publica-informe-de-su-primera-visita-a-argentina/#.V3Kq2_krLcd)

### Documentos de organismos nacionales

Ministerio Público de la Defensa. Informe de Gestión Anual 2014. Disponible en <http://www.mpd.gov.ar/users/uploads/Informe%20Anual%202014%20con%20correccion.pdf>

Ministerio Público de la Defensa. Informe de Gestión Anual 2015. Disponible en [www.mpd.gov.ar/pdf/Informe%20Anual%202015.pdf](http://www.mpd.gov.ar/pdf/Informe%20Anual%202015.pdf)

Ministerio Público de la Defensa. Informe Alternativo del Ministerio Público de la Defensa de la República Argentina. Examen del Estado argentino ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (5to Ciclo). Buenos Aires, Argentina, 27 de mayo de 2016.

Órgano Nacional de Revisión. Informe de Gestión Anual 2014. Disponible en [www.mpd.gov.ar/pdf/Resolucion%20SE%2005%202015.pdf](http://www.mpd.gov.ar/pdf/Resolucion%20SE%2005%202015.pdf)

# Personas con discapacidad intelectual en el sistema penal. Del proceso de normalización a la discriminación

## Ezequiel Mercurio

*Magister en Criminología. Médico especialista en medicina legal y psiquiatría. Jefe de Departamento del Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos de la Defensoría General de la Nación.*

## I. Introducción

El informe del año 2014 sobre ejecución de la pena realizado por la Dirección Nacional de Política Criminal muestra que, al igual que en algunos países centrales, la población penitenciaria presenta un aumento sostenido en las últimas décadas. En 2014, las personas privadas de libertad eran 69 mil, la mayoría de ellos en calidad de procesados (51%). En los últimos diez años, creció, aproximadamente, un 30%.

Al mismo tiempo, en los últimos años existe un interés creciente en destacar las necesidades especiales que requieren diferentes colectivos vulnerables dentro de la prisión como, por ejemplo, personas con discapacidad (en adelante PCD), lesbianas, gays, bisexuales y personas transgénero (LGBT), migrantes, adultos mayores, personas con enfermedades terminales o con padecimientos mentales (United Nations Office on Drugs and Crime 2009).

Nuestro país, pionero en la región en adherir a diferentes tratados de derechos humanos, firmó recientemente la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (Organización de Estados Americanos 2015) y participó, activamente, en la discusión y redacción de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclu-



sos (Reglas Mandela)<sup>1</sup>. Previamente, en 2008, había aprobado bajo la ley 26.378 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPCD) y su protocolo facultativo. Estos documentos presentan apartados específicos sobre la privación de libertad de estos colectivos vulnerables. Así, en la actualidad, nuestro país presenta un amplio estándar sobre los derechos de personas privadas de libertad y, en particular, sobre la protección de grupos vulnerables.

En esta línea, la situación específica de personas con discapacidad intelectual (en adelante PCDI) en el ámbito penitenciario ha despertado gran interés debido a la sobre representación de este colectivo en la prisión. La discriminación, la vulnerabilidad, la exclusión social, la privación material y simbólica, la falta de acceso a tratamientos, apoyos y educación específicos y basados en la comunidad se presentan como factores que acrecientan el riesgo de encarcelamiento en personas con discapacidad intelectual. Por su parte, el abandono, la discriminación, la falta de acceso a una salud integral y a intervenciones sociales adecuadas se profundizan mucho más en la prisión<sup>2</sup>. En tal sentido, la falta de acceso al documento nacional de identidad, a un certificado de discapacidad, a una pensión, o a un sistema de educación especializada, son algunas de las dificultades que se acrecientan en el medio penitenciario.

Sin embargo, y a pesar de la mayor vulnerabilidad en la que se encuentran las PCDI en la prisión, no existen en nuestro medio estadísticas oficiales sobre dicho colectivo. Esto se

debe, en parte, al proceso de normalización e invisibilización al que son sometidos las PCDI intelectual en el ámbito penal.

En este contexto, el objetivo de este trabajo es estudiar el proceso de normalización e invisibilización del poder penal sobre las personas con discapacidad intelectual y sus consecuencias en la ejecución de la pena.

## II. La discapacidad intelectual en el sistema penal

Tal como fue señalado hace una década por Wacquant (2004), a lo largo de los siglos los “clientes naturales” de la prisión se han mantenido estables, los pobres, desempleados, con bajo nivel de escolaridad<sup>3</sup>. En una línea similar, Stern (2010) señala que, en la mayoría de los países, los presos provienen de los sectores más desfavorecidos de la sociedad, son pobres con baja educación, desempleados, con problemas de salud y que han pasado por diferentes instituciones previamente, como orfanatos o reformatorios<sup>4</sup>.

En nuestro medio, después de más de tres lustros de lo analizado por Wacquant, los “clientes naturales” de la cárcel mantienen similares características. El 96% son hombres, el 81% no finalizó la escuela secundaria y el 43% tenía un empleo a tiempo completo al momento de su detención (Dirección Nacional de Política Criminal 2014). Con relación

1 Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela), E/CN.15/2015/L.6/Rev. 1, 21 de mayo de 2015.

2 United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). 2009. *Handbook on Prisoners with special needs*. New York: United Nations.

3 En Francia, señala Wacquant (2004, 111), en 1998 la mitad de las personas encarceladas tenía educación primaria versus el 3% que había realizado estudios universitarios. En tanto que, en Inglaterra, el 83% tenía un origen obrero, el 43% había abandonado la escuela antes de los 16 años, más del 25% no tenía trabajo al momento de su detención, y el 13% carecía de vivienda.

4 La autora reseña un informe realizado en Inglaterra en el año 2002, donde se destaca que los que están en la cárcel tienen diez veces más posibilidades de haber abandonado la escuela a una edad temprana y cuarenta veces más de sufrir tres o más trastornos mentales.



al nivel de instrucción, específicamente, el 4% carecía de estudios, el 31% no había finalizado la primaria, el 39% había terminado solo sus estudios básicos, el 17% había accedido a la escuela secundaria de forma incompleta versus el 2% que había realizados estudios terciarios o universitarios. Sin embargo, no hay estadísticas sobre la situación de PCD intelectual en la cárcel.

La Organización Mundial de la Salud estimó que el 40% de las personas privadas de libertad en Europa presenta algún grado de discapacidad mental, y siete veces más probabilidad de suicidio que la población que se encuentra fuera de la prisión (United Nations Office on Drugs and Crime 2009, 10) Dentro de este colectivo, los que presentan discapacidad intelectual se encuentran dentro de los más abandonados, permaneciendo invisibles. En 2007, un estudio realizado en España sobre personas con discapacidad en el ámbito penitenciario, puso de manifiesto que el 52% presenta una discapacidad intelectual (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad 2008, 78).

Sin embargo, investigaciones internacionales señalan que resulta complejo arribar a la prevalencia de la discapacidad intelectual (DI) en prisión, ya que depende de la definición de DI y las herramientas utilizadas para la detección. En tal sentido, algunos estudios señalan una prevalencia menor al 1% mientras que otros, mayor al 10% (Fazel et ál 2008). En esta línea, un estudio realizado en Noruega encontró una prevalencia del 10,8% de la población en prisión que tenía un Coeficiente Intelectual (CI) menor a 70 y los resultados se duplicaban si se tomaban valores límites de CI (Søndenaa et ál 2008). Fazel, Xenitidis y Powell (2008) en una revisión realizada sobre estudios de cuatro países y que incluyó a 12.000 personas privadas de libertad, arrojó una prevalencia entre 0,5% y 1,5%.

La variación en la prevalencia de PCD intelectual en la cárcel se modifica según la metodología utilizada, así, por ejemplo, ampliar el punto de cohorte de CI de 70 a 74 aumenta la prevalencia (Hayes et ál citado por Salekin et ál 2010). Hallazgos similares fueron reportados en España, donde la prevalencia de personas con CI menor a 70 era del 3,77%, en tanto que, si se tomaban valores de inteligencia límite (70-79), la prevalencia ascendía al 11% (Tort et ál 2016).

En nuestro medio, el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (en adelante ADAJUS) en el 2012-2013 se propuso, como parte de sus objetivos, identificar la cantidad de PCD alojadas en las unidades del Sistema Penitenciario Federal. La metodología utilizada para dicho relevamiento fue la aplicación de una encuesta estandarizada a todas las personas alojadas en el Servicio Penitenciario Federal. Los resultados preliminares de tres unidades arrojaron que el 9,2% de las personas encuestadas mencionaba tener alguna discapacidad, y entre el 0,7 y el 6% reportaron una discapacidad intelectual. Sin embargo, dada la modalidad utilizada de relevamiento, muchas personas (aproximadamente un 26%) manifestaron no tener una discapacidad, pero sí presentar dificultades. Esto implica que las cifras obtenidas están sujetas a la percepción que cada interno tiene de sí mismo, motivo por el cual resulta indispensable una evaluación especializada (ADAJUS 2013).

En otras palabras, si bien resulta complejo determinar con exactitud la prevalencia de DI en el medio penitenciario, ya que dependerá de variables y puntos de cohortes del CI estudiados, la mayor parte de las investigaciones internacionales muestran una sobre representación de este colectivo dentro de la prisión, en comparación con la población general.

### III. El proceso de normalización-invisibilización de las personas con discapacidad intelectual en el ámbito de la justicia penal

A pesar de la sobre representación señalada en trabajos internacionales, en el ámbito de nuestra justicia penal, las PCD intelectual atraviesan por un proceso de normalización que trae aparejado la invisibilización y la vulneración de sus derechos.

Para que dicho proceso sea llevado adelante, el discurso psiquiátrico forense se erige como el pilar fundamental de la normalización.

En el ámbito de la justicia penal, el discurso psiquiátrico forense se mantiene estático, vetusto, anquilosado y poco permeable a los cambios de paradigmas de salud mental. A diferencia de lo que ocurre en la justicia civil con la reciente promulgación del Código Civil y su mirada sobre las PCD y las adicciones, por ejemplo, en el sistema penal conceptos como enajenación, alineación mental, idioticia, imbecilia, torpeza mental, infradotado, pueden hallarse en diferentes textos específicos de la temática, y en la práctica cotidiana del poder penal.

Así, en el caso específico de la DI, cuando uno analiza su relación con la justicia criminal observa que cuando se hace referencia, en el apartado biológico del art. 34 inc. 1 del Código Penal, al grupo de las insuficiencias de las facultades, estas suelen restringirse en forma arbitraria a los cuadros moderados o graves del retraso mental. A modo de ejemplo: “están aquí, todas las enfermedades englobadas dentro de los retardos mentales moderados (antes imbecilidad), graves y profundos (antes idioticia)”, dejando por fuera a los cuadros leves: “No incluye el retardo mental leve u oligofrenia leve (antes debilidad mental) ...” (Zazzali 2006, 150).

Si bien en Argentina, el legislador optó por una fórmula mixta de inimputabilidad,

el texto del art. 34 inc. 1 es con suma frecuencia desposeído de su riqueza y reinterpretado, como si la culpabilidad se redujera únicamente a una variable psiquiátrica (si hay demencia no hay crimen), de la misma forma que lo realizaba el antiguo Código Penal Francés o el art. 10 inc. 1 del Código Penal Chileno (Mercurio 2013)<sup>5</sup>.

La fórmula mixta de la inimputabilidad requiere una interrelación indivisible entre las causas psiquiátricas (alteración morbosa, insuficiencias de las facultades, estados de inconsciencia), las consecuencias psicológicas (incapacidad para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones) y la valoración jurídica.

Es decir, la concepción mixta de la inimputabilidad no se agota en la presencia de una alteración psicopatológica. La enfermedad mental no lleva per se a la inimputabilidad, sino que se requiere que haya impedido la capacidad para comprender o dirigir sus acciones en un momento puntual, empero todo ello debe ser valorado por el juez.

Sin embargo, la concepción alienista sobre la inimputabilidad continúa vigente, tanto en la cátedra como en el foro. Ello conlleva a no pocas situaciones conflictivas, toda vez que los estándares de enfermedad mental suelen ser modificados y transformados según las demandas y necesidades del sistema jurídico que las solicite.

A modo de ejemplo, en la actualidad, y en forma similar a lo que sucedía con el viejo Código Civil, en casos de sujetos con una adicción, si el juez estima que en el ejercicio pleno de su capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes puede decidir restringirla (art. 32 del Código Civil). Sin embar-

<sup>5</sup> Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal: 1°. El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón.

go, cuando el mismo cuadro psicopatológico entra en escena dentro del sistema penal, la adicción ya no forma parte del amplio campo de las enfermedades mentales, sino que pasa a ser parte de la denominada normalidad psicojurídica, únicamente por no presentar un cuadro de alienación mental.

En esta línea, nos encontramos frente a un sujeto que presenta su capacidad civil restringida como consecuencia de una adicción, pero cuando ingresa al sistema penal, se transforma en sujeto normal, por el simple hecho de no ser alienado. Si bien se está de acuerdo con que las necesidades pueden ser diferentes según el ámbito en el que se encuentre, el sujeto es el mismo, y si está enfermo en el ámbito civil, lo debería estar para el ámbito penal. Llevando esto a un extremo, se podría argüir que, al igual que existiría una definición de enfermedad mental para el sistema penal, existe una definición jurídica del infarto agudo de miocardio que es diferente a la definición médica y científica. Las personas se encuentran o no enfermas y ello siempre debería responder a los criterios médicos y científicos.

Esto no implica afirmar, por ejemplo, que todas las personas con un consumo problemático de sustancias que cometen un delito deban ser declaradas inimputables ya que, tal como se ha señalado en párrafos previos, inferir que una enfermedad mental, en este caso la adicción, lleva per se a la inimputabilidad es reducir y transformar nuestra fórmula mixta de inimputabilidad en una fórmula biológica.

En los últimos años, la nomenclatura y los criterios diagnósticos con relación a la discapacidad intelectual (DI) se han ido modificando en el Manual de Diagnóstico de las Enfermedades Mentales (DSM). Se pasó de la deficiencia mental a retraso mental (DSM-IV), a la nomenclatura actual de discapacidad intelectual / trastorno del desarrollo intelectual (DSM-V).

Estas modificaciones estuvieron acompañadas de cambios en las legislaciones, por ejemplo, con la promulgación en el 2010 de la Rosa's Law en EE.UU. que reemplazó la terminología utilizada en documentos estatales, leyes federales, relacionadas con educación, salud, entre otras temáticas, donde se hacía referencia al retraso mental. La terminología adoptada fue la de la discapacidad intelectual y se cambió el uso en dichos textos, de personas mentalmente retrasadas a individuos con una discapacidad intelectual.

El cambio en la nomenclatura refleja un cambio de paradigma y del constructo sobre la discapacidad, además de ser menos estigmatizante y menos ofensivo. En tal sentido, Schalock, Luckasson y Shogren (2007) señalan que tales cambios implican la importancia de la interrelación entre el sujeto y el ambiente, de los apoyos para enriquecer el funcionamiento autónomo e individual.

El sistema jurídico penal se ha mostrado poco permeable al cambio de paradigma sobre la discapacidad intelectual, tanto en cuestiones relacionadas con la terminología, como en términos conceptuales. En esta línea, los informes psicológicos y psiquiátricos forenses no se refieren al concepto de discapacidad intelectual. Se describen términos como estructura psíquica lábil, inmadurez emocional, déficit madurativo, organización psíquica precaria, descenso en funciones cognitivas con funciones psíquicas superiores conservadas, personalidad frágilmente estructurada. Surgiendo sólo el diagnóstico de retraso mental, cuando se trata de cuadros moderados a graves, no así diagnósticos de discapacidad intelectual leve, los que suelen ser con extrema frecuencia no diagnosticados, formando parte del constructo artificial de la normalidad psicojurídica.

En otras palabras, la escuela alienista, vigente tanto en la cátedra como en el foro, excluye a priori la discapacidad intelectual leve

del apartado de insuficiencia de las facultades del art. 34 inc. 1, pero no solo se limita a ello, sino que avanza un paso más hacia la normalización de dicho colectivo, concluyendo que encuadran dentro de la normalidad psicojurídica. Este proceso de normalización de las personas con discapacidad intelectual leve conlleva a la invisibilización de este grupo vulnerable y habilita la puesta en marcha de la maquinaria punitiva en pleno. El proceso de normalización nace de un discurso con status científico, toda vez que es formulado por personas calificadas, los expertos. Tal como lo señala Foucault (2001), estos discursos presentan propiedades no menores, ya que tienen el poder de determinar, en forma directa o indirecta, un fallo judicial y, en algunos casos, estos últimos pueden ser la diferencia entre la vida y la muerte. Debe recordarse que hasta el 2002, previo al fallo de la Corte Suprema de EE.UU. *Atkins v Virginia*, se permitía la ejecución de personas con discapacidad intelectual y, en forma reciente, a partir del fallo *Hall v Florida*, dicha Corte señaló que la discapacidad intelectual no podía ser diagnosticada en forma exclusiva a partir del resultado del Cociente Intelectual (CI) menor o igual a 70, ya que los test utilizados presentan márgenes de error que no pueden soslayarse al tomar una decisión irreversible como la pena de muerte, por ejemplo en una persona con un CI de 71.

En definitiva, la falta de diagnóstico adecuado en el ámbito judicial de las PCD intelectual, opera como una omisión de este colectivo vulnerable y minoritario y, a partir de ello, se le privará del acceso a sistemas de apoyo y contención específicos de acuerdo a la discapacidad que presentan.

#### IV. Consideraciones finales

Las personas con discapacidad intelectual se encuentran sobre representadas en la prisión en comparación con la prevalencia

de dicha discapacidad en la población general que se encuentra alrededor del 1% (Maulik et ál 2011). Estudios internacionales estiman su prevalencia entre 0,5% y el 13%, dependiendo de la metodología utilizada (Hassiotis et ál 2011).

Si bien no existen estadísticas nacionales sobre las PCD intelectual en la cárcel, según el informe del 2014 del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena, es altamente probable que un número importante de personas que se encuentran en prisión presenten algún nivel de DI o de alteración cognitiva. Empero, como consecuencia de un proceso de normalización, son invisibilizadas.

Las consecuencias de la normalización-invisibilización resultan altamente negativas, ya que este colectivo presenta más intentos de suicidio, mayor incidencia de autolesiones, de consumo de cannabis, mayor probabilidad de desarrollar una psicosis que la población sin DI (Hassiotis et ál 2011).

Las PCDI en prisión se encuentran expuestas a un alto riesgo de violaciones a sus derechos humanos. Son más vulnerables a la violencia física y sexual por parte de otros compañeros, presentan dificultades para adaptarse a las reglas de la prisión y para comprender sus códigos, por lo que se exponen a situaciones riesgosas, con sanciones más graves de parte de las autoridades penitenciarias. Asimismo, son más influenciables, motivo por el cual muchas veces son forzados o utilizados por otros. Muchos pueden presentar dificultades y pueden presentar trastornos de conducta, con mayor impulsividad, agresividad y violencia (United Nations Office on Drugs and Crime 2009).

Este proceso de normalización-invisibilización encierra, en definitiva, una falta de acceso a un diagnóstico adecuado en el ámbito judicial. Esto opera como una omisión, que priva a estas personas del acceso a sistemas de apoyo y contención específicos,

de acuerdo con su discapacidad. La falta de un diagnóstico adecuado deriva en una discriminación de tipo indirecta por parte del Estado a la luz de CDPCD, pues se encuentran dentro de la prisión en una situación de mayor vulnerabilidad sin poder acceder a intervenciones específicas.

El abandono, la discriminación, la falta de acceso a una salud integral y a intervenciones sociales adecuadas se profundizan mucho más en la prisión. El acceso al documento nacional de identidad, a un certificado de discapacidad, a una pensión, o a un sistema de educación especializada, son algunas de las dificultades que se acrecientan en el medio penitenciario<sup>6</sup>.

En nuestro medio, el acceso a la justicia de PCD ha revelado importantes avances específicos. La Argentina incluyó la CDPCD dentro de su corpus legal y adhirió, en forma muy reciente, a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, donde se explicita el trato específico que debe brindarse a los colectivos vulnerables con necesidades especiales y, dentro de ello, a las personas con discapacidad. Asimismo, se cuenta con la Guía Regional para la Defensa Pública y la Protección Integral de las Personas Privadas de Libertad (Asociación Interamericana de Defensorías Públicas 2013), con un apartado específico donde se resalta la necesidad de intervenciones adecuadas en educación, salud y recreación. Adicionalmente, la publicación y difusión del Protocolo para el Acceso a la Justicia de

las Personas con Discapacidad y la creación del Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS), entre otras iniciativas, favorecen la visibilización del fenómeno. Para la justicia penal, en concreto, se han realizado recomendaciones relacionadas con las garantías del debido proceso (Ministerio Público de la Defensa y otros, 2013) y se ha comenzado con un relevamiento de PCD en el ámbito penitenciario (ADAJUS, 2012 y 2013).

A pesar de estos avances, el proceso de normalización-invisibilización del que son objeto las PCD intelectual en el medio penal y penitenciario, perpetúa las desigualdades de este colectivo vulnerable y constituye una barrera para el acceso a sus derechos. Dentro del sistema penal, la mayoría de las personas con discapacidad intelectual leve se mantiene invisible, por lo que su encarcelamiento pone de manifiesto la inhabilidad de contener en el ámbito comunitario, social y sanitario, algunas de las demandas que presenta este colectivo vulnerable. Tal como lo señala Wacquant (2009, 26):

[...] la penalización funciona como una técnica para la invisibilización de los problemas sociales que el Estado, como palanca burocrática de la voluntad colectiva, ya no puede o no quiere tratar desde sus causas y la cárcel actúa como un contenedor judicial donde se arrojan los desechos humanos de la sociedad de mercado [...]

<sup>6</sup> En un reciente fallo de la justicia de ejecución penal de la provincia de Córdoba se concedió la prisión domiciliaria a una persona con DI leve fundándose en la vulnerabilidad en la que se encontraba en el ámbito carcelario, e invocando el art. 32 inc. 6 de Ley 24660. Juzgado de Ejecución Penal de 1ª Nominación de Córdoba. "Villegas, Gustavo Emanuel S/ Ejecución De Pena Privativa De Libertad", expediente N° 1432562 -SAC-. N° Resolución: 768. Año: 2014 Tomo: 6 Folio: 1695-1699.

## Bibliografía

Asociación Interamericana de Defensorías Públicas. 2013. *Guía Regional para la Defensa Pública y la Protección Integral de las Personas Privadas de Libertad*. Eurosocietal. Programa para cohesión social en América Latina.



Consultado: 23 de junio de 2016. <http://www.mpd.gov.ar/users/uploads/Guia%20Regional%20de%20Atencion%20a%20PPL.pdf>

Bradley, R. H., y Corwyn, R. F. 2002. "Socioeconomic status and child development". *Annual review of psychology*, 53(1): 371-399.

Brooks-Gunn, Jeanne y Greg Duncan. 1997. "The effects of poverty on children". *The future of children*, 7(2): 55-71.

Bronson, J., Laura Maruschak y Marcus Berzofsky. 2015. "Disabilities Among Prison and Jail Inmates, 2011-12". *U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics*. Consultado: 28 de junio de 2016. <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/dpji1112.pdf>

Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad. 2008. *Las personas con discapacidad en el medio penitenciario en España*. Madrid: Cinca

Fazel, S., Xenitidis, K., Powell, J. 2008. "The prevalence of intellectual disabilities among 12.000 prisoners - a systematic review". *International Journal of Law and Psychiatry*, 31 (4): 369-73.

Foucault, M. 2001. *Los anormales*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Gausel, N., y Thørrisen, M. M. 2014. "A theoretical model of multiple stigma: ostracized for being an inmate with intellectual disabilities". *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 15(1): 89-95.

Hassiotis, A., Gazizova, D., Akinlonu, L., Bebbington, P., Meltzer, H., y Strydom, A. 2011. "Psychiatric morbidity in prisoners with intellectual disabilities: analysis of pri-

son survey data for England and Wales". *The British Journal of Psychiatry*, 199: 156-157.

Hayes, S. 2007. "Missing out: Offenders with learning disabilities and the criminal justice system". *British Journal of Learning Disabilities*, 35(3): 146-153.

Johnson, S. B., Riis, J. L., Noble, K. G. 2016. "State of the Art Review: Poverty and the Developing Brain". *Pediatrics*.137(4): e20153075.

Kennedy, W. A., Van De Riet, V., y White, J. C. 1963. "A normative sample of intelligence and achievement of Negro elementary school children in the southeastern United States". *Monographs of the Society for Research in Child Development*, 28: 1-112.

Lipina, S., Segretin, M. S. Hermida, M. J. Prats, L. Fracchia, C. Colombo, J. 2015. "Pobreza y desarrollo cognitivo. Consideraciones para el diseño de estrategias de intervención orientadas a su optimización". En: *Desafíos del desarrollo humano en la primera infancia*, coordinado por Ianina Tuñón, 185-216. Buenos Aires: Biblos.

Maulik, P. K., Mascarenhas, M. N., Mathers, C. D., Dua, T., y Saxena, S. 2011. "Prevalence of intellectual disability: a meta-analysis of population-based studies". *Research in developmental disabilities*, 32(2): 419-436.

Mercurio, E., Schweizer, V. 2013. "Vientos de cambio. Comentarios en torno al Proyecto de modificación del art. 34, inc. 1º del Código Penal Argentino". *Revista Derecho Penal*, 2(5): 259-283.

Salekin, K., Olley, G. y Hedge, K. 2010. "Offenders With Intellectual Disability: Characteristics, Prevalence, and Issues in Forensic Assessment". *Journal of Mental Health Research in Intellectual Disabilities*, 3: 97-116.



Schalock, R. L., Luckasson, R. A., y Shogren, K. A. 2007. "The renaming of mental retardation: Understanding the change to the term intellectual disability". *Intellectual and developmental disabilities*, 45(2): 116-124.

Shaw, J., Appleby, L., y Baker, D. 2003. "Safer prisons: A national study of prison suicides 1999-2000". *National Confidential Inquiry into Suicides and Homicides by People with Mental Illness*. London: Department of Health.

Søndena, E. 2009. "Intellectual disabilities in the criminal justice system". Tesis doctoral en Filosofía, Norwegian University of Science and Technology Faculty of Medicine Department of Neuroscience. Consultado: 20 de junio de 2016. <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:173679/FULLTEXT02.pdf>

Søndena, E., Rasmussen, K., Palmstierna, T., Nøttestad, J. 2008. "The prevalence and nature of ID in Norwegian prisons". *J Intellect Disabil Res.* 52(12): 1129-37.

Stern, V. 2010. *Creando criminales. Las cárceles y las personas en una sociedad de mercado*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Tort, V., Dueñas, R., Vicens, E., Zabala, C., Martínez, M., y Romero, D. 2016. "La discapacidad intelectual y el ámbito penitenciario". *Revista Española de Sanidad Penitenciaria* 18: 25-33

Ursache, A., y Noble, K. G. 2016. "Neurocognitive development in socioeconomic context: Multiple mechanisms and implications for measuring socioeconomic status". *Psychophysiology*, 53(1): 71-82.

Von Stumm, S., y Plomin, R. 2015. "Socioeconomic status and the growth of inte-

lligence from infancy through adolescence". *Intelligence*, 48: 30-36.

Wacquant, L. 2004. *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial.

Wacquant, L. 2009. *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Buenos Aires: Gedisa.

Zaffaroni R., Slokar A, Alagia A. 2000. *Delito Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Zazzali, J. 2006. *La pericia psiquiátrica*. Buenos Aires: La Roca.

Zazzali, J. 2009. *Introducción a la psiquiatría forense*. Buenos Aires: La Roca

### Documentos de organismos internacionales

Organización Mundial de la Salud-UNICEF. 2013. *El desarrollo del niño en la primera infancia y la discapacidad: un documento de debate*. Malta: Organización Mundial de la Salud.

UNICEF. 2016. *Bienestar y pobreza en niños, niñas y adolescentes*. Buenos Aires: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). 2009. *Handbook on Prisoners with special needs*. New York: United Nations.

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela), E/CN. 15/2015/L.6/Rev. 1, 21 de mayo de 2015.

Juzgado de Ejecución Penal de 1ª Nominación de Córdoba. "Villegas, Gustavo Emanuel

S/ Ejecución De Pena Privativa De Libertad, expediente N° 1432562 –SAC-. N° Resolución: 768. Año: 2014 Tomo: 6 Folio: 1695-1699.

### Jurisprudencia extranjera

Corte Suprema de Estados Unidos. *Atkins v. Virginia*. Sentencia del 20 de junio de 2002. 536 U.S. 304.

Corte Suprema de Estados Unidos. *Hall v. Florida*. Sentencia 27 de mayo de 2014. 572 U.S.

### Documentos de organismos nacionales

Dirección Nacional de Política Criminal. 2014. Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la Pena. *Informe Anual 2014*. Consultado: 25 de junio de 2016. [http://www.jus.gob.ar/media/3074134/informe\\_sneep\\_argentina\\_2014.pdf](http://www.jus.gob.ar/media/3074134/informe_sneep_argentina_2014.pdf)

Ministerio Público de la Defensa, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2013. *Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad*. Eurosocial. Programa para la cohesión en América Latina, consultado el 27 de junio de 2016 en <http://eurosocial-ii.eu/es/showbiblioteca/707>

Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia. 2012. “Los derechos de las personas con discapacidad en situación de encierro, una política de inclusión social intramuros”. *Discapacidad, Justicia y Estado N° 1. Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad*, 215-229. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones

con la Administración de Justicia. 2013. “Relevamiento de población con discapacidad privada de libertad dentro del Servicio Penitenciario Federal. Avances de la primera etapa de investigación”. En *Discapacidad, Justicia y Estado N° 2. Discriminación, estereotipos y toma de conciencia*, 215-233. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

# Los procesos sobre determinación de capacidad jurídica: necesidad de armonizar la normativa de forma y de fondo

## Marcelo A. Budich

*Abogado (UBA), Especialista en Derecho Procesal Civil (UBA), Integrante de la Secretaría Ejecutiva del Órgano de Revisión de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 (Defensoría General de la Nación)*

## Anabella Ferraiuolo

*Abogada (UBA), Especialista en Derecho Procesal Civil (UBA), Integrante de la Secretaría Ejecutiva del Órgano de Revisión de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 (Defensoría General de la Nación)*

## I. Introducción

La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación -en adelante CCyC- ha traído una necesaria mirada de derechos humanos a institutos que históricamente no la tenían en la tradición liberal de nuestro país. Es por eso que los autores se han referido al proceso de “constitucionalización del derecho privado” (Herrera 2014). Entre las principales modificaciones de dicho cuerpo normativo encontramos las reglas referidas a capacidad civil de las personas.

Así, en los artículos 31 a 50 del CCyC se encuentra la sección denominada “Restricciones a la Capacidad”, donde se han incorporado muchos de los lineamientos establecidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (dotada con jerarquía constitucional mediante ley N° 27.044) -en adelante CDPD-, y en la Ley Nacional de Salud Mental -en adelante LNSM-.

Pese a ello, la tan ansiada reforma civil no ha venido acompañada con una reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -en adelante CPCCN- lo cual hubiera sido deseable. Si bien es potestad de cada provincia el dictado de los respectivos códigos de forma (Constitución Nacional, arts. 121 y

75 inc. 12), entendemos que una reforma al CPCCN (el cual se utiliza en el ámbito de la CABA) resulta -en la actualidad- imperiosa.

Debe tenerse en cuenta que muchos artículos del CPCCN hacen referencia a artículos del Código Civil derogado, o directamente se contraponen con lo estipulado en el CCyC vigente.

En relación con la materia que específicamente nos ocupa, el CPCCN contiene preceptos contrarios a la CDPD y a la LNSM -además de al propio CCyC- ya que arrastra la antigua concepción que se tenía respecto de la capacidad jurídica de las personas con algún tipo de padecimiento mental.

A raíz de ello, en los procesos sobre determinación de la capacidad (tal es la denominación actual) los jueces, defensores, abogados, y demás operadores jurídicos en general, se encuentran en la dificultad de tener que seguir utilizando preceptos de un código de procedimientos desactualizado -y en algunos casos, contrario a las normas de fondo- lo que genera un sinnúmero de inconvenientes durante el devenir de los procesos judiciales.

Incluso, algunos institutos normados actualmente en el CCyC (como la revisión de sentencia prevista por el art. 40) ni siquiera se encuentran regulados en el CPCCN, por lo que no se cuenta con reglas procedimentales concretas para su implementación, quedando ello a merced de los criterios discrecionales de los distintos juzgados (Muñoz Genestoux 2015).

Como ya lo han marcado los grandes maestros del derecho procesal, dicha rama del derecho:

[...] en contraposición al derecho sustancial [...] se encuentra calificado como instrumental o también como formal; instrumental, en cuanto la observancia del derecho procesal no es fin en sí mismo, sino que sirve como medio para observar el derecho sustancial; formal, en cuanto el derecho procesal no regula

directamente el goce de los bienes de la vida, sino que establece las formas de las actividades que deben realizarse para obtener del Estado la garantía de aquel goce (Calamandrei 1962, 367).

Siguiendo esa misma línea, se ha afirmado que:

[...] la existencia misma del derecho procesal está condicionada por la preexistencia del llamado derecho material o sustantivo; así como es posible concebir un derecho civil, mercantil o administrativo, sin derecho procesal, no es en cambio factible imaginar un derecho procesal aislado, que no venga referido a aquellos otros derechos (Moreno 1955).

De esta forma -y como lo muestran dichas definiciones- el objetivo del derecho procesal se desnaturaliza si sus normas no se encuentran ajustadas al derecho sustantivo que -justamente- debe regular.

Otra cuestión importante a remarcar es que muchas veces los límites entre el derecho de fondo y de forma se entremezclan. Así, el CCyC ha normado algunas cuestiones netamente procesales, tales como plazos, audiencias, medidas cautelares, cuestiones sobre competencia, entre otras (el art. 33 alude a la legitimación activa para iniciar el proceso, el art. 34 a medidas cautelares, el art. 35 a la entrevista personal con el juez, el art. 36 a la competencia del tribunal, etc.). Con ello se ha pretendido marcar pisos mínimos de actuación procedimental a nivel nacional. No resulta ocioso recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya desde el precedente “Bernabé Correa” tiene dicho que el Congreso Nacional está habilitado para dictar normas de “procedimiento” en relación con el derecho común, aplicables por los tribunales locales -sin perjuicio de ser una atribución re-

servada a las provincias según el artículo 121 de la Constitución Nacional- cuando fuesen necesarias “[...] con el fin de asegurar la efectividad e inmediato ejercicio de los derechos que consagra la legislación de fondo”<sup>1</sup>.

Es por esta relación entre el derecho de fondo y forma que debemos tener presente permanentemente la jerarquía de las normas jurídicas. En este sentido, siempre deben interpretarse las normas del CPCCN a la luz de la Constitución Nacional, de la CDPD, de la LNSM y del CCyC; y nunca al revés, ya que ello conllevaría a invertir literalmente la pirámide jurídica.

En base a todo lo expuesto, en el presente trabajo señalaremos aquellas cuestiones en las que -desde nuestra óptica- se contraponen las normas de forma del CPCCN con las normas de fondo vigentes (nacionales e internacionales).

Finalmente, debemos referir que si bien el presente trabajo se realizó sobre la base de lo normado en el CPCCN, pueden realizarse apreciaciones semejantes para los restantes códigos procesales provinciales, los cuales conservan -cada uno desde su coyuntura- la antigua mirada en la materia.

## II. Participación de la persona en el proceso. Garantía de contar con patrocinio letrado. Audiencias. Accesibilidad

El CPCCN prácticamente no regula la participación de la persona que eventualmente podría ver su capacidad jurídica restringida en el proceso. Las únicas referencias aparecen en los arts. 626 inc. 3 in fine, 627, 632, 633, y 635.

Ello obedece a la idea tutelar que se tenía respecto de este tipo de procesos, en los que no se consideraba a la persona “parte”, lo cual -en

la práctica- generaba innumerable cantidad de vulneración de derechos fundamentales.

A modo ilustrativo, destacamos que el CPCCN no prescribe el traslado de la demanda -al iniciarse el proceso- a la persona.

Teniendo en cuenta que el CCyC específicamente establece (art. 36) que: “La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa”, resulta fundamental que quien será protagonista del expediente se notifique de su inicio, a fin de que tenga la posibilidad de oponerse, o expresar todo lo que considere pertinente a fin de que -en definitiva- se vea garantizado su derecho a defensa en juicio. Recordemos que el CCyC establece que la persona debe contar con asistencia letrada durante el proceso, la cual debe ser proporcionada por el Estado si la persona no cuenta con medios económicos (arts 31 inc. “e” y 36).

Sin perjuicio de ello, no debe olvidarse que deberá celebrarse una audiencia con la persona antes de dictar “resolución alguna” (art. 35 del CCyC), por lo que previo a disponer la apertura a prueba de las actuaciones debería necesariamente fijarse una audiencia.

Dicho artículo establece también que el juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo con la situación de aquel.

Recordemos que la CDPD define en su art. 2 a los “ajustes razonables” como:

[...] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales [...].

Ello implica -en lo que atañe al proceso-

<sup>1</sup> CSJN, “Bernabé Correa c/ Barros”, rta 22/06/1923. Fallos 138:157.

que el juez debe adoptar todas las medidas necesarias a fin de garantizar la accesibilidad y participación de la persona durante la instancia judicial, teniendo especialmente en cuenta su situación. Piénsese, por ejemplo, que la persona puede tener movilidad reducida, comunicación no verbal, o encontrarse realizando tratamiento durante el horario judicial. Todas estas cuestiones deben ser tenidas en cuenta por el juzgador a fin de que la existencia del proceso modifique en la menor medida posible la vida y rutinas de la persona. En caso que aquella se encuentre imposibilitada de movilizarse, o que ello no sea recomendable por indicación médica, corresponde que sea el juez quien se apersona en el domicilio (o institución) a los fines de la realización de las audiencias, garantizándose la accesibilidad establecida en la norma.

Recordemos que las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” establecen que los procedimientos judiciales se deben adecuar a las nuevas exigencias, flexibilizando sus requerimientos formales a fin de lograr los objetivos tenidos en mira en las normas.

De esta forma, dentro de la sección 4° del capítulo 2 (*Revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la Justicia*), la regla 33 establece que:

“Se revisarán las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin”.

Asimismo, la regla 34 establece que:

“Se propiciarán medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el

acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad [...]”.

En cuanto a la necesidad de celebrar audiencias en la cual el juez tenga contacto con la persona que podría requerir apoyos, existe una clara contraposición entre el CPCCN y el CCyC. Mientras que el art. 633 del CPCCN dispone que: “[...] si las particularidades del caso lo aconsejen el juez hará comparecer al presunto demente a su presencia o se trasladará a su domicilio o lugar de internación”; el art. 35 del CCyC establece que el juez “debe” entrevistarlos personalmente.

De esta forma, el CCyC ha procurado asegurar que los magistrados tengan contacto personal con las personas sometidas a este tipo de procesos, lo cual -a rigor de verdad- no solía suceder con mucha frecuencia antes de la reforma del CCyC.

Este contacto personal resulta sumamente importante, ya que ello tiende a humanizar el proceso, y visibilizar a las personas como tales. El contacto personal es una expresión del principio de inmediatez que debe primar entre el juez y el individuo en cuyo beneficio se ha iniciado el expediente.

El objetivo de este encuentro es que el juez indague sobre los intereses, preferencias y voluntad de la persona, en un lenguaje accesible. A dichos fines, el juzgador debería despojarse -aquí más que nunca- de visiones paternalistas y asistencialistas que obedecen a un modelo ya superado. El momento de la audiencia resulta crucial para indagar acerca de los apoyos que podría necesitar la persona para ejercer determinados actos jurídicos (y si verdaderamente necesita dichos apoyos formales), recabando su opinión y preferencias al respecto.

### III. Aspectos probatorios

El art. 627 del CPCCN establece un criterio restringido en materia probatoria, afir-



mándose que el denunciante podrá aportar “únicamente” las pruebas que acrediten los hechos invocados y la persona las que hagan a la defensa de su capacidad.

Por su parte, el art. 36 del CCyC prescribe que la persona “[...] puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa”. Asimismo, el art. 710 del CCyC establece que “Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba [...]”.

Como se observará, el CCyC ha modificado el criterio en materia probatoria del CPCCN, pasando de un criterio restrictivo a uno amplio.

De esta forma se procuró otorgar mayor flexibilidad probatoria, en especial a la persona que podría ver limitada su capacidad jurídica, a fin de que pueda ejercer apropiadamente su defensa. Ello es corolario de la impronta contradictoria que el CCyC le otorga a los procesos sobre determinación de la capacidad jurídica.

Pese a lo expuesto, cabe referir que la evaluación interdisciplinaria (a la cual nos referiremos en forma amplia en el apartado 5) continúa siendo la principal medida de prueba en este tipo de procesos. En virtud de ello, cabe recordar que dentro de las garantías procesales establecidas en los “Principios para la Protección de los Enfermos mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental” (ONU, Res. 46/119, del 17 de diciembre de 1991; e incorporados a la LNSM) expresamente se prevé que:

El paciente y su defensor podrán solicitar y presentar en cualquier audiencia un dictamen independiente sobre su salud mental y cualesquiera otros informes y pruebas orales, escritas y de otra índole que sean pertinentes y admisibles (Principio 18, inc. 3).

De ello se colige que, sin perjuicio de la evaluación que se ordene en el proceso, la persona o su defensor podrán presentar una evaluación independiente.

#### IV. Desaparición de la figura del “curador provisorio”

El artículo 626 inc.1 del CPCCN establece que una de las primeras medidas que debe adoptar el juez en el expediente es la designación de un “curador provisional”.

La figura del “curador provisional” (también llamado “provisorio” o “ad litem”) se encontraba contemplada en el art. 147 del antiguo Código Civil, y su función principal era representar a la persona durante el juicio de incapacidad.

El CCyC elimina dicha figura y en su reemplazo promueve que la persona cuente con patrocinio letrado durante el proceso. Ello tiene lógica dentro de la nueva mirada del CCyC, ya que en la práctica el antiguo “curador provisorio” solía acompañar el curso del expediente, y buscar una suerte de “verdad objetiva” en lugar de defender los deseos e intereses de la persona.

Por el contrario, el CCyC propicia que quien podría ver su capacidad restringida cuente con un verdadero defensor técnico, y que este abogado base su actuación en la voluntad y deseos de aquel.

A ello corresponde agregar, como ya hemos expresado en otra oportunidad (Budich 2015), que la asistencia letrada establecida en el CCyC debe existir durante todas y cada una de las etapas del proceso, es decir, desde el inicio del juicio hasta las eventuales revisiones de la sentencia (o el cese de sus efectos). Además, el CCyC establece que el abogado de la persona debe estar presente en todas las audiencias que se celebren (art. 35).

Ya no se trata de buscar una “verdad objetiva”, sino de dar cumplimiento con las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso, las cuales -con la excusa tutelar- en muchos casos no se respetaban en los juicios sobre capacidad.

Siguiendo esta línea de ideas, debemos refe-

rir que el “curador” mencionado en el art. 34 del CCyC tampoco es asimilable al antiguo “curador provisorio” sino que es una figura más cercana al antiguo curador “a los bienes” (ad bona).

Además, dicho art. 34 del CCyC permite la designación de apoyos durante el proceso, tanto para cuestiones patrimoniales como personales. Se trataría de una suerte de “apoyos provisorios” pero, a diferencia de la antigua figura del “curador provisorio”, ellos no representan a la persona durante el proceso.

Respecto de la aparición del abogado defensor en lugar del curador provisorio, la doctrina ha expresado -siguiendo esta línea- que:

La figura difiere claramente de la función reconocida tradicionalmente al curador ad litem -quién actúa en función de obtener la sentencia que, en su entender y conforme el mejor interés de la persona, satisfaga en mejor medida sus intereses, pudiendo pronunciarse en favor de la restricción de la capacidad de la persona, aunque esta se oponga-. El abogado, en cambio, debe seguir como cualquier letrado patrocinante los intereses y deseos de la persona, en el marco del ejercicio profesional y según las reglas del art. 31 CCyC (Herrera 2015, 97-98).

En el ámbito de la Justicia Nacional en lo Civil, en caso que la persona no haya designado un abogado, corresponde que el juez nombre a un Defensor Público Curador del Ministerio Público de la Defensa (art. 46 inc. a de la ley 27.149), a fin de cumplir dicha función.

## V. Medidas cautelares

Recordemos que, en la materia que nos ocupa, las medidas cautelares se encuentran reguladas en el art. 629 del CPCCN -el cual remite al artículo 148 del antiguo Código Civil- y otorga al juez la potestad de dictarlas

en caso que “la demencia apareciere notoria e indudable” (definición por demás ambigua).

Como a lo largo de todo el proceso -por aplicación del modelo social de la discapacidad- la mirada no debe estar puesta en la existencia de una enfermedad (notoria o no), sino en las barreras y apoyos necesarios para realizar actos jurídicos. Asimismo, siempre deberá escucharse a la persona, quien -recordemos- resulta ser parte en el proceso, y debe ser oída previo a cualquier resolución que se adopte (art. 31 inc. e, 35, y 36 del CCyC).

Por su parte el CCyC ha regulado las medidas cautelares en el art. 34, trayendo como novedad la posibilidad de que el juez designe redes de apoyo a fin de garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona antes del dictado de la sentencia.

Una medida cautelar en tiempo y forma puede evitar situaciones que -por el paso del tiempo- difícilmente puedan resolverse posteriormente con la sentencia.

Teniendo en cuenta lo antedicho, coincidimos con lo referido por la doctrina en cuanto a que:

Los actos objeto de la medida cautelar deben encontrarse expresamente consignados, no pudiendo el juez dictar una medida que exceda los límites de la protección que específicamente requiere la persona, pudiendo darse el absurdo de que la cautelar fuese más amplia que la eventual sentencia a dictar. Lo contrario atentaría contra el carácter restrictivo que impregna a toda medida cautelar e importaría la inobservancia del art. 19 de la Constitución Nacional como pauta general rectora. Ello se basa no solo en los términos del art. 34 del CCiv. y Com., sino también en la presunción de capacidad general de ejercicio de la persona humana, conforme expresa el art. 31, inc. a). (Pagano 2016, 157).

## VI. Evaluaciones interdisciplinarias

Los arts. 624, 625, 626 inc. 3, 631 y 635 del CPCCN refieren a las evaluaciones que deben realizarse en el curso del proceso, indicando en todos los casos que se trata de evaluaciones médicas.

En la actualidad, tanto el CCyC (art. 31) como la LNSM (art. 8) prescriben que todo abordaje en salud mental debe estar a cargo de “equipos interdisciplinarios”. Específicamente, el art. 31 inc. “c” del CCyC dispone que “la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial”. Ello responde a la aplicación del mencionado modelo social, en contraposición con el modelo médico-rehabilitador (Villaverde 2014).

El objetivo de incorporar distintas disciplinas en las evaluaciones de salud mental ha sido que éstas no se centren pura y exclusivamente en los aspectos médicos, sino que se evalúen otras cuestiones igualmente importantes en la vida de las personas (cuestiones sociales, familiares, vinculares, laborales, etc.), ya que la mirada debe tender a determinar cuáles son las barreras para el ejercicio de derechos en plenitud y cuáles son los apoyos necesarios para lograrlo.

Consecuentemente, la realización de evaluaciones exclusivamente médicas no da cumplimiento al requisito de interdisciplinaria prescripta en las normas de fondo y responden a una lógica con un enfoque acotado al aspecto médico.

También resulta importante señalar que los profesionales del equipo interdisciplinario ya no deben informar “sobre el estado actual de las facultades mentales del presunto insano” (art. 626 inc. 3° del CPCCN) sino que deberán centrarse en indicar las necesidades de apoyo y acompañamiento que requiere la persona en virtud de su situación.

En relación con esta temática, la doctrina

especializada ha definido a los apoyos como “aquella persona, organismo, allegado, institución que a través de la comprensión y la confianza de la persona, colabora para la toma de decisiones y con la manifestación del ejercicio de la capacidad jurídica” (Iglesias 2014, 69). Siguiendo esta idea, un informe exclusivamente médico no resulta ser una herramienta suficiente para su determinación. Lo mismo cabe decir de la evaluación realizada por tres médicos, no resulta importante la cantidad, sino que todos aportan su saber desde una única visión.

Con respecto a la notificación de la evaluación, el artículo 626 inc. 3 del CPCCN prescribe que la resolución de la evaluación deberá serle notificada personalmente al interesado.

Desde ya que ello debe mantenerse, toda vez que resulta lógico -más aún con las garantías prescriptas actualmente en la normativa de fondo- que quien ha sido evaluado tome conocimiento del resultado de dicha evaluación, a fin de que pueda -junto a su abogado- oponerse a su resultado en caso que considere que las conclusiones no son verdaderas o lo perjudican.

Aquí cobran nuevamente importancia los “ajustes razonables” que deben tener lugar en el proceso, dado que puede no ser suficiente -a los fines de la notificación de la evaluación-, que se envíe una cedula judicial a la persona poniendo en su conocimiento el resultado del informe. Dado su contenido interdisciplinario, sería esperable que se explique su objetivo y sus resultados en lenguaje accesible, asegurando la verdadera comprensión de su contenido.

## VII. Revisión de sentencia. Rehabilitación

Una vez transcurrido el plazo de tres años desde que la sentencia adquirió firmeza -o antes si es peticionado por la persona- corresponde proceder a su revisión (art. 40 CCyC), sobre la base de nuevas evaluaciones interdisciplinarias. Si bien dicha revisión ya

había sido introducida en nuestro ordenamiento por el art. 152 ter del antiguo Código Civil (mediante la LNSM), la redacción del CCyC ha aclarado algunas cuestiones. El CPCCN nada dice en este punto ya que se trata de un instituto jurídico que no existía en nuestro ordenamiento.

Con respecto a la “rehabilitación” prevista por el art. 635 del CPCCN (debiera decirse “restitución plena de la capacidad civil” o “cese de los efectos de la sentencia”), vale decir que ella ha sido mantenida por el CCyC, aunque con algunas modificaciones. Así, el art. 47 del CCyC establece -nuevamente- la necesidad de la realización de un informe interdisciplinario (en contraposición al examen de tres médicos psiquiatras o legistas requeridos por el art. 635 del CPCCN).

Por lo tanto, actualmente co-existen en nuestro ordenamiento: 1) La revisión de sentencia; y 2) La rehabilitación.

Corresponde aclarar que se trata de dos institutos bien diferentes, cuyos fines son distintos; a saber: una revisión periódica de la situación de la persona a fin de adecuar la sentencia a la situación y necesidades actuales de la persona; o la petición ante la jurisdicción del cese de toda restricción jurídica y el consiguiente archivo de las actuaciones.

Habiendo aclarado este punto, cabe referir que -en determinados casos- el art. 40 (revisión) y el art. 47 (procedimiento para el cese) del CCyC deben ser interpretados de manera armoniosa. Es decir, que si en el transcurso de la revisión de sentencia se detectara que la existencia de las restricciones a la capacidad -y el régimen de apoyos- ya no resultan necesarios, y cumplidos todos los requisitos pertinentes, no existe óbice para que el juez dicte el cese de los efectos de la sentencia (rehabilitación) en la etapa revisoria.

Adoptar el temperamento contrario implicaría la necesidad de iniciar -una vez finalizada la revisión- un nuevo proceso en los términos

del art. 635 del CPCCN, a los fines de la rehabilitación, repitiendo pasos procesales que ya han sido realizados durante la revisión (evaluación interdisciplinaria, audiencias, etc), y por lo tanto, generando un dispendio jurisdiccional innecesario. Ello ha sido entendido de esta forma por la mayoría de la jurisprudencia en el fuero nacional y también en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Siguiendo esta línea de pensamiento, la doctrina ha expresado que:

La norma reformada, en cambio, regula un concreto derecho de revisión, a resultados del cual, por supuesto, puede derivar la rehabilitación de la persona [...] (Herrera 2015, 105).

## VIII. Inhabilitación

Con la entrada en vigencia del CCyC se ha producido un cambio fundamental en relación con la inhabilitación, quedando limitada a los casos de prodigalidad, ya que todos los demás supuestos serán comprendidos por el régimen de apoyos. Es a la luz de esta modificación que deben interpretarse las normas del CPCCN, por lo que únicamente mantendrán validez los artículos referidos a situaciones de prodigalidad (art. 637 quater y 637 quinter CPCCN), los cuales -igualmente- deben ser interpretados de acuerdo con las normas de fondo vigentes y, en una eventual reforma procesal, ser modificados.

Los supuestos previstos por el CPCCN en el art. 637 bis (“alcoholistas habituales, toxicómanos y disminuidos”) deben entenderse inaplicables para la inhabilitación y en todo caso (más allá de que el vocabulario ya no resulta adecuado) será aplicable la figura de capacidad restringida. Ello se encuentra previsto por el art. 32 del CCyC cuando hace referencia a la existencia de “...una adicción o una alteración mental permanente o prolongada...”.

Sin perjuicio de ello, la doctrina especializada ha entendido que “[...] serán de aplicación las normas sobre incapacidad o capacidad restringida en la medida en que no sean incompatibles” (Olmo 2015, 93).

## IX. Conclusiones

A modo de consideración final, y sobre la base de todas las cuestiones desarrolladas, entendemos que las reformas de fondo acontecidas en materia de capacidad civil en la República Argentina durante los últimos años -principalmente a partir de la incorporación a la legislación nacional de la CDPD (y su posterior incorporación a la Constitución Nacional), la sanción de la LNSM, y la entrada en vigencia del CCyC- obligan a repensar una reforma integral del CPCCN, que incluya los aspectos aquí desarrollados, de modo tal que exista una relación armónica entre las normas sustantivas y adjetivas en nuestro ordenamiento. Ello a fin de no perjudicar a las personas sometidas a un proceso sobre determinación de capacidad jurídica por falta de normas procesales actualizadas que se encuentren a la altura de las normas de fondo -nacionales e internacionales- vigentes en la actualidad. Sin perjuicio de ello, mientras dicha reforma no suceda, proponemos una interpretación integral del sistema jurídico y, por sobre todo, respetuosa de la jerarquía de las normas, teniendo siempre presente que el derecho de forma deberá ceder ante el derecho de fondo, e interpretarse a la luz de este último.

## Bibliografía

Budich, Marcelo A., Anabella Ferraiuolo y Rosalía Muñoz Genestoux. 2015. “La Importancia de la Defensa Técnica en los Procesos de Determinación de la Capacidad Jurídica”. Ponencia presentada en las Jornadas Nacionales de la Defensa Pública, realizadas en la ciudad de Resis-

tencia, Chaco, los días 19 y 20 de noviembre.

Budich, Marcelo A., Mariana Caramia y Rosalía Muñoz Genestoux. 2015. “La Revisión de Sentencia como Garantía para la Persona cuya Capacidad Jurídica fue Restringida”. *Revista de Derecho de Familia*. 71. Editorial Abeledo Perrot.

Calamandrei, Piero. 1962. *Instituciones de derecho procesal civil*. T. 1, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Herrera, Marisa. 2014. “Principales Cambios en las Relaciones de Familia en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. *Sistema Argentino de Información Jurídica* (www.saij.gov.ar). Consultado: 29 de junio de 2016. <http://www.saij.gov.ar/marisa-herrera-principales-cambios-relaciones-familia-nuevo-codigo-civil-comercial-nacion-dacfl40723-2014-10-02/123456789-0abc-defg3270-41fcanirtcod>

Herrera, Marisa, Gustavo Carmelo y Sebastián Picasso. 2015. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Editorial Infojus.

Iglesias, María Graciela. 2014. “La capacidad jurídica. El modelo de «apoyo» en la toma de decisiones”. En: *Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica*, coordinado por Otilia Zito Fontan. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.

Jornadas Nacionales de Derecho Civil. 2015. Comisión Nro. 1 “Nuevas Reglas Referidas al Régimen de Capacidad de la Persona Humana”. Conclusión número 28. Resistencia, Chaco, 1, 2 y 3 de octubre. Consultado: 10 de junio de 2016. <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-01.pdf>

Kemelmajer de Carlucci, Aida. 2015. “Pró-

## MARCELO A. BUDICH Y ANABELLA FERRAIUOLO

logo al Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, coordinado por Marisa Herrera, Gustavo Carmelo, y Sebastián Picasso. Buenos Aires: Editorial Infojus.

Martínez Alcorta, Julio. 2014. “Los ajustes razonables para la intervención de las personas con discapacidad en el proceso judicial”. En: *Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica*, coordinado por Otilia Zito Fontan. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.

Moreno, Fausto. 1955. *Derecho Adjetivo. Nueva enciclopedia jurídica*. Barcelona: Seix.

Olmo, Juan Pablo. 2015. *Salud Mental y Discapacidad, Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación-Ley 26.994*. Buenos Aires: Editorial Dunken.

Pagano, Luz María. 2016. “Salud Mental: El Antes y el Después del Código Civil y Comercial”. *Revista de Derecho de Familia*. 73:157. Editorial Abeledo Perrot.

Palacios, Agustina. 2008. *El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Editorial Cinca.

Villaverde, María Silvia. 2014. “Modelo Social y de Derechos Humanos”. En: *Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica*, coordinado por Otilia Zito Fontan. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.

### **Jurisprudencia nacional**

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “Bernabé Correa c/ Barros”, rta 22/06/1923. *Fallos* 138:157.



# El litigio de reforma estructural como herramienta para la implementación de la Ley Nacional de Salud Mental: el caso Melchor Romero y la protección de los grupos vulnerables\*

## Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)

*Equipo de Salud Mental y área de litigio:  
Macarena Sabín Paz, Rosa Matilde Díaz  
Jiménez, Ana Sofía Soberón Rebaza, Víctor  
Rodríguez González, Lucía de la Vega y Au-  
gusto Martinelli*

## I. Introducción

En líneas siguientes describiremos el estado de situación en el que se encuentra el amparo colectivo presentado contra el Hospital Interzonal Dr. Alejandro Korn, del partido de La Plata, como consecuencia de la vulneración sistemática de los derechos humanos de los usuarios del servicio de salud mental allí alojados, y con el objetivo de asegurar la implementación de la Ley Nacional de Salud Mental.

Desde lo fáctico, se señalarán las primeras etapas sorteadas, mientras que, desde lo jurídico, analizaremos determinados obstáculos a sortear para asegurar la implementación de propuestas efectivas. Entre los principales problemas, nos detendremos en: (i) la necesidad de aplicar nuevas lógicas en las defensas técnicas, (ii) la designación de un “auxiliar del juez” para que agilice la sustanciación del proceso, y (iii) la conveniencia de celebrar determinados “negocios procesales”.

\* En este documento se procuró evitar el lenguaje sexista. Sin embargo, a fin de facilitar la lectura no se incluyen recursos como “@” o “a/as”. En aquellos casos en los que no se pudo evitar el genérico masculino deseamos que se tenga en cuenta esta aclaración.

## II. El impulso de la acción<sup>1</sup>

El amparo colectivo fue presentado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en noviembre de 2014, denunciando un estado de situación “inconstitucional” que requería la inmediata implementación de la Ley Nacional de Salud Mental (en adelante LNSM) para lograr el cese de las violaciones a derechos humanos que diariamente acontecen en el ámbito de internación psiquiátrica del Hospital Interzonal de agudos y crónicos, Dr. Alejandro Korn (en adelante *el Hospital*). En la presentación judicial, el CELS se postuló como adecuado representante del colectivo afectado<sup>2</sup> por su experiencia en la defensa de los derechos humanos de grupos vulnerables.

Entre las circunstancias más calamitosas, se denunció el uso excesivo de la medicación, deficientes planes alimentarios, ausencia de tratamientos que tuvieran en cuenta las particularidades del individuo, condiciones edilicias peligrosas, abusos sexuales no problematizados, ausencia de tratamientos integrales en salud, etc. En otras palabras, un fiel reflejo de la obsoleta postura marginalista del paradigma manicomial que subestima las capacidades del usuario, segregándolo de la vida en comunidad<sup>3</sup>. En tal sentido, el objeto

del reclamo buscó sustituir al antiguo modelo monovalente –aún hoy imperante en el Hospital-, por otros dispositivos de atención de salud inmersos en la comunidad favorables a la inclusión social.

A través de una medida de prueba anticipada, el juez realizó una inspección en el lugar y comprobó el cuadro de situación señalado en el párrafo anterior. Además, recolectó diversos elementos de prueba en los que se apoyó para el dictado de una medida cautelar que, entre otras cuestiones, habilitó la intervención judicial del nosocomio<sup>4</sup>.

En el marco de un conflicto de competencia negativo, la causa volvió a ser sorteada y así recayó en el Juzgado Contencioso Administrativo N° 3 del Departamento Judicial La Plata, y la medida cautelar decretada por el Juzgado que había intervenido previamente fue parcialmente revocada por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo por considerar que violaba la división de poderes al “diseñar políticas públicas”. De esta forma, sólo quedó firme la manda cautelar que exhortó al Poder Ejecutivo provincial a “...efectuar las medidas de acción positivas necesarias a los fines de resguardar los derechos a la salud comprometidos en autos, para que, en el ámbito de su competencia, se efecti-

1 Desde el CELS entendemos al litigio estratégico como recurso y herramienta fundamental para un programa de expansión de derechos y de incidencia en políticas de derechos humanos.

2 En nuestro escrito de demanda delimitamos a los miembros que conforman la clase afectada de la siguiente manera: “...La presente acción persigue la tutela de intereses individuales homogéneos de todas aquellas personas con padecimientos mentales privadas de la libertad en “Melchor Romero”, cuya protección legal se ampara en la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (CDPD) y la LNSM.

3 “...A diferencia de la sociedad antigua, en la que se prescindía de las personas con discapacidad, en la Edad Media ocupaban un sitio: el de los marginados...” (Palacios 2008, 56).

4 “... en este aspecto, y a efectos de garantizar la eficacia de dichos controles, estimo conveniente el dictado de una medida cautelar distinta a la peticionada (Conf. art. 204 CPCCBA), toda vez que, en atención a la gravedad de la situación constatada en autos, conferir el control a la misma autoridad que lo detenta actualmente, constituye un contrasentido y una medida de dudosa utilidad, motivo por el cual, se habrá de designar a un equipo interdisciplinario de profesionales con incumbencias en las áreas de medicina clínica, psiquiatría, psicología y trabajo social, los cuales serán seleccionados de un listado que a tal efecto habrá de requerirse a los respectivos Colegios Profesionales y Facultades pertenecientes a la Universidad Nacional de La Plata...”, medida cautelar dictada por el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 1 Dpto. Jud. La Plata, ordenado el 27 de noviembre de 2014.

vicen los programas o planes específicos para abordar el debido tratamiento de los internos del Hospital...<sup>5</sup>.

Más allá de la exhortación formal practicada, transcurrieron meses sin un sólo avance a favor del colectivo afectado, circunstancia que atenta de forma manifiesta contra el acceso irrestricto a la justicia en plazos razonables y profundiza las condiciones de vulnerabilidad<sup>6</sup>. Cabe destacar, sin embargo, que hemos advertido algunos cambios a partir de la puesta en marcha de una instancia de diálogo para avanzar en la modificación de las lesivas conductas denunciadas<sup>7</sup>.

### III. La conformación de una “*mesa de trabajo permanente*”

En la última audiencia judicial celebrada el 19 de mayo de 2016, las partes coincidimos en la conveniencia de crear una mesa de trabajo permanente, a través de la cual buscaremos impulsar los cambios estructurales en armonía con la normativa aplicable.

Por su parte, el juez ordenó la confección y presentación de un cronograma de trabajo

donde serían abordadas dos cuestiones en particular<sup>8</sup>: la eficacia del Protocolo de Ausencias sin Aviso, y la construcción de indicadores que permitiesen confeccionar un registro de población, como condición para evaluar el estado en el que se encuentra cada uno para lograr su pronta externación.

En ambos casos, las herramientas reflejan problemas metodológicos, pero también, ponen en evidencia lógicas y conceptos todavía sujetos al viejo paradigma manicomial.

### IV. Obstáculos a sortear en el marco de los litigios de reforma estructural

Los procesos de reforma estructural dependen a lograr transformaciones de determinadas instituciones estatales que lesionan sistemáticamente los derechos de un individuo o de un colectivo<sup>9</sup>. Dadas las características del caso bajo análisis, enfocaremos nuestro estudio desde una perspectiva colectiva ya que, a través de una misma circunstancia fáctico/jurídica, se han lesionado derechos individuales homogéneos de un número determinado de individuos<sup>10</sup>. Esta violación a

5 La exhortación se basó en conceptos jurídicos totalmente indeterminados, demostrando, a las claras, la insuficiencia de la misma en relación a la urgencia del caso por los derechos humanos conculcados.

6 Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículo 8 inc. 1: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

7 “...la esfera judicial no se presenta exclusivamente como un espacio de resguardo de los derechos que se pretenden ejercer en el plano social o institucional, sino también como un ámbito a través del cual es factible transmitir demandas al Estado, fiscalizar o impugnar sus decisiones y dialogar o confrontar con sus diferentes instancias y con los demás protagonistas del conflicto...” (CELS 2008, 26).

8 Asimismo, ordenó la presentación de un informe de situación, una vez transcurridos los dos primeros meses de trabajo de la mesa.

9 “...El litigio de derecho público es el reclamo judicial en la forma de acciones individuales o colectivas que buscan la transformación estructural de instituciones del Estado en pos del respeto de derechos y valores democráticos consagrados en la Constitución...” (Bergallo 2005, 1).

10 “...Se trata de conflictos que se reconocen en su origen como derechos subjetivos; por ello son eminentemente divisibles, dado que podrá verificarse la existencia de una pretensión en cabeza de cada uno de sus componentes que resultará escindible de las restantes, aunque por diversos motivos es conveniente su tratamiento como un conflicto colectivo (...) Su formación puede derivar de un origen común, ya sea de hecho o de derecho, que al comprender a un alto número de sujetos involucrados, cuya relación material o jurídica originaria es total o parcialmente idéntica - configurando de tal manera un co-

los derechos humanos del grupo, justifica la colectivización del proceso, máxime teniendo en cuenta el fuerte interés estatal en la protección de grupos históricamente relegados y/o débilmente protegidos<sup>11</sup>.

Si bien tanto la acción de clase como, también, el litigio de interés público, fueron mayormente desarrollados en ordenamientos del Common Law, principalmente en los Estados Unidos, lo cierto es que de manera paulatina han sido incorporados en ordenamientos de tradición continental europea y la República Argentina no fue la excepción<sup>12</sup>.

Las posturas doctrinarias especializadas en la materia ofrecen ciertos matices en lo que respecta a los límites en las funciones del Poder Judicial y las órdenes que esté dispuesto a impartirle a los restantes poderes. Algunos, postulan que sea el mismo magistrado, a través de un proceso “experimental”, quien ordene a

los restantes poderes las modificaciones necesarias<sup>13</sup>. En cambio, otros, en una posición más intermedia, prefieren la conformación de mesas de diálogo entre las partes que integran la litis<sup>14</sup> para que se generen los consensos y se modifiquen las estructuras, sin que sea necesaria la orden directa del Poder Judicial. Esta última opción ha sido conocida como “Modelo Deliberativo para la toma de decisiones remediales” (Sturm citada en Basch 2010, 12).

En apoyo a esta variable, parte de la doctrina sostiene que el método “dialogal” dota de mayor legitimidad a la sentencia definitiva, toda vez que no es el judicante quien termina ordenando qué hacer, sino que dirige el proceso limitándose a conformar espacios de diálogo entre las partes, más allá de juzgar las responsabilidades que a cada órgano del Estado le corresponda por haber omitido resolver la cuestión previamente. Por su parte, posiciones a favor de una postura más activista, afirman que, un proceso basado en la sola búsqueda de diálogo entre las partes, importa una manifiesta renuncia del Poder Judicial a ejercer su deber de control y resguardo de los derechos reconocidos constitucionalmente<sup>15</sup>.

---

lectivo -, amerita el tratamiento de las cuestiones comunes, en una vía procesal única...” (Salgado 2011a, 42-43).

11 “...Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta...”, CSJN en autos “Halabi, Ernesto c/ PEN s/ Amparo”, consid. 13 de la mayoría.

12 A partir de la última reforma constitucional, se reconocieron los derechos de incidencia colectiva y los derechos económicos, sociales y culturales. De esta forma, cada vez fueron más utilizados para la defensa de derechos fundamentales en protección de grupos que históricamente las administraciones centrales desatendieron, entre ellos, los usuarios del servicio de salud mental.

---

13 “...Public law litigation: civil rights advocacy seeking to restructure public agencies has changed course over the last three decades. It has moved away from remedial intervention modeled on command-and-control bureaucracy toward a kind of intervention that can be called “experimentalist.” Instead of top-down, fixed-rule regimes, the experimentalist approach emphasizes ongoing stakeholder negotiation, continuously revised performance measures, and transparency...” (Sabel 2004).

14 “...many critics argued that even effective judicial intervention of this kind was often illegitimate. They emphasized that these cases did not fit easily into traditional notions of the judicial role or the separation of powers...” (Sabel 2004). Esta postura sostiene que el juez activista debe tener especial precaución con las órdenes que dicta a los restantes poderes a los efectos de evitar inmiscuirse en esferas que no son propias de su competencia.

15 “...La diferente situación en la que ambas partes se sientan a negociar ha sido vista por Fiss como un obstá-

Las organizaciones de derechos humanos han impulsado varios procesos de reforma estructural<sup>16</sup>, sin embargo, existen inconvenientes serios para su consolidación como herramienta efectiva de protección debido, entre otras razones, a la ausencia de normativa procesal que regule la materia, la actitud de los jueces que deben guiar este tipo de proceso, y las actitudes que adoptan las distintas partes en el proceso. En los puntos siguientes, ahondaremos en algunos de los obstáculos que se nos han presentado:

#### IV.1. El necesario cambio de lógica en las defensas técnicas

Las autoridades demandadas utilizan estrategias de respuesta y defensa que no se conciben con los procesos de reforma estructural, lo que agrava aún más el delicado estado de las víctimas y, en el caso que nos ocupa en este artículo, la situación de vulneraciones múltiples con la que deben convivir todas las personas alojadas en el Romero.

En estos supuestos, debemos asumir que un proceso con fines distintos necesariamente demandará normas procesales acordes, deuda legislativa que la Corte Suprema nacional ordenó cancelar hace años pero que aún está

pendiente<sup>17</sup>. Más allá de esto, el juez interviniente tiene herramientas que el código de forma le ofrece para guiar un proceso evitando innecesarias dilaciones. Así, ante la reticencia a la entrega de prueba, el magistrado debiera aplicar sanciones u ordenar medidas para mejor proveer, que terminen por aclarar los hechos controvertidos. Sin embargo, hasta tanto no se sancionen las conductas indebidas, el modelo dialogal continuará encontrando insalvables obstáculos, transformándose en un mero proceso ritual y desvirtuando su finalidad, circunstancia que atenta contra el acceso irrestricto a la justicia en plazos razonables.

#### IV.2. El control de la mesa de trabajo y la implementación del “auxiliar del juez”

Es notorio el cambio que ha logrado la mesa de trabajo permanente que funciona en el ámbito del Hospital, instancia donde se han generado importantes consensos en armonía con la LNSM. Sin embargo, este no es un espacio conformado para el mero intercambio de ideas, sino que se ha implementado en búsqueda de soluciones concretas que deben poder implementarse en forma rápida y operativa. Por ello, no deben soslayarse determinadas cuestiones que hacen a la administración de un caso de tamaño envergadura<sup>18</sup>.

---

culo insalvable de cara al respeto del principio de igualdad de armas que es esencial al proceso judicial. Si bien reconociendo ciertas dificultades, sostuvo que la directa relación existente entre el sentido de las normas jurídicas y los remedios exige que la decisión remedial permanezca en la órbita del juez. Para Fiss, la delegación de esta decisión en otras personas o agentes “necesariamente crea el riesgo de que el remedio distorsione al derecho, lo que nos dejaría con algo menos que el verdadero sentido del valor constitucional...” (Basch 2010, 13).

16 Ver autos CSJN “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”. Para un análisis detallado de la utilización del proceso colectivo para la defensa de los DESC, ver Delamata et ál (2016); y Kletzel (2008)

---

17 Sobre la regulación de los procesos colectivos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo: “...Frente a esa falta de regulación la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular...”, en autos “Halabi, Ernesto c/ PEN s/ Amparo”, consid. 12 de la mayoría.

18 “...resulta menester acordar las bases centrales de un modelo organizacional adecuado para abastecer las crecientes demandas que cuantitativa y cualitativamente pugnan para ser oídas y tuteladas de modo concreto y

Uno de los principales problemas que encontramos es la falta de control judicial sobre los avances y retrocesos que, día a día, se manifiestan en el ámbito del diálogo entre las partes. Este problema no se debe exclusivamente a una falencia del Poder Judicial argentino, ya que también se ha presentado en otros sistemas donde han surgido soluciones innovadoras, por ejemplo, la designación del “auxiliar del juez” o “special master”<sup>19</sup>.

De esta forma, el juez podría asignarle a éste determinadas funciones que permitan sustanciar el proceso ágilmente, sin que ello se traduzca en una delegación de las facultades jurisdiccionales. A su vez, estaría al tanto de todas las novedades que surgieran, sin que su presencia sea necesaria en cada oportunidad donde la mesa de trabajo se reúna.

La designación de un auxiliar en el marco de este proceso sería beneficioso para que: transmita los avances logrados en cada reunión de la mesa de trabajo permanente; asesore en cuestiones que dificultan el armado de consensos -cuestiones de índole probato-

---

puntual. Lo que se ha denominado el “caseload management”, o cómo manejar los casos a través de la gestión del tribunal. En esta visión se han de estudiar las normas procesales y administrativas que se refieren al órgano judicial como entidad de administración de recursos humanos y materiales y, asimismo, en directa vinculación con el proceso judicial, en la perspectiva de un “proceso administrativo” compuesto por objetivos, actividades, plazos y flujos de trabajo...” (Berizonce 2006, 42).

19 “...La Rule 53.a.1 prevé la facultad de las Cortes de designar un master en diversas situaciones. Entre ellas contempla la necesidad de atender procedimientos anteriores o posteriores al juicio (trial) cuando el tribunal u otros jueces de la jurisdicción no puedan hacerlo con eficacia y en tiempo adecuado -Rule 53.a.1.C-. Entre las tareas que han sido encargadas a la figura durante la etapa posterior al juicio se destacan las negociaciones de acuerdos conciliatorios, la realización de investigaciones y la administración de organizaciones (28). Este último rol es particularmente recomendado cuando el caso involucra una orden compleja y la parte obligada ha demostrado ser reticente en su cumplimiento...” (Verbic 2008).

ria, por ejemplo-; y advierta sobre los límites a las posibilidades de transar determinadas cuestiones vinculadas a las características del derecho colectivo vulnerado<sup>20</sup>, entre otras.

Esta designación, además, armoniza con el modelo dialógico propuesto por el magistrado, evitando así ser él mismo quien tenga que resolver, ordenando determinado accionar.

### IV.3. Negocios procesales sobre los hechos controvertidos

Otro factor a superar, se vincula con la determinación de los hechos que dan sustento al reclamo judicial. Con una marcada perspectiva adversarial, el código de forma establece que la parte demandada deberá oponer negativas generales y particulares de los hechos denunciados por la actora, delimitándose, así, las controversias fácticas entre las partes que merecerán ser debidamente probadas<sup>21</sup>.

---

20 “...Cuando la pretensión se dirige a limpiar el curso de un río, la clase o grupo involucrado será aunado por un objeto indivisible en el cual confluyen los intereses o expectativas de un número indeterminable de personas, cuyo uso, goce y disposición corresponde a todos ellos de manera conjunta, sin que alguno pueda excluir a los demás o apropiarse del bien comunitario. A esta especie la denominaremos derechos, prerrogativas o intereses difusos o colectivos de carácter indivisible...” (Salgado 2011a, 42). En casos donde se encuentre en pugna un derecho colectivo propiamente dicho -*indivisible*- será imposible, al menos por ahora, renunciar parcialmente o transarlo por cuanto la prerrogativa no le pertenece a un individuo en particular, sino a un colectivo. Por ello, ninguna persona que se arrogue su defensa se encontraría habilitada para materializar renunciaciones a derechos indisponibles.

21 Art. 356 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN): En la contestación opondrá el demandado todas las excepciones o defensas de que intente valerse. Deberá, además: 1) Reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyeren y la recepción de las cartas y telegramas a él dirigidos cuyas copias se acompañen. Su silencio, sus respuestas evasivas, o la negativa meramente general podrán estimarse como reconocimiento



La causa Romero no ha sido la excepción a la regla, pues la accionada ha negado todos y cada uno de los hechos que hemos denunciado. En esta línea, a los efectos de acotar la etapa de producción probatoria, creemos necesario explotar mecanismos alternativos y, para ello, la opción de generar ciertos “negocios procesales” en el ámbito de la mesa de trabajo puede ofrecer soluciones interesantes. Someramente descriptos, los negocios procesales son acuerdos celebrados entre las partes que integran -o integrarán- una litis, a los efectos de “gestionar” determinadas cuestiones que hacen al desenvolvimiento del litigio<sup>22</sup>.

Tomando como base el sistema de “discovery” estadounidense<sup>23</sup>, el ámbito de la mesa permanente de trabajo podría ser pro-

---

de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran. En cuanto a los documentos se los tendrá por reconocidos o recibidos, según el caso.

22 “...Por un lado, está su utilización tradicional como instrumento de resolución del litigio, favorecida enormemente por el derecho contemporáneo a través de los modos alternativos de resolución de conflictos, especialmente la conciliación y la mediación, de los que no hablaré aquí puesto que este aspecto de la contractualización es bastante conocido<sup>11</sup>. Y, por otro lado, la técnica contractual se desarrolla en dos direcciones más modernas: primero, antes del litigio, las partes recurren cada vez más a la convención como instrumento de anticipación convencional del reglamento de sus discrepancias (I); por otra parte, una vez surgida la controversia, el recurso al contrato se opera en el propio seno de la institución judicial como un instrumento de gestión del proceso...” (Cadiet 2012).

23 “...As an initial matter, the judge should consider what information will be needed from the parties to determine whether the litigation should proceed as a derivative action or class action. In cases that do not raise class issues, the parties are subject to Rule 26 disclosures and the court should further ascertain at the initial pretrial conference the scope of discovery likely to be sought by the parties and tailor a discovery schedule accordingly. Additional reciprocal pre-discovery disclosures may expedite and reduce the amount of discovery needed...” en Federal Justice Center (2004, 553).

vechoso para que las partes ofrezcan la prueba en su poder. De esta forma, se conviene una plataforma fáctica común que suplante la típica producción probatoria de los hechos controvertidos. Para ello, es necesario que se aseguren dos cuestiones:

**a. Idoneidad del representante adecuado<sup>24</sup>:** Esta figura es trascendental en materia de procesos colectivos al ser la encargada de ejercer la representación de una forma tal que el mismo afectado no hubiera podido ejercerla mejor. Así, habilitando la defensa a través de una persona idónea, el sistema judicial permite que la sentencia colectiva sea oponible a personas que no formaron parte del litigio pero que contaron con una defensa que resolvió en beneficio del colectivo afectado<sup>25</sup>.

En síntesis, la importancia que la figura reviste, requiere extremar los controles sobre su accionar para evitar que se generen conflictos de interés (Klonoff 2007, 62) que puedan

---

24 “...El adecuado representante es un sujeto que gestiona en forma vigorosa los derechos de todos los miembros, como si aquéllos hubieran estado presentes en el litigio. La calidad de su desempeño deberá ser tal que, de haber ejercido los ausentes su defensa en forma persona, no podrían haberlo hecho de mejor manera. De esa suerte, si ello ocurre, todos los ingresantes de la clase, presentes o ausentes, podrán verse vinculados por la eficacia de la cosa juzgada de ese proceso...” (Salgado 2011b, 194).

25 “...For many years, legal historians placed the origin of class actions in seventeenth century England. In their telling, class actions were born as something called the “Bill of Peace” that enabled multiple plain-tiffs or defendants to resolver common questions in a single legal action brought in the Courts of Chancery. However, when the number of plaintiffs was so large that it was not practical to require them all to come forward (physically and legally), the court allowed representative plaintiffs to present the case for all potential plaintiffs, present or absent. The representative plaintiffs were required to show that they adequately reflected the interests of the entire group because the judgment would be binding on all plain-tiffs, whether or not they were actually involved in the proceedings...” (Hensler 2000, 10).

terminar por perjudicar a los miembros que conforman el colectivo afectado<sup>26</sup>.

**b. Exhaustivo control sobre los avances de la mesa permanente de trabajo:** En consonancia con lo sostenido en apartados previos, vemos cómo la figura del auxiliar del juez cobra relevancia nuevamente. Es que, ante la sustanciación de conflictos de tamaño envergadura, es probable que el juez a cargo no se encuentre en condiciones de evaluar periódicamente las novedades que se presentan en el expediente ya que, por obvias razones, tampoco debe restarle atención a las demás causas que tramitan ante sus estrados.

La designación de un auxiliar permitiría controlar los detalles del acuerdo sobre la plataforma fáctica al que pudieren arribar las partes en el ámbito de las mesas de diálogo. De lograrlo, no haría falta sustanciar todas las medidas de prueba ofrecidas sobre los hechos controvertidos y, en cambio, desde los inicios del proceso, se podría avanzar con una posición en común sobre los hechos acontecidos para pasar rápidamente a la búsqueda de soluciones; objetivo último del reclamo interpuesto.

La propuesta cobra fuerza si tenemos en cuenta que el código de forma ofrece una solución análoga, al permitir que actor y de-

mandado, de común acuerdo, presenten al juez la demanda y su respectiva contestación en forma conjunta, ofreciendo la prueba dentro del mismo escrito (Conf. art. 336 CPCCN y art. 335 CPCCBA).

## V. Conclusiones finales

Las primeras etapas sorteadas en el amparo colectivo interpuesto han requerido varios meses de sustanciación, lo que se traduce –inevitablemente– en el recrudescimiento de las condiciones por las que presentamos la acción de amparo. Si bien es cierto que se han logrado ciertos avances, hasta ahora no se han materializado en beneficio de los afectados. Esta dilación indebida atenta contra la tutela judicial efectiva consagrada constitucionalmente (Conf. art. 15 Constitución de la Provincia de Buenos Aires), circunstancia no menor que bien podría derivar en una responsabilidad internacional del Estado argentino por obstaculizar el acceso irrestricto a la justicia de grupos vulnerables.

La ausencia de normativa que regule adecuadamente al proceso colectivo, a su vez, agrava aún más el problema al permitirles un amplio margen de discreción a los magistrados encargados de resolver. Ya sea a través de una postura más o menos activista, es necesario que los judicantes no permitan actividad procesal que no se condiga con los fines propios del litigio de reforma estructural.

Reiteramos la necesidad de evaluar las soluciones aplicadas por ordenamientos jurídicos foráneos a los problemas que hoy se presentan dentro de nuestro sistema, no para copiar institutos que probablemente no funcionen, sino para entender sus lógicas y ver si es posible que se incorporen armónicamente dentro de nuestro sistema. En esta línea, tanto la designación del auxiliar judicial como la posibilidad de transar sobre la plataforma fáctica, permitirían un adecuado control so-

<sup>26</sup> En caso de surgir algún problema, deberá ser removido y designarse a otro con capacidad suficiente para que no se desvirtúe su cometido. "... Courts have taken a variety of approaches to addressing inadequacy of class representatives and class counsel. If an adequacy problem arises before a class action is certified, the court may either deny class certification or permit the substitution of and adequate representative or adequate counsel. Alternatively, the court may narrow the class to encompass only those individuals who would be adequately represented. If an adequacy problem arises after certification, the court may likewise allow substitution of new representatives or counsel, narrow the class, or, in extreme cases, decertify the class. In no event should a court allow the case to proceed in the absence of at least adequate representative and one adequate attorney for each subclass in the case...". (Klonoff 2007, 72).

bre los avances logrados en el marco de la mesa de trabajo y una agilización en la sustanciación de procesos complejos que, de por sí, consumen mucho más tiempo del esperado, más aún si tenemos en cuenta que no hace falta practicar reformas normativas para hacer uso de las herramientas propuestas.

Para finalizar, reafirmamos que ante violaciones sistemáticas a los derechos humanos –en este caso, sobre personas con padecimientos mentales–, el litigio de reforma estructural se presenta como una herramienta de transformación en sintonía para acompañar el arduo proceso de implementación de la Ley Nacional de Salud Mental. No obstante, entendemos que estará a la altura de las circunstancias, siempre y cuando los actores involucrados dejen de lado excesivas posturas rigoristas y, en cambio, asuman defensas que no agraven, aún más, la situación de los derechos humanos en pugna.

El Hospital Melchor Romero ha transitado desafortunados procesos de transformación. Estamos ante una oportunidad única de generar un cambio real, genuino y profundo desde una perspectiva interdisciplinaria e intersectorial que, sobre la base del respeto pleno a los derechos de las personas alojadas, dé curso al tan ansiado proceso de desmanicomialización.

## Bibliografía

Basch, Fernando. 2010. “Breve introducción al litigio de reforma estructural”. Documento base para el Seminario Remedios Judiciales y Monitoreo de Ejecución de Sentencias en el Litigio de Reforma Estructural, Buenos Aires, 4 y 5 de noviembre. Disponible en <http://www.vancecenter.org/vancecenter/images/stories/vancecenter/breveintroduccionallitigiodereformaestructural.pdf>

Bergallo, Paola. 2005. “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder

judicial en el litigio de derecho público en Argentina”. Trabajo presentado en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA). Disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/45](http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/45)

Berizonce, Roberto O. 2006. “La administración de justicia en Argentina”. En: *Administración de Justicia en Iberoamérica y sistemas judiciales comparados*, coordinado por José Ovalle Favela. México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponible en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1978/5.pdf>.

Cadiet, Loïc. 2012. “Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia”. *Revista de Derecho Procesal Buenos Aires*: 521-555. Disponible en ISSN 2191-1339 – [www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com).

CELS. 2008. *La lucha por el derecho: litigio estratégico y derechos humanos*. Buenos Aires: Ed. Siglo Veintiuno.

Delamata, Gabriela; César Garavito, Diego Morales y Julieta Rossi. 2016. “Derechos sociales y procesos colectivos: algunas variables asociadas al cumplimiento de las sentencias”. *Cuadernos de Trabajo. Derechos Humanos*. 3. Buenos Aires: Universidad Nacional de Lanús.

Federal Justice Center. 2004. *Manual for complex litigation. Fourth*. Washington, D.C.: Federal Judicial Center. Disponible en <https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf>, pp. 553.

Hensler, Deborah R. 2000. *Class action dilemmas: pursuing public goals for private gain*. Santa Monica, California: Rand.

Kletzel, Gabriela y Laura Royo. 2008. “Una experiencia de exigibilidad jurídica y política

## CELS

del derecho a la vivienda: el caso de los vecinos de Villa La Dulce”. Disponible en [http://www.cels.org.ar/common/documentos/sistematizacion\\_ladulce.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/sistematizacion_ladulce.pdf).

Klonoff, Robert H. 2007. *Class actions and other multi-party litigation in a nutshell*. St. Paul, Minnesota: Thomson/West.

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

Sabel, Charles F y William H. Simon. 2004. “Destabilization rights: how public law litigation succeeds”. *Harvard Law Review*, 117.

Salgado, José María. 2011. *Tutela individual homogénea*. Buenos Aires: Ed. Astrea.

Salgado, José María. 2011a. “Certificación, Notificaciones y opción de salida en el proceso colectivo”. *Revista de Derecho Procesal*, 2: 194 y ss.

Verbic, Francisco. 2008. “El caso Mendoza y la implementación de la sentencia colectiva”. Disponible en [http://www.academia.edu/3715762/El\\_caso\\_Mendoza\\_y\\_la\\_implementaci%C3%B3n\\_de\\_la\\_sentencia\\_colectiva](http://www.academia.edu/3715762/El_caso_Mendoza_y_la_implementaci%C3%B3n_de_la_sentencia_colectiva).

## Documentos de organismos internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), adoptada por Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos (OEA), 22 de noviembre de 1969. San José, Costa Rica.

## Jurisprudencia nacional

CSJN, “Halabi, Ernesto c/ PEN s/ Amparo”, rta. 29/02/2009, Fallos 332:111.

CSJN, “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, rta 03/05/2005, Fallos 328:1146.

# La necesidad de contar con un abogado defensor y la inmediata implementación de todas las leyes de salud mental sancionadas

## APUSSAM

*Asamblea Permanente de Usuari@s de los Servicios de Salud Mental\**

## I. Introducción

Estas no son historias contadas porque sí, porque no tenemos nada mejor que hacer o decir, o porque nos complacemos con algún tipo de narrativa policial por pura diversión... Este es un claro ejemplo de cómo, historias entrelazadas vividas por diferentes usuarios, hacen una experiencia de vida que nos es común a todos... Historias de abuso, golpes de puño y patadas, encierro forzado, sobremedicación, mala alimentación, amenazas... Y demás... Entre nosotros ha habido amas de casa, verduleros, carniceros, vecinos, filósofos, ingenieros, analistas de sistemas, físicos recibidos del Instituto Balseiro, publicistas, técnicos electricistas, abogados, artistas de fama, cantantes de fama, actores-payaso de profesión, restauradores de arte sacro, taxistas, militares, biólogos, extranjeros, escritores, y una extensa lista de personas de todas las clases sociales... Esta no es una historia de entretenimiento, ni un pasatiempo formal, esto es verdad, pura y absoluta realidad, tan llanamente como puede ser contada... Por eso nosotros, por eso nuestra voz... A cualquiera, en cualquier momento de su vida,

\* La APUSSAM se reúne todos los primeros y terceros jueves de cada mes a las 15 hs en la sede del CELS, Piedras 547, CABA. Más información en: <http://assembleadeusuariosdesaludmental.blogspot.com.ar/>, en Facebook: Apussam Asamblea de Usuarios, o escribir a [asambleausm@gmail.com](mailto:asambleausm@gmail.com)

## APUSSAM

por la razón que sea, le puede tocar vivir nuestras mismas experiencias... Y terminar donde nosotros terminamos...

Y cuando eso sucede se pierden trabajos, familia, hijos, afectos, propiedades, el propio respeto, el amor por nosotros mismos y, en definitiva, se pierden todos los derechos humanos. Los pocos familiares que aún los quieren y pueden acompañarlos y ayudarlos, y ustedes mismos, van a estar esperando porque haya quien alce la voz por ustedes... por sus derechos... por eso... Nosotros...

Me trajeron las autoridades policiales en un auto, algunos llegan en otros vehículos blancos de igual sirena...

Me retuvieron los documentos... Dos personas de guardapolvo blanco me interrogaron tan amablemente como ellos suelen hacerlo en estos casos, en presencia de un fornido enfermero y un guardia de vigilancia, y al cabo de un rato de anotar y consultar entre ellos, me dieron a leer un escrito judicial en el que una jueza expresaba el siguiente párrafo: "Sugiero la inmediata internación de: Mi persona..." .... Acto seguido me comunican: "Tenemos ORDEN de internarte..." A lo que yo aterrado contesté: "La jueza SUGIERE la internación, no la ordena... Y más aterrado aún, desesperado, y tratando de aferrarme a lo poco que aún me quedaba de dignidad y libertad, dije: "Si me internan a la fuerza, los voy a demandar por privación ilegítima de libertad..." Aunque yo no tenía ni idea de cómo hacer eso... Al momento trato de marcharme del consultorio... Entonces ellos me retienen a la fuerza, entre todos, me inyectan alguna droga, y de inmediato me hacen firmar unos papeles de constancia de "Internación consentida..."

Solicitaron mis medios de comunicación, tanto mi celular, como mi computadora personal... Y mi radio...

Además de la droga que inyectaron en mi cuerpo... Me dieron otras, vía oral...

Revisaron mi boca para ver que hubiera

tragado todo, por si de las otras dosis escu-  
pía algo...

Me alojaron en un lugar llamado: "ADMISIÓN" ... Con guardia en la salida, barrotes y puerta reforzada...

Vi gente atada a las camas, personas ba-  
beándose, otras sostenerse a las paredes y algunos llorando, y gritando, y pidiendo por favor los dejen salir de este lugar...

Entre ellos estuve yo...

Si realmente tengo una enfermedad:  
¡QUIERO CURARME!!!!

Me pregunto: ¿Qué es todo este maltrato...?

¿Estoy esperando un abogado...? ¿Alguien en mi defensa...? ¿Alguien vendrá a corroborar que estoy loco...? Y si necesito atención: ¿Podré negarme a las prácticas médicas que me desagradan porque ya las he probado antes...? Y si lo hago: ¿Me golpearán...? ¿Me atarán a la cama...? ¿Quién es ese horroroso personaje con delantal y cara de Torquemada que me mira como diciendo: "Sos mío...?"

Estar internado no es placentero, sea cual fuere el motivo de la internación...

Si a eso le sumamos que uno está retenido en contra de su voluntad, en un manicomio y sometido a recibir golpes, sobremedicaciones y otras formas de torturas, sobre todo las psicológicas, más precisamente en el mismo lugar en el que te encierran para curarte de eso mismo, de padecimientos mentales... psicológicos... psiquiátricos...

Y me doy cuenta ahora, con las nuevas leyes, del hecho de que contar con la posibilidad de tener un abogado defensor que nos apoye, que vele por nuestros derechos y escuche nuestras necesidades, nos brinda una sensación de protección que nunca antes habíamos experimentado... Lo que no es poco... No lo duden...

Una sensación de igualdad desconocida hasta ahora...

Es sentir que no estamos solos en esos momentos dolorosos... Que alguien nos guía en la oscuridad, que podemos saber cuáles son



nuestros derechos, que vamos a tener acceso a conocer nuestros tratamientos y a los profesionales que nos atienden, a comunicarnos con nuestras familias y amigos, en caso de que queramos...

Que tenemos derecho a saber si estamos en una cárcel o un hospital... Y que podamos reconocer la diferencia...

Que, si nos golpean, quedará en nuestra historia clínica...

Que por más inconscientes que estemos a causa de lo que nos sucede en ese momento, o por las pastillas que nos dieron, no nos van a hacer firmar un consentimiento de internación, sin nuestro verdadero "consentimiento"... Como ha pasado antes...

Ahora, y por las leyes vigentes sancionadas, el momento en el que nos designan un abogado, que nos dicen que tenemos derechos, que somos iguales a cualquiera, volvemos a ser ciudadanos...

Volvemos a ser personas, sujetos de derecho...

A partir de ese momento, volvemos a la vida, porque todo ese tiempo en el que silenciaron nuestras voces, no tuvieron en cuenta nuestros derechos más elementales y nos privaron de lo más esencial y elemental que tenemos: "Nuestra libertad"...

Tener un abogado defensor es recobrar nuestra identidad humana y el empoderamiento de nuestra autonomía... Como personas que somos...

Queremos que los servicios de salud mental funcionen bien para los usuarios, queremos poder hacer uso de nuestros derechos, participar de las decisiones de nuestros tratamientos. Queremos decir NO a las sujeciones mecánicas, físicas y al chaleco químico.

Si tenés dudas sobre tus derechos podés llamarnos o contactarte con organismos de derechos humanos.



---

SECCIÓN III

---

EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

---



## Peligrosidad ¿Intervención estatal en expansión?\*

**Maria João Antunes**

*Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, Portugal.*

1. En 1986, en Alemania, un ciudadano fue condenado por tentativa de homicidio y de robo a la pena de 5 años de prisión y, como medida de seguridad, a una internación, cuya duración máxima era, entonces, de 10 años (§§ 66 y 67d del Código Penal de Alemania). En 1991, después del cumplimiento de la pena de prisión, la medida de seguridad comenzó a ser ejecutada, con el conocimiento de quien la sufría de que, de acuerdo con la ley entonces vigente, su duración máxima era de 10 años. En 2001, el condenado pidió la libertad, pero la petición le fue negada porque, por vía de la *Ley contra los delitos sexuales y otros delitos peligrosos*<sup>1</sup> del 26 de enero de 1998, había sido eliminado el límite máximo de duración de la medida de seguridad, de forma retroactiva.

El condenado presentó, entonces, una queja ante el Tribunal Constitucional, invocando la violación del principio de la proporcionalidad, de la prohibición de la retroactividad de la ley penal y del derecho a la libertad. El 5 de febrero de 2004, el Tribunal de Karlsruhe resolvió la constitucionalidad del § 67d.3 del Código Penal y de la norma que permitía la aplicación de la ley nueva a los condenados cuya medida de seguridad ya estaba en eje-

\* El texto original fue presentado en portugués. Su traducción estuvo a cargo de Claudio Daniel Meza, integrante de la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia.

1 Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten

cución. La limitación en este caso del derecho a la libertad, consagrado en el artículo 2, N°2, segunda parte, de la Ley Fundamental, no violaba el principio de proporcionalidad; el principio de prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal, previsto en el artículo 103, N°2, de la Ley Fundamental no rige para las medidas de seguridad, ya que éstas, al contrario de las penas, no tienen como presupuesto de aplicación la culpabilidad del agente; el deber estatal de protección de los ciudadanos contra injerencias en su vida, salud y libertad sexual supera al derecho del condenado de ser liberado una vez transcurridos los 10 años, motivo por el cual resulta proporcional la aplicación retroactiva de la ley nueva que eliminaba este límite máximo de duración, no dejando desprotegidas expectativas legítimas (artículo 2°, N°2, en consonancia con el artículo 20, N°3, de la Ley Fundamental); la protección de la dignidad de la persona humana, consagrada en el artículo 1, N°1, de la Ley Fundamental, no impone la fijación de un límite máximo de duración de la privación de la libertad por razones de seguridad, cuando ella es necesaria para hacer frente a la peligrosidad constante de la persona<sup>2</sup>.

El condenado recurrió, entonces, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El 17 de diciembre, el Tribunal de Estrasburgo concluyó, por unanimidad, que se violaron dos artículos, el 5, N°1, párrafo a), y el 7, N°1, de la Convención Europea de Derechos Humanos. Según el Tribunal, no podía ser establecida conexión alguna entre la condena de 1986 y la continuidad de la ejecución de la medida de seguridad 10 años después de ser iniciada. Había, por eso, una violación del derecho a la libertad, consagrado en el artículo 5, N° 1, inciso a), que establece que *la persona sólo puede ser privada de la libertad*

2 Cf. BVerfG, 2 BvR 2029/01, disponible en [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)

*como consecuencia de una condena dictada por un tribunal competente.* Sin perjuicio de que la medida de seguridad prevista en el § 66, en sí misma, no contradice ese artículo de la Convención. Por otro lado, se afirmó que se aplicó retroactivamente la ley que abolió el límite máximo de duración de la medida de seguridad, contra lo dispuesto en el artículo 7° de la Convención, según el cual *no puede ser impuesta una pena más grave que la aplicable al momento en que la infracción fue cometida.* La eliminación del límite máximo de duración de la medida de seguridad, aplicándose la ley nueva a los casos en que la sanción está en ejecución, equivale a la imposición de una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción fue cometida, resultando una violación del principio de legalidad. Tanto más, cuando la ejecución de la medida de seguridad se diferenciaba poco de la ejecución de la pena<sup>3</sup>.

2. En 1996, en Francia, el señor B.B. fue condenado a una pena de 10 años de prisión por haber cometido crímenes sexuales contra menores de 15 años. La ejecución de la sanción terminó en el año 2000.

El 9 de marzo de 2004 fue creado, por vía de una modificación al Código Procesal Penal, un registro judicial automático de autores de crímenes sexuales y de crímenes violentos, que entró en vigencia el 30 de junio de 2005<sup>4</sup>. El 2 de marzo de 2004, el Consejo Constitucional había decidido que la obligación de dar a conocer periódicamente el domicilio o residencia no es una sanción, pero sí una medida

3 Cf. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Caso M. v. Alemania, (N° 19.359/04), Sentencia de 17 de diciembre de 2009, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int>

4 Cf. Ley N° 2004-204 que crea el fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes, agregando los artículos 706-53-1 a 706-53-12 del Código Procesal Penal.



de policía destinada a prevenir la reincidencia y a facilitar la identificación de los autores de este tipo de crímenes; que la finalidad del registro torna necesario el control continuado del domicilio de los incluidos en el registro; y que el deber que pesa sobre los incluidos en los registros, para permitir este control, no constituye un rigor *innecesario* en el sentido de lo dispuesto en el artículo 9 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En la decisión del Consejo Constitucional fue ponderada la naturaleza y la gravedad de las infracciones, las garantías en cuanto a la utilización y consulta del registro, y la exigencia de intervención de autoridad judicial, para concluir que las normas en cuestión no son manifiestamente desproporcionadas y que aseguran el respeto a la vida privada y la protección del orden público<sup>5</sup>.

En agosto de 2005, cuando la pena de prisión a la que había sido condenado ya estaba cumplida, el señor B.B. fue notificado de que estaba incluido en el registro. Recurrió ante el Tribunal Europeo, invocando la violación de la prohibición de la aplicación de la ley penal retroactiva, contenida en el artículo 7, N°1, de la Convención Europea de Derechos Humanos, y la violación del derecho al respeto de la vida privada, contenido en el artículo 8 de la misma Convención.

El 17 de diciembre de 2009, el Tribunal de Estrasburgo se decidió por la no violación del artículo 7, N°1, por estar en discusión una medida preventiva, una medida de policía que, como tal, cae fuera del ámbito de protección de la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal. Y por la no violación del artículo 8, por haber un justo equilibrio entre la persecución de objetivos legítimos de defensa del orden público y de prevención de infracciones

5 Cf. Decisión N° 2004-492 DC, disponible en [www.conseil.constitutionne.fr](http://www.conseil.constitutionne.fr) concretamente los considerandos 77 y siguientes.

criminales, y la protección de los datos relativos a la vida privada, no habiéndose el legislador excedido en su margen de apreciación<sup>6</sup>.

El Tribunal europeo ponderó, en particular, que el registro se destina a prevenir infracciones criminales, previniendo particularmente la reincidencia, y a facilitar la identificación de los autores; que puede suprimirse el nombre del registro antes del límite máximo de duración, a pedido del propio registrado, teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción, la edad del agente al momento de cometer el crimen, el tiempo transcurrido y la personalidad actual de quien está registrado; y que el acceso al registro es solo de las autoridades (judiciales, de policía y de administración), en relación sobre las cuales pesa un deber de secreto, en circunstancias debidamente determinadas<sup>7</sup>.

3. El 21 de febrero de 2008, el Consejo Constitucional Francés fue llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la *Ley sobre la medida de seguridad y la declaración de irresponsabilidad penal por perturbación mental*<sup>8</sup>, que dio origen a la Ley N° 2008-174, del 25 de febrero. El Consejo decidió que eran contrarias a la Constitución las normas que permitían la aplicación de la medida de seguridad a los que fueron condenados antes de la publicación de la ley y a los que serían condenados ya después, por hechos cometidos anteriormente. La medida de seguridad no es una pena ni tampoco una sanción con carácter punitivo. Sin embargo, no puede ser

6 Sobre la *doctrina del margen de apreciación* de la que se valió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su significado en relación a los diversos tribunales, Medeiros (2015, 349).

7 Cf. Caso de *B. B. v. Francia* (N° 5335/06), Sentencia del 17 de diciembre de 2009, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int>

8 Loi relative a la rétention de sureté et a la déclaration d' irresponsabilité pénal por cause de trouble mental

aplicada retroactivamente debido a su naturaleza privativa de la libertad, al tiempo que puede durar, a la posibilidad de que se prolongue ilimitadamente y a la circunstancia de que es impuesta ya después de una condena por parte de un tribunal<sup>9</sup>.

4. El 4 de mayo de 2011, en un único fallo, el Tribunal Constitucional alemán resolvió cuatro quejas, todas ellas con incidencia en el régimen legal de la medida de seguridad de internación que se suma a la imposición de una pena, aplicable al ámbito del sistema sancionatorio dualista en vigencia<sup>10</sup>.

Al contrario de lo decidido en 2004, el Tribunal decidió que el § 67d3 del Código Penal, al no prever ningún límite máximo de duración de la internación, por haber sido eliminado por la ley de 1998 y la norma que permitía la aplicación de la ley nueva a los crímenes practicados antes de su entrada en vigencia, violaban el artículo 2, N° 2, segunda parte, en conjugación con el artículo 104 N°1, de la Ley Fundamental —violación del derecho a la libertad personal— y el artículo 2, N°2, segunda parte, en conjugación con el artículo 104, N°1, de la Ley Fundamental —violación de la protección de la confianza (Vertrauensschutz)—. Decidió, además, que el § 66b2 del Código Penal, al prever la imposición retroactiva *a posteriori* de la medida de seguridad de internación (Nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung), y la norma que permitía la aplicación de este tipo de medida a los crímenes practicados antes de la entrada en vigencia de la ley nueva, violaban, de igual modo, el derecho a la libertad personal y la protección de la confianza.

9 Cf. Decisión N° 2008-562 DC, disponible en [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr); concretamente los considerandos 2 a 10.

10 Cf. BVerfG, 2, BvR 2365/09, disponible en [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)

La fundamentación de la decisión del 4 de mayo de 2011 se basa en cinco afirmaciones esenciales: 1) la medida de seguridad de internación constituye una restricción grave al derecho de la libertad, que sólo el principio de proporcionalidad puede justificar con fundamento en la necesidad de seguridad de la sociedad; 2) la legitimación constitucional de las penas y de las medidas de seguridad es distinta, de un lado, el principio de culpabilidad fundado en la dignidad de la persona humana y, del otro, el principio del interés preponderante, según el cual la medida de seguridad solamente es legítima si el interés público en la seguridad supera al derecho a la libertad de la persona; 3) el legislador tiene que cumplir el imperativo constitucional de diferenciación de estas dos sanciones, diferenciándolas también en la fase de ejecución; 4) el régimen legal de la medida de seguridad de internación debe tener un objetivo claramente terapéutico, disminuir o eliminar la peligrosidad del condenado, reduciendo de esta forma al mínimo necesario el período de privación de la libertad; y 5) la confianza constitucionalmente protegida es vulnerada con la aplicación retroactiva de ley nueva que elimina el plazo máximo de duración de la medida de seguridad, por ser excedido el límite máximo de 10 años de duración de la privación de la libertad previsto en el momento de la condena, o bien con la aplicación de ley nueva que crea la medida de seguridad retrospectiva, *a posteriori*, porque la privación de libertad no cesa al finalizar el cumplimiento de la pena.

5. Dos fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dos decisiones del Consejo Constitucional francés y dos fallos del Tribunal Constitucional alemán. A pesar de sus diferencias, todas tienen en común los límites del denominado “Derecho penal de la peligrosidad” que, en rigor, es un “derecho penal de la seguridad”.

El fallo del Tribunal de Karlsruhe, lejos del fallo de 2004, fue reconocido en dos frentes muy distintos: llevó a cabo una interpretación de la Ley Fundamental abierta al derecho internacional, a la Convención Europea de los Derechos Humanos y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo; y trazó límites al denominado *derecho penal de la peligrosidad*.

5.1. Al decidir que, a pesar de que las normas de la Convención Europea de Derechos Humanos están subordinadas a las de la Ley Fundamental, y que éstas deben ser interpretadas con aquella apertura, con el límite de no resultar tal interpretación una disminución de la protección constitucional de los derechos fundamentales; la decisión de 2011 se inscribe en una nueva era del constitucionalismo europeo, que el Tribunal de Estrasburgo aplaudió expresamente en decisiones ulteriores, por ser reveladora de que los tribunales de cada país protegen a los derechos fundamentales no solamente a nivel nacional, sino también a nivel europeo (Michaelson 2012, 148-167; Borja Jiménez 2015, 186)<sup>11</sup>. La decisión se inscribe, así, en la problemática de la protección multinivel de los derechos fundamentales, particularmente, en la forma en que los diversos tribunales la han enmarcado y en la evolución de tal encuadramiento (Medeiros 2015, 347).

5.2. La decisión del tribunal de Karlsruhe cuestionó, en general, las normas sobre las medidas de seguridad aplicables a agentes imputables, con fundamento en su peligrosidad criminal. Pronunciando una sentencia de mera declaración de incompatibilidad

con la ley fundamental, sin declaración de nulidad, el Tribunal dio un plazo al legislador (hasta mayo de 2013) para proceder a las modificaciones necesarias (Gomes Canotilho 2003, 1018; Medeiros 1999, 676-766). La ley federal del 5 de diciembre de 2012 entró en vigor el 1 de junio de 2013, con la designación sugestiva de *Gesetz zur Bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*, donde se evidencia la exigencia de que, en el derecho de las medidas de seguridad, se cumpla el mandato constitucional de diferenciación (diferenciación de las medidas de seguridad de las penas, en particular de la pena de prisión).

6. Cuando la solución dualista de aplicación acumulativa de pena y medida de seguridad privativa de la libertad al agente imputado por la comisión de un mismo hecho parecía desvanecerse, en un retorno a un derecho penal solamente penal, la noticia de la comisión de delitos de determinada naturaleza hizo eco en la opinión pública conduciendo a una respuesta política que, de inmediato, pretendió “apaciguar a las víctimas y tranquilizar a la opinión pública” (Delmas-Marty 2013, 17-28).

Cuando el compromiso alcanzado entre la escuela clásica y la escuela positivista parecía tener los días contados —sistemas sancionatorios como el francés o el portugués fueron persistiendo en la respuesta sancionatoria monista y otros, como el brasilero, abandonaron al sistema del doble binario<sup>12</sup>—, el derecho penal de la peligrosidad resurge en Europa a partir de mediados de los años noventa del siglo pasado (Albrecht 2011, 431 y ss; Michaelson 2012, 150 y ss; Acale Sánchez 2013,

11 El diálogo entre los dos tribunales pasó a estar presente en otras decisiones, como se muestra, por ejemplo, en el *Caso Glien v. Germany* (N° 7345/2012) del 28 de noviembre de 2013, §§ 42 a 48, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int>

12 Sobre el sistema sancionatorio francés, Schneider (2011, 81 y ss.) y Delmas-Marty (2013, 18). Sobre el portugués, Antunes (2015, 21 y ss., y 123 y ss.). Sobre el brasilero, De Carvalho (2015, 504 y ss.).

141 y ss; Rinceanu 2013, 160 y ss; Gimbernat Ordeig 2015, 20 y ss).

Las noticias transmitidas por los medios de comunicación de secuestros y de abusos sexuales de niños, algunos seguidos de homicidio, generó una demanda subjetiva de seguridad por parte de la sociedad, muchas veces debida más a una “presión mediática” que a la propia realidad. “Criminalidad y miedo a la criminalidad marcan la contemporaneidad” y pasaron a tener eco en una “política criminal de seguridad” (Miranda Rodrigues 2003, 207 y ss).

La legislación penal fue tornándose más severa, por obra del populismo punitivo y de una percepción distorsionada de la inseguridad en la comunidad, motivada por los medios de comunicación social. De otro ángulo, puede afirmarse que la repercusión en la comunidad por la práctica de crímenes de cierta naturaleza y gravedad fue llevando al derecho penal de tutela de bienes jurídicos hacia un derecho penal de protección de las víctimas<sup>13</sup>. De las víctimas de los agresores sexuales, en general, y de los abusadores sexuales de niños, en especial, y más recientemente, de los terroristas y de los agresores en contexto doméstico, llevando el derecho penal del hecho, a un “derecho penal de autores”. El poder político,

---

13 Con referencia al derecho penal brasileiro reciente, nótese que la Ley N° 13.104, del 9 de marzo de 2015, prevé que el homicidio contra la *mujer* por razones de su condición de sexo femenino (femicidio) pase a ser homicidio calificado (artículo 121.º, §2.º, VI, del Código Penal) y pase a integrar el elenco de los crímenes atroces (crimes hediondos); y que la Ley N° 13.142, del 6 de julio de 2015, prevé alteraciones respecto al homicidio calificado, la lesión corporal y al elenco de los crímenes atroces (artículo 121, § 2º, VII, y 129, §12, del Código Penal y 1 de la Ley N° 8.072, del 25 de julio de 1990), cuando la *víctima* sea cierta *autoridad o agente, integrantes del sistema penitenciario y de la Fuerza Nacional de Seguridad Pública*, en ejercicio de la función o con motivo de ella, o el crimen sea contra su cónyuge, conviviente o pariente consanguíneo hasta el tercer grado, en razón de esa condición.

del cual se esperan respuestas político-criminales fundadas, pasó a ofrecernos respuestas que son apenas políticamente correctas, “político-criminalmente correctas”, asumiendo a ese efecto, muchas veces, el papel de creador de la opinión pública. Y “lo que más preocupa es este desconcierto, este populismo, esta incapacidad de ubicarse por encima del rugir feroz con que las masas, en todos los tiempos y en todas las circunstancias, siempre claman por una justicia que huele a sangre, pudrición y voyerismo” (De Faria Costa 2015, 8).

6.1 En Alemania, son reveladoras del nuevo derecho penal de la peligrosidad, la ley del 26 de enero de 1998 contra *delitos sexuales y otros delitos peligrosos* que eliminó el límite máximo de duración de la medida de seguridad de internación, aplicándose retroactivamente, y que tornó más fácil la imposición de la medida en casos de crímenes violentos contra la integridad física y libertad sexual; la ley del 21 de agosto de 2002 que introdujo en el Código Penal la *medida de seguridad bajo reserva*, para aquellos casos en que, al momento de la condena, existan dudas sobre la peligrosidad del agente, difiriéndose por ello la decisión para que la tome la autoridad de ejecución luego de cumplida la pena (§ 66a – *Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*); y la ley del 23 de julio de 2004 que introdujo en aquel Código la *medida de seguridad retroactiva, a posteriori*, que es ordenada después de la condena a una pena y de la ejecución de esa sanción, y con referencia al crimen cometido y a la peligrosidad del agente. (§66b – *Nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*)<sup>14</sup>.

---

14 Sobre esta evolución legislativa, Rinceanu (2013, 166) y Borja Jiménez (2015, 175 y ss) y, también, los §§ 1 a 6 y 9 y s., I. A., de la decisión de BVerfG, 2 BVR 2365/09, del 4 de mayo de 2011.

En Francia, constituyen ejemplos la ley del 17 de junio de 1998, relativa a la prevención y a la represión de infracciones sexuales y de protección de menores, que introdujo medidas de vigilancia, en particular la vigilancia electrónica y el seguimiento socio-judicial, como complementos de la pena; la ley del 12 de diciembre de 2005 sobre reincidencia criminal, que transformó estas medidas en medida de seguridad y cuyo ámbito de aplicación fue después ampliado por la ley del 5 de marzo de 2007, con el objetivo de reforzar la lucha contra la reincidencia; y la ley del 25 de febrero de 2008 que consagró a la actual prisión de seguridad (*rétenion de sûreté*). Teniendo como antecedente más remoto una ley de 1885, esta sanción pasó a aplicarse a agentes que cometían crímenes violentos, en general después de la ejecución de la pena, con fundamento en la peligrosidad, avalada por una comisión interdisciplinaria cuyo dictamen es vinculante para el juez<sup>15</sup>.

En España, se promulgó la Ley Orgánica 5/2010, del 22 de junio, que introdujo en el Código Penal la medida de *libertad vigilada* para imputados que cometiesen crímenes de terrorismo o contra la libertad sexual, a ejecutarse una vez cumplida la pena; la redacción, vigente desde el 1 de julio de 2015, del artículo 106 del Código Penal del cual surge la ampliación del ámbito de aplicación de esta medida de seguridad (Acale Sánchez 2013, 132 y ss; Cancio Meliá 2011, 5 y ss; Martínez Mora 2015, 121 y ss); y la (re) introducción en el artículo 33, N° 2, inciso a), del Código Penal, en esta misma fecha, de la pena de prisión permanente revisable, que no es más que una pena de prisión perpetua<sup>16</sup>.

15 Sobre esta evolución legislativa, Delmas-Marty (2013, 19) y, también, el considerando 6 de la Decisión N° 2008 – 562 DC del DC del Consejo Constitucional.

16 Sobre la introducción de la pena de prisión permanente revisable, críticamente, Lascuraín (2015) y Gim-

6.2 En Portugal, el populismo punitivo no ha dado lugar a quiebres significativos del sistema sancionatorio. Con una tradición que remonta ya a 1936, se ha mantenido la opción político-criminal por un sistema tendencialmente monista, de vía única, que pone en la sombra la peligrosidad criminal de los delincuentes imputables condenados a pena de prisión efectiva. El populismo punitivo portugués ha sido dirigido en gran medida contra agentes que cometen crímenes sexuales contra niños, para el que no habrá sido indiferente el caso “Casa Pia” y todo un clima que se fue creando en Europa con relación a estos crímenes, con expresión en Decisiones-Marco y en Directivas de la Unión Europea<sup>17</sup>.

Las modificaciones ocurrieron: por vía de la criminalización de comportamientos que nos hacen dudar de la existencia de un bien jurídico digno de ser protegido por el derecho penal y necesitado de pena como, por ejemplo, el comportamiento de quien apenas sea *tenedor* de fotografías, filmes o grabaciones pornográficas en que sea utilizado una *menor* o de quien tenga material pornográfico con *representación realista de menores*, con el propósito de cederlo, en particular cuando se trate de pornografía pedófila aparente o totalmente virtual (artículo 176, N° 3 y 4, del Código Penal) (Antunes et ál 2012); a través de una anticipación de la tutela penal, tipificando nuevos comportamientos como, por ejemplo, el de *seducción de menores para fines sexuales* (artículo 176-A, del Código Penal) y ampliando casos en que la tentativa es punible (artículos 171, N° 5, 172, N° 4, 173, N° 3, del

bernat Ordeig (2015, 20 y ss).

17 Cf. Especialmente, la Decisión-Marco 2004/68/JAI, del Consejo de la Unión Europea, de 22 de diciembre de 2003, relativo a la lucha contra la explotación sexual de menores y sobre la pornografía infantil; y la directiva 2011/93/EU, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de diciembre de 2011, relativo a la lucha contra el abuso sexual, explotación sexual de menores y la pornografía infantil.



Código Penal); por fuerza del agravamiento de los límites de las penas principales y accesorias, de la eliminación de la pena de multa principal alternativa y de la introducción de penas accesorias de aplicación automática (artículos 172, N° 3, 173, N° 1 y 2, 174, N° 1 y 2, 175, N° 1, 69-B, y 69-C del Código Penal) (Antunes 2015, 39 y ss); por vía de la consagración de la regla, según la cual, en los crímenes contra la libertad y autodeterminación sexual de *menores*, el procedimiento criminal no se extingue, por efecto de la prescripción, antes de que la víctima cumpla 23 años (artículo 118, N° 5 del Código Penal); por intermedio de la ampliación del plazo de cancelación del registro criminal a 25 años, cuando el plazo general más largo es de 10 años<sup>18</sup>; y, además, a través de la creación de un *registro de identificación criminal de condenados por la comisión de crímenes contra la autodeterminación sexual y la libertad sexual del menor*.

Sin perjuicio de que el populismo punitivo sea también evidente, cuando se invoca la lucha contra el terrorismo, la corrupción y al enriquecimiento ilícito<sup>19</sup>.

7. La apetencia política por las medidas de seguridad no es nueva y se puede afirmar que tiene mala memoria, por recordar experiencias autoritarias y totalitarias (Muñoz Conde 2002, 42 y ss). La verdad es que la idea de peligrosidad criminal tiene tanto de peligrosa como de seductora. Cuando se la contrapone

a la culpabilidad, presupuesto y límite de la pena, tiene las “ventajas” asociadas al principio de actualidad del estado peligroso, a saber, la sustracción a los corolarios esenciales del principio de legalidad criminal (Antunes 2002, 122 y ss, 178 y ss).

En todos los fallos mencionados, las instancias – el Consejo Constitucional francés, el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos — debatieron la extensión a las medidas de seguridad del contenido del principio de la legalidad, en lo que se refiere a la exigencia de que no puede haber pena sin ley previa anterior que la establezca. Sea cuando concluyeron que había una equivalencia entre una y otra sanción desde un punto de vista material, sea cuando identificaron exigencias consecuentes del principio de confianza como principio estructurante de un Estado de derecho.

En Portugal, es la propia Constitución la que extiende el principio de legalidad a las medidas de seguridad (desde 1976 a las privativas de la libertad y, a partir de 1982, a todas en general)<sup>20</sup>. El artículo 29 —después replicado en los artículos 1 y 2 del Código Penal— establece que nadie puede sufrir medidas de seguridad cuyos presupuestos no estén fijados en una ley anterior, y que no pueden ser aplicadas medidas que no estén expresamente establecidas en ley anterior. Y no se trata aquí, “apenas, de cualquier principio constitucional, sino de una ‘garantía de los ciudadanos’, una garantía que nuestra Constitución – al contrario de otras que la tratan con relación al ejercicio del poder jurisdiccional – explícitamente incluyó en los

18 Cf. artículos 4 de la ley N° 113/2009, de 17 de septiembre, y 11, N°1, a), de la ley N° 37/2015, del 5 de mayo

19 Sobre esto, cf. la ley N° 30/2015, de 22 abril, y las leyes N° 32/2010, 2 de septiembre, y 60/2015, del 24 de junio en materia de terrorismo y de corrupción, respectivamente, y la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 377/2015 que en sede de fiscalización preventiva constitucional, se pronunció por la inconstitucionalidad de las normas que pretendían introducir el crimen de enriquecimiento injustificado (disponible en [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

20 Tanto la Constitución de la República Federativa de Brasil (artículo 5, XXXIX) como la Convención Americana de los Derechos Humanos (artículo 9), inciden exclusivamente sobre las penas cuando se consagran el principio de legalidad. No obstante, la doctrina brasileña da a entender el principio de las medidas de seguridad. Así, Ferrari (2001, 92 y ss).



catálogos de los derechos, libertades y garantías relevando, así, toda la carga axiológico-normativa que le está subyacente<sup>21</sup>.

La problemática de la aplicación de la ley penal en el tiempo, cuando la sanción en cuestión es la medida de seguridad, tiene que ver, en el fondo, con la crítica, ya antigua, de que el régimen legal de esta sanción es, muchas veces, revelador de una *burla de etiquetas*. Entre muchos méritos de la decisión del Tribunal Constitucional alemán de mayo de 2011, debe destacarse la afirmación *del imperativo constitucional de diferenciación (verfassungsrechtlichen Abstandsgebot)* entre pena y medida de seguridad, y la exigencia, de ahí resultante, de una diferenciación efectiva entre una y otra también en la fase de ejecución, para que no haya una *burla de etiquetas*.

8. Merced de una cierta indiferenciación entre penas y medidas de seguridad, especialmente en lo que concierne a los límites de cada una, el derecho penal que se ha estado consolidando apela a una idea de peligrosidad criminal que ha arrastrado dudas en cuanto a la naturaleza jurídica de las medidas restrictivas de los derechos del ciudadano. ¿Pena o medida de seguridad? Esa es la cuestión. Hay que saber, por ejemplo, si la sanción española de la libertad vigilada es verdaderamente una pena o si es una medida de seguridad (Rincéanu 2013, Borja Jiménez 2015). El dilema es que la indiferenciación resultó, en parte, de todo un movimiento político-criminal que buscaba aproximar la medida de seguridad a la pena, en un esfuerzo de revestir la estructura y la aplicación de medidas de seguridad de garantías conformes a la idea de Estado de derecho (Antunes 2003, 93 y ss). Lo que se fue ganando en aproximación, fue perdiéndose,

en cierta medida, desde el punto de vista de la diferenciación entre una y otra sanción.

Por otro lado, el afán punitivo del poder político lo engecece de tal forma que no le permite ver las categorías dogmáticas a partir de las cuales debe tener lugar la intervención penal. Solo una ceguera de este tipo —generosamente no usamos la palabra ignorancia—, explica que la imposición de medidas de seguridad a agentes imputables, junto con la pena, pueda fundarse no exclusivamente en la *peligrosidad criminal* del agente, sino en el tipo de delito por él practicado (crimen contra la libertad y la autodeterminación sexual de los niños, o crimen de terrorismo, por ejemplo), conduciendo, verdaderamente, a un *derecho penal de la seguridad*<sup>22</sup>. ¡Que podrá, incluso, llegar al punto de modificar la inimputabilidad penal en razón de la edad, en función del tipo de delito cometido por el agente!<sup>23</sup>

Otro ejemplo de intervención legislativa al margen de categorías dogmáticas, es el del registro judicial automático de autores de crímenes sexuales y de crímenes violentos, en vigor en Francia desde 2005. Este ejemplo, también permite introducir la cuestión de saber si, en rigor, estamos apenas ante una medida administrativa de policía, tal como decidió el Consejo Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es un retorno a la discusión sobre las fronteras entre el derecho administrativo y el derecho penal, y sobre la naturaleza jurídica de la medida de seguridad (Antunes 2002, 81 y ss).

22 Cancio Meliá (2011, 6) destaca la importancia del tipo de crimen en detrimento de la peligrosidad del agente.

23 En este sentido, la Propuesta de Enmienda de la Constitución de la República Federativa de Brasil N°115, de 2015, relativa al artículo 228°, al bajar de 18 para 16 la edad de inimputabilidad penal “en casos de crímenes atroces, homicidio doloso y lesión corporal seguida de muerte”.

21 Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 183/2008, disponible en [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

## Bibliografía

Acale Sánchez, María. 2013. “Medidas de seguridad postpenitenciarias en el código penal español; el movimiento de defensa social retro del siglo XXI”. En: *Securitarismo y Derecho Penal. Por un Derecho penal humanista*, editores Luis Arroyo Zapatero, Mireille Delmas-Marty, Jean Danet y María Acale Sánchez, 141. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Albrecht, Hans-Jörg. 2011. “Sicherheit und Prävention in strafrechtlichen Sanktionensystemen. Eine kriminologische, komparative Untersuchung”. En: *Wegsperrten? Freiheitsentziehende Massnahmen gegen gefährliche, strafrechtlich verantwortliche (Rückfall-) Täter im internationalen Vergleich*, editor Hans-Georg Koch, 431-489. Berlin: Duncker y Humblot.

Antunes, Maria João. 2002. *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*. Coimbra: Coimbra Editora.

Antunes, Maria João. 2003. “Discussão em torno do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 11 (42): 93 y ss.

Antunes, Maria João. 2015. *Consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra Editora.

Antunes, Maria João y Cláudia Cruz Santos. 2012. “Comentário aos artigos 174.º do Código Penal (Recurso à prostituição de menores) e ao artigo 176.º do Código Penal (Pornografía de menores)”. En: *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Dir. Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora.

Borja Jiménez, Emiliano. 2015. “Peligrosidad postcondena, intervención punitiva y

Estado de Derecho”. En: *Derecho Penal de la Peligrosidad y prevención de la reincidencia*. 186. Valencia: Tirant lo Blanch.

Cancio Meliá, Manuel. 2011. “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”. *La Ley Penal*, 80: 5 y ss.

De Carvalho, Salo. 2015. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. Brasil: Editora Saraiva.

De Faria Costa, José. 2015. *Beccaria e o Direito Penal*. Portugal: Coimbra Editora.

Delmas-Marty, Mireille. 2013. “Deshumanización del derecho penal”. En: *Securitarismo y Derecho Penal. Por un Derecho penal humanista*, editores Luis Arroyo Zapatero, Mireille Delmas-Marty, Jean Danet y María Acale Sánchez, 17-28. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Ferrari, Eduardo Reale. 2001. “Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito”. San Pablo: *Revista dos Tribunais*. 92 y ss.

Gimbernat Ordeig, Enrique. 2015. “Prólogo a la vigésima primera edición”, *Código Penal*. Madrid: Editorial Tecnos.

Gomes Canotilho, José. 2003. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Portugal: Editora Almedina.

Lascuraín, Juan Antonio. 2015. “Pena indigna y arbitraria”. *El Mundo*. 2 de abril de 2015. <http://www.elmundo.es/opinion/2015/04/01/551c391122601d4f6f8b4577.html>

Martínez Mora, Gema. 2015. *Alternativas jurídicas al tratamiento penal de la delincuencia habitual*. España: J.M. Bosch Editor.

Medeiros, Rui. 1999. *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Portugal: Universidad Católica Editora.

Medeiros, Rui. 2015. *A Constituição Portuguesa num contexto global*. Portugal: Universidad Católica Editora.

Michaelsen, Christopher. 2012. "From Straubourg, with love' - Preventive Detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights". *Human Rights Law Review*, 12 (1): 148-167.

Miranda Rodrigues, Anabela. 2003. "Política criminal - Novos desafios, velhos rumos". En: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Portugal: Coimbra Editora.

Muñoz Conde, Francisco. 2002. "El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los 'extraños' a la comunidad". *La ley*, 9: 42 y ss.

Rinceanu, Johana. 2013. "El futuro de la custodia de seguridad en Alemania". En: *Securitarismo y Derecho Penal. Por un Derecho penal humanista*, editores Luis Arroyo Zapatero, Mireille Delmas-Marty, Jean Danet y María Acale Sánchez, 160-168. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Schneider, Elisabeth. 2011. "Landesbericht Frankreich". En: *Wegsperrren? Freiheitsentziehende Massnahmen gegen gefährliche, strafrechtlich verantwortliche (Rückfall-) Täter im internationalen Vergleich*, editor Hans-Georg Koch, 81-122. Berlin: Duncker y Humblot.

### Jurisprudencia internacional

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Caso M. v. Alemania*, (Nº 19359/04),

Sentencia de 17 de diciembre de 2009, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int>

TEDH, *Caso B. B. v. Francia*, (Nº 5335/06), Sentencia de 17 de diciembre de 2009.

TEDH, *Caso Glien v. Germany* (Nº 7345/12), Sentencia de 28 de noviembre de 2013.

### Documentos de organismos internacionales

Consejo de la Unión Europea. Decisión-Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativo a la lucha contra la explotación sexual de menores y sobre la pornografía infantil.

Consejo de la Unión Europea y Parlamento Europeo. Directiva 2011/93/EU, del 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra el abuso sexual, explotación sexual de menores y la pornografía infantil, y por la que se sustituye la Decisión-Marco 2004/68/JAI del Consejo de la UE.

### Jurisprudencia extranjera

Consejo Constitucional de Francia. Decisión Nº 2004-492 DC. Disponible en [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)

Consejo Constitucional de Francia. Decisión Nº 2008-562 DC. Disponible en [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)

Tribunal Constitucional de Alemania. 2 BvR 2029/01. Disponible en [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)

Tribunal Constitucional de Alemania. 2 BvR 2365/09. Disponible en [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)

Tribunal Constitucional de Portugal. Sentencia N° 183/2008. Disponible en [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Tribunal Constitucional de Portugal. Sentencia N° 377/2015. Disponible en [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

## Internamiento e inimputabilidad en el derecho penal peruano: statu quo y crítica

**Julio Rodríguez Vásquez**

*Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) con estudios en la Maestría en Derechos Humanos de la misma universidad. Investigador del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP y del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Discapacidad. Adjunto de docencia de los cursos de “Criminología” e “Instituciones del Derecho Penal Sancionador” en la Facultad de Derecho de la PUCP.*

### I. Introducción

Desde la antigüedad hasta la actualidad, la historia ha tratado como objetos sin autonomía ni voluntad a los llamados “locos”, “anormales” o, de manera aparentemente científica, “enfermos mentales”. Su suerte ha transitado entre ser “curados” contra su voluntad en centros “totalizantes” o, simplemente, ser eliminados de la sociedad. Evidentemente, esta situación se ha encontrado amparada en diversos ordenamientos jurídicos. En ellos, el derecho penal ha jugado un rol importante a través de su consignación como “inimputables” sujetos a la “medida de seguridad de internamiento”.

El marco legal peruano no es ajeno a esta realidad, de manera que regula dicha consecuencia jurídica del delito desde el Código Penal de 1924. Esta figura permite, hasta la actualidad, que personas con deficiencias psicosociales e intelectuales consideradas peligrosas sean internadas en estos centros por espacios prolongados de tiempo, siendo obligados a vivir en un lugar contra su voluntad y siendo sujetos pasivos de diversos tratamientos médicos forzosos.

Esta situación nos llevó a realizar dos investigaciones jurídicas, una durante el año 2013 (Rodríguez y Morales 2015, 425-451) y otra, durante el año 2015 (Rodríguez 2016).

El presente artículo contiene algunas de las ideas más importantes trabajadas en ambas investigaciones. En esta línea, este artículo está dividido en dos partes. En la primera parte, identificaremos el statu quo nacional sobre la medida de seguridad de internamiento y el concepto de inimputabilidad. En la segunda parte, abordaremos la crítica planteada desde el modelo social de la discapacidad.

## II. Inimputabilidad e internamiento: statu quo

### II.1 Inimputabilidad por anomalía psíquica

La inimputabilidad se define como la ausencia de culpabilidad o capacidad penal. Como veremos más adelante, el internamiento en un centro de salud mental ordenado por un juez penal exige como uno de sus presupuestos la inimputabilidad del infractor. Sobre este concepto, el artículo 20.1 del Código Penal peruano (en adelante CPP) indica lo siguiente:

Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

1. El que, por anomalía psíquica, grave alteración de la realidad o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictivo de su acto o para determinarse según esta comprensión.

Podemos ver que el CPP incluye dos elementos: un concepto general y la determinación de circunstancias personales en las que el individuo es considerado inimputable.

#### II.1.1. Concepto de Inimputabilidad

Según la doctrina penal de Perú, el CPP

define a la inimputabilidad a través de un criterio biológico-normativo (Villavicencio 2014, 599) o psicológico-normativo (García 2012, 624; Hurtado y Prado 2011, 598), toda vez que exige que la “anomalía psíquica incapacite al sujeto de comprender la antijuricidad de su acción y de comportarse de acuerdo a la misma”. La doctrina nacional recoge este concepto mixto de imputabilidad de la teoría esbozada por Claus Roxin. Este autor define a la culpabilidad como la “actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa” (Roxin 1997, 807). Así, considera que la culpabilidad es un dato mixto empírico-normativo compuesto por dos elementos: la capacidad general de autocontrol y de asequibilidad normativa, y la atribución normativa del poder actuar conforme a derecho (810). A continuación explicaremos estos dos elementos.

Con respecto al elemento empírico, Roxin aclara que no se está refiriendo al libre albedrío, toda vez que este es una regla de juego o presupuesto de naturaleza normativa de la vida en sociedad (808). Es decir, la libertad es un dato normativo y no empírico. En cambio, el elemento empírico deberá consistir en que la persona se encuentre en un estado mental y anímico que le permita tener la posibilidad (sea libre o determinada) psíquica de controlar su comportamiento (807).

Ahora bien, esta capacidad psíquica no bastará para configurarse la imputabilidad, sino que será necesario un juicio normativo consistente en imputarle a esa persona la posibilidad de actuar conforme a derecho y, por lo tanto, el deber jurídico penal de responder por tal conducta (810). Esta atribución constituirá el elemento normativo de la culpabilidad. Así, habrá inimputabilidad ahí donde la persona cometió un hecho delictivo en un estado en el que tenía la capacidad de controlar su comportamiento y en el que el derecho penal le atribuya el deber de haber actuado de otro modo.



Es importante indicar, que un sector de la doctrina (García 2012) y, como veremos más adelante, también de la jurisprudencia, acoge la teoría defendida por Gunther Jakobs. Este autor enmarca su concepto de culpabilidad dentro de un esquema en el que el derecho penal tiene por finalidad restablecer y comunicar la vigencia de la norma defraudada por el delito y, así, mantener el reconocimiento general de dicha norma (Jakobs 1996, 584). En este esquema teórico, el delito no es ya una “modificación empírica y real del mundo exterior” (un daño a un bien jurídico), sino una comunicación o expresión de que la norma no tiene valor (Lesch 2000, 268). La persona ya no es concebida como un ser empírico (264), sino como ser competente para expresar un sentido racional y relevante penalmente (271). Esta competencia legitima que el sujeto tenga el deber de restablecer la vigencia de la norma que ha sido defraudada por él (Jakobs 2005, 50-55).

Como vemos, la competencia para expresar un sentido penalmente de la norma constituye la capacidad de imputación (Lesch 2000, 271) y, por la tanto, la imputabilidad. Esta ya no es definida desde la concepción de la persona como ser empírico, sino determinado de forma normativa y generalizada (259). Es decir, el juicio no se realiza a partir de la persona, sino a partir de la concepción que tiene la sociedad de él como ser capaz de generar perturbación social. Así, la imputabilidad o competencia para cuestionar la validez de la norma será un concepto eminentemente normativo, fijado a partir de los criterios preventivos generales y no de circunstancias personales del individuo (Jakobs 1996, 631). En este orden de ideas, García, siguiendo a Jakobs, define a la imputabilidad como la “idoneidad del agente de poder comunicar, mediante sus actos, un hecho penalmente relevante” (2012, 642). Entonces, habrá imputabilidad cuando el derecho penal le exija a una persona el deber de restablecer la vigencia de la norma que ha sido perturbada por sus actos.

### *II.1.2. Anomalía psíquica como “circunstancia personal”*

A diferencia del concepto general de imputabilidad derivado de las dos capacidades antes indicadas, las “circunstancias personales” que determinan los casos específicos de inimputabilidad han variado con el CPP. Tal como indica Hurtado y Prado, el Código Penal de 1924 incluía 3 circunstancias: la enfermedad mental, la idiotez y la grave alteración de la conciencia; mientras que en el CPP se sustituye enfermedad mental e idiotez por “anomalía psíquica”, aumentado además “la alteración de la percepción” (2011, 597). Nos encontramos, entonces, ante tres circunstancias.

Según García, dentro de la circunstancia “anomalía psíquica” están incluidos “las psicosis, oligofrenias, psicopatías y neurosis” (2012, 644). De manera similar, Hurtado y Prado señalan que, dentro de esta noción, se incluyen “tanto las dolencias mentales, en sentido estricto, como las perturbaciones de la conciencia, las diversas formas de oligofrenia y las demás perturbaciones psíquicas graves” (2011, 601). Coinciden con estas afirmaciones Villavicencio (2013, 601) y Villa Stein (2014, 468-476). En este sentido, no solo se incluyen las deficiencias psicosociales, sino también las intelectuales.

Como dijimos antes, la doctrina penal, acorde con el CPP, indica que la “anomalía psíquica” no es suficiente para estar frente a un caso de inimputabilidad, sino que es necesario que se produzca una ausencia de capacidad de comprender la norma y actuar conforme a ella. Sin embargo, en la práctica, nuestra jurisprudencia homologa la deficiencia psicosocial y la deficiencia intelectual con la incapacidad penal o inimputabilidad. Así, la Corte Suprema ha señalado lo siguiente en su jurisprudencia:

Constituye causa legal de exención de responsabilidad penal el hecho de que el acusado presente un cuadro de síndrome

psicótico de tipo esquizofrenia paranoide, que lo hace inimputable (...)¹

En esta línea, la inimputabilidad se ve como un estado que define a algunas personas con deficiencias psicosociales. Es decir, la inclusión de la anomalía psíquica como circunstancia personal que provoca la inimputabilidad ha ocasionado que la deficiencia psicosocial e inimputabilidad se convierten en conceptos homogéneos para un sector de la jurisprudencia peruana.

## II.2. Medida de seguridad de internamiento

La medida de seguridad constituye una clase específica de consecuencia jurídico-penal regulada por el CPP. Conforme a la doctrina internacional, el ordenamiento peruano exige que esta consecuencia jurídica se imponga a los sujetos considerados inimputables o imputables relativos que han cometido un hecho delictivo y que son considerados peligrosos. De esta manera, los presupuestos de la medida de seguridad son los siguientes: comisión de un hecho delictivo, inimputabilidad o imputabilidad relativa y peligrosidad. Ahora bien, el artículo 71 del CPP indica que existen dos tipos de medida de seguridad: la de internamiento del “inimputable” en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado para fines terapéuticos o de custodia; y la medida de seguridad de tratamiento ambulatorio aplicable a imputables relativos. En el presente artículo, solo analizaremos la medida de seguridad de internación aplicable a inimputables.

### II.2.1. Los fines de la medida de seguridad de internación

El internamiento tiene una finalidad doble y alternativa: por un lado, la finalidad terapéutica; por otro lado, la de custodia. Esto se encuentra de acuerdo a lo señalado por la doctrina. Así, Roxin indica que el internamiento en hospitales psiquiátricos está orientado a la finalidad de seguridad y a la finalidad de resocialización (1993, 43-44). Esto es compartido por autores como Gracia Martín (2004, 413-413), Luzón Peña (2004, 55) o Ziffer (2008, 241). En el Perú, la doctrina mayoritaria también se acoge a esta línea (Hurtado y Prado 2011, 158; Villavicencio 2014, 75). A su vez, el Poder Judicial del Perú, a través de la Resolución Administrativa 336-2011-P-PJ², ha indicado que la medida de seguridad de internación obedece a fines terapéuticos y de custodia. El primero se refiere a la curación del infractor o a la mejora de su estado de salud, al punto de que deje de ser “peligroso”. Mientras que el fin de custodia, implica que se inocuice a la persona con deficiencia psicosocial y/o intelectual con la finalidad de asegurar y proteger a la sociedad. En el mismo orden de ideas, el Tribunal Constitucional del Perú ha indicado que la medida de seguridad busca evitar la comisión de futuros delitos y la “recuperación de la persona” a través de un internamiento en un centro hospitalario que cuente con tratamiento médico especializado y adecuado³.

Sin perjuicio de lo antes dicho, existe una tendencia que privilegia al fin inocuidador o de custodia, sobre el fin terapéutico o curativo. Este sector de la doctrina indica que el fin terapéutico solo será efectivo ahí donde sea posible; por lo tanto, ante los casos frecuentes en los que sea imposible “curar” al infractor,

1 R.N. 1228-2014. Ejecutoria suprema emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de Perú el 4 de mayo de 2015. Fundamento 3.7.

2 Emitida por el Poder Judicial el 20 de diciembre de 2011.

3 Exp. 0346-2008-PHC/TC. Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 26 de agosto de 2010.

el internamiento solo cumplirá con una finalidad aseguradora o neutralizante (Jescheck y Weigend 2003, 92; Maurach 1995, 864; Strantenwerth 2000, 42; Mir Puig 2011, 93). En esta tendencia, Hegglin indica que desde los años ochenta se ha producido un viraje desde un derecho penal terapéutico, caracterizado por medidas de seguridad orientadas a lograr prioritariamente la curación del sujeto, a un derecho penal cuya finalidad es la neutralización del “peligroso” (2006, 186).

En la jurisprudencia peruana, este viraje se ha producido de manera aislada y de la mano de la tesis propuesta por Jakobs, quien considera a la medida de seguridad de internación como una institución que cumple con la finalidad de eliminar peligros (1996, 41). Y es que al ser el inimputable alguien que no tiene la capacidad para expresar o comunicar la negación de la norma, no podemos decir que existe el deber de restablecer la norma (35). Por tanto, la medida de seguridad, a diferencia de la pena, no se encuentra en el plano comunicativo, sino en el plano fáctico. En este escenario, Jakobs indica lo siguiente:

[...] la medida de seguridad compensa la pérdida de libertad interna del autor y ha de justificarse precisamente a causa de dicha pérdida: quien ya no domina en absoluto su libertad interna, dirigida por la propia determinación ética (como ocurre con los enfermos mentales) [...] no puede pretender la libertad social completa (1996, 35)

Así, la medida de seguridad no se basa en deberes propios de una persona en sociedad, sino que es un ejercicio de coacción ante personas que no comunican con sus actos. En esta línea, la medida de seguridad despersonaliza y se basa en la necesidad social de eliminar fuentes de peligro (Jakobs 2009, 8). Estos argumentos han sido recogidos por

la Corte Suprema de Justicia de Perú de la siguiente forma:

[...] uno de los fundamentos de las medidas de seguridad radica en que existen sujetos que no ofrecen la fiabilidad cognitiva para ser tratados como personas en derecho, o como sujetos que no muestran en conjunto una línea de vida que permita concluir que serán fieles al derecho, en este sentido, la necesidad de heteroadministrar, implica que la persona portadora de derechos y deberes incumple de manera obstinada determinados deberes, por lo que, ya no puede ser tratada como tal ni igual que a los demás, no significando ello que se genere una discriminación, sino que se le priva de derechos para neutralizarla como fuente de peligro, esto es, “heteroadministración de la existencia que se produce en el caso de internamiento en un hospital psiquiátrico, un centro de deshabitación o en custodia de seguridad.”<sup>4</sup>

En síntesis, si bien la postura mayoritaria en el Perú aboga por la doble finalidad curativa-neutralizadora, existe una tendencia a que la medida de seguridad de internamiento tenga por finalidad inocular a los individuos “anormales”, considerados fuentes de peligro por el Derecho.

#### *II.2.2. La peligrosidad y la individualización de la medida de seguridad de internación*

La individualización judicial es el proceso a través del cual el juez determina la clase de medida de seguridad que se va aplicar y la duración de la misma (Rodríguez 2016, 12). De acuerdo al *statu quo*, el principal criterio para

<sup>4</sup> R.N. 2375-2009. Ejecutoria suprema emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de Perú el 26 de enero de 2010.

individualizar la internación es el grado de peligrosidad de la persona que ha cometido el hecho delictivo (Roxin 1993, 44). El CPP reconoce, en el artículo 73, tres criterios para determinar la medida de seguridad de internamiento: la gravedad del hecho cometido, la gravedad del hecho que se pudiese cometer en el futuro y la probabilidad de se vuelva a cometer un hecho delictivo en el futuro. Este último criterio es el referido a la peligrosidad.

Sin embargo, la jurisprudencia del Perú, en la línea de la doctrina, manifiesta que el criterio de peligrosidad es el principal, sino el único, elemento para determinar la intensidad y extensión temporal de la medida de seguridad (Rodríguez 2016, 35-36). Un ejemplo de esto, es la siguiente sentencia de la Corte Suprema del Perú:

[...] se deberá imponer (...) la medida de seguridad de internación, dado que concurren los presupuestos establecidos para su aplicación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 del Código Penal, dado que conforme a lo establecido en las pericias psiquiátricas y psicológica, su personalidad permite presumir que, de estar sin tratamiento, le pondría llevar a cometer nuevos delitos tan graves como el juzgado en el presente proceso penal de seguridad [...] <sup>5</sup>

Otro ejemplo de esta forma de individualizar la medida de seguridad a partir de la peligrosidad es el siguiente:

Que el encausado (...) no solo padece de esquizofrenia paranoide crónica, en tanto trastorno de carácter orgánico. Tal condición permanece y la necesidad de tratamiento médico, por su peligrosidad –alta

probabilidad de comisión de delitos-, que se evidencia con el hecho típicamente anti-jurídico cometido y el propio mal que padece obliga a la imposición de una medida de seguridad de internación <sup>6</sup>.

Entonces, podemos señalar que la peligrosidad es el criterio principal para individualizar la medida de seguridad en el Perú. Además, podemos constatar que este juicio de probabilidad futura se obtiene a partir de un informe sobre el estado de salud psicosocial del imputado realizado por un perito (Prado 2009, 63). En esta medida, la peligrosidad es obtenida únicamente a partir de criterios psiquiátricos. Por este motivo, las medidas de seguridad de internación han sido aplicadas solo en atención a la verificación de la deficiencia psicosocial (Hurtado y Prado 2013, 396) o, en algunos casos, intelectual. Y es que, al fin de cuentas, la peligrosidad se termina derivando de la inimputabilidad y ésta, a su vez, de la deficiencia psicosocial o intelectual (Freund 2014,31). El esquema termina siendo entonces el siguiente:

### III. Crítica desde el modelo social de la discapacidad

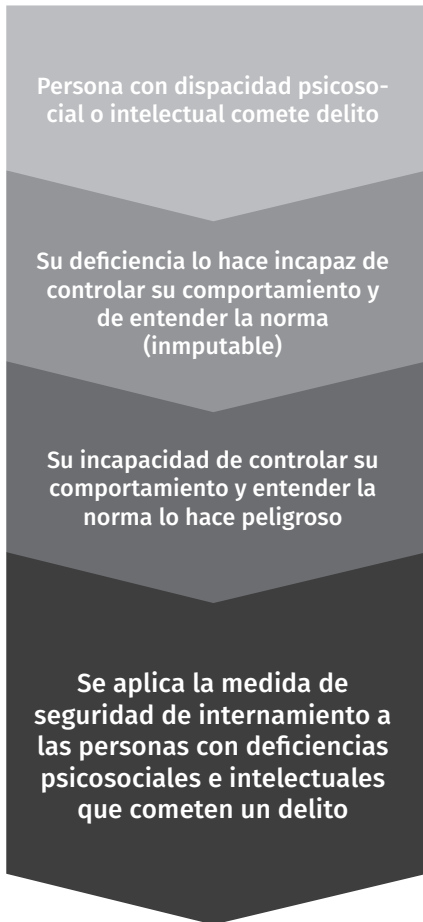
#### III.1. Concepto de discapacidad y capacidad jurídica

De acuerdo al modelo social de la discapacidad, es necesaria hacer la diferencia entre el concepto de “deficiencia” y el concepto de “discapacidad”. Mientras que la deficiencia representa “características de las personas que consisten en un órgano, función o un mecanismo del cuerpo o de la mente que no funciona de igual manera que en la mayoría

5 Exp. N° 26-2009-SPN. Sentencia emitida por la Sala Penal Nacional el 07 de octubre de 2011, p. 122

6 R.N. N° 3608-2014. Ejecutoria Suprema emitida el 27 de marzo de 2015 por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Cuadro 3



de las personas”, la discapacidad involucra “los factores sociales que restringen, limitan o impiden a las personas con diversidad funcional, vivir una vida en sociedad” (Palacios 2008, 123). Dentro de las deficiencias se encuentran las psicosociales, que suponen capacidades de pensar y gestionar aspectos sociales y emocionales de manera distinta a la de la mayoría de personas (Rodríguez 2016, 6) y las intelectuales, que hacen referencia al desarrollo de la inteligencia y las funciones cognitivas de manera diferente al estándar de normalidad fijado socialmente.

El modelo social implica un avance transcendental frente al modelo rehabilitador y al modelo de prescindencia. El primero se caracteriza por considerar que la “anormalidad” de la persona es el problema y que, por lo tanto, es necesario recurrir a un tratamiento médico que normalice a la persona, aun cuando esto implique sustituir su voluntad (Palacios 2008, 12-13). Y es que el modelo rehabilitador tiene como premisa que existen seres “normales” y seres “anormales”, los primeros tienen ciertas características (razonar, sentir, comunicarse) que los transforman en individuos capaces de decidir sobre sus vidas; los segundos, carecen de ellas, por lo que no tendrán capacidad de decidir autónomamente sobre sus vidas (Cuenca Gómez s/f, 5). Por su parte, el modelo de prescindencia considera que la “anormalidad” de la persona la transforma en un individuo que no merece vivir en sociedad o que no cumple con las características necesarias para hacerlo, por lo que deberá ser eliminada o aislada. A diferencia de estas visiones, el modelo social mira a la persona con deficiencias como un sujeto de derechos y con capacidad de decidir sobre su vida, que se enfrenta a distintas barreras creadas por la sociedad; barreras que finalmente lo discapacitan.

El modelo social ha sido reconocido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante la Convención). Este instrumento fue ratificado por el Perú y entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Así, la Convención se transforma en un instrumento que contiene normas de rango constitucional que, por lo tanto, deberán ser un parámetro de interpretación de las normas penales.

Hemos señalado antes que, a diferencia del modelo rehabilitador, el modelo social considera que las personas con discapacidad tienen derecho a decidir sobre sus vidas. Esta idea ha sido ampliamente respaldada por la Convención. Así, en el artículo 3 se reconoce el prin-

cipio de que se debe respetar la dignidad, la independencia, la autonomía y libre toma de decisiones de las personas con discapacidad. Además, el artículo 12 indica que las personas con discapacidad gozan del reconocimiento a la personería jurídica y a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida. En este orden de ideas, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (en adelante el Comité) indicó lo siguiente:

El desequilibrio mental y otras denominaciones discriminatorias de la discapacidad psicosocial no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar). En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica<sup>7</sup>.

Lo antedicho se traduce en que ninguna discapacidad (incluida la que sufren las personas con deficiencias psicosociales e intelectuales) será motivo para negar, a priori, capacidad jurídica a una persona<sup>8</sup>. Esta idea ha sido confirmada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>9</sup>. En esta línea, la Convención plantea que las personas con deficiencias psicosociales e intelectuales no solo son titulares de derechos, sino también de la capacidad de ejercer derechos y tomar decisiones por su cuenta (Rodríguez 2016, 62). Como veremos,

este reconocimiento sobre la capacidad de toma de decisiones tiene un efecto importante en la concepción que se debe tener de la capacidad penal o imputabilidad.

### III.2. Inimputabilidad y capacidad jurídica

Las personas con deficiencias psicosociales e intelectuales gozan, en principio, de capacidad jurídica. De esta manera, el modelo social abandona la visión de que la capacidad jurídica se le debe otorgar solo a los sujetos que tienen determinadas características. Por el contrario, el modelo social adopta un enfoque funcional, de acuerdo al cual la capacidad y la personería jurídica se fundamentan en el reconocimiento social intersubjetivo (Bach 2011, 75-80).

Ahora bien, si la imputabilidad se refiere a la capacidad penal, es lógico que ésta pertenezca a su vez a la capacidad jurídica. En esta medida, la fundamentación de la imputabilidad debe ser la misma que de la capacidad jurídica. Esto es, el reconocimiento social intersubjetivo. Dicho con otras palabras, la imputabilidad representa que la sociedad reconoce a uno de sus miembros en particular y en una situación determinada, que tiene la capacidad de generar obligaciones penales a partir de la toma de decisiones (Rodríguez y Morales 2015, 437). Como hemos mencionado en otro lugar, esto es lógico; toda vez que la culpabilidad implica reproche social y este solo puede tener sentido ahí donde la sociedad reconozca responsabilidad (437).

¿Cómo se expresa esto? En primer lugar, en que la imputabilidad penal de una persona con deficiencias psicosociales o intelectuales no puede ser negada a priori, toda vez que esto supondría un acto discriminatorio (Alianza de las Organizaciones Latinoamericanas 2014, 6). Por este motivo, las circunstancias personales, como la “anomalía psíquica”, no deben ser interpretadas como sinónimos de

7 Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observación General sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*. CRPD/C/11/4, párr.12.

8 Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/11/4, párr.10.

9 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Sentencia del 4 de julio de 2006, párr. 130.



irresponsabilidad penal (Benavides López 2003, 232-234). La segunda manifestación de esto consiste en que los actos de las personas con deficiencias psicosociales e intelectuales no siempre serán cometidos en una situación de inimputabilidad.

Entonces, ¿cuándo estaremos frente a un caso de inimputabilidad? La inimputabilidad, al igual que la imputabilidad, es construida por la sociedad. De esta manera, la inimputabilidad no es un juicio de falta de capacidad, sino un juicio de asignación social de un determinado orden racional (Bustos 2004, 162). La inimputabilidad se producirá, entonces, solo cuando la persona con deficiencias psicosociales o intelectuales se encuentre en una situación que no le permite comprender la norma, de acuerdo a los estándares fijados por la sociedad y el Derecho (Meini 2014, 116-122). Estándares que, con la adopción del modelo social, no deben ser homologados a deficiencias. Por este motivo, la imputabilidad de las personas con deficiencias psicosociales e intelectuales será la regla, mientras que la inimputabilidad será la excepción. Y, solo frente a esta excepción, cabría una “medida de seguridad”.

### III.3. Medida de seguridad de internamiento y modelo social de la discapacidad

En los apartados anteriores vimos que, desde el *statu quo*, la medida de seguridad de internamiento se legitima porque cumple con un fin curativo y/o un fin neutralizador. Además, hemos visto que en el ordenamiento jurídico peruano las normas contenidas en la Convención tienen un rango constitucional. Por este motivo, las normas penales deben tener un contenido acorde a la Convención, toda vez que lo opuesto significaría su invalidez. En tal sentido, ¿existe una concordancia entre los fines curativos/neutralizadores y las normas de la Convención? A continuación, responderemos a esta pregunta (Rodríguez 2016, 1).

El fin curativo ha sido criticado en el sistema de penas, toda vez que legitima un poder punitivo sin límites capaz de obligar a una persona a cambiar, a través de la coacción, su personalidad. En esta línea, Ferrajoli la considera como “la doctrina más antiliberal y antiguarantista de la historia” (2001, 270). Así, sería plenamente ilegítimo decir que la pena privativa de libertad puede obligar a una persona a curarse aún en contra de su voluntad.

Entonces, ¿por qué se dice que la medida de seguridad tiene una finalidad curativa? Consideramos que esto se debe a que el planteamiento de *statu quo* se mantiene dentro del modelo rehabilitador, en el que la sustitución de voluntad de las personas con discapacidad es legítima y en donde la personas con discapacidad no tienen derecho a decidir sobre su salud y su vida. En otras palabras, el fin curativo se fundamenta en la idea de que las personas con discapacidad no tienen capacidad jurídica y, por lo tanto, capacidad para decidir sobre sus vidas. Sin embargo, hemos visto ya que esta idea no tiene sustento en el modelo social de la discapacidad. Por lo tanto, al igual que no es legítimo curar a una persona sin deficiencias en contra de su voluntad, tampoco será legítimo hacerlo con una persona con deficiencias psicosociales e intelectuales.

En orden de días, el Comité se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la invalidez de las medidas judiciales que, con el pretexto de la salud mental, ordenan el internamiento involuntario. De esta manera, el Comité se pronunció en el 2013 en contra de los programas que recluyen a las personas en centros de salud mental sin tomar en cuenta su consentimiento<sup>10</sup>. Asimismo, en el año 2014 el Comité señaló que el internamiento en un centro de salud mental es una sanción que debe ser susti-

<sup>10</sup> Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/AUS/CO/1, párr.29.

tuida<sup>11</sup>. Este mismo año, el Comité recomendó que el internamiento en instituciones de salud mental debe enmarcarse dentro de servicios que estén sobre la base del consentimiento de la persona<sup>12</sup>. Igualmente, el Relator Especial sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas indicó que la finalidad terapéutica del internamiento sin consentimiento es un peligro para los derechos de las personas con deficiencias psicosociales, independientemente de las alegaciones de buenas intenciones o de necesidad médica que se puedan realizar<sup>13</sup>. Finalmente, y de manera específica, el Comité ha manifestado recientemente su desconformidad con las medidas de seguridad de internamiento que conlleven tratamiento médico-psiquiátrico forzado. De este modo, el Comité ha recomendado “eliminar las medidas de seguridad que implican forzadamente tratamiento médico-psiquiátrico en internamiento” y “velar por que se presten todos los servicios de salud mental con el consentimiento libre e informado de la persona afectada”<sup>14</sup>. De lo antes dicho se desprende que, desde la Convención y el modelo social, el fin “terapéutico” que permite la medida de seguridad de internamiento en un centro de salud mental es inválido (Rodríguez 2016, 64)

¿Es, entonces, el fin neutralizador el legítimo para fundamentar la medida de seguridad?

11 Comité de los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/DNK/CO/1, párr.34.

12 Comité de los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/BEL/CO/1, párr.29. En un sentido similar: Comité de los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/ECU/CO/1, párr.28-29.

13 Informe del Relator Especial sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. A/HRC/22/53 párr. 32.

14 Comité de los derechos de las personas con discapacidad. CRPD/C/ECU/CO/1, párr.29.

Desde nuestra perspectiva, este fin cae en lo que Ferrajoli llama una “falacia naturalista”, toda vez que se afirma que la medida de seguridad de internamiento debe tener una finalidad de neutralizar fuentes de peligro solo por el hecho de que, lamentablemente, esto sucede en la realidad (65). Por otro lado, el fin asume que las personas con deficiencias psicosociales e intelectuales pueden ser tratadas como un objeto y, por lo tanto, ser eliminadas o segregadas en aras de proteger a la mayoría; ubicándose evidentemente en el modelo de prescindencia de la discapacidad (66). Y es que el motivo de esta argumentación parte de considerar que la dignidad humana solo le pertenece a aquellas personas que tienen determinada capacidad de razonar, sentir y comunicarse (De Asis 2013, 44). Sin embargo, como ya se dijo antes, el artículo 3 de la Convención reconoce la dignidad de estas personas. Palacios y Bariffi señalan que este reconocimiento implica que las personas en situación de discapacidad son fines en sí mismas y no objetos (2007, 74). Esto queda finalmente confirmado con el artículo 12.1, toda vez que el reconocimiento como persona equivale a decir que las personas con discapacidad no pueden ser tratadas como objetos (Quinn 2010, s/p). En esta misma línea, Hegglin indica lo siguiente:

[...] el límite de la dignidad humana reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución Española (en el caso del Perú el artículo 1 de la Constitución) impide considerar a la persona como un mero medio, como un objeto o como algo que se puede eliminar o neutralizar de cualquier manera para salvaguardar a la sociedad del peligro que aquella representa (2006, 298)

Ahora bien, ¿qué sucede con la peligrosidad? La peligrosidad es un criterio de individualización que responde al fin de neutralización. Y es que, si lo que se quiere es neutralizar,

es necesario contar con un mecanismo o concepto que permita saber quiénes requieren ser neutralizados. Este criterio es la peligrosidad. Sin embargo, una vez demostrado que este fin es ilegítimo de acuerdo a la Convención, resulta coherente afirmar que la peligrosidad, como criterio de individualización de la medida de seguridad de internamiento, debe ser erradicado del derecho penal.

### Bibliografía

- Alianza de las Organizaciones Latinoamericanas. 2014. *Aportes a la elaboración de la Observación general sobre el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Lima. Disponible en: [www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/CELSArt12\\_sp.doc](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/CELSArt12_sp.doc). Revisado el 13 de mayo de 2014.
- Bach, Michael. 2011. "El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma alternativa". En: *Capacidad jurídica, discapacidad, y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, coordinado por Francisco Bariffi y Agustina Palacios, 55-107. Buenos Aires: Ediar.
- Bustos Ramírez, Juan. 2004. "La Imputabilidad en un Estado de Derecho". En: *Obras Completas. Volumen I*, 145-169. Lima: ARA.
- Cuenca Gómez, Patricia. *La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12. De la CIPD en el Ordenamiento jurídico español*. Getafé: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, s/f. Disponible en: <http://www.articulo12.org.ar/>. Revisado el 10 de octubre de 2015.
- De Asis, Rafael. 2013. *Sobre la discapacidad y derechos humanos*. Madrid: Dykinson.
- Ferrajoli, Luigi. 2001. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Freund, Georg. 2014. *Peligros y Peligrosidad en el Derecho penal y en el Derecho de las medidas de seguridad. Contra la parcialidad en el pensamiento y en la actuación*, 25-48. En: *Delincuentes peligrosos*, Jon M. Landa editor. Madrid: Trotta.
- García Caveró, Percy. 2012. *Derecho penal. Parte general*. Lima: Jurista.
- Gracia Martín, Luis. 2004. Las medidas de seguridad y reinserción social. En: *Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito*, 385-430. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hegglin, María Florencia. 2006. *Los enfermos mentales en el derecho penal. Contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Hurtado Pozo, José y Víctor Prado Saldañriaga. 2011. *Manual de Derecho penal Parte General. Tomo II*. Lima: Idemsa.
- Jakobs, Gunther. 1996. *Derecho penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, Gunther. 2005. *El Fundamento del Sistema Jurídico Penal*. Lima: Ara.
- Jakobs, Gunther. 2009. "Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de medida de seguridad complementaria a la pena". En *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona: febrero de 2009. Disponible en: [www.indret.com](http://www.indret.com). Revisado el 23 de julio de 2015.

**JULIO RODRÍGUEZ VÁSQUEZ**

Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Granada: Comares.

Maurach, Reinhart. 1995. *Derecho penal. Parte General 2*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Meini, Iván. 2014. *Lecciones de Derecho penal Parte General*. Teoría Jurídica del Delito. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Mir Puig, Santiago. 2011. *Derecho penal Parte General*. Barcelona: Reppertor.

Lesch, Heiko Hartmut. 2000. "Injusto y Culpabilidad en Derecho penal". *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2º Época, núm. (6), 253-271.

Luzón Peña, Diego-Manuel. 2004. *Curso de Derecho Penal Parte General I*. Madrid: Universitas.

Palacios, Agustina. 2008. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: CINCA.

Palacios, Agustina y Francisco Barifi. 2007. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Madrid: CINCA.

Prado Saldarriaga, Víctor. 2009. "Proceso Penal y Medidas de Internación". En: *Nuevo Proceso Penal Reforma y Política Criminal*. 29-70. Lima: Idemsa.

Quinn, Gerard. 2010. *La personalidad y la capacidad jurídica. Perspectivas sobre el cambio de paradigma del Artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Cambridge. Disponible en:

[www.nuigalway.ie/ddlp/staff.gerard\\_quinn.html](http://www.nuigalway.ie/ddlp/staff.gerard_quinn.html). Revisado el 30 de mayo de 2013.

Rodríguez, Julio y Pamela Morales. 2015. "Penas para personas con discapacidad intelectual: un análisis desde el modelo social de la discapacidad". En: *Anuario de Investigación Jurídica 2013-2014*. Patricia Uretaga y Aarón Verona (Editores). 425-461. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento de Derecho de la PUCP.

Rodríguez, Julio. 2016. *Crítica a la peligrosidad como criterio de individualización judicial de la medida de seguridad de internamiento aplicable a personas con deficiencias psicosociales*. Tesis para obtener el grado de Abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Roxin, Claus. 1997. *Derecho penal Parte General. Tomo I*. Madrid: Civita.

Roxin, Claus. 1993. "Fin y justificación de la Pena y de las medidas de seguridad". En: *Determinación judicial de la pena*, compilado por Julio Maier. 15-52. Buenos Aires: Editores Del Puerto.

Strantenwerth, Gunther. 2000. *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*. Navarra: Aranzadi.

Villavicencio, Felipe. 2014. *Derecho penal Parte General*. Lima: Grijley.

Villa Stein, Javier. 2014. *Derecho penal: Parte General*. Lima: Ara.

Ziffer, Patricia. 2008. *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

### Jurisprudencia internacional

Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

### Documentos de organismos internacionales

Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*. CRPD/C/11/4, 2013.

Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observaciones finales sobre el informe inicial de Austria*. CRPD/C/AUS/CO/1, 2013.

Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observaciones finales sobre el informe inicial de Dinamarca*. CRPD/C/DNK/CO/1, 2014.

Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observaciones finales sobre el informe inicial de Bélgica*. CRPD/C/BEL/CO/1, 2014.

Comité de los derechos de las personas con discapacidad. *Observaciones finales sobre el informe inicial de Ecuador*. CRPD/C/ECU/CO/1, 2014.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adaptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 61/106, 24 de enero de 2007.

Relator Especial sobre Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Juan E. Méndez, Naciones Unidas, Informe, A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013.

### Jurisprudencia extranjera

Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Transitoria, R.N. 2375-2009. 26/01/10.

Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Transitoria, R.N. 1228-2014. 04/05/15.

Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Transitoria, R.N. N° 3608-2014. 27/03/15.

Poder Judicial del Perú. Resolución Administrativa 336-2011-P-PJ, 20/12/11.

Sala Penal Nacional. Exp. N° 26-2009-SPN. 07/10/11.

Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 0346-2008-PHC/TC. 26/08/10.





# Prácticas coercitivas en la atención a personas con padecimiento o discapacidad mental

**Francisco Torres-González**

*Catedrático acreditado de Psiquiatría, Comisionado de la UGR para la Red MARISTAN (Programa ALFA-UE), Investigador sénior de CIBERSAM- Universidad de Granada, Departamento de Psiquiatría. Facultad de Medicina. Universidad de Granada.*

## I. Introducción

Coerción es, en esencia, cualquier medida lícita o ilícita que se adopta contra la libertad de una persona y mediante la cual se la obliga a hacer, o dejar de hacer, algo contrario a su voluntad.

Si nos circunscribimos al padecimiento mental, las medidas de coerción no son otra cosa que procedimientos de restricción de la libertad y/o autonomía de la persona con padecimiento mental, que deben ser dirigidas por un exclusivo criterio clínico a beneficio de la persona, para asegurar su adecuado cuidado, garantizar su seguridad y la de los que la rodean y atienden.

## II. El empleo de medidas coercitivas en el cuidado de las personas con padecimiento mental

Su empleo en el tratamiento de las personas con padecimiento mental es más antiguo que la propia disciplina psiquiátrica y ha sido documentado desde la antigüedad. En su *Historia de la locura en la época clásica* (1976), Foucault nos ilustra con los múltiples métodos empleados hasta el siglo XVIII para reducir, calmar o castigar a las personas con padecimiento men-

tal que eran vistas como poseídas o desviadas, por lo que había que confinarlas.

El difícil equilibrio entre la protección y seguridad de algunas personas con padecimiento mental y el respeto a su libertad para poder elegir su tratamiento ha suscitado un profundo debate en la práctica psiquiátrica desde la llegada de la Ilustración y el enfoque “moral”, inspirado por médicos como William Cullen (1710-1790), cuando se comenzó a reducir el rigor de tales medidas. No obstante, la consideración del padecimiento mental como un desajuste de las pasiones continuaba justificando la necesidad de su utilización. Como decía Cullen:

Restringir la ira y violencia de las personas con enfermedad mental es siempre necesario para prevenir que se hieran ellos mismos o que dañen a otros; pero tal restricción debe de ser también considerada como un remedio. Las pasiones de la ira se vuelven más violentas a causa de la indulgencia [...] (Scull 1981)

Algo después, Philippe Pinel (1745-1826) protagonizó la ruptura de las cadenas y abolió su uso en el hospital de Bicêtre y de la Salpêtrière en París. Junto a su discípulo Jean Étienne Esquirol (1772-1840) iniciaron la transformación del modelo custodial que había dominado hasta entonces el tratamiento del padecimiento mental. Pinel y su escuela, 200 años antes, sentaron las bases de los procedimientos terapéuticos que se aplicaban en las instituciones cerradas. Procedimientos que incluían, también, medidas restrictivas como el aislamiento y la contención mecánica, subrayando el balance entre custodia y derechos, y aboliendo su empleo con fines punitivos.

Este debate sigue estando muy presente en la práctica clínica. Están quienes consideran inevitable ejercer algún tipo de imposición para conseguir que los internados acepten el tratamiento

o para evitar que se produzcan daño físico a sí mismos o a terceros; del otro lado, están los que afirman que las medidas coercitivas cuestionan la ética de los tratamientos psiquiátricos y deben prohibirse. Hasta tiempos recientes, el debate se centraba en términos filosóficos, éticos o legales, sin datos empíricos sobre las consecuencias de su práctica.

Cuando se pretendió profundizar en el debate, se encontró con que la mayoría de los datos disponibles no satisfacían el conocimiento sobre un problema tan poliédrico. Tampoco se había explorado de forma sistemática la dimensión subjetiva mediante estudios cualitativos; ni existían instrumentos validados para medir la coerción percibida por las personas con padecimiento mental o sus familiares. La efectividad de las medidas tampoco había sido evaluada, ni si tenían algunas consecuencias sobre los sujetos que las recibían de cara a la evolución de sus síntomas o de la posterior adherencia al tratamiento. No había respuesta a preguntas como si se producían efectos físicos o psicológicos negativos a corto y medio plazo en los sujetos que las sufrían.

Y, por último, el marco normativo. ¿Existía una base legal que regulase tales intervenciones? ¿Su aplicación se sustentaba en premisas claras? ¿Se seguía algún tipo de protocolo? ¿Había algún procedimiento estándar de registro y documentación? ¿Eran conocidas las posibles contraindicaciones?

En la década de los 90 surgieron nuevos estudios, tanto en Estados Unidos (Crenshaw 1997) como en Europa (Kaltiala-Heino 1997) que aportaron información sobre la efectividad y las consecuencias de la aplicación de medidas de coerción en distintos contextos clínicos (salas de urgencia, unidades de hospitalización de psiquiatría en hospitales generales, hospitales psiquiátricos monovalentes y otras instituciones). Dentro de esta línea se

inscribe el proyecto EUNOMIA<sup>1</sup> (European Evaluation of Coercion in Psychiatry and Harmonisation of Best Clinical Practise), que se desarrolló en la década pasada en 15 centros de 12 países, 11 de ellos europeos, e Israel (Kallert 2005; Kallert 2006). Fue financiado por la Comisión Europea dentro de su Quinto Programa Marco de investigación.

Su objetivo principal fue el análisis de las variaciones existentes entre distintos países respecto a los tratamientos psiquiátricos coercitivos, los factores que influyen en dichas variaciones y sus consecuencias. Se trabajó con dos grandes cohortes de sujetos internados: aquellos que fueron internados sin su consentimiento y aquellos que lo hicieron de forma voluntaria. Los interrogantes de la investigación fueron los siguientes:

a) Conocer los perfiles socio-demográficos y clínicos de los internados contra su voluntad y las de aquellos que se hospitalizaron de forma voluntaria, pero que percibieron haber sido coaccionados para aceptar el internamiento; b) averiguar la frecuencia y la intensidad de la coerción percibida por las personas de ambas cohortes; c) saber qué tipos de medidas terapéuticas fueron administradas de manera coercitivas a las dos cohortes; d) observar la evolución a medio plazo de ambos grupos; e) precisar qué predictores se mostraron en la base de partida sobre el comportamiento de las

dos cohortes; y f) conocer la variación internacional respecto a todas esas interrogantes.

En este artículo no es posible entrar en detalle sobre estas y otras cuestiones, pero el estudio EUNOMIA ha generado bibliografía abundante sobre ellas que pueden consultarse (Kallert et ál. 2006; Kallert et ál. 2011; Priebe et ál. 2010; Fiorillo et ál. 2011; Nawka et ál. 2013)

Compartiendo la defensa de la práctica psiquiátrica sin contención alguna, mientras este objetivo se alcanza, debemos dotarnos de los medios técnicos y jurídicos accesibles para que los derechos humanos prevalezcan sobre otros criterios en la prestación de cuidados a las personas con padecimiento mental.

Si en beneficio de la persona con padecimiento mental se le han de aplicar medidas de coerción, hágase de la manera más respetuosa con los derechos que la asisten. Este escrito se centrará, a partir de aquí, sobre los criterios que deben inspirar la mejor práctica posible, cuando se actúa sin el consentimiento de la persona afectada, con la esperanza de que sirva de inspiración para el desarrollo de protocolos y su observancia.

### **III. Criterios generales para los protocolos que regulen el uso de medidas de coerción sobre personas diagnosticadas de padecimiento mental**

El empleo de una medida coercitiva, siempre previa evaluación especializada, sólo tendrá lugar para evitar daños sobre sí misma o de terceros.

Es necesario garantizar, de forma clara y precisa, la capacidad de decisión de la persona supuestamente con padecimiento mental, estableciendo el grado real de voluntariedad o de involuntariedad respecto al internamiento o a recibir tratamiento. Y la obtención del consentimiento informado debe sistematizarse.

Con tal propósito, la persona, según su grado de comprensión, debe ser informada

<sup>1</sup> El Estudio EUNOMIA ha tenido por Coordinador General al psiquiatra alemán Thomas W. Kallert. En España fue el Investigador Principal el también psiquiatra Francisco Torres-González, asistido por un equipo colaborador integrado por Ángeles López (Psiquiatría Penitenciaria), Claudio Hernández Cueto (Medicina Legal), José Hervás (Ética Médica), Luis F. Barrios (Derecho Administrativo) y Fermín Mayoral (psiquiatra). El mismo grupo, dirigido por Francisco Torres-González, estudió la situación en España y redactó un informe (2010) para el Ministerio de Sanidad recomendando los criterios a seguir en los protocolos que deberían aplicarse en todo el subsistema de atención a la Salud Mental en España. El presente artículo se inspira en ambos trabajos empíricos y cualitativos.

sobre el diagnóstico, el pronóstico, el tratamiento que se la administrará (incluyendo efectos secundarios) y los derechos que le asisten. En su caso, será informada sobre su situación de involuntariedad y la forma de revisarla. Siempre que sea posible, ha de tenerse en consideración la opinión de la persona con padecimiento mental, a fin de hacerle participe activo de su terapia.

Su abordaje debe realizarse con respeto (evitando amenazas o trato inadecuado). Llegado el caso, es necesario saber decir “no” con intención terapéutica e, incluso, transmitir alguna pauta de autoridad. El uso de la coerción verbal sólo debería estar justificado para dar a conocer a la persona las consecuencias de su actitud.

En los momentos de crisis deben extremarse las precauciones sobre la forma en que se facilita la información.

Los familiares y representantes deben también ser informados de la situación clínica y legal y, en la medida de lo posible, debe facilitarse su presencia en las situaciones de urgencia si la persona con padecimiento mental lo solicita, incluso, en caso de sujeción mecánica.

El empleo de cualquier medio coercitivo deberá realizarse respetando la legalidad y de acuerdo a los procedimientos normativos o institucionales establecidos (cartas de servicios, protocolos y otras normas). Asimismo, ha de ser proporcionado al caso y el principio de menor restricción ha de presidir la actuación, para lo cual se elegirá el medio menos restrictivo de la libertad personal y su aplicación se mantendrá sólo el tiempo imprescindible.

Y de la mayor importancia: es inexcusable la interdicción del uso de medios coercitivos como forma de castigo, por falta de personal o por razones de comodidad o conveniencia de éste.

Estos criterios serán desgranados al considerar cada una de las medidas coercitivas. Dada su importancia es conveniente ser redundante.

### III.1. Prácticas coercitivas que serán consideradas en este artículo

Cinco medidas de coerción van a atraer nuestra atención por ser, con mucho, las más frecuentes y las que más pueden cuestionar el preceptivo respeto a los derechos humanos.

- a. Internación hospitalaria no consentida o compulsiva;
- b. Emergencia en la Comunidad, reducción y traslado al hospital;
- c. Sujeción física o mecánica;
- d. Tratamiento farmacológico forzoso por falta de consentimiento;
- e. Contención química;
- f. Aislamiento en una pieza o espacio similar para separarlo del entorno.

#### *a. La internación hospitalaria no consentida o compulsiva*

Bajo este epígrafe se hace referencia a la internación no consentida, involuntaria o compulsiva de la persona que ha sido internada en un hospital psiquiátrico monovalente o en una unidad psiquiátrica de un hospital general. En ocasiones, también en espacios residenciales para personas con discapacidad mental.

Sin retórica, recordemos que el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (de la que se cumplen ahora 68 años) dice: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. En coherencia con el mandato, nadie debe ser sometido al deseo de otros de forma coercitiva.

Es verdad, no obstante, que el padecimiento mental y determinados déficits cognitivos pueden limitar la capacidad de autogobierno y la autonomía personal para la toma de decisiones en asuntos que afectan a los intereses de la persona, con lo que se abre la posibili-

dad de que otros tomen decisiones por ella, privándola así de un derecho tan fundamental como el de decidir.

Internar a una persona sin su consentimiento en una institución, sea asilar o psiquiátrica, es una práctica centenaria pero no exenta de viva polémica por su trascendencia tanto jurídica como clínica. Obviando entrar en la polémica y aceptando que la internación involuntaria se hace precisa en determinados casos, lo importante es considerar cómo proceder bajo el estricto cumplimiento de los derechos humanos de la persona.

Debería entenderse que la privación del derecho a la libertad de una persona sólo debiera ser potestad de la autoridad judicial. Emitiendo una orden al amparo de un legítimo código penal o, bien, autorizando a que terceros la restrinjan con la única intención de proteger los derechos de la persona en cuestión. En el segundo supuesto se trataría de una protección tutelar y temporal por parte del juez del derecho a la salud de la persona. El juez, así, se instituye en tutor o curador de la persona transitoriamente privada de la libertad de decidir.

El estudio EUNOMIA analizó las diferencias entre las regulaciones legales del internamiento no consentido de los 12 países participantes, y nos ofrece una ventana al panorama internacional (Kallert 2006). En diez de los países participantes se requería la autorización judicial para legalizar un internamiento involuntario. Sólo en dos de ellos, Reino Unido e Israel, la implicación judicial no era precisa y la observación de las garantías de las personas afectadas recaía en una comisión técnica. Podemos considerar, pues, que aún con modalidades procedimentales disímiles, se mantiene el principio de la autoridad judicial como garante último del derecho a ser libre. Es también el caso de Argentina<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Ley de Salud Mental N° 26.657 (BO 03-12-2010).

El otro testimonio validado por el mencionado estudio es la existencia de una importante variabilidad internacional de las disposiciones legales sobre cómo obtener la autorización judicial para un internamiento. No podemos detenernos en una pormenorizada atención a esta variabilidad. Pero sí podemos comentar cuál fue la “queja” más frecuente entre los expertos convocados: la burocracia y consiguiente lentitud de los procedimientos. Fue notorio que la forma procedimental más rápida resultó ser la española, ágil y con calidad garantista<sup>3</sup>. Sin embargo, el hecho de ser sólo un artículo injertado en una norma procedimental del derecho civil le confiere una debilidad intrínseca. Es por ello que, a requerimiento del Tribunal Constitucional<sup>4</sup>, está elaborándose en su lugar una ley específica que sea aprobada por una mayoría cualificada del Parlamento. Código que regularía la posible privación del derecho fundamental a la libertad.

En la mayoría de los países, se constató una tasa relativa de internamientos no consentidos difícil de justificar, quizá debido al uso de caminos ilegales para soslayar la falta de agilidad en las normas. En el caso de España, donde el procedimiento establecido es la autorización previa, se recurre con demasiada frecuencia al internamiento urgente previsto para situaciones especiales en las que primero se interna y después se solicita la autorización judicial. Este viciado uso de la norma, prevista para la excepción, genera un abultado número de falsos voluntarios e involuntarios, lo que contamina la posibilidad de objetivar el uso de las modalidades de internamiento.

Tanto los criterios recomendados por los organismos internacionales, como por la mayoría de las normativas nacionales, instruyen

<sup>3</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil N° 1 (BOE 07-01-2000). España. Artículo 763.1.

<sup>4</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 132/2010 (BOE 02-12-2010). España.

que, durante todo el internamiento, en especial desde el momento de la acogida en la unidad, el respeto a la dignidad de la persona con padecimiento mental ha de presidir todas las actuaciones. Por ejemplo, tiene el derecho a ser llamada por su propio nombre.

En el momento del internamiento se le informará, además, sobre las razones del internamiento y el tratamiento, de las reglas de funcionamiento de la unidad, del personal de la misma, de las actividades que se desarrollan y de los procedimientos de quejas y recursos. Todo ello en el marco de una atmósfera verbal y no verbal de acogida positiva, que facilite establecer la relación terapéutica.

En el caso de personas mayores que pueden estar afectadas de un deterioro cognitivo o demencia, debe confirmarse el grado de competencia para decidir por sí mismo sobre su estado de salud. En caso de que haya consentimiento, pero se dude de la capacidad para otorgarlo, deberá solicitarse autorización judicial, siguiendo las normativas nacionales.

Durante el internamiento deben garantizarse los derechos de la persona con padecimiento mental a comunicarse con abogados y representantes. También a recibir visitas de amigos y familiares, así como poder enviar y recibir correspondencia. Salvo con abogados y representantes, las comunicaciones podrán ser restringidas de forma justificada, aunque durante el menor tiempo posible.

#### *b. Emergencia en la comunidad, reducción y traslado no consentido al hospital*

Hay casos minoritarios que parten de una emergencia psiquiátrica en la comunidad. En el propio domicilio de la persona con padecimiento mental o en otro lugar. Suelen tener una conspicua notoriedad, al menos entre el vecindario, y con estigmatizante frecuencia en los medios de comunicación, sobre todo, cuando se acompañan de violencia. La mayor

parte de estos casos se producen porque la persona no seguía tratamiento alguno y había abandonado el contacto con los servicios.

La intervención de urgencia en la comunidad convoca la presencia de profesionales de origen diverso, sobre todo de sanitarios y de cuerpos policiales, por lo que se hace preciso hablar de su coordinación.

Ante estas intervenciones, la optimización de los recursos disponibles se hace imprescindible. Entre ellos, la formación continua de los profesionales implicados, sanitarios, fuerzas de seguridad, personal que atiende las llamadas de emergencia, choferes, etc., quienes debieran ser objeto de capacitación y entrenamiento específicos en emergencias relacionadas con la salud mental. Mención especial requieren los profesionales implicados en técnicas de inmovilización y traslado involuntario, quienes deben emplear para este tipo de intervenciones material homologado, del que debe existir una relación en los protocolos de actuación.

Los protocolos tienen que definir con claridad cómo se debe proceder, y deben ser renovados de forma regular. Por ejemplo, al tratarse de emergencias de salud, la coordinación de las intervenciones debe ser responsabilidad del profesional sanitario, siendo de apoyo el papel de la policía. Para realizar los traslados, también se requiere elaborar protocolos de procedimiento.

El primer abordaje ha de ser siempre verbal, paulatino y tendente a relajar a la persona y ganar su confianza, contando para ello, si fuera preciso, con la colaboración de allegados o de profesionales sanitarios de su confianza. Sólo cuando éste resulte infructuoso, y la comunicación y empatía con la persona no consigan resultados para su aquiescencia al internamiento, podrán utilizarse los medios coercitivos más adecuados, siguiendo el principio de menor restricción.

La intervención debe estar regida por la salvaguarda de la seguridad de la persona con



padecimiento mental y de los actuantes. Ha de respetarse la dignidad e intimidad de la persona concernida por el traslado (al igual que la de sus familiares), su derecho al honor y a la defensa de su propia imagen, procurando la no injerencia de terceros, incluyendo a los medios de comunicación.

Ha de evitarse que las situaciones de traslado provoquen traumas y agraven los problemas de salud mental de la persona. La actuación debe enmarcarse en una dimensión terapéutica, con acompañamiento de profesionales sanitarios, con el auxilio policial cuando sea necesario para la entrada en el domicilio, la reducción y el traslado.

La coordinación entre todos los profesionales y servicios implicados en la atención de la persona con padecimiento mental es esencial. A tal fin, y respetando la legislación de protección de datos, se debe crear una ficha básica con datos sobre la historia clínica de la persona, que sea accesible tanto a los profesionales que la atienden in situ como a los servicios especializados de salud mental.

Como consideraremos más adelante, se hace necesaria una comisión multisectorial que evalúe de forma periódica la observancia de los protocolos de actuación, fijando además criterios de buenas prácticas y eliminando conductas inadecuadas; sólo así se conseguirá una mejora permanente de las actuaciones y su coordinación.

### *c. La sujeción física o mecánica*

Si el internamiento no consentido debe ser evitado dentro de lo posible, más aún se debe tratar de impedir la superposición de otras formas que limiten los derechos de la persona. Recurrir a la sujeción física sólo debe hacerse cuando sea imprescindible y, como en el resto de las medidas coercitivas, regido por un criterio clínico para el beneficio de la persona con padecimiento mental.

Su aplicación debe realizarse por profesionales formados en ese cuidado y usando material específico y homologado; y siempre por decisión y bajo dirección especializada.

Con carácter preventivo, para reducir su uso debe fomentarse una atmósfera terapéutica en la unidad de hospitalización, la cual contará con espacios adecuados tanto para el alojamiento como para el desarrollo de actividades (físicas, educativas, ocio, etc.) compatibles con el estado de salud de la persona. En esa línea, debe potenciarse, en todo cuanto sea posible, la participación de los familiares y allegados en el proceso asistencial.

Con la sujeción mecánica se eleva el nivel de coerción. En algunos lugares, como el Reino Unido, está prohibida de forma expresa, teniendo que limitarse la sujeción física usando tan solo las manos del personal asistencial.

La medida de coerción mecánica ha de ser extraordinaria y temporal, y sólo aplicada con fines terapéuticos. La reducción del tiempo de aplicación debe ser primordial. Aunque su empleo afecta de manera directa a derechos y libertades fundamentales, debe garantizarse: a) el más absoluto respeto a la dignidad del mismo (abordaje verbal, cuidados durante la aplicación del medio); b) la menor restricción posible en cuanto al ejercicio de sus derechos y libertades; c) las condiciones de privacidad durante su aplicación en defensa de la dignidad del internado, así como la reducción de la alarma que pueda crear en el resto de los internados; y d) la estricta y permanente supervisión por parte del personal sanitario durante su empleo. Un viejo aforismo de la enfermería española dice: "Enfermo amarrado, enfermo vigilado". Porque, en contra de lo que a veces se cree, inmovilizar a una persona agrega nuevos riesgos que merecen un incremento en la supervisión. Tanto, que numerosos protocolos requieren la supervisión personal permanente mientras dure la sujeción.

El entorno en el que tenga lugar la aplicación de esta medida coercitiva debe garantizar la preservación de la intimidad y la tranquilidad de la persona. Tal actuación debe tener lugar en las proximidades de donde se coordina la enfermería, a fin de garantizar una rápida intervención en caso de necesidad.

El personal interviniente debe asegurarse con antelación de que alrededor no existan instrumentos o decoraciones potencialmente peligrosos, ni que el personal actuante porte anillos, pendientes, etc.

También debe procurarse que, durante las maniobras de contención, no estén presentes otras personas con padecimiento mental. Si lo estuvieran, debe informárseles sobre lo que acontece y proceder a entablar un diálogo acerca de ello.

En los casos de sujeción mecánica, debe garantizarse la presencia de personal sanitario suficiente, un mínimo de cinco personas. Una de ellas sujetará la cabeza y las otras cuatro atenderán a las extremidades. La sujeción forma parte de las tareas del personal sanitario, por lo que la presencia de personal de seguridad debiera ser limitada al máximo para reducir la intimidación.

El material a emplear, por ejemplo, tipo de cama y correas para la sujeción, debe estar homologado.

Debe definirse la existencia de un solo coordinador de las actuaciones y que, en la medida de lo posible, éstas estén consensuadas por los miembros del equipo sanitario. El empleo de la sujeción mecánica requiere la evaluación médica periódica. Esta se efectuará, al menos, cada sesenta minutos comprobando: estado de la sujeción, condiciones ambientales, situación general de la persona, su hidratación, constantes clínicas básicas, necesidades fisiológicas, necesidades terapéuticas y cualquier otra que, el caso y momento, requieran.

Y, por último, conviene señalar que, en el supuesto de discrepancias sobre la suje-

ción mecánica, entre la institución hospitalaria y los familiares de la persona con padecimiento mental, se debe recurrir al Juzgado para solicitar la decisión que éste estime oportuna.

#### *d. El tratamiento forzoso por falta de consentimiento*

Se debe entender como tratamiento, no sólo el farmacológico, sino el conjunto de medidas terapéuticas clínicas y sociales que configuran un plan de tratamiento individualizado.

Esta modalidad de coerción se justifica si se constata la existencia de graves riesgos para sí, para terceros o por un grave riesgo de deterioro de la salud. Sin embargo, no debe usarse por el mero hecho de que la persona ya está internada sin su consentimiento y con autorización judicial. Para aplicarla, es preciso verificar, de nuevo, la falta de capacidad natural de la persona con padecimiento mental ("competencia") para rechazar el tratamiento. Algunas normativas requieren una adicional autorización judicial; otras no, siguiendo el aforismo español de que quien autoriza la mayor (internamiento compulsivo) autoriza la menor (tratamiento forzoso).

Cuando de medicación involuntaria se trate, será administrada conforme al tratamiento indicado y apropiado al proceso clínico de la persona; nunca con fines coercitivos *per se*. Siendo imprescindible, la revisión diaria de la medicación involuntaria prescrita. En la aplicación de esta medida ha de existir una intención clara de convertirla en voluntaria lo antes posible.

En algunos países, como el Reino Unido, está expresamente prohibido el tratamiento forzoso y no es inusual encontrar personas con padecimiento mental, internadas involuntarias que permanecen hospitalizadas sin recibir tratamiento.

### e. La contención química

En el estudio con grupos focales, hecho para el Ministerio de Sanidad de España, participó una persona diagnosticada de trastorno bipolar, quien había sido objeto de varios internamientos en los que había sufrido algunos episodios de sujeción física y de contención química. Los recordaba de manera lúcida y crítica. Consideraba que aquellas coerciones habían estado justificadas y sólo pedía que si volviese a pasar por una situación similar preferiría siempre la sujeción física al cóctel químico.

La contención química sólo puede utilizarse cuando haya una indicación clínica indubitada, y puede tener un carácter previo, posterior o independiente de la contención mecánica. Debe utilizarse, siempre, bajo vigilancia médica intensiva mientras dure la sedación. Las pautas de los fármacos utilizados deben ajustarse a la literatura científica y en los consensos de práctica clínica basados en la misma.

En ningún caso podrá ser utilizada la contención química como forma de castigo ni debe ser anunciada como amenaza.

### f. El aislamiento en una pieza para separarlo del entorno

La medida de aislamiento se utilizará preferentemente para separar a la persona en cuestión, del entorno de otras personas con padecimiento mental, en caso de agresión previa a alguno de ellos o a miembros del personal. Se debe llevar a cabo en una pieza individual, cumpliendo los estándares generales de otras medidas coercitivas: supervisión y documentación sobre la práctica ejecutada<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Nota de Editor: En Argentina esta medida está prohibida a través del art. 14 del Decreto 603/13 reglamentario de la Ley Nacional de Salud Mental que establece: "Las normas de internación o tratamiento que motiven el

### g. Otras medidas restrictivas

El empleo de otro tipo de medidas restrictivas, diferentes de las consideradas, pero que comporten una limitación de la movilidad de una persona con padecimiento mental, como salidas a espacios exteriores o participación en actividades, deben justificarse y aplicarse de forma individualizada. Estas mismas consideraciones debieran extrapolarse a los supuestos de limitación de comunicaciones y visitas. En todo caso, el empleo de otras restricciones no debe nunca constituir un castigo, salvo que formalmente esté integrado en terapias de base cognitivo-conductual y se esté aplicando en la unidad; o, en determinadas circunstancias, por el bienestar temporal del usuario<sup>6</sup>.

---

aislamiento de las personas con padecimientos mentales, ya sea limitando visitas, llamados, correspondencia o cualquier otro contacto con el exterior, son contrarias al deber de promover el mantenimiento de vínculos. Las restricciones deben ser excepcionales, debidamente fundadas por el equipo interdisciplinario, y deberán ser informadas al juez competente. Cuando existan restricciones precisas de carácter terapéutico que recaigan sobre algún familiar o referente afectivo, deberá asegurarse el acompañamiento a través de otras personas teniendo en cuenta la voluntad del interesado. Nunca alcanzarán al abogado defensor, y podrán ser revisadas judicialmente. Las restricciones referidas no son en desmedro de la obligación de la institución de brindar información, incorporar a la familia y referentes afectivos a las instancias terapéuticas e informar sobre las prestaciones que brinda, facilitando el acceso al conocimiento de las instalaciones e insumos que se le ofrecen a la persona. Se deberá promover que aquellas personas que carezcan de familiares o referentes, afectivos en condiciones de acompañar el proceso de tratamiento, puedan contar con referentes comunitarios. Para ello, la Autoridad de Aplicación identificará, apoyará y promoverá la organización de asociaciones de familiares y voluntarios que ofrezcan acompañamiento. No será admitida la utilización de salas de aislamiento. Las instituciones deberán disponer de telefonía gratuita para uso de las personas internadas".

<sup>6</sup> Nota del Editor: En Argentina, el art. 12 del Decreto 603/13 reglamentario de la Ley Nacional de Salud Mental establece que: "Debe entenderse que no sólo la prescrip-

### III.2. Recursos humanos y su capacitación

El proceso de calidad y mejora continua de la práctica clínica exige una evaluación permanente de la indicación y aplicación de medidas coercitivas para restringir su utilización y ajustarla a unos estándares que garanticen la protección de los derechos y la autonomía de las personas con padecimientos mentales.

Es por ello que debe asegurarse que las unidades hospitalarias cuenten, durante todos los turnos de trabajo y en todos los días de la semana, con personal en número suficiente para el empleo de medidas coercitivas. El personal asistencial debe recibir formación y entrenamiento en materia de:

- a) Prevención y control de la violencia, así como técnicas de autocontrol de la persona con padecimiento mental;
- b) Medidas alternativas al empleo de medidas coercitivas;
- c) Indicaciones para el empleo de cada medida coercitiva;
- d) Evaluación acerca del tipo de medida coercitiva aplicable, grado de aplicación y ponderación de los beneficios y riesgos existentes;
- e) Protección de la dignidad y de los derechos y libertades de la persona;
- f) Tipo de abordaje y trato a la persona: habilidades de comunicación, técnicas de abordaje, humanización del trato a

---

ción de medicamentos sino de cualquier otra medida terapéutica, indicada por cualquiera de los profesionales del equipo interdisciplinario, debe cumplir con los recaudos establecidos en el artículo 12 de la Ley N° 26.657. La prescripción de psicofármacos debe realizarse siguiendo las normas internacionales aceptadas por los consensos médicos para su uso racional, en el marco de los abordajes interdisciplinarios que correspondan a cada caso. La indicación y renovación de prescripción de medicamentos sólo puede realizarse a partir de las evaluaciones profesionales pertinentes realizadas de manera efectiva por médico psiquiatra o de otra especialidad cuando así corresponda”.

la persona con padecimientos mentales y similares.

- g) Procedimientos y técnicas de aplicación de las medidas de coerción;
- h) Acopio de información sobre las razones que subyacen tras la negativa de la persona con padecimiento mental;
- i) Evaluación del empleo de medidas coercitivas. En todo caso su aplicación debe ser decidida y dirigida por un especialista que fundamente su decisión en el criterio clínico y los mejores cuidados.

### III.3. Documentación y control de las medidas coercitivas

Dada la trascendencia clínica y jurídica del empleo de medios de coerción, y el riesgo inherente de infringir estos derechos humanos mediante su empleo, se hace necesario considerar la forma de controlarlos.

A tal fin, se debe disponer de varios protocolos. Uno de carácter general y otro para la administración de cada una de las medidas coercitivas que han sido descritas. El protocolo general debe incluir una guía de buenas prácticas en relación con la toma de decisiones.

Es obvio que las medidas que nos ocupan deben constar en el expediente clínico de la persona en cuestión, con anotaciones del personal médico y enfermero. No obstante, cada unidad de hospitalización psiquiátrica debe disponer de un registro de internamientos involuntarios y de medidas de contención no consentidas. Por consiguiente, sin perjuicio del acceso al historial clínico de cada persona, el Juzgado y el Ministerio Fiscal, así como los organismos específicos de control que se constituyan, tendrán acceso al registro de empleo de medios coercitivos o a la aplicación informática que en su caso lo sustituya.

El libro de registro específico contendrá: a) las razones para la aplicación de la medida; b)

tipo de medida empleado; c) quién la prescribió; d) momento de inicio y cese; y e) incidencias.

Para un control más directo, debe existir un comité ético interno que evalúe de forma periódica la aplicación de medios coercitivos en cada unidad. Sería aconsejable, además, contar con un comité extra hospitalario de carácter multidisciplinar independiente, en el que estuvieran incluidos un juez y un fiscal.

#### IV. A modo de conclusiones

Entre todas las medidas de coerción que pueden relacionarse con la hospitalización psiquiátrica, la más frecuente es el internamiento que el usuario no consiente en una decisión libre. Un muy reciente y exhaustivo (2970 sujetos) meta-análisis (de Jong et ál, 2016) muestra cómo las tasas de internamiento compulsivo se vienen incrementando, al menos en los países occidentales.

Puede que la clave esté en la mentalidad de los mismos profesionales habituados a utilizar el camino más directo; aquél que requiera menor esfuerzo y menor riesgo profesional desde la óptica de la defensa social. Las legislaciones *per se* no cambian ni la ideología ni las actitudes de las personas.

El internamiento involuntario no es sólo la medida más frecuente, es también la condición *sine qua non* para que se sucedan el resto de las medidas coercitivas y es, por lo tanto, la primera puerta que no debería abrirse. Quizá sea una utopía, pero nada debería impedir el intento de aproximarse a ella.

En el referido meta-análisis, de Mark H. de Jong, se muestra cómo aquellos proyectos orientados a reducir las tasas consiguieron una reducción media del 23% de ingresos no consentidos. Mientras que, en los estudios que no incluían un proyecto para reducir la cifra, ésta no varió.

Luego es posible, con programas que lo tengan como diana, ir reduciendo de forma

paulatina este tipo de internamientos. En el respeto y tiempo para la comunicación con el usuario debe estar la clave.

#### Bibliografía

Crenshaw WB, KA Cain, and PS Francis. 1997. "An updated national survey on seclusion and restraint". *Psychiatric Services* (Washington, D.C.). 48 (3): 395-7.

De Jong Mark H, A. Kamperman, M. Oorshot, S. Priebe, W. Bramer, R. Van de Sande, A. Van Gool, C. Mulder. 2016. "Interventions to Reduce Compulsory Psychiatric Admissions: A Systematic Review and Meta-analysis". *JAMA Psychiatry*, 73 (7), 657-64.

Elliott, Carl, and Matt Lamkin. 2016. "Restrict the Recruitment of Involuntarily Committed Patients for Psychiatric Research?". *JAMA Psychiatry*, 73 (4): 317.

Fiorillo, A., D. Giacco, C. De Rosa, T. Kallert, C. Katsakou, G. Onchev, J. Raboch, et ál. 2012. "Patient characteristics and symptoms associated with perceived coercion during hospital treatment". *Acta Psychiatrica Scandinavica*, 125 (6): 460-467.

Foucault, Michel. 1976. *Historia de la locura en la época clásica*. México: Fondo de Cultura Económica.

Kallert, Thomas et ál. 2005. Proyecto EUNOMIA sobre la coacción en psiquiatría: diseño del estudio y datos preliminares. *World Psychiatry*, 3 (3): 167-171.

Kallert, Thomas W., and Francisco Torres González. 2006. *Legislation on coercive mental health care in Europe: legal documents and comparative assessment of twelve European countries*. Frankfurt am Main: Peter Lang.

Kallert, Thomas, Rymaszewska Joanna, Francisco Torres-González. "The Clinical Point of view: Comparing differences of legal Regulations Related to Involuntary Admission and Hospital Stay in Twelve European Countries". 375-400. En Kallert, Thomas W., y Francisco Torres González. 2006. *Legislation on coercive mental health care in Europe: legal documents and comparative assessment of twelve European countries*. Frankfurt am Main: Peter Lang.

Kallert, Thomas W., Katsakou, Christina, Adamowski, Tomasz, Dembinskas, Algirdas, Fiorillo, Andrea, Kjellin, Lars, Mastrogianni, Anastasia, et ál. 2011. "Coerced Hospital Admission and Symptom Change—A Prospective Observational Multi-Centre Study". *Public Library of Science*, 6: 1-7.

Kaltiala-Heino R, P Laippala, and RK Salokangas. 1997. "Impact of coercion on treatment outcome". *International Journal of Law and Psychiatry*, 20 (3): 311-322.

Nawka, Alexander, Kalisova, Lucie, Raboch, Jiri, Giacco, Domenico, Cihal, Libor, Onchev, Georgi, Karastergiou, Anastasia, et ál. 2013. *Gender differences in coerced patients with schizophrenia*. BioMed Central Ltd. 257

Priebe S, C Katsakou, M Glöckner, A Dembinskas, A Fiorillo, A Karastergiou, A Kiejna, et ál. 2010. "Patients' views of involuntary hospital admission after 1 and 3 months: prospective study in 11 European countries". *The British Journal of Psychiatry: the Journal of Mental Science*, 196 (3): 179-85.

Scull, Andrew. 1981. *Madhouses, mad-doctors, and madmen: the social history of psychiatry in the Victorian era*. Philadelphia, Pa: University of Pennsylvania Press.

## Jurisprudencia extranjera

Tribunal Constitucional Español. Sentencia 132/2010 (BOE 02-12-2010).



# Construyendo un sistema de justicia penal incluyente: las barreras en el acceso a la justicia para las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en México

**Documenta. Análisis y acción para la justicia social a.c.**

*Organización civil, cuyo objetivo es fortalecer el respeto y protección de los derechos humanos en México.*

## I. Introducción

Diversos estudios han señalado que la probabilidad de que las personas con discapacidad psicosocial e intelectual entren en contacto con el sistema de justicia penal es mayor que entre la población general (Dissel 2011; Talbot 2012). Esto se explica, en gran medida, a la incompreensión que existe en torno a la discapacidad, hecho que se agrava en el caso de la discapacidad psicosocial e intelectual dado que ésta representa una de las menos entendidas y más estigmatizadas. No solo eso, una vez en el sistema penal su condición es especialmente vulnerable, tanto por los estereotipos y prejuicios como por la falta de una adecuada capacitación de los actores involucrados en el mismo: policías, agentes del Ministerio Público, defensores, jueces, custodios y funcionarios en general.

A los prejuicios y a la falta de capacitación, hay que sumar la existencia de una legislación penal discriminatoria que considera a las personas con discapacidad psicosocial e intelectual como “incapaces” de ser responsables, manejar sus propios asuntos y tomar decisiones sobre su vida. Así, en México cuando a una persona con discapacidad psicosocial

y/o intelectual se le acusa de haber cometido un delito, puede ser detenida, procesada y sentenciada como inimputable, es decir, un individuo que al momento de cometer el hecho no tiene “la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado”<sup>1</sup>.

Bajo esta perspectiva, el sistema de justicia ha justificado la violación de los derechos humanos de las personas con discapacidad, específicamente el reconocimiento de su capacidad jurídica, el derecho a un debido proceso, su igualdad ante la ley y el acceso a la justicia en igualdad de condiciones que los demás.

Frente a este contexto, la ratificación en el año 2007 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) por parte del Estado mexicano obliga a un cambio de paradigma profundo que elimine las múltiples formas de discriminación. Este cambio implica el abandono de una perspectiva que ve a la persona con discapacidad como un objeto que requiere tratamiento y curación, por un enfoque en el que se le reconoce como titular de derechos y obligaciones. No solo eso, la ratificación de la Convención obliga a los Estados a “adoptar todas las medidas pertinentes para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad y que interfieran en el ejercicio efectivo de sus derechos”<sup>2</sup>.

En el ámbito particular del acceso a la justicia, la Convención establece que los Es-

tados deben comprometerse a asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones que las demás y gozando de las mismas garantías judiciales. Para tal efecto, se exige la realización de ajustes adecuados al procedimiento a través de los cuales se logre la participación plena de las personas con discapacidad en los procesos judiciales.

Lo anterior nos obliga a realizar una exhaustiva revisión de la legislación, las políticas y los programas del sistema de justicia penal con el objetivo de transformarlo en un sistema basado en el respeto de los derechos humanos de todos los individuos. No es exagerado afirmar que, en ocasiones, las legislaciones constituyen verdaderos obstáculos para la inclusión de las personas con discapacidad.

Sin embargo, la armonización legislativa no es suficiente cuando en la práctica los operadores del sistema de justicia siguen promoviendo una visión de la discapacidad como una enfermedad e impulsando acciones paternalistas y discriminatorias que privan de toda autonomía y dignidad a las personas con discapacidad. En ese sentido, resulta urgente trabajar por la sensibilización y capacitación de los operadores del sistema de justicia sobre los derechos de las personas con discapacidad.

## II. Panorama de la discapacidad psicosocial e intelectual en México

Según las estadísticas más recientes de la Organización Mundial de la Salud, las personas con trastornos mentales representan una proporción significativa de la población mundial<sup>3</sup>. Los datos del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática señalan que

1 Código Penal Federal de México, Artículo 15, Fracción VII, última reforma publicada el 17 de junio de 2016. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf.htm>

2 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), adoptada por la Asamblea General (ONU) el 24 de enero de 2007 y ratificada por el Estado mexicano el 17 de diciembre del 2007.

3 Organización Mundial de la Salud. “Mental health and development: targeting people with mental health conditions as a vulnerable group”, Suiza, 2010. Disponible en: [http://www.who.int/mental\\_health/policy/mhtargeting/development\\_targeting\\_mh\\_summary.pdf](http://www.who.int/mental_health/policy/mhtargeting/development_targeting_mh_summary.pdf)

en México más de cinco millones de personas viven con discapacidad, de las cuales 8,5% tienen discapacidad intelectual y psicosocial<sup>45</sup>.

Para valorar estas cifras es importante tener en consideración que la discapacidad psicosocial frecuentemente no es reportada debido a que se asocia con diversos estigmas. Además, existen estimaciones que refieren que un importante número de las personas con discapacidad psicosocial en la Ciudad de México viven en las calles y otro porcentaje está en las prisiones<sup>6</sup>. En ese sentido los números reportados pueden subestimar la incidencia de estas discapacidades<sup>7</sup>.

Acerca de los servicios de salud mental en México, durante 2011 había 46 hospitales psiquiátricos, de los cuales 33 son administrados por el gobierno y 13 por entidades privadas, y también se registraron 544 establecimientos ambulatorios, la mayoría de los cuales son Centros de Atención Primaria en Adicciones<sup>8</sup>.

4 INEGI. Censo de Población y Vivienda 2010, Cuestionario ampliado. Estados Unidos Mexicanos/Población con discapacidad.

5 Es importante aclarar que el INEGI no utiliza los términos discapacidad intelectual y psicosocial. Su clasificación se basa en limitaciones para realizar ciertas actividades: 1) Caminar y moverse; 2) Ver; 3) Escuchar; 4) Hablar o comunicarse; 5) Atender el cuidado personal; 6) Poner atención o aprender; 7) Discapacidad mental. En este caso dentro de discapacidad mental se incluye no sólo a personas con alguna discapacidad psicosocial sino también a individuos con discapacidad intelectual, por ejemplo, Síndrome de Down.

6 Personal de Servicios de Atención Psiquiátrica de la Secretaría de Salud Federal, comunicación personal durante la mesa de trabajo sobre salud mental en el sistema penitenciario organizada por Documenta en agosto del 2013.

7 Organización Mundial de la Salud. "Scaling up care for Mental, Neurological and Substance Use Disorders. Mental health Gap Action Program". Ginebra, 2008. Disponible en: [http://www.who.int/mental\\_health/mhGAP/en/](http://www.who.int/mental_health/mhGAP/en/)

8 OMS et al. 2011. "Informe sobre el sistema de salud mental en México". México, OPS/OMS. Disponible en: [http://www.who.int/mental\\_health/who\\_aims\\_coun-](http://www.who.int/mental_health/who_aims_coun-)

Por otro lado, el presupuesto asignado a la atención de salud mental representa únicamente el 2% del presupuesto de salud nacional, del cual el 80% se destina a la atención que proporcionan los hospitales psiquiátricos. Este porcentaje es mucho menor que en países como Egipto (9%), Chile (4,1%) y Rumania (3%). Al respecto, la OMS ha señalado que la proporción del presupuesto general destinada a salud mental debería estar comprendida entre el 5% y el 15%, y sugiere que los países que estén por debajo del 2% aumenten considerablemente su gasto en salud mental<sup>9</sup>. Con ello no queremos decir que se trate únicamente de incrementar los recursos, sino de invertirlos en servicios y apoyos que garanticen una atención a la salud mental integral, participativa, preventiva, continua y en la que se garantice el derecho de las personas con discapacidad a vivir en comunidad<sup>10 11</sup>.

### III. La discapacidad psicosocial e intelectual en el sistema de justicia penal

Una de las consecuencias de la falta de políticas de inclusión, de la disponibilidad y acce-

[try\\_reports/who\\_aims\\_report\\_mexico\\_es.pdf](http://www.who.int/mental_health/who_aims_report_mexico_es.pdf)

9 Organización Mundial de la Salud. "Atlas Recursos de Salud Mental en el Mundo". Ginebra, 2001. Disponible en: [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/66983/1/WHO\\_NMH\\_MSD\\_MDP\\_01.1\\_spa.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/66983/1/WHO_NMH_MSD_MDP_01.1_spa.pdf)

10 Declaración de Caracas. Conferencia Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud. Caracas, 1990.

11 En el caso específico de México, en 2014 el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad llamó su atención sobre la falta de servicios comunitarios de salud mental y recomendó al Estado asegurar una adecuada provisión de los mismos. Asimismo, subrayó la necesidad urgente de establecer una estrategia de desinstitutionalización de las personas con discapacidad con plazos concretos y seguimiento de sus resultados. Comité de Derechos de Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de México, 27 de octubre 2014. Disponible en: [http://www.hchr.org.mx/images/doc\\_pub/G1419180.pdf](http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/G1419180.pdf)

sibilidad de apoyos y servicios en la comunidad, de la criminalización de la discapacidad, y de los prejuicios en torno a ésta, es que las personas con discapacidad psicosocial e intelectual se enfrenten frecuentemente con el sistema de justicia penal. Aunque existe poca información, tanto en México como a nivel internacional, se sabe que un número importante de personas con discapacidad se encuentran atrapadas en este sistema. En Estados Unidos, por ejemplo, aproximadamente el 10% de los individuos en prisión tiene una enfermedad mental grave, ya sea esquizofrenia, trastorno bipolar o depresión aguda. Incluso, la cárcel del condado de Los Ángeles ha sido llamada el hospital psiquiátrico más grande del mundo (CPR 1996). En Inglaterra, el 39% de la población en prisión presenta una discapacidad psicosocial y el 75% tiene un diagnóstico dual, es decir, discapacidad psicosocial y abuso de sustancias (Talbot 2012). En España, “el 10% de la población reclusa padece algún trastorno mental grave” (Petit 2013).

En México, según datos del 2015, en el sistema penitenciario hay 4.476 internos con padecimientos mentales, es decir, 1,7% del total de

representa el 8,2%, equivalente a 366 mujeres con discapacidad psicosocial e inimputables. Con respecto a su situación jurídica, el 61% de las personas inimputables y con alguna discapacidad psicosocial han sido sentenciados y 1.730 son procesados, es decir, el 39% están en espera de una sentencia definitiva<sup>12</sup>.

Por otro lado, es importante mencionar que en los últimos años se ha visto un incremento significativo en el número de personas que han sido declaradas inimputables, por lo menos en lo que respecta a la capital del país. La siguiente tabla muestra que de 2011 a 2014 hubo un aumento del 200% con respecto al número de sujeciones a procedimiento especial para inimputables (*ver cuadro 1*).

Este aumento puede deberse a múltiples factores. Entre ellos, el endurecimiento del sistema penal, la ampliación del catálogo de delitos graves y la penalización excesiva de comportamientos catalogados como socialmente reprochables o contrarios al orden público. Asimismo, creemos que en el caso específico de la población con discapacidad psicosocial este incremento se explica debido a la existencia de una política de “limpieza social” que

**Cuadro 1**

Tabla: Número de sujeciones a Procedimiento Especial para Inimputables en la Ciudad de México

Año	2011	2012	2013	2014
Autos de sujeción a Procedimiento Especial para Inimputables	50	163	179	152

Fuente: Dirección Estadística de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México (TSJCDM)

la población penitenciaria, de los cuales 1.054 fueron declarados inimputables. De éstos, el 4,9% se encuentra en centros federales y el resto en centros estatales. La población femenina

12 Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH). 2015. “Pronunciamiento sobre la situación de las personas con discapacidad psicosocial e inimputables en los centros penitenciarios de la República Mexicana”. México.

busca criminalizar y segregar a las personas que se alejan de los parámetros de “normalidad” establecidos por la sociedad.

“El término de limpieza social, bajo el discurso de limpiar las calles de la delincuencia, se ha dirigido a todos aquellos grupos sociales que causan una mala imagen, es decir, a los sectores de la población menos favorecida, considerada indeseable para la sociedad y para el Estado”<sup>13</sup>.

Con respecto a los diagnósticos de las personas en prisión con alguna discapacidad psicosocial y/o intelectual, la información estadística que pudimos obtener da cuenta de que prevalecen la dependencia a múltiples sustancias, la esquizofrenia paranoide y los trastornos depresivos. De los datos obtenidos para la capital del país se desprende que de 1.112 pacientes psiquiátricos – término utili-

zado por las autoridades- que se encontraban en prisión en 2012, los cinco padecimientos más frecuentes eran: (*ver cuadro 2*).

En cuanto al tipo de delito por los que las personas inimputables son detenidas y sentenciadas, encontramos que una proporción muy grande está en prisión por delitos no graves como el robo y, en muchas ocasiones, por artículos cuyo valor es menor a seis dólares. Así lo demuestra la siguiente gráfica (*ver gráfico 1*).

Esta información da cuenta de que existe una ventana muy grande dentro del sistema de justicia penal para hacer uso de los mecanismos de la justicia restaurativa. El hecho de que la gran mayoría de las personas declaradas inimputables estén en prisión por delitos menores, aunado a la situación de sobrepoblación y hacinamiento del sistema penitenciario, arroja luz sobre la importancia de desarrollar políticas y programas que puedan ser utilizados para reducir

#### Cuadro 2

Tabla: Principales padecimientos de los pacientes psiquiátricos en reclusión en la Ciudad de México

Padecimiento	Frecuencia
Dependencia a múltiples sustancias	360
Esquizofrenia	132
Trastornos depresivos	111
Trastorno disocial	79
Retraso mental leve o moderado	57
Crisis convulsivas/ Epilepsia	51

Fuente: Información de la Secretaría del Subsistema Penitenciario de la Ciudad de México

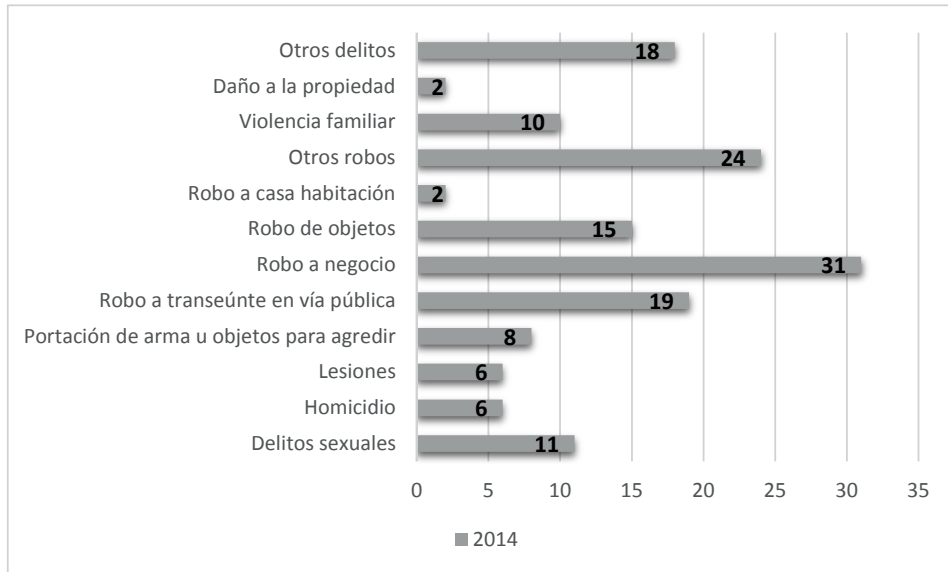
13 Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. 2012. “Limpieza social. Respuesta falaz ante la crisis social”, Revista Dfensor, 4: 53. México, CDHDF. Disponible en: <http://dfensor.blogspot.com.ar/2012/04/revista-dfensor-abril-2012-limpieza.html>

la carga del sistema de justicia penal, para desviar casos fuera del mismo y para contar con una gama de sanciones constructivas<sup>14</sup>.

14 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el

Gráfico 1

Gráfica: Tipo de delito de las personas inimputables sentenciadas en la Ciudad de México



Fuente: Elaboración con información proporcionada por el TSJCDM

#### IV. Barreras en el acceso a la justicia para las personas con discapacidad psicosocial e intelectual

Uno de los hallazgos más preocupantes a lo largo de la experiencia en el litigio y en la investigación de Documenta, es la perspectiva que tienen los operadores del sistema de justicia, y también del sistema de salud, sobre las personas con discapacidad psicosocial e intelectual. En las entrevistas y los talleres que hemos organizado ha quedado claro que hasta la fecha prevalecen estigmas que determinan el trato que reciben estos individuos.

Al respecto, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación reveló en 2014 que una de las principales causas por las

que funcionarios públicos discriminaron fue por motivos de discapacidad. Por su parte, de acuerdo con los resultados de la Encuesta Nacional sobre Discriminación del 2010, 70 de cada 100 habitantes del país consideran que no se respetan o solo se respetan en parte los derechos de las personas con discapacidad<sup>15</sup>.

Lo anterior se agrava en el caso de la discapacidad psicosocial e intelectual dado que ésta representa, dentro del conjunto de discapacidades que existen, una de las menos entendidas a nivel nacional. En general, las personas que presentan alguna dificultad relacionada con su salud mental son señaladas por la sociedad como “anormales”, “locos”, “enfermos” y son segregadas.

Los estigmas en torno a estas personas explican, por lo menos en parte, que al sistema de

Delito (UNODC). *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. Nueva York, 2006, p. 99. Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf)

15 CONADIS. 2011. Encuesta Nacional sobre Discriminación en México. Resultados generales. México.



salud mental lleguen únicamente 47 de cada 100 mil habitantes y que muchas personas con alguna discapacidad de este tipo no estén dispuestas a reconocerla. También explica que el tiempo que tardan los pacientes en llegar a la atención oscile entre 4 y 20 años según el tipo de padecimiento (Medina Mora et ál. 2003).

Esta incompreensión también es evidente en el sistema de justicia. En el caso específico de las personas que son acusadas de cometer un delito, la discriminación se agudiza pues se enfrentan a una sociedad que las desacredita y devalúa, tanto por su discapacidad como por ser probables delincuentes:

Las personas con discapacidad psicossocial cargan con un doble estigma. Por un lado, todas las personas involucradas en una cuestión legal, criminal, son discriminadas. Por otro lado, si además tiene una discapacidad mental se suma otro estigma, no solo eres un delincuente sino además tienes un problema de índole mental<sup>16</sup>.

El carácter discriminatorio se refleja, incluso, en la terminología empleada en las legislaciones penales que utilizan términos como “idiotia”, “imbécil” o “incapaz”<sup>17</sup> y en las percepciones de los operadores del sistema de justicia y de salud como se demuestra en los siguientes testimonios:

Tengo años de trabajar con enfermos mentales, y creo que lo que hay que hacer es protegerlos<sup>18</sup>.

16 Entrevista con psiquiatra y perito de los Servicios de Atención Psiquiátrica de la Secretaría de Salud, agosto de 2014.

17 El artículo 97 del Código Penal del Estado de Tlaxcala señalaba, hasta 2009, que los locos, idiotas, imbeciles o los que sufren cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mental serían reclusos en manicomios.

18 Entrevista con psiquiatra, marzo de 2014.

Es un animal, que responde a sus instintos básicos<sup>19</sup>.

Es como un bebe dinosaurio, que se puede comer a las personas que le dan de comer, sus padres<sup>20</sup>.

No podemos darles el mismo tratamiento, porque no es lo mismo una persona que no tiene la capacidad de comprender el hecho. En el caso de los menores, los padres se van a hacer cargo del menor que cometió un ilícito, igual debería pasar con las personas con discapacidad psicossocial o intelectual<sup>21</sup>.

Me preocupa mucho como médico que de pronto se les dejara sin la protección necesaria... porque un enfermo mental en un cuadro agudo ya perdió su libertad de tomar decisiones y el juez al nombrarle un tutor está protegiendo la libertad de esa persona para que haya alguien que lo represente<sup>22</sup>.

Estos recuentos evidencian que las distintas autoridades que entran en contacto directo con las personas con discapacidad intelectual y psicossocial en el ámbito penal, tienen perspectivas que influyen de manera negativa en las actitudes y en el trato hacia las personas con discapacidad.

Resulta indudable que el sistema de justicia penal todavía no ha incorporado la perspectiva del modelo social de la discapacidad promovido por la CDPD, a pesar de las obligaciones contraídas por el Estado en ese sen-

19 Entrevista con defensor público, agosto de 2014.

20 Entrevista con defensor público, agosto de 2014.

21 Entrevista con funcionario del Instituto para la Integración al Desarrollo de las Personas con Discapacidad, marzo de 2014.

22 Entrevista con psiquiatra, agosto de 2014.

tido. Así, es necesario trabajar para eliminar, por lo menos, los siguientes prejuicios, dado que éstos justifican prácticas discriminatorias en el sistema de justicia:

a) La discapacidad es una enfermedad. Al continuar considerando que la discapacidad es una enfermedad, los servidores públicos adoptan una perspectiva asistencialista y paternalista que privilegia la protección sobre el reconocimiento de la autonomía y capacidad del sujeto.

b) Las personas con discapacidad no son parte de su proceso penal para su propio beneficio. Esta idea equivocada conlleva a la negación de la capacidad jurídica de los individuos con discapacidad y ello, a su vez, se traduce en que no son tomadas en cuenta sus declaraciones, no se les reconocen las firmas, no se les permite elegir a su propia defensa, entre otras violaciones al debido proceso.

c) Las personas con discapacidad psicossocial e intelectual que han cometido un ilícito representan un peligro para la sociedad y por ello deben ser segregadas. El derecho penal para inimputables no se sanciona por el acto, se sanciona por el peligro que representa el sujeto, hecho que implica una discriminación en razón de la discapacidad. No solo eso, la respuesta penal que se le da a estos sujetos conlleva usualmente tratamiento médico psiquiátrico forzoso en internamiento, lo cual violenta el derecho a la integridad, libertad y seguridad personales.

## V. La discriminación en la legislación y en la práctica judicial

Más allá de las percepciones en torno a la discapacidad, es también importante señalar que la legislación y las prácticas judiciales constituyen barreras en el acceso a la justicia para las personas con discapacidad.

En la práctica, la declaración de inimputabilidad se traduce en la negación del derecho

a un debido proceso y a las garantías que son aplicables a todo acusado. En los litigios que ha llevado Documenta de personas con discapacidad psicossocial e intelectual ha quedado claro que en el sistema de justicia mexicano las limitaciones en la capacidad mental implican la negación de su capacidad jurídica y de una serie de derechos básicos como: 1) elegir libremente a su defensa, 2) la posibilidad de rendir su declaración y de ejercitar contradicción respecto de las acusaciones sostenidas en su contra, 3) la posibilidad de apelar a la sentencia, entre otros.

Lo anterior da cuenta de que en la legislación actual se sigue confundiendo la capacidad mental, definida como la aptitud de una persona para adoptar decisiones, con el concepto de capacidad jurídica que es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, y de poder ejercerlos. Esta confusión tiene como principal consecuencia que, cuando se considera que una persona tiene una “deficiencia” para adoptar decisiones por consecuencia de una discapacidad intelectual o psicossocial, se le anula su capacidad jurídica y su voluntad es traspasada a un tercero para que sea éste quien tome las decisiones.

A este respecto, el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha sustentado que:

La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales.

El menoscabo de la capacidad jurídica durante los procedimientos penales, violenta la efectividad en el acceso a la justicia para personas con discapacidad. No se podría hablar de un acceso efectivo a la justicia cuando sustancialmente al sujeto que se enfrenta a un órgano jurisdiccional se le niega su derecho de participar activamente en su juicio. De esto se desprende que el hecho de que una persona tenga una discapacidad intelectual o psicosocial no puede utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica. El hacerlo, implica una violación a sus derechos y una discriminación basada en su condición.

### **V.1. Derecho a elegir su propia defensa**

La elección de la defensa constituye un derecho fundamental para todos los individuos. Sin embargo, en la práctica, Documenta ha identificado que a las personas con discapacidad psicosocial e intelectual que son declaradas inimputables, al no serles reconocida su capacidad jurídica, se les niega el derecho a elegir libremente a su defensa. Esto resulta una de las barreras más importantes para acceder a la justicia de manera efectiva, pues existen casos en los que la persona desea reemplazar al defensor de oficio por una defensa privada y este derecho básico le es negado.

Un ejemplo de lo anterior es el caso de Arturo, quien tiene discapacidad intelectual y psicosocial. En septiembre de 2011, mientras transitaba por una calle, fue detenido por policías, quienes lo acusaron de haber robado un automóvil. Una vez en la Agencia del Ministerio Público, las autoridades contactaron a su madre, quien les explicó que Arturo tenía una discapacidad y que era imposible que se hubiera robado un auto dado que no sabía manejar. Los agentes solicitaron documentación que probara la discapacidad. Cuando la madre regresó a la Agencia se encontró con una nueva versión de los policías: Arturo se

había robado el auto no manejándolo, sino empujándolo. Ante esta situación, buscó la ayuda de abogados particulares y promovió un escrito ante el Juzgado para solicitar la designación de los mismos. Sin embargo, el Juzgado negó dicha petición argumentando que debido a que Arturo era mayor de edad y no se había promovido un juicio de interdicción, ella no era su tutora legal y, por lo tanto, no tenía personalidad para actuar en juicio. Frente a ello, Arturo promovió por derecho propio la designación de su defensa, pero en esta ocasión el juez desconoció su firma argumentando que era inimputable y no tenía la capacidad. Así, resolvió que el defensor de oficio era el único que podía promover su causa.

Otro ejemplo es el caso de Miguel. Cuando ingresamos al juzgado el escrito donde nos designaba como defensa, el juez negó su petición porque su firma “no coincidía con la del interno”. Al preguntar al personal del Juzgado si habían mandado llamar a Miguel para reconocer su firma y ratificar su escrito, como es la práctica judicial común, contestaron que eso era imposible ya que él era inimputable.

Así, mientras para una persona imputable el designar una defensa de su elección es un procedimiento sencillo que hubiese tardado tres días (tal vez diez, considerando que la firma no hubiese coincidido y hubiera tenido que comparecer ante el juzgado para reconocerla y ratificar su escrito); en el caso de Miguel, fueron ocho meses de litigio para designarnos como defensa y tener acceso a su expediente. Ocho meses en los que continuó privado de su libertad.

### **V.2. La posibilidad de rendir su declaración y de ejercitar contradicción respecto de las acusaciones sostenidas en su contra**

Cuando existe la sospecha de que la persona inculpada pueda tener una discapacidad psicosocial o intelectual, los agentes del Mi-

nisterio Público solicitan la realización de un dictamen pericial psicológico y/o psiquiátrico. La mayoría de las peticiones realizadas por el Ministerio Público a los peritos se realizan de la siguiente forma: “Evalúe para diagnóstico y tratamiento correspondiente, así como también determinen si es una persona apta para rendir su declaración sobre los hechos que se le imputan; es decir, determinen si es una persona capaz de entender y comprender”.

El resultado de estos dictámenes de carácter médico es decisivo para determinar si la persona es inimputable y, en consecuencia, si es apta para rendir su declaración sobre los hechos. Son estos dictámenes los que sirven de base, no solo para negar el derecho a rendir su declaración, sino también para justificar su privación de la libertad y la ministración de un tratamiento médico en reclusión.

En ninguno de los casos que Documenta ha representado, se ha permitido la declaración de la persona con discapacidad y únicamente se ha tomado en cuenta el testimonio de los policías y denunciantes. Con esta práctica se niega el derecho que tiene toda persona a ser oído en juicio, derecho reconocido en la normativa vigente y con carácter constitucional.

En el sistema tradicional, nuestro proceso para inimputables señala una violación sustancial cuando la persona llega ante un juez, porque se brinca lo de tomar la declaración preparatoria, así se habla de que solo se certifica el estado en el que se encuentra la persona y el defensor solo tiene que firmar<sup>23</sup>.

Así, la forma en la que se limita la posibilidad de actuación de las personas con discapacidad durante su proceso penal es alarmante. Además de no permitirles declarar y dar su versión de los hechos, tampoco se les permite ni participar ni estar presentes en ninguna de

las diligencias judiciales y/o audiencias que se llevan a cabo durante el proceso. En los expedientes es común encontrar las siguientes resoluciones de los jueces: “En la audiencia deberán comparecer las partes con excepción del inimputable”.

En otro caso que Documenta acompañó, al interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, la sala penal del tribunal que conoció del caso no permitió que Adán estuviera presente en su audiencia. Lo anterior, ya que de acuerdo al secretario de Acuerdos:

Ellos ni entienden, son incapaces y es un inimputable, no puede estar presente en su audiencia. Además, no puedo pedir que lo trasladen porque es peligroso y por protegerlo no hay que traerlo. ¿Qué tal que los otros [internos] que traigan le hacen algo? ¿O qué tal si él les hace algo?.

Aunado a lo anterior, hemos documentado que, en la mayoría de los casos, las personas declaradas inimputables nunca ven su expediente, no saben qué contiene su averiguación previa, no saben qué delito están enfrentando y nunca hablaron con su defensa.

### V.3. La posibilidad de apelar la sentencia

El Código Procesal Penal del Distrito Federal establece que la sentencia definitiva es una resolución que debe ser notificada personalmente a la persona involucrada y a su defensa, y explica cómo debe realizarse esta notificación y las consecuencias legales de no hacerlo. Sin embargo, en el caso de las personas inimputables, la práctica judicial aceptable es solo notificar al defensor y no así a la persona con discapacidad; por ello, la interposición del recurso de apelación queda exclusivamente en manos del defensor y, en consecuencia, la mayoría de dichas sentencias no son apeladas,

23 Entrevista a defensor de oficio, agosto de 2014.

hecho que deja a los inimputables sin un recurso efectivo para acceder a la justicia.

Conocimos el caso de Arturo dos años después de dictada la sentencia de primera instancia. Durante el proceso, no lo dejaron nombrar una defensa de su elección, por lo que ésta quedó en manos del defensor público, quien no recurrió la sentencia por medio del recurso de apelación. Si bien el recurso existe, hay que decir que no es efectivo para los inimputables, como Arturo, dado que les es negada la posibilidad de acceder de facto a éste y ello los coloca en un cuadro de denegación de justicia. La negligencia por parte del defensor público de no interponer el recurso de apelación ni de informarle a Arturo sobre el mismo, lo dejó en estado de indefensión.

Al respecto, es importante señalar, como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que no basta con que el recurso exista, es decir, que esté contenido en la legislación del Estado, o con que sea formalmente admisible<sup>24</sup>. No pueden considerarse efectivos los recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias de un caso dado, resulten ilusorios. Y, de acuerdo a esta jurisprudencia, son ilusorios aquellos recursos que, en la práctica o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia por cualquier causa, no permitan al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.

La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable.

La posibilidad real de interponer un recur-

so adquiere relevancia en el caso de Arturo y de todas las personas declaradas inimputables. El Estado mexicano, al negar la capacidad jurídica de los inimputables, incumple con su obligación de garantizar la igualdad de condiciones y la no discriminación.

## **VI. Reflexiones finales: promoviendo los ajustes razonables para garantizar el acceso a la justicia**

Las ideas aquí vertidas constituyen solo un primer acercamiento a un tema complejo: ¿cómo garantizar que las personas con discapacidad psicosocial e intelectual tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones que las demás? Para responder a esta pregunta, y diseñar las políticas y programas acordes, es fundamental propiciar la participación de las personas con discapacidad. En ese sentido, la primera reflexión es que se deben establecer los mecanismos para garantizar su participación, por ejemplo, en la creación de foros de consulta para reformar la legislación, en la identificación y eliminación de obstáculos y barreras en el sistema de justicia, y en la elaboración de programas y sistemas de apoyos y ajustes durante el proceso penal.

En términos de la legislación, resulta urgente iniciar un diálogo y debate con legisladores, operadores del sistema de justicia, funcionarios de otros sectores gubernamentales, personas con discapacidad, organizaciones de la sociedad civil, academia y especialistas para replantear la inimputabilidad y las medidas de seguridad, y buscar alternativas basadas en el respeto de los derechos de las personas con discapacidad, su dignidad, autonomía y la igualdad que debe existir en el acceso a la justicia. Sabemos que no hay respuestas rápidas y sencillas, dado que ello involucra revisar los institucionales penales, las teorías de las penas y la culpabilidad, pero esta tarea es impostergable.

24 Corte IDH, OC 09/87, párr. 23

Además de las reformas legislativas, es fundamental iniciar procesos de capacitación y sensibilización sobre la discapacidad y los derechos humanos para todos los operadores del sistema de justicia: policías, agentes del Ministerio Público, defensores de oficio, jueces y personal de los juzgados, peritos y funcionarios del sistema penitenciarios, entre otros.

La construcción de un sistema de justicia incluyente, en el que se garantice el respeto de los derechos humanos de las personas con discapacidad, exige el reconocimiento de que su participación en los procesos judiciales debe darse en igualdad de condiciones que los demás, pero contando con todos las salvaguardias, los apoyos y ajustes necesarios que cada caso en específico amerite. El objetivo de estos ajustes y apoyos no es hacer que el proceso sea más fácil o que esté únicamente centrado en el bienestar de la persona con discapacidad. Se trata más bien de darle la posibilidad de participar en su juicio sin restricciones o limitaciones relacionadas con su discapacidad.

## Bibliografía

Center for Public Representation (CPR). 1996. *The legal rights of prisoners with mental disorders*. Disponible en: <http://www.centerforpublicrep.org/images/stories/docs/Legal-Rights--of-Mentally-Ill-Prisoners.pdf>

Dissel, Amanda. 2011. *Detained and Institutionalised: Understanding How Mental Illness and Intellectual Disability are dealt with by the Zambian Criminal Justice Process*.

Medina Mora, María Elena et al. 2003. "Prevalencia de trastornos mentales y uso de servicios: resultados de la Encuesta Nacional de Epidemiología Psiquiátrica en México". *Salud Mental*, 26 (4): 1-16.

Paralegal Alliance Network, et al. 2015.

*Challenging disadvantage in Zambia. People with psychosocial and intellectual disabilities in the criminal justice system*.

Petit, Quino. 2013. "Una mirada hacia la enfermedad mental en prisión". *El País Semanal*. Madrid, 3 de febrero. Disponible en: [http://elpais.com/elpais/2013/02/03/eps/1359918792\\_007462.html](http://elpais.com/elpais/2013/02/03/eps/1359918792_007462.html)

Talbot, Jenny. 2012. *Fair access to Justice? Support for vulnerable defendants in the criminal courts*. Reino Unido, Prison Reform Trust.

## Documentos de organismos internacionales

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), adoptada por la Asamblea General (ONU), Resolución 61/106, 24 de enero de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*. Opinión Consultiva OC 09/87, 6 de octubre de 1987. Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos

Declaración de Caracas. *Conferencia Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud*. Caracas, 1990.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. Nueva York, 2006, p. 99. Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf)

Organización Mundial de la Salud (OMS). 2001. *Atlas Recursos de Salud Mental en el Mundo*. Ginebra. Disponible en: <http://>



[apps.who.int/iris/bitstream/10665/66983/1/WHO\\_NMH\\_MSD\\_MDP\\_01.1\\_spa.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/66983/1/WHO_NMH_MSD_MDP_01.1_spa.pdf)

OMS. 2008. *Scaling up care for Mental, Neurological and Substance Use Disorders. Mental health Gap Action Program*. Ginebra. Disponible en: [http://www.who.int/mental\\_health/mhGAP/en/](http://www.who.int/mental_health/mhGAP/en/)

OMS. 2010. *Mental health and development: targeting people with mental health conditions as a vulnerable group*, Suiza. Disponible en: [http://www.who.int/mental\\_health/policy/mhtargeting/development\\_targeting\\_mh\\_summary.pdf](http://www.who.int/mental_health/policy/mhtargeting/development_targeting_mh_summary.pdf)

OMS et al. 2011. *Informe sobre el sistema de salud mental en México*. México, OPS/OMS. Disponible en: [http://www.who.int/mental\\_health/who\\_aims\\_country\\_reports/who\\_aims\\_report\\_mexico\\_es.pdf](http://www.who.int/mental_health/who_aims_country_reports/who_aims_report_mexico_es.pdf)

### Documentos de organismos extranjeros

Código Penal Federal de México, Artículo 15, Fracción VII, última reforma publicada el 17 de junio de 2016. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf.htm>

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. 2012. "Limpieza social. Respuesta falaz ante la crisis social". *Revista Dfensor*, 4: 53. México, CDHDF. Disponible en: <http://dfensor.blogspot.com.ar/2012/04/revista-dfensor-abril-2012-limpieza.html>

Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH). 2015. "Pronunciamiento sobre la situación de las personas con discapacidad psicosocial e inimputables en los centros penitenciarios de la República Mexicana". México.

CONADIS. 2011. Encuesta Nacional sobre Discriminación en México. Resultados generales. México. CONADIS

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática de México (INEGI). Censo de Población y Vivienda 2010, Cuestionario ampliado. Estados Unidos Mexicanos/Población con discapacidad.



---

SECCIÓN IV

ENTREVISTAS



## La experiencia de Alfredo Kraut

### Alfredo Jorge Kraut

*Ex Secretario General de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Docente, autor de numerosas publicaciones sobre derecho y salud mental.*

### Por Mariano Laufer Cabrera

*Coordinador de la Unidad de Letrados art. 22 Ley 26.657 de la Defensoría General de la Nación.*

*Mariano Laufer Cabrera (MLC): ¿Cómo empezó a trabajar con la temática de salud mental?*

*Alfredo Jorge Kraut (AJK): En los años setenta fui paciente de un médico que integraba una joven asociación psicoanalítica. Algunos de estos analistas, de muy buen nivel teórico, causaron -en el contexto del tratamiento- tremendos daños psíquicos a muchos pacientes, violentando las reglas y deberes de un profesional. Un aprovechamiento ilícito de la relación transferencial.*

*Luego de recibirme, estudié un par de años Psicología en la UBA y cursé la escuela de Pichon-Rivière. Finalmente decidí que quería ser abogado.*

*Con aquella experiencia, ya trabajando en el ejercicio de la Abogacía y en la docencia en temas de responsabilidad civil (derecho de daños), advierto que, como regla, los profesionales de la salud mental no suelen ser imputados ni demandados. En esto influye el fenómeno de la transferencia que genera una fuerte “dependencia” emocional e idealización de la figura del profesional (modelo contractual inédito por estas razones). A ello se suma la multiplicidad teórica pues las psicoterapias se desenvuelven entre numerosas escuelas -las distintas teorías se perciben aún dentro del propio psicoanálisis- y existen importantes diferencias sobre*

el concepto de mejoría y de cura; la falta de acreditación de algunos psicoterapeutas (calificación legal exigida para tratar pacientes); la escasa información que suele brindarse al paciente y la alegada innecesidad para consentir las prácticas, así como también la falta de controles, en muchos casos. Si un paciente mental fantasea con reclamar por errores de un psicoterapeuta, aparece, más que en otras situaciones, la gran dificultad para probar el contrato, la culpa profesional y la relación de causalidad con el daño invocado.

Otra cuestión es que, según nuestro sistema legal, los requerimientos a los profesionales coinciden, en cuanto atañen a la necesidad de título -certificado por autoridad competente-, habilitación, habitualidad, sometimiento a normas reglamentarias, éticas, legales y bioéticas, entre otras. Difieren, no obstante, en los grados de autonomía o dependencia técnica.

En la práctica concreta, distintas psicoterapias que, insisto, responden a más de cien escuelas -entre ellas, el psicoanálisis-, son ejercidas por distintos profesionales: médicos (especialmente psiquiatras), psicólogos, enfermeros psiquiátricos, psicopedagogos, terapistas ocupacionales, trabajadores sociales, musicoterapeutas, acompañantes terapéuticos, hasta psicólogos sociales, todos vinculados por el uso de una común y fecunda herramienta: el universo de la palabra.

La falta de trabajos de doctrina y la jurisprudencia casi inexistente me lo confirmaron.

Finalmente -en 1987 no había internet y la formación a distancia no existía-, tuve la suerte de poder investigar esta temática en la Universidad de Yale (New Haven) en los años 1987, 1991 y 1993. A partir de ahí escribí dos libros "Responsabilidad profesional de los psiquiatras. Deberes y derechos emergentes de la práctica psiquiátrica" (1991) y "Responsabilidad civil de los psiquiatras en el contexto de la práctica médica" (1998), que fueron de los pri-

meros libros que existieron. La publicación de estas obras me permitió entrar en ese mundo, pero en aquel tiempo la pasé francamente muy mal. Tuve hasta amenazas de muerte.

De golpe me relacioné con un juez maravilloso que es Eduardo Cárdenas. Él iba una vez por semana, a las 7.30, al Borda, al Moyano y al Tobar García, y por las tardes a las clínicas privadas. Yo le pregunté si podía ir con él y me dijo que sí. Ahí empezó mi vida con los manicomios.

Cuando empecé con Cárdenas se había sancionado la ley 22.914, muy importante para la época y un gran cambio normativo, lo que no quiere decir que se cumpliera.

*MLC: ¿Cómo fue el pasaje desde aquellos primeros libros sobre responsabilidad civil de los profesionales de la salud mental, a un enfoque más intenso en los derechos humanos de los pacientes?*

AJK: Estos temas me preocupaban crecientemente. Como comenté, en nuestro país el ejercicio de las psicoterapias se desenvuelve sin normas regulatorias ni controles. Muchos ejercen sin ningún tipo de título habilitante ni matriculación e, incluso, los que están habilitados no son fiscalizados. ¿Puede imaginarse el daño que puede irrogar un terapeuta cuya salud mental se halla afectada? A su vez, pululan distintas pseudo-psicoterapias que son sencillamente sectas. Otras carreras -algunas universitarias, otras de niveles terciarios- no están aún reglamentadas como, por ejemplo, acompañamiento terapéutico y músico terapia.

Estas y otras reflexiones me motivaron a escribir notas en medios especializados y en diarios como Clarín y Página/12, que generaron grandes polémicas.

Desde la responsabilidad civil, luego empezaron a salir fallos sobre internaciones arbitrarias. Mientras tanto, yo me iba pasando al enfoque de derechos humanos. Fui asesor en la OPS (Organización Panamericana de la Salud), una experiencia muy fuerte para mí porque era



el tiempo de la “Declaración de Caracas” post Trieste. En aquella época escribí varios artículos, dicté conferencias, fui a congresos, conocí manicomios de esta Ciudad y de otras provincias (Santiago del Estero, Mendoza, Córdoba, Santa Fe). Se avizoraban tiempos de cambio.

*MLC: ¿Cómo fue el proceso por el cual llevó la materia Salud Mental a la Facultad de Derecho de la UBA? ¿Cuál fue la reacción de los alumnos al enterarse de un tema que no existía en la Facultad?*

*AJK:* Empezamos a dar clase en un doctorado en la Universidad Nacional de Lanús y surgió que era importante introducir el tema en el grado de la UBA, cuyo rector era Atilio Alterini. Fue una experiencia muy linda. En cada curso se integraba lo teórico, doctrinario y jurisprudencial con la práctica concreta: los alumnos conocieron los manicomios de la ciudad de Buenos Aires, la entonces terrible Unidad 20, Colonia Montes de Oca, Estévez, entre otros. También invitamos al Frente de Artistas del Borda, a La Colifata, etc. Las clases miraban la realidad, la sentían. En la Facultad nunca ves un obrero, un dirigente gremial, un preso, un fallido, una mesa de operaciones, un accidentado. Sólo la teoría. La idea fue que en Salud Mental sí conocieran a los protagonistas, sus padecimientos, la falta de juridicidad.

Di la materia hasta el año 2005, pero en ese momento yo estaba en la Corte y se complicaba mucho.

*MLC: ¿Cuáles cree que son los principales aportes de la Corte Suprema de Justicia en el tema de Salud Mental?*

*AJK:* Este tema, desde la perspectiva de los derechos fundamentales y su violación, no existía en la Corte. Sí había planteos sobre cuestiones de competencia, cuando dos jueces que entendían en insanias se declaraban incompetentes y la Corte resolvía cuál era el juez que debía intervenir.

Hasta que llega un caso que es “Tufano” (2005) y luego otro, “RMJ” (2007). La sentencia del “Caso Tufano”, con todo acierto, opta por atribuir la competencia al juzgado del lugar donde se encuentra ubicado el centro de internación, sea público o privado. Pero, además, el Tribunal establece que los pacientes institucionalizados, en especial cuando son reclusos coactivamente –sin hacer distinción sobre la razón que motivó su internación–, son titulares de un conjunto de derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la salud, a la defensa y al respeto de la dignidad, a la libertad, al debido proceso, entre tantos otros derechos fundamentales (ahora consagrados en el Código Civil y Comercial).

*MLC: ¿Cómo ha vivido, desde su experiencia, la relación entre abogados que se dedican a esta temática y el sector de la salud, psiquiatras y psicólogos?*

*AJK:* Hubo muchos profesionales de la salud mental que se comprometieron con la temática transformadora que venía de Trieste (cierre del manicomio San Giovanni a fines de los 70) y que se concretó en la experiencia de Río Negro (cierre del hospital de Allen en 1991). Pero hubo muchos otros grupos, defensores del modelo manicomial o del electroshock, que no toleraron que el derecho y la ley se inmiscuyan pretendiendo cambiar el modelo.

Las cosas que se ven en los manicomios son terribles, dolorosas. Y la justicia, en general, ha sido complaciente. Como dice una doctrina norteamericana, receptada en nuestro país: “La Constitución termina en la puerta de la institución total” (al decir de Goffman).

*MLC: ¿Cuál ha sido el avance en la Argentina respecto de los derechos de las personas internadas, según su experiencia?*

*AJK:* Se ha tomado más conciencia de que estas personas tienen derechos. No diría que hubo un cambio generalizado, pero

sí experiencias concretas como la ley 2.440 del año 1991 de la provincia de Río Negro, donde cerraron el hospital psiquiátrico. Luego hubo otras leyes provinciales que implicaron avances, la propia Ley de Salud Mental de la Ciudad de Buenos Aires, la 448 del año 2000. Hubo toda una concientización, seminarios, reuniones. Yo considero que hay avances y retrocesos. Y hay un fuerte combate para derogar la Ley de Salud Mental. Claramente hay todo un sector corporativo muy fuerte que quiere seguir “psiquiatrizando” la justicia. Porque para los jueces ha sido usualmente más cómodo repetir lo que dice el forense. Con pocos renglones se internaba a cualquiera o se declaraba incapaz a cualquiera, en ciertos casos. Por eso creo que con la nueva ley y el nuevo Código Civil, esto irá cambiando. Indudablemente, a nivel normativo hay avances.

*MLC: Respecto de los jueces y los defensores, ¿cuál cree que es el rol que podrían cumplir para que lo normativo pase a ser real, para que los derechos de las personas se respeten?*

*AJK:* Yo creo que de este sistema judicial depende mucho que haya una transformación. Hay muchos fallos que aplican el nuevo Código Civil que son sumamente comprometidos. Por supuesto, pasa por la educación, que la sociedad esté concientizada, perder el miedo a la locura, que exista acceso a la justicia, esa es la clave. Porque nosotros sabemos que el acceso a la justicia de personas vulnerables es algo muy complicado y la justicia tiene un rol, incluso docente, muy fuerte.

*MLC: ¿Y cuál cree que ha sido el principal avance de la Ley Nacional de Salud Mental? ¿Para qué nos sirve?*

*AJK:* A los jueces les da un fundamento para tomar decisiones, le da legalidad al sistema, da todo un procedimiento, reglas, incorpora los principios de salud mental. Es una ley

muy progresista, casi única en el mundo, que centra su atención en los derechos y garantías que gozan las personas que sufren padecimientos mentales. E incorpora a los equipos interdisciplinarios. Actualmente se encuentra en plena actividad la Unidad de Letrados art. 22 Ley 26.657, creada por la Defensoría General de la Nación, y el Órgano de Revisión, cuyo objeto es proteger los derechos humanos de los usuarios de los servicios de salud mental.

*MLC: Desde su rol en la Corte, ¿qué puede contarnos sobre el proceso de reforma del Código Civil, en cuanto al tema de capacidad jurídica e internaciones por salud mental? ¿Qué balance hace sobre lo que quedó en el Código y qué consejos podría dar para una correcta implementación?*

*AJK:* En primer término, aclaro que mi rol en la Corte nada tuvo que ver con la participación como colaboradores en la redacción del Código. En concreto, para avanzar nos reunimos con colegas de instituciones especializadas y otros actores, y fuimos elevando distintos proyectos a la comisión redactora. Fue un trabajo tener que compatibilizar tantas posturas.

Los artículos que regulan la capacidad jurídica y la internación son sumamente avanzados. Se reconocen explícitamente los derechos fundamentales de las personas con padecimientos mentales y, para mí, refuerza la Ley Nacional de Salud Mental. Es más, de hecho, supedita la Ley de Salud Mental al Código Civil y a la Constitución.

Con la cuestión de la capacidad se pudo avanzar: se presume la capacidad, las limitaciones son excepcionales, se incorpora el trabajo de los equipos interdisciplinarios, se prevé la participación en el proceso y, fundamentalmente, se consagra el sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad. Estoy recibiendo muchísimos fallos en los que los jueces están aplicando las nuevas herramientas que trae el Código.

En síntesis, puedo afirmar que el Có-

digo consagra los principios de legalidad, inclusión, no discriminación y ciudadanía de las personas con sufrimiento mental con la mira puesta en un imprescindible acceso efectivo a sus derechos, a la fecha conculcado, simplemente declamado.

*MLC: ¿Cree que es posible la reforma del sistema de salud mental en Argentina, el pasaje a un sistema de salud mental comunitario? ¿Qué consejos puede dar para intentar avanzar en ese sentido?*

*AJK:* Creo que hay fuertes intereses económicos que obstaculizan el cambio. Deben generarse debates, asignar partidas presupuestarias imprescindibles para ir transformando gradualmente el modelo institucionalizador y poniendo fin a los modelos históricos de segregación, propios de las instituciones asilares.

Para cambiar esta realidad complicada, con avances y retrocesos, confío en los jóvenes como ustedes, capaces, comprometidos, que sabrán elegir los caminos para que las utopías puedan concretarse. Yo creo que ahora hay muchas más personas, profesionales, usuarios, que están fuertemente comprometidos. Hace 20 años este escenario era impensable.



## La experiencia de María Graciela Iglesias

### María Graciela Iglesias

*Secretaria Ejecutiva del Órgano de Revisión de Salud Mental.*

### Por Mariano Laufer Cabrera

*Coordinador de la Unidad de Letrados art. 22 Ley 26.657 de la Defensoría General de la Nación.*

*Mariano Laufer Cabrera (MLC): ¿Cómo fue el proceso que la llevó a involucrarse en la temática de salud mental y derechos humanos? ¿Cuándo y cómo se inició? ¿Desde qué roles y lugares laborales y académicos se fue aproximando al tema?*

*María Graciela Iglesias (MGI): En mi caso, me involucré al descubrir la profunda asimetría que existía entre la situación de las personas y el tratamiento que el derecho les otorgaba. Tener que defender a las personas sin contar con los instrumentos válidos para hacerlo y creer en su palabra. La primera Defensoría civil en la ciudad de Mar del Plata y la Facultad de Derecho me permitieron llevar ponencias a las Jornadas de Morón en Derecho de Familia por el año 1991 y, en adelante, esos fueron los lugares de partida.*

*MLC: ¿Cómo fue su recorrido desde la Defensa Pública hasta la justicia civil de familia, en su relación con el derecho a la salud mental? ¿Qué puede contarnos de la primera Diplomatura en Derecho a la Salud Mental que inauguró hace tiempo en la Facultad de Derecho de Mar del Plata?*

*MGI: Mi relación fue estrecha porque, a partir del recorrido en la Defensoría, siendo Secretaria quedé a cargo por una situación de salud del titular, quien había permitido fun-*

cionalmente que empezáramos a incidir para cambiar los procesos. Comenzamos a separar la internación del proceso de incapacidad y a trabajar intensamente en lo extrajudicial antes de tener que iniciar el proceso de insania. Esta situación convirtió a la Defensoría en un lugar de referencia de la gente, que llevaba todos sus problemas vinculados con la falta de accesibilidad jurídico-sanitaria. Todo ello fue muy importante al momento de acceder a la Magistratura, luego del examen y de las entrevistas que tuvimos. Las integrantes de la cátedra de Derecho de Familia estábamos todas como candidatas a acceder al primer Tribunal de Familia de la ciudad, y haber estado en la Defensa marcó mi impronta como jueza.

La Diplomatura, que aún dirijo, es un producto académico que nació del contacto con académicos de salud. El Dr. Daniel Frankel de la Universidad Nacional de Lanús se mostró interesado y la Facultad había expresado su interés académico para que, desde el Derecho, se visibilizara la temática. El resultado ha sido exitoso, con trabajos y productos extraordinarios que van desde la creación de una ONG e instrumentos de evaluación, hasta el tratamiento de personas transexuales tratadas como pacientes psiquiátricos en una suerte de exclusión y segregación, entre otros muchos trabajos que hicieron los alumnos. Eso permitió difundir la necesidad de la ley y, luego, su efectiva implementación.

*MLC: ¿Cuáles cree que han sido los hitos más relevantes, a nivel internacional, para el avance del derecho a la salud mental? ¿Cómo fue su experiencia concreta desde su rol de jueza de Familia en Mar del Plata, qué casos paradigmáticos recuerda, y cómo fue la reacción de la comunidad jurídica al decidir, hace tiempo y de forma innovadora, la inconstitucionalidad del sistema de incapacidad del viejo Código Civil?*

*MGI: Creo que la dinámica del Sistema Americano de Derechos Humanos y la in-*

tervención de los organismos internacionales han incidido para establecer un cambio en las políticas públicas, por la disponibilidad del derecho a la salud y el acceso a la justicia en condiciones más equitativas y accesibles para las personas con sufrimiento mental. En mi caso, como jueza, abrir el despacho al encuentro con la gente me permitió dar cuenta de que la pericia médica psiquiátrica no era suficiente porque la gente no era valorada como persona, sino que se la ponderaba a través de su diagnóstico y su eventual “peligrosidad”. Esa posibilidad me permitió establecer diferencias y dictar sentencias de acuerdo a esa situación inefable que fue descubrir que las personas eran re-victimizadas por un sistema jurídico que decía “protegerlas”. La primera sentencia de capacidad gradual fue en 2006, cuando aún no teníamos ratificada la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Se trataba de una madre a quien había defendido y que luego, por la especialización del fuero, tuve a mi cargo como jueza. Esa mujer, incluso en un estado de descompensación en su salud mental, reclamaba por sus hijos, se preocupaba cómo y dónde quedarían si era internada y procuraba establecer acciones anticipatorias por si esto ocurría. Al momento de la sentencia, y luego de una profunda pericia social, no ambiental sino relacional, recordando un antecedente del Dr. Eduardo Cárdenas, dicté la primera sentencia de capacidad gradual. Al momento de la ratificación del CDPD, pude dictar sentencias que establecían apoyos y que fueran abiertas, es decir estableciendo la revisión a los tres años. Eso fue muy criticado en el ambiente jurídico por considerar que era violatorio al principio de congruencia y que podía afectar la teoría de la cosa juzgada. Posteriormente, la ley 26.657, que en su artículo 42 incorpora el inciso 152 ter, pone las cosas en su lugar, en la medida en que las personas que tuvieron sentencia en esos años



continúan incluidas en la comunidad y mantienen su capacidad jurídica.

*MLC: ¿Qué puede contarnos de su nuevo rol a cargo del Órgano de Revisión de Salud Mental? ¿Qué expectativa tiene para el organismo? ¿Qué proyección le ve para su réplica en las provincias?*

*MGI:* El Órgano de Revisión es el lugar que puede incidir en la implementación de la ley a nivel nacional. La intersectorialidad y la ubicación de la Secretaría Ejecutiva en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa permiten que se constituya como un órgano específico de control de derechos que enlaza las cuestiones de política pública para reformar y establecer los ajustes razonables que vehiculen los cambios para la sustitución del sistema tutelar anterior. Coberturas integrales, apertura en la atención, dispositivos con inclusión comunitaria, realización de derechos personales, garantías durante la internación, plazos y defensa cierta y oportuna, son ejes a través de los cuales se desenvuelve el Órgano de Revisión, alcanzando, a mi juicio, una importante institucionalización en el ámbito de aplicación de la Ley de Salud Mental 26.657.

En este momento, 20 provincias se encuentran en pleno proceso de conformación de sus órganos de Revisión locales. Lo que implica el contacto con todos los actores y un diálogo fluido con los defensores locales, ministros de Salud, Superiores Tribunales, Secretarías de Derechos Humanos y sociedad civil, lo que ha otorgado una gran fortaleza de la Ley de Salud Mental a nivel nacional.

*MLC: Desde su experiencia en la temática, ¿qué puede decirnos de las particularidades de vulnerabilidad que atraviesan las mujeres internadas?*

*MGI:* Las mujeres internadas no son respetadas por el sistema de acuerdo al plexo jurídico que tiene el Estado argentino. Se vul-

nera la condición de género, no se aplican las normas de maternidad y sexualidad responsable, identidad por género y, especialmente, la responsabilidad parental, limitando o perdiendo el ejercicio de la misma. Se ven sometidas a distintos modos de violencia y esto no ha sido puesto aún como una cuestión prioritaria a modificar. Son tratadas infantilizando su expresión, restando valor a su palabra y se descuida su integridad.

*MLC: ¿Cómo ha vivido, desde su experiencia, la relación entre abogados dedicados a esta temática, y el sector sanitario, psiquiatras y psicólogos?*

*MGI:* En mi caso, lo viví como un aprendizaje. Me permitió poder comprender algunas aristas que se compadecen con la situación de las personas. Nutrió mi propio trabajo funcional y, en gran parte, fue lo que me permitió tomar resoluciones que no eran las que en el momento de la interdicción plena se dictaban. En la función actual implica compartir la función del Órgano que tiene a la interdisciplina entre sus principios.

*MLC: ¿Qué evaluación hace del recorrido del país en la temática y, en particular, en cuanto al avance de derechos para las personas usuarias de servicios de salud mental, desde sus inicios hasta la actualidad?*

*MGI:* A pesar de tener que seguir profundizando el trabajo con las provincias, creo que se está en otra situación totalmente diferente a la de hace un tiempo atrás. La consideración ciudadana y el convencimiento de las estructuras de la aplicación de la ley 26.657 implican un cambio que ya no puede retrotraerse a situaciones anteriores.

*MLC: ¿Cuáles cree que han sido los principales avances que planteó la Ley Nacional de Salud Mental? ¿Cuál es el cambio de rol que visualiza que debe emprender el Poder Judicial?*

*¿Qué cambio de perspectiva nota en el rol que debe asumir la Defensa Pública en el tema?*

*MGI:* El mayor avance lo tiene la persona, en la medida en que tiene el poder de ser escuchada, y puede tener opinión y decisión. En cuanto a mi consideración, tener una defensa técnica –acorde con el art. 18 de la Constitución Nacional–, modifica los procesos. No es una intervención funcional dirigida al proceso sino una defensa a la persona, de acuerdo a la realización de su derecho. Este es el cambio mayor: acceder a las garantías constitucionales en un mismo pie de igualdad que los demás. El Poder Judicial está cambiando, pero aún persisten barreras conceptuales que permiten distintas interpretaciones, por ejemplo, al separar el discurso médico de la manifestación integral de la persona. O barreras procesales que muchas veces condicionan la forma de las resoluciones. El Poder Judicial, en su función social, tiene hoy tres ejes que operativizar en estos temas, los artículos 1 y 2 del Código Civil (fallar de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos), 51 y 52 (la dignidad como presupuesto de proporcionalidad) y el 706 (el acceso efectivo a la justicia de colectivos vulnerables). Eso se compadece con los principios del derecho de familia donde uno principalísimo es la inmediatez, según mi experiencia pasada y actual. La Defensa Pública es el andamiaje que otorga a las personas la entrada para el ejercicio de derechos y cada intervención que asegure el control de legalidad se transforma en la llave de las restantes garantías, donde la libertad es la primera.

*MLC:* *¿Cree que es posible la reforma del sistema de salud manicomial y el pasaje hacia un sistema de salud mental comunitario? ¿Qué obstáculos identifica? ¿Qué cambios requiere y en qué actores? ¿Qué consejos nos daría para*

*intentar avanzar en esa dirección? ¿En qué podemos colaborar desde la Defensa Pública y el Poder Judicial?*

*MGI:* Personalmente, creo que es posible con decisiones claras que permitan la apertura de prácticas y con la aplicación de ajustes razonables en el sistema de atención sanitaria e intersectorial. Los obstáculos están dados por dos siglos de prácticas y sistemas tutelares, las coberturas, los dispositivos sustitutos, los ajustes razonables en materia laboral, educación, política, etc. Es necesario establecer la distribución de un recurso que, muchas veces, no significa más sino mejor distribución acorde con los presupuestos de la ley, sin que intervengan intereses predominantes de ningún sector.

Creo que muchas veces no pasa por la especialidad sino por creer y estar convencidos de que todos tenemos derecho a vivir en la comunidad, que nadie debe nacer para recorrer su vida en distintas instituciones en las que muchas veces se coloca en un diagnóstico aquellas condiciones de una vida expuesta a la vulnerabilidad social.

En mi opinión, los obstáculos se dan también en la fragmentación, en que cada sector se convence que hace lo que debe y eso evita la interpelación hacia adentro. La intersectorialidad y el convencimiento de que las estructuras que se levantan son herramientas para la inclusión puestas al servicio de la población a la que están dirigidas, aliviarían muchas de las dificultades existentes.

La Defensa Pública es y representa la pared donde se apoyan las personas, en tanto protagonista exclusivo de esta reforma. La cercanía de la Defensa Pública con las personas, el derecho y la realidad, provoca con sus intervenciones la solidez del cambio que propone la aplicación de los derechos consagrados y que conforman el bloque internacional de orden público del art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional y, en el caso de la Justicia Civil, la

incidencia en los procesos por la reforma al Código Civil.

*MLC: ¿Qué otra cuestión le gustaría transmitirnos sobre sus experiencias con la temática y su visión para que en el futuro sigan avanzando los derechos de las personas en su relación con el sistema de salud mental?*

*MGI:* La salud mental es pertinente a todo el conjunto de los habitantes. La particularidad de este colectivo se decidió en ciertas esferas, en un tiempo y de un modo, con necesidades e intereses históricos diferentes. Pero hoy sólo queda avanzar para profundizar los caminos para la accesibilidad universal, haciendo real el status legal de igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12 de la CDPD), donde la salud mental no es un estado inmodificable (art. 7 ley 26.657) y la capacidad general de ejercicio se presume aunque una persona se encuentre en un establecimiento asistencial (art. 31 del CC). Entre todos los derechos y garantías que se reconocen en la ley, el mayor avance radica en el hecho de que el Estado argentino es reconocido por contar con una ley de Salud Mental inclusiva, basada en la defensa de derechos y que a partir de ahí las barreras que se presentan en su aplicación deben ser eliminadas.

Creo que hay que continuar profundizando lo conseguido. En relación al derecho hoy existen tres pilares que se levantaron incólumes: la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Ley Nacional de Salud Mental y la reforma al Código Civil argentino. Esta fuerza normativa tiene que operativizarse y socializarse, pudiendo identificar en todas las áreas del Estado la transformación, para que se destierren estigmas de manera definitiva y la salud integral de una persona sea parte del bien común, dejando de asociar la enfermedad mental al delito, al peligro y a la marginación y haciendo accesible la atención, la vivienda y los apoyos socio-comunitarios con el ejercicio pleno de sus derechos.





**Revista del Ministerio Público de la  
Defensa de la Nación**

**Nº11. Diciembre 2016**

**Editora:**

*Stella Maris Martínez*

**Director:**

*Gabriel Ignacio Anitua*

**Escriben:**

*Emiliano Galende*

*Alfredo Jorge Kraut*

*Mariano Laufer Cabrera*

*María Florencia Hegglin*

*Facundo Capurro Robles*

*Alejandra Barcala*

*María Laura Folgar*

*Gabriela Spinelli*

*Ezequiel Mercurio*

*Marcelo A. Budich*

*Anabella Ferraiuolo*

*Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)*

*APUSSAM*

*Maria João Antunes*

*Julio Rodríguez Vásquez*

*Francisco Torres-González*

*Stella Maris Martínez*

**Coordinación:**

*Julieta Di Corleto*

*Secretaria General de Capacitación y Jurisprudencia*

*Mariano Laufer Cabrera*

*Coordinador de la Unidad de Letrados art. 22 Ley 26.657*

**Diseño y diagramación:**

*Subdirección de Comunicación Institucional*

**Ilustración de tapa:**

*"El amanecer traerá el color de los girasoles"*

*de Néstor Rubén Pedersen*

*Óleo sobre tela. 100x120 cm.*

*El contenido y opiniones vertidas en los artículos de esta  
revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores.*

**ISSN: 1850-4027**

***www.mpd.gov.ar***