

Comisión nº 1, Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”

LA NECESARIA INTERDISCIPLINARIEDAD PARA UN ADECUADO EJERCICIO DEL ROL DEL ABOGADO DEL ARTICULO Nº 22 DE LA LEY 26657.

Autor: Nicolas Damian Scagliotti¹.

Resumen: *En el presente se aborda una de las problemáticas que se observan en la aplicación de la normativa vigente en materia de salud mental, la afectación de la capacidad de las personas y la intervención de las Defensorías de Pobres y Ausentes, (con algunas referencias directas a lo que acontece en la provincia de Río Negro) cuando asumen el ejercicio del derecho de defensa del usuario.*

Se aprecia que pueden surgir ciertos inconvenientes, si la intervención del letrado no satisface los principios que impregnan el sistema de salud mental, proponiéndose para ello la necesaria compañía de un equipo interdisciplinario dependiente del Ministerio Publico, del cual el Defensor sea parte, para de esa manera evaluar si el paciente comprende el acto jurídico de solicitar su externación, y consecuencias que generaría en el tratamiento de salud.

1. ANTECEDENTES DE LA LEY DE SALUD MENTAL 26.657

En 1990 la Organización Panamericana de Salud–Organización Mundial de la Salud, (OPS-OMS) convocó a distintas autoridades, organizaciones y profesionales de la salud y del Derecho, como asimismo a usuarios del sistema, a la denominada “Conferencia Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina”, en la cual se adoptara la denominada Declaración de Caracas, que acoge una serie de disposiciones tendientes a la reestructuración de la atención psiquiátrica.

Si bien esta declaración no tiene fuerza vinculante para los estados miembros, fue una de las primeras oportunidades en la cual se comienza a trabajar en la posibilidad de que aquellos sujetos que padezcan afecciones a su salud mental puedan ser tratados y vivir en comunidad.

En el año 2001, el Consejo Directivo de la OPS-OMS insta mediante resolución a los países a que sigan preparando sus sistemas para permitir que los pacientes puedan ser tratados en comunidad.

El derecho a vivir en forma independiente y a ser incluido en la comunidad, ha sido reconocido como un derecho humano en el Art. 19 de la Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad, vigente desde 2008.

¹ Con el aval del Mag. Jorge Pascuarelli, Profesor ASD-regular- Derecho Internacional. FADECS-Universidad Nacional del Comahue

También gozan de la protección que les brinda la Convención Interamericana para la eliminación de todas las Formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad de 1999 (OEA), señalando la plena integración en la sociedad.

En 1991, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó los “Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental” (conocidos como principios de la Salud Mental)

La característica fundamental de estos principios radica en la posibilidad que brindan de ser utilizados como guías en los distintos países para adaptar sus legislaciones.

En este sentido en el principio numero 7 los estados reconocieron el derecho a vivir y trabajar en comunidad o a ser tratado cerca del hogar u hogar de sus familiares.

En el marco de los derechos reconocidos, aquel que garantiza la posibilidad de vivir en comunidad, es a su vez una puerta que sirve para garantizar otros derechos, que la práctica de los hospitales psiquiátricos revela que pueden ser menoscabados, como son el derecho a la libertad personal, al debido proceso, e igualdad ante la ley, por mencionar algunos.

Demás esta destacar que, a las personas con trastornos en su salud mental le asisten los mismos derechos humanos que a toda la ciudadanía.

En definitiva la Convención de Caracas propuso la adecuación de las normativas regionales en la línea de protección de derechos humanos de las personas con enfermedad mental, como asimismo, la creación de legislaciones en aquellos países en los cuales no existían.

En la misma órbita que la legislación, de la materia a nivel nacional, se destaca que las Defensorías Civiles, se avocaron a realizar visitas en hospitales a pacientes sufrientes de su salud mental, como hechos positivos.

2. NORMATIVA VIGENTE

Se reconoce que “la salud mental es un fenómeno suficientemente complejo como para que su abordaje no pueda no ser sino múltiple, diverso y adecuado a cada individuo y su entorno sociofamiliar, contemplando su situación y momento vital. Las variables que intervienen son diversas, de índole individual, ambientales, sociales económicas y culturales, entre otras, por lo que un enfoque moderno de la salud mental debe abarcar todas ellas.”²

Con ello, se hace presente que para trabajar en salud mental es necesario recabar el mayor conocimiento, para entender el padecimiento del otro, y poder ayudarlo. Esto es pocas palabras lo que explica la necesidad de la interdisciplina y su rol fundamental en el abordaje de esta materia.

Hoy la ley nacional 26.657 como el Código Civil y Comercial, prevén a la internación como un derecho del paciente, garantizando que la misma sea siempre en beneficio del tratamiento que se ha escogido como mejor opción para su salud.

² COHEN, Hugo A. y NATELLA G. “*La desmanicomialización: crónica de la transformación de un sistema de Salud en Mental*” en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 14.

El Art. 41³ del Código Civil y Comercial, dispone que la internación deberá revestir ciertas garantías entre las cuales se puede destacar como relevante, el inc d) en lo pertinente al debido proceso, que de por sí implica el derecho de defensa.

De esta manera se privilegia que la privación de la libertad de una persona (así sea por razones de salud mental) deba ser dispuesta y mantenida, siempre en el marco de la legalidad, priorizando la protección y la mejora que se produzca en la persona.

En concordancia, con ello se ha dispuesto en la ley especial, que la internación involuntaria procederá únicamente como medida terapéutica restrictiva, y solo de existir riesgo cierto de producir un daño de entidad para la persona protegida o para un tercero, el cual deberá ser inminente y dirigido a personas.

Asimismo la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, obliga a los países adecuar la legislación conforme directrices de un modelo social de la discapacidad.

La internación involuntaria queda regulada en el Art. 20 de la ley nacional, adecuándose la misma a los principios de salud mental y normativa de derechos humanos.

Quienes sean sujetos de internación deben gozar de garantías procesales, y la decisión definitiva de internar al tomara una autoridad judicial u otro órgano independiente e imparcial establecido por legislación nacional, conforme principio de salud mental n° 17. En nuestro país, la internación es decidida en el hospital, por equipo interdisciplinario, conforme legislación nacional, lo cual se conjuga con lo normado en el Código Civ. y Com, en cuyo Art. 41 dispone que el juez mediante sentencia aprueba la internación debiendo especificar su finalidad, duración y periodicidad de revisión.

En razón de ello, se requiere que exista un proceso en el cual se posibilite el ejercicio de derecho de defensa. En este sentido el Principio de salud mental 1.6,⁴ dispone la

³ ARTÍCULO 41.- Internación. La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección. En particular:

- a) debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad;
- b) sólo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros;
- c) es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente;
- d) debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica;
- e) la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión.

Toda persona con padecimientos mentales, se encuentre o no internada, goza de los derechos fundamentales y sus extensiones.

⁴ “Toda decisión de que, debido a su enfermedad mental, una persona carece de capacidad jurídica y toda decisión de que, a consecuencia de dicha incapacidad, se designe a un representante personal se tomará sólo después de una audiencia equitativa ante un tribunal independiente e imparcial establecido por la legislación nacional. La persona de cuya capacidad se trate tendrá derecho a estar representada por un defensor. Si la persona de cuya capacidad se trata no obtiene por sí misma dicha representación, se pondrá ésta a su disposición sin cargo alguno en la medida de que no disponga de medios suficientes para pagar dichos servicios. El defensor no podrá representar en las mismas actuaciones a una institución psiquiátrica ni a su personal, ni tampoco podrá representar a un familiar de la persona de cuya capacidad se trate, a menos que el tribunal compruebe que no existe ningún conflicto de intereses. Las decisiones sobre la capacidad y la necesidad de un representante personal se revisarán en los intervalos razonables

posibilidad de apelar las decisiones sobre la capacidad del sujeto, mediante la designación de un defensor que la represente.

En este sentido el Art. 22 de la ley nacional, edicta que toda persona internada involuntariamente o su representante legal, tiene derecho a designar un abogado, y si no lo hiciere el Estado debe proporcionarle uno desde el momento de la internación. De manera que se pretende que todo usuario internado, cuente con un abogado, sin perjuicio de que resulta facultad del mismo solicitar su externación en cualquier momento.

La aplicación de este artículo, que representa nada menos que el ejercicio del derecho de defensa, conlleva la producción de ciertos efectos que es necesario analizar, aun cuando no se logre hacerlo con la mayor extensión que el tema requiere, debido a la naturaleza de este trabajo.

3. LEY PROVINCIAL DE RÍO NEGRO n° 2440.

Si bien la Constitución provincial en su art. 59⁵ describe y reafirma expresamente el derecho a la salud, reconociendo que los habitantes de la provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual, no formula una clara referencia a los nuevos paradigmas de la salud mental, lo cual deviene comprensible atento su fecha de sanción (1988).

En la provincia de Río Negro, oportunamente se sancionó en el año 1991, en materia de Salud Mental, una norma que fuera icono en cuanto a la recepción del paradigma de la desmanicomialización, ley R n° 2440.

Esta norma en su art. 1 ya dispone que promueve un sistema de salud que atendiendo a la entidad total y plena del ser humano, que garantice el tratamiento y rehabilitación de las personas de cualquier edad, con sufrimiento mental. A su vez prohíbe el funcionamiento y la habilitación de manicomios, neurosiquiátricos o cualquier otro equivalente, público o privado que no se adecue a los principios de la norma.

También prevé la internación como último recurso. Y solo con la finalidad de lograr la más pronta recuperación y rehabilitación., tratando que el tiempo de la misma se reduzca al mínimo posible.

Sin perjuicio de lo mencionado, en su art. 2 permitía en aquella época que las internaciones serían por órdenes judiciales, adaptadas a tales principios, como asimismo se prevenían las internaciones policiales.

La citada norma, disponía una serie de actos procedimentales a cumplir en caso de internación que han quedado derogados, sin perjuicio de lo cual es espíritu de la norma se sustenta en los mismos que la ley nacional.

previstos en la legislación nacional. La persona de cuya capacidad se trate, su representante personal, si lo hubiere, y cualquier otro interesado tendrán derecho a apelar esa decisión ante un tribunal superior”

⁵ Art. 59: SALUD: “La salud es un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana. Los habitantes de la Provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual, debiendo cuidar su salud y asistirse en caso de enfermedad.

El sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción prevención, recuperación y rehabilitación. Incluye el control de los riesgos biológicos y socio ambientales de todas las personas desde su concepción, para prevenir la posibilidad de enfermedad o muerte por causa que se pueda evitar...”

4. INTERVENCION DE LAS DEFENSORIAS DE POBRES Y AUSENTES, EN EL ROL DE ABOGADO DEL ART. 22 DE LA LEY 26657.

Debemos partir de la base de que las intervenciones que realiza habitualmente la Defensoría de Pobres y Ausentes (como es llamada la defensa publica en materia civil, de familia en la provincia de Río Negro) en raras ocasiones acontecen de oficio, es decir sin la consideración de la voluntad del sujeto que peticiona.

Como es sabido, lo normal u ordinario es la intervención como patrocinante o apoderado y siempre previa solicitud de parte.

En contadas ocasiones los Defensores Oficiales son designados para actuar sin la solicitud previa del patrocinado, ello ocurre generalmente en los procesos de capacidad en oportunidad en que se designaba curador provisorio, en ejercicio del rol tutelar de Ministerio Público, por mencionar un caso habitual.

Que sin perjuicio de ello dicha actividad comprende actuaciones que podemos enmarcarlas en una asistencia y asesoramiento jurídico.

En casos que se vinculan íntimamente con este nos hallamos con una situación que requiere de un análisis.

En la ley 26.657, se ha instituido al Defensor del internado, que fuera previsto en el Artículo 22 de la citada.

En este sentido, el Estado Argentino ha asumido el compromiso de designar abogado patrocinante oficial, a aquellas personas internadas compulsivamente en centros de salud, justificadas las mismas en razones de salud mental o adicciones a sustancias tóxicas.

En la provincia de Río Negro, por resolución de Defensoría General se ha reglamentado un instructivo mediante el cual se ordena a los Defensores de Pobres tomar intervenciones como defensor del Art. 22 de la ley referida, en aquellas situaciones comunicadas por el Juzgado de familia competente.

Hasta aquí la resolución se adecua al paradigma de salud que sustenta la norma analizada, como también los principios que esta recoge.

Sin perjuicio de ello la práctica, ha develado algunas implicancias que son necesarias echar luz, y considerar, para poder de esa manera adecuar la actuación del Ministerio Público, con miras a impulsar las finalidades que propone el nuevo paradigma de salud mental.

Sucede que se han dado situaciones a lo largo de este año 2015, que llevar a replantear la adaptación y respeto que desde el Estado, se refleja hacia el sistema de salud mental. Se ha tomado conocimiento de que existen pacientes internados en hospitales públicos, sea de manera involuntaria o voluntaria (con plazos de 60 días vencidos) omitiéndose cumplir con los informes pertinentes por parte del nosocomio, lo cual si bien refleja el incumplimiento de la norma, no necesariamente apareja una intervención disfuncional en los problemas de salud abordados.

Dicho esto (desde el punto de vista normativo), una vez tomado conocimiento de ello, se estipula que la solución transita por intimar al Directivo del nosocomio a cumplir con las disposiciones legales vigentes en materia de informes de salud mental.

Hasta aquí nos hallamos ante un sistema que reconoce a la salud mental como un modelo social, dejando de lado el modelo medico-jurídico, sin embargo desde la óptica de actuación de las Defensorías Oficiales de la provincia, se pueden observar algunos aspectos posibles de mejora y adecuación.

En virtud de la realidad que atraviesa la salud pública provincial, se advirtió una falta de acatamiento al deber de informar previsto en el Art. 21 de la ley 26657, con lo cual la intervención del juzgado competente no se efectiviza, aparejando la imposibilidad factica de que a la persona internada se la asista jurídicamente en cuanto lo estime pertinente.

Por tal motivo se ha instruido a todos los Defensores de Pobres que se constituyan en los lugares públicos o privados, de internación, a los fines de llevar adelante un relevamiento a los fines de entrevistarse con aquellos que involuntariamente se encuentren en esa etapa del tratamiento, y se les asesore respecto de sus derechos, como la facultad que les asiste de solicitar su externación.

Esta visita a las personas internadas, deberá hacerse aun sin la compañía del personal del plantel de salud mental, y sin necesitar su asistencia.

Llegados a esta situación, es donde se advierte el posible surgimiento de situaciones que se desconocen los efectos que podrían generarse en el tratamiento que se ha escogido como mejor herramienta para quien se encuentra afectado en su salud mental. Siempre presumiendo que, ello acontece desde una propuesta cautelosa y que se adapte en los hechos a todo el marco que compone el nuevo paradigma de la salud mental.

Pues se está en una era donde la ciencia jurídica se ha sincerado y reconocido que la salud mental requiere de un abordaje interdisciplinario desde todas las ópticas. Presuponiendo siempre la plena capacidad de todas las personas humanas, llegando al punto tal que al momento de dictarse las sentencias judiciales se les requerirá que previo informe de equipo interdisciplinario se determinen aquellas actividades para las cuales el sujeto requerirá un apoyo o directamente la designación de un curador definitivo.

En el ámbito de la salud mental, también se exige que la internación sea previa evaluación interdisciplinaria a los efectos de garantizar que se este adecuando al tratamiento que se requiere para el paciente.

Dicho ello, ocurre que el sistema de garantía y derecho que se ha reconocido al internado, pareciera no se sincroniza totalmente con el nuevo paradigma,

En este sentido, aun cuando se hayan cumplido todas las garantías que se le imponen a una internación involuntaria, se lo faculta al paciente a designar abogado a los fines de solicitar su externación.

Quizás esta designación de abogado del Art. 22, se adecue a las necesidades del paciente cuando este en ejercicio pleno de su capacidad, solicita se le designe patrocinante y de esa manera peticiona su externación

Aun cuando el abogado sea costado por el Estado, se entiende que, si el mismo es solicitado por el internado debiera presuponerse que comprende dicho acto jurídico.

Muy por el contrario, la situación se complejiza cuando, a través de la intervención de un Juzgado de Familia, se corre vista a la Defensoría de Pobres y Ausentes para que

intervenga conforme a derecho. En tal situación y de conformidad a las resoluciones de Defensoría General, en la provincia rionegrina se ordena a los Defensores de Pobres que de manera oficiosa se presenten ante el internado, y pongan en conocimiento al mismo de los derechos que le asisten.

En dicha oportunidad, el hecho de presentarse un abogado en un nosocomio, solicitando hablar con el internado, podría generar algunos efectos imprevistos. Asimismo, se entiende que media una disociación entre este proceder y el paradigma social, imperante en materia de salud mental.

En este sentido, hoy se requiere intervención de equipos interdisciplinarios para determinar la capacidad restringida de una persona, también para su internación, resultando que la intervención de un Abogado no debe sujetarse a estos parámetros, generando la posibilidad de interferir en un tratamiento de salud, -en el cual la internación, es la ultima medida- que probablemente sea de larga data, sin medir las consecuencias de la entrevista jurídica que se mantenga.

Con ello se quiere evidenciar que la intervención o el contacto del abogado con el paciente, sin mediar entrevista con el equipo de salud mental, o aun en contra de la opinión del mismo es de por si contraria a los principios que rigen la materia. Asimismo el dialogo, o los términos empleados en el mismo, tendrían que resultar acordes a la situación, de lo contrario quizás el hecho de que el internado tome conocimiento de que cuenta con abogado que puede solicitar su externación, generaría un malestar en el paciente, si ello fuera malinterpretado.

A ello se suma que el profesional del derecho, si bien debe tener cierto aptitud para el trato con personas afectadas en su salud mental, no por ello se puede presumir que se encuentra en las mejores condiciones para evaluar un tratamiento y determinar si es factible o beneficiosa para el paciente, peticionar la externación.

La adopción de esta medida, requerirá de un examen que cuento con sustento interdisciplinario, pues así fue adoptada, y en los mismos términos debiera ser puesta en duda.

Lo contrario, equivale a sostener que el abogado, posee más conocimiento que el equipo de salud que interviene en el tratamiento.

5. CONTROL DE LEGALIDAD.

Analizada la situación actual en la provincia de Río Negro, es posible emitir una reflexión en referida al rol que se les atribuye a los Defensores de Pobres que asumen el patrocinio del art. 22, referido. En este sentido se puede observar una disyuntiva en cuanto a la disposición de funciones.

De lo mencionado, se desprende que tanto jurídica como funcionalmente, la única posibilidad de ejercer el rol de defensor del internado, es mediante el acompañamiento de un equipo interdisciplinario, ya bien se dependiente del Ministerio Público, o que de alguna otra manera se garantice su imparcialidad.

Se entiende que ello tiene sus razones, a saber: el abogado en principio no podría actuar de oficio, por no estar legitimado para ejercer el rol de control de las internaciones involuntarias. Por el contrario la ley claramente dispone que sea el órgano jurisdiccional quien evalúe y decreta la legalidad de estas privaciones de libertad (Art. 21).

No puede concebirse que el abogado del Art. 22, (por recaer en la Defensa Pública) esté facultado para ejercer el control de las internaciones. Ello implicaría judicializar hechos que la ley pretende no examinar en dicho plano.

Con esto se quiere resaltar que el abogado, como técnico en la aplicación e interpretación de la normativa, solo se encuentra facultado para examinar si las normas que regulan las internaciones han sido cumplidas. Sin embargo he aquí una contradicción, pues este control lo ejerce específicamente el juez en materia de familia.

El abogado, como se mencionara, es quien petitiona por aquel que requiere sus servicios, y es claramente parte en un proceso judicial. No puede adjudicarse al mismo tiempo un rol que implique recorrer los distintos nosocomios, o instituciones privadas, requiriendo información referente a toda internación involuntaria que en ellos se produzca, para que de esta manera fiscalice que el estado de las personas se conciba con las historias clínicas y estas últimas con la ley 26657.

No se debe menospreciar que por ser la internación el último recurso de un tratamiento, la actuación del letrado debe ser cautelosa, a efectos de no menospreciar la labor efectuada por el equipo de salud mental.

6. CONCLUSION

El mecanismo de control debe ser ejercido de otra manera, que no se contraponga a los principios que rigen en la materia.

Ocurre que ante una omisión de informar una internación involuntaria (Art. 21 ley 26657) no es adecuado que el ministerio público intervengan de oficio para ejercer un rol de control.

Conforme a ello, la norma ha puesto en funcionamiento un órgano de contralor, que se entiende, es el facultado para ello.

De lo contrario, por intermedio de las peticiones de los letrados, se estaría judicializando los procesos de internación, por la acción de los técnicos en derecho.

Continuando con la lógica esbozada, la única posibilidad de que un órgano del ministerio público se constituya en un nosocomio sin ser requerido por la parte, o en virtud de designación judicial, es en compañía de un equipo interdisciplinario que evalúe la historia clínica, la capacidad del sujeto en el momento mismo de solicitud de entrevista con su abogado. Ello en miras de atenuar la actuación del abogado y su influencia en el tratamiento escogido por los órganos de salud mental.

Sin perjuicio de ello, y de las garantías que se intenten imprimir a este procedimiento, y más allá del reconocimiento de los derechos de todos los pacientes internados, se entiende que la intervención o presentación del abogado como medio de contralor de la legalidad de las internaciones involuntarias no se adecua a la planificado, ni a los principios que tanto años de insistencia han llevado para plasmarse en nuestra normativa de fondo. Pues no corresponde que el mismo ejercite un control de oficio, ante el incumplimiento de las obligaciones que pesan sobre los equipos de salud mental.

Subsidiariamente y para el caso que así se imponga, el rol del abogado del art. 22, deberá ejercerse con cautela, y con dictamen previo de equipo interdisciplinario objetivo, que se expida tanto de los efectos que pueden producir en el tratamiento la presentación como el asesoramiento del abogado, como asimismo la necesidad de

peticionar la excarcelación cuando esta no produzca en principio efectos secundario graves.

De lo contrario, podremos encontrarnos con que un simple técnico de derecho (abogado) solicita la excarcelación de un paciente bajo tratamiento, y quizás ante una de las últimas oportunidades para salir adelante, e incorporarse a la sociedad.

Por lo cual, se concluye que la intervención del abogado del Art. 22, debe efectuarse con los mismos recaudos que se le exigen a las otras partes del sistema, de manera que no afecte el trabajo que se lleve adelante con el internado, pues como la normativa lo propone, las actuaciones en materia de salud mental deben ser siempre en beneficio del paciente.