



**Título: Internaciones por salud mental y adicciones: el rol de la unidad de letrados de personas menores de edad (art. 22, ley 26.657)**

**Autor: Olmo, Juan Pablo**

**Publicado en: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nº 62, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 203.**

---

“Crucé el desierto de amapolas secas y encontré gente desconocida de quien te llevo la esperanza de sus sueños”. (Mohsen Makhmalbaf, Kandahar).

## **I. Introducción**

El art. 22, Ley Nacional de Salud Mental 26.657 (1), pone en cabeza del Estado el deber de proporcionarle un defensor a toda persona que haya sido internada por salud mental o adicciones en forma involuntaria, siempre y cuando no haya optado por designar un abogado en forma particular. A su vez, en el régimen de la ley 26.657 las internaciones de niñas, niños y adolescentes son consideradas siempre involuntarias (art. 26).

Ahora bien, en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires la competencia en asuntos de familia corresponde en forma exclusiva y excluyente a la justicia nacional en lo civil (2), ante la cual tramitan los controles de internación. De ello se desprende que la defensa pública oficial se encuentra en cabeza del Ministerio Público de la Defensa (3) y se garantiza a través de la actuación de funcionarios de la Defensoría General de la Nación que se desempeñan ante dicho fuero. En orden a ello se ha creado en ese ámbito la "Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art. 22 ley 26.657"(4), dependencia a través de la cual se ejerce la defensa pública oficial prevista en el art. 22, ley 26.657, respecto de niñas, niños y adolescentes internados a partir del 1/6/2012 en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires (5). La Unidad de Letrados fue creada mediante res. DGN 1451/2011 (14/11/2011) y puesta en funcionamiento mediante res. DGN 516/2012 (21/5/2012) (6).

A lo largo de este trabajo nos proponemos analizar los distintos aspectos sobre los que se proyecta la participación de niñas, niños y adolescentes en el marco de las internaciones por salud mental y adicciones. Ello así, a la luz de la experiencia recogida durante la intervención de la Unidad de Letrados a lo largo de su primer año de funcionamiento.

## **II. Marco teórico normativo: ¿de qué hablamos cuando hablamos de internaciones por salud mental y adicciones?**

### **1. Régimen jurídico de las internaciones**

La ley 26.657 trata específicamente lo referido a las internaciones en sus arts. 14 a 29

(capítulo VII: "Internaciones"), 30 (capítulo VIII: "Derivaciones"), 43 (capítulo XII: "Disposiciones complementarias", que modifica el art. 482, CCiv.) y demás concordantes, entre ellos: 3°, 5°, 7°, 10 y 40. Asimismo, el art. 2° (capítulo I: "Derechos y garantías") introduce como parte integrante de la ley los Principios de Naciones Unidas para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental (7). A ello debe sumársele lo que ha sido materia de reglamentación de la ley 26.657, a saber: arts. 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29 y 30 (8).

También, la ley 26.657 prevé un régimen de internaciones por salud mental y adicciones que está dirigido a toda persona, sea que haya alcanzado la mayoría de edad o tenga menos de 18 años, y se le haya restringido su capacidad jurídica o no. Se distinguen dos tipos de internaciones: voluntarias e involuntarias.

Las internaciones son voluntarias cuando el consentimiento libre e informado es expresado en forma positiva y por escrito, por el propio paciente (9) mayor de edad y con capacidad jurídica a tal fin, debiendo mantenerse durante todo el tiempo que dure la internación (10). En estos casos, la persona podrá en cualquier momento decidir por sí misma el abandono de la internación. Si bien, en principio, no son controladas judicialmente, si se prolongan por más de sesenta días corridos el equipo de salud a cargo debe comunicarlo al órgano de revisión (11) y al juez, quien deberá evaluar si la internación continúa teniendo carácter de voluntaria o si ésta debe pasar a considerarse involuntaria y darle ese trámite (art. 18, ley 26.657). Si se resuelve mantener el carácter de voluntaria deberá reiterarse la comunicación al cabo de los ciento veinte días como máximo —a contar desde el momento de la internación— y deberá contener los recaudos establecidos en el art. 16, ley 26.657. En este caso, a los efectos de evaluar si la internación continúa siendo voluntaria, el juez solicitará una evaluación de la persona internada al equipo interdisciplinario dependiente del OR (12). A pesar de que la persona, por su propia voluntad, podrá abandonar la internación en cualquier momento (art. 18, ley 26.657), cuando existiese una situación de riesgo cierto e inminente podrá limitarse el egreso, en cuyo caso deberá procederse de conformidad con el art. 20, ley 26.657, y subsiguientes (internaciones involuntarias) (13).

Por el contrario, en caso de que la persona se oponga a la internación, de no prestar el consentimiento por no poder hacerlo, al menos en forma libre e informada, o bien que éste sea otorgado por una persona de menos de dieciocho años o declarada incapaz, o por su representante legal, en cualquier caso la internación se reputará involuntaria. La internación involuntaria es considerada un recurso terapéutico de carácter excepcional, que sólo puede ser dispuesta cuando existe "riesgo cierto e inminente" de daño para la persona o para terceros —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 de terceros, no incluyéndose los riesgos derivados de actitudes o conductas que no estén condicionadas por un padecimiento mental (14)—, que debe estar determinado por un equipo interdisciplinario conformado al menos por dos profesionales de distintas disciplinas, uno de los cuales necesariamente debe ser psicólogo o médico psiquiatra (art. 20, ley 26.657), y siempre que no exista otra alternativa eficaz para su tratamiento y menos restrictiva de su libertad (arts. 7°, inc. d, y 20, inc. b, ley 26.657). Aun en estos casos, el juez deberá garantizar el derecho de la persona internada, en la medida que sea posible, a ser oída en relación con la internación dispuesta (15). A los fines del control de legalidad, ésta deberá ser comunicada en el plazo de diez horas corridas al OR y al juez, quien podrá autorizarla o denegarla y asegurar la externación de forma inmediata



(art. 21, incs. a y c, ley 26.657) o, bien, previo a resolver, requerir informes ampliatorios (art. 21, inc. b, ley 26.657). La opción de requerir un informe ampliatorio sólo procede si, a criterio del juez, el informe original es insuficiente. En caso de solicitar éste o peritajes externos, el plazo máximo para autorizar o denegar la internación no podrá superar los siete días fijados en el art. 25, ley 26.657 (16). Una vez convalidada judicialmente la internación, se realizarán controles judiciales periódicos a través del envío de informes cada treinta días (art. 24, párr. 1º, ley 26.657) que deberán ser interdisciplinarios e incluir información acerca de la estrategia de atención, las distintas medidas implementadas por el equipo y las respuestas obtenidas, fundamentando adecuadamente la necesidad del mantenimiento de la medida de internación (17). Transcurridos noventa días y luego del tercer informe, el juez requerirá al OR que designe un equipo interdisciplinario a fin de obtener una nueva evaluación (art. 24, párr. 2º, ley 26.657). En caso de que existan razones para la continuidad de la internación involuntaria, se entenderá que la intervención del OR procede a intervalos de noventa días (18). Hasta tanto se creen los OR en cada una de las jurisdicciones, el juez podrá requerir a un equipo interdisciplinario de un organismo independiente del servicio asistencial interviniente que efectúe la referida evaluación (19). El alta, la externación o los permisos de salida son facultad del equipo de salud —compuesto de manera interdisciplinaria y bajo el criterio establecido en el art. 16, ley 26.657, y concs. (20)— que no requiere autorización del juez (art. 23, ley 26.657). Finalmente, cuando una internación involuntaria se transforma en voluntaria, se le comunicará al juez esta novedad remitiéndole un informe con copia del consentimiento debidamente firmado. En este caso, se procederá de conformidad con lo establecido en el art. 18, ley 26.657, debiéndose realizar la comunicación allí prevista si transcurriesen sesenta días a partir de la firma del consentimiento (21).

## 2. Definición de internación y otras modalidades de alojamiento institucional

A diferencia de lo que ocurría durante la vigencia de la ley 22.914, que refería a la internación de personas "en establecimientos públicos o privados de salud mental o de tratamiento para afectados de enfermedades mentales, alcohólicos crónicos o toxicómanos"; actualmente, además de los casos en que se ha verificado que el establecimiento "tenga como función primaria la atención de la salud mental" es necesario discernir en los demás casos dudosos si aquéllos reúnen o no las características de una internación por salud mental en el marco del art. 482, CCiv., y ley 26.657 —la cual, incluso, ya no podrá ser calificada como "internación psiquiátrica"—, entendida como un "recurso terapéutico de carácter restrictivo", que "debe ser lo más breve posible" (arts. 14 y 15, ley 26.657, respectivamente) y para "la atención de la salud mental" (Principios de la ONU, definiciones), incluyendo las "adicciones" (art. 4º, ley 26.657), por lo que en ningún caso puede ser indicada o prolongada para resolver problemáticas sociales o de vivienda (art. 15, ley 26.657). A tal fin, se deberá tener en cuenta que no todo alojamiento de una persona con una discapacidad o padecimiento mental en una institución puede ser considerado una "internación". Pero, a su vez, se deberá prestar especial atención ya no solamente al nombre de la modalidad del servicio sino también a las condiciones en que efectivamente se verifica el alojamiento de la persona en un determinado establecimiento que, en principio, pudiera desde lo formal no estar destinado a que en él se lleven a cabo internaciones en los términos mencionados anteriormente. Máxime, si se tiene en cuenta el deber de los

servicios y efectores de salud públicos y privados, cualquiera sea la forma jurídica que tengan, de adecuarse a los principios establecidos en la ley 26.657 (cfr. art. 6°). Y mucha más atención aún se deberá prestar cuando de internaciones de niñas, niños y adolescentes se trata, ya que, al menos en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, proliferan —aunque ello no siempre se condice con la disponibilidad de vacantes— las instituciones con modalidades de atención de lo más diversas; la situación se complejiza todavía más cuando se pretende hacer una clasificación según la institución esté "convenida" con la Dirección General de Niñez y Adolescencia, con la Dirección General de Políticas Sociales en Adicciones o con la Dirección General de Salud Mental del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Es decir, hay establecimientos donde se llevan a cabo internaciones por salud mental, las que, en caso de involucrar a personas menores de edad, deberán ser siempre controladas judicialmente y con la necesaria actuación de un defensor (cfr. arts. 20, 22 y 26, ley 26.657) y, asimismo, existen otros tipos de instituciones en las cuales, si bien en principio allí no receptarían internaciones en los términos de la ley 26.657, eventualmente el alojamiento de alguna persona podría ser asimilable a una "internación". Es decir, en este último caso no alcanza con analizar únicamente el tipo de establecimiento sino que además hace falta reparar en las condiciones en las que se desarrolla de manera efectiva la permanencia de la persona alojada y su abordaje terapéutico, para determinar si en ese caso el control jurisdiccional al menos cabe por la vía de excepción.

Ello no obsta, claro está, que cuando niños, niñas y adolescentes se encuentren alojados bajo otras modalidades, que no sean "internaciones" en el sentido estricto del término, se puedan llevar a cabo los correspondientes controles judiciales pero desde otro encuadre: ya sea en los términos de un "control de legalidad" de la medida excepcional adoptada en sede administrativa por la autoridad local de aplicación (arts. 39 y ss., ley 26.061) (22) o, bien, tal como se advierte en la práctica, de una "protección especial", puesto que en cualquier caso la persona se encuentra privada de su medio familiar (art. 20.1, Convención sobre los Derechos del Niño [CDN]) (23).

### **III. Datos estadísticos: ¿de cuánto hablamos cuando hablamos de internaciones de niñas, niños y adolescentes en la ciudad de Buenos Aires?**

Los datos estadísticos de elaboración propia que se expondrán a continuación corresponden a la actuación de la Unidad de Letrados durante su primer año de funcionamiento, esto es, nuevas "internaciones"(24) producidas entre el 1/06/2012 y el 31/5/2013.

Durante este primer período, la Unidad de Letrados ejerció la defensa de 767 niñas, niños y adolescentes, de los cuales el 55% eran varones y el 45%, mujeres (en proporción inversa a lo que ocurre en el caso de los adultos, donde la mayoría son mujeres). Respecto de la edad, la mayor cantidad de casos son adolescentes que se encuentran en la franja que va de los catorce a los diecisiete años, los que representan un 85% del total; a la vez, el 15% restante son niños y niñas de cinco a trece años (la edad mínima de internación durante el período ha sido de cinco años).

La Unidad de Letrados recibió las 767 comunicaciones de nuevas internaciones para el



ejercicio de la defensa de la siguiente manera: en un 90% directamente desde los establecimientos de internación; en un 3% a través del juez del control de internación mediante la remisión del expediente (art. 135, CPCCN, anteúltimo párrafo); en el 7% restante por otras vías (a través de familiares de la persona internada, de otros organismos, casos detectados por los defensores en ocasión de una visita, etcétera).

El promedio de tiempo transcurrido entre la comunicación de la internación recibida en la Unidad de Letrados y la primera visita a la persona internada es de veinticuatro horas aproximadamente.

Sobre el total de los casos, el promedio de tiempo transcurrido entre el inicio de la internación y la fecha de la primera visita de la Unidad de Letrados al establecimiento es de cinco días corridos aproximadamente. Sin embargo, a poco que se desagrega ese dato según de dónde se recibió la comunicación de la internación, surge que cuando se recibió directamente desde el lugar de internación el promedio fue de setenta y dos horas; en cambio, cuando se recibió a través de la comunicación judicial fue de treinta y tres días (en este caso, se evidencia la demora en la comunicación a la Unidad de Letrados: treinta días en promedio).

Del total de 767 casos, a la fecha de cierre de este trabajo (25) sólo el 8,5% permanecían internados con actuación de la Unidad de Letrados. Con relación al 91,5% restante, el tiempo promedio de internación ha sido de treinta y ocho días (26). En un solo caso el motivo del cese de la actuación ha sido la designación de un abogado particular para el ejercicio de la defensa, lo que da cuenta del caudal de actuación de la defensa pública.

#### **IV. Distintos aspectos de la participación de niñas, niños y adolescentes internados por salud mental y adicciones**

##### **1. Admisibilidad de internaciones forzosas (art. 20, ley 26.657): test de convencionalidad a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**

Con relación a la posibilidad de llevar a cabo en forma compulsiva la internación aun sin contar con el consentimiento de la persona interesada, debemos decir que el art. 14, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (27), no prohíbe las internaciones forzosas de personas con discapacidad en general, ni de las personas menores de edad en particular. En cambio, sí advertimos un límite establecido en dicha normativa: los motivos que habilitan una internación forzosa deben ser de aplicación igualitaria a toda persona, de modo que no sea la existencia de una discapacidad la que legitime la internación, sea en forma directa (la sola discapacidad en sí misma) o indirecta (la discapacidad más otro requisito) sino algún parámetro objetivamente considerado, aplicable a cualquier persona sin distinción (28), como ser v.gr., la verificación de "riesgo cierto e inminente para sí o para terceros" tal como lo prescribe la ley 26.657 en su art. 20.

##### **2. Carácter involuntario de las internaciones (art. 26, ley 26.657): test de constitucionalidad a la luz de la CDN**

Uno de los principales desafíos de la CDN ha sido la necesidad de equilibrar el derecho del niño a recibir protección adecuada y apropiada, por una parte, y su derecho a participar y asumir las responsabilidades que derivan de las decisiones y acciones que ya tienen la competencia de afrontar por sí mismos, por la otra. Así, cabe distinguir entre los derechos participativos o emancipadores, que se van transfiriendo al niño gradualmente, y los derechos protectores de la infancia de carácter universal, que se aplican independientemente de las facultades individuales del niño. Este último catálogo de derechos está estrechamente relacionado con las protecciones contra la explotación y los abusos. En efecto, existen situaciones en las cuales tiene vigencia el derecho absoluto a la protección y al respeto de la integridad física —que la CDN exige independientemente de la edad del niño— y en las que la competencia del niño no incide de ninguna manera. Es decir, los niños, por competentes que sean, no pueden elegir renunciar a sus propios derechos, puesto que éstos son —o deberían ser— protecciones universales que cubren a todos los niños (ejemplo: protección contra los abusos y malos tratos, establecimiento de una edad mínima para participar en conflictos armados, para consentir relaciones sexuales y para contraer matrimonio, etcétera) (29).

Así las cosas, reconocido el delicado límite entre el derecho del niño a otorgar el consentimiento informado en lo referido al cuidado de su salud mental y el deber de protección impuesto al Estado a fin de evitar abusos cuando la modalidad de tratamiento es bajo el régimen de internación, la ley 26.657 se ha inclinado por propiciar esta última solución a los fines del control de la internación, atribuyéndole entonces el carácter de involuntaria.

### **3. Importancia del consentimiento informado de niñas, niños y adolescentes**

Al considerar involuntarias las internaciones de niñas, niños y adolescentes, esto ha generado en la práctica la creencia de que este grupo de personas no podía consentir sus propias internaciones y, lo que es peor, que su opinión tampoco tenía relevancia alguna, por lo que muchas veces ésta no era siquiera recabada. Sin embargo, ello obedece a una interpretación errónea de la norma, ya que la ley 26.657 no le quita importancia a ese consentimiento informado, sino que las consecuencias jurídicas de su otorgamiento serán distintas al comparar el caso con el de las personas adultas plenamente capaces. Lo que ha buscado la norma es que las internaciones de niñas, niños y adolescentes —dado su mayor grado de vulnerabilidad al que se encuentran expuestos— se vean rodeadas de todas las garantías: control judicial inmediato y acceso a un defensor, revisiones periódicas, etcétera.

Es decir, lo expuesto en el punto anterior con relación al carácter involuntario de la internación no obsta a que la persona menor de edad que tenga suficiente competencia pueda consentir por sí misma su propia internación y, en ese caso, que dicho consentimiento deba ser recabado por parte del equipo de salud. Reiteramos que la ley 26.657 no sólo no le resta importancia al consentimiento informado de niñas, niños y adolescentes sino que tampoco puede inferirse de la lectura detenida de su art. 26 que dicho consentimiento sea irrelevante y, por ende, que no importa lo que opine la persona



con relación a su internación. Simplemente ocurre que este consentimiento otorgado no tiene la suficiente proyección para considerar voluntaria la internación y darle dicho trámite, tal como sí ocurre en el caso de los adultos. Tanto es así, que este consentimiento deberá ser otorgado por la niña, niño o adolescente de conformidad con los lineamientos de la ley 26.061, tal como lo prescribe el propio art. 26, ley 26.657, pero de todas formas la internación igualmente se reputará involuntaria a los fines de rodearla de todas las garantías que el caso amerita.

A partir de la reglamentación de la ley 26.657 se ha disipado toda duda al respecto, puesto que su art. 26 prescribe que en las internaciones de niñas, niños y adolescentes se deberán: a) ofrecer alternativas terapéuticas de manera comprensible; b) recabar su opinión; c) dejar constancia de ello en la historia clínica; d) poner a su disposición la suscripción del consentimiento informado. Asimismo, en caso de existir impedimentos para el cumplimiento de estos requisitos deberá dejarse constancia de ello con informe fundado. Además, deberá dejarse constancia de la opinión de los padres o representantes legales según el caso (30).

#### **4. Elección del defensor (art. 22, ley 26.657)**

El art. 22, ley 26.657, establece expresamente que la persona internada involuntariamente —categoría que se aplica siempre al caso de internaciones de niñas, niños y adolescentes (art. 26, ley 26.657)— o su representante legal tiene derecho a designar un abogado. Por lo tanto, la actuación de la defensa pública es subsidiaria, puesto que en primer término la ley da la posibilidad de designar un abogado particular.

Asimismo, la posibilidad de que sea el representante legal quien designe un abogado tiene lugar cuando el niño, niña o adolescente esté imposibilitado de designar un abogado, o bien no hace uso de tal derecho; mas no así cuando opta por formular una designación, debiendo prevalecer ésta. Es decir, la opción corresponde, en primer término, a la propia persona internada.

Finalmente, para el caso en que el abogado sea designado por el representante legal —supuesto que podría extenderse a la designación formulada por el propio niño o adolescente—, dicha opción podrá ser desechada luego por el juez interviniente al advertir que de su accionar surgen intereses contrapuestos con la persona internada, dándole intervención a la Unidad de Letrados para el supuesto de que no se designe otro en forma particular.

Con relación a la defensa pública, la reglamentación del art. 22, ley 26.657, establece que a fin de garantizar el derecho de defensa desde que se hace efectiva la internación, el servicio asistencial deberá informar al usuario que tiene derecho a designar un abogado. Si en ese momento no se puede comprender su voluntad, la persona no designa un letrado privado o solicita un defensor público se dará intervención a la institución que presta dicho servicio (31). Es decir, está prevista la comunicación directa del establecimiento de internación a la defensa pública para que esta última asuma la función. La actuación del defensor público será gratuita (32).

#### **5. Naturaleza jurídica del defensor público**

En cuanto a su naturaleza, la doctrina ya se había planteado si el abogado defensor requiere de la firma de su asistido para todas las presentaciones judiciales, tal como ocurre en cualquier otro proceso civil, salvo que se presente con poder suficiente, o si, por el contrario y siguiendo la lógica del antiguo "defensor especial"(33) y la del actual defensor penal, actúa a su sola firma (34). Al respecto, ya hay quienes señalaron que se trata de una defensa técnica que tiene una naturaleza parecida a la defensa oficial penal, en tanto tiene justamente su basamento en la privación de la libertad que recae sobre la persona que es internada de manera involuntaria debido a su padecimiento mental (35). Ahora bien, dejando de lado el abogado elegido por la persona internada o su representante legal, en lo que refiere al defensor proporcionado por el Estado ya habíamos señalado que su función no podía asimilarse a la de un abogado patrocinante, toda vez que su actuación estará regida por los parámetros de la defensa pública (36). En efecto, su naturaleza tiene rasgos distintivos, dada la especificidad de la normativa que le resulta aplicable —especialmente en internaciones de niñas, niños y adolescentes— y el particular marco de actuación para el cual ha sido pensado. De modo que en el ejercicio de la defensa técnica no requiere que su defendido firme los escritos, a la vez que su designación para intervenir en casos concretos no es en principio un resorte judicial sino que ahora el sistema está planteado para que sea el propio Ministerio Público de la Defensa quien se encargue de asignar un letrado que ejerza la función desde el mismo momento de la internación y sin dilaciones innecesarias (37). Ello así, sin perjuicio del deber del juez de dar intervención a la Unidad de Letrados cuando advierta la ausencia de defensor en algún caso concreto, en virtud de la falta de comunicación por parte del establecimiento de internación, o bien ante el desplazamiento judicial del abogado designado por la propia persona internada o sus representantes legales, en supuestos de conflictos de intereses.

Tal tesitura es la que rige actualmente, ya que de la res. DGN 516/2012 (21/5/2012), que pone en funcionamiento la "Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art. 22, ley 26.657" y regula su actividad, se desprende que "...dadas las particulares características que denota el ejercicio de la defensa pública a favor de este grupo en especial situación de vulnerabilidad, corresponde fijar estándares mínimos de intervención y actuación, sin perjuicio de los que se puedan establecer desde la Coordinación de la Unidad de Letrados. En efecto, una vez recibida la comunicación de la internación por parte del establecimiento donde se lleva a cabo o habiendo tomado conocimiento por otro medio, la Unidad de Letrados deberá tomar contacto con la situación y asumir la defensa cuando en ese momento no surja de modo fehaciente, según la información suministrada, que la persona menor de edad o su representante legal hayan designado un abogado en forma particular. Ello así, sin perjuicio de hacer saber dicha circunstancia al Juzgado Nacional en lo Civil que intervenga en el control de la internación. Para cumplir acabadamente con el ejercicio de la defensa técnica, la Unidad estará integrada por los Letrados seleccionados a tal efecto, quienes estarán habilitados para llevar a cabo las tareas propias del ejercicio de la función, como ser la de realizar visitas a los lugares de internación; entrevistar a las personas defendidas, labrar actas dejando constancia de su voluntad y preferencias, como así también de otras personas intervinientes en el caso; tomar conocimiento de las historias clínicas de los asistidos; realizar a su sola firma presentaciones judiciales, administrativas y de otra índole; entre otras"(38).

Dispone la reglamentación de la ley 26.657 que, en el ejercicio de la asistencia técnica, el



abogado defensor —público o privado— debe respetar la voluntad y las preferencias de la persona internada, en lo relativo a su atención y tratamiento (39). En orden a ello, el juez debe garantizar que no existan conflictos de intereses entre la persona internada y su abogado, debiendo requerir la designación de un nuevo defensor si fuese necesario (40).

## 6. Defensa de niños y niñas de corta edad

Dentro de la reglamentación del art. 22, ley 26.657, también se ha estipulado que en aquellos estados en los que no pueda comprenderse la voluntad de la persona internada, el defensor deberá igualmente procurar que las condiciones generales de internación respeten las garantías mínimas exigidas por la ley y las directivas anticipadas que pudiera haber manifestado expresamente (41).

En la práctica, dicho precepto sirve también como pauta de orientación para la actuación de la Unidad de Letrados en casos de niños y niñas de corta edad. Incluso ha sido así desde su puesta en funcionamiento, es decir, mucho antes de que se aprobara la reglamentación.

Tal como surge de los datos estadísticos que expusimos antes, del total de 767 casos en los que se ejerció la defensa en el primer año de funcionamiento de la Unidad de Letrados, 119 de ellos se trató de niños y niñas de entre cinco y trece años (es decir, un 15% del total).

Esta realidad nos lleva, en primer lugar, a desechar toda posibilidad —tal como ya lo adelantáramos— de que la naturaleza jurídica del defensor sea la de un "abogado patrocinante", a la vez que obliga a replantear el perfil de actuación en el marco del ejercicio de la defensa prevista en el art. 22, ley 26.657, en casos de niños de corta edad, ya que, de suyo, deberá encararse con sumo cuidado y prudencia.

## V. El proyecto de Código Civil y Comercial unificado

Como es sabido, actualmente se encuentra en pleno trámite parlamentario el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (42) que regula el régimen de internaciones en sus arts. 41 (43) y 42 (44), a la vez que también resulta de interés lo dispuesto en el art. 26 (45) y demás concordantes.

En términos generales se puede afirmar que el régimen de internaciones previsto en el Proyecto se condice con los lineamientos establecidos de la ley 26.657 (46). Asimismo, allí se remite a la legislación especial (ley 26.657), la cual entonces resulta ser complementaria de lo regulado en los arts. 41 y 42 del Proyecto, puesto que a través de éstos sólo se pretende fijar un "piso mínimo normativo".

Por ende, de sancionarse un nuevo Código unificado, según los términos actuales del Proyecto, no cambiarán las conclusiones a las que se han arribado a lo largo de este trabajo. Específicamente, con relación a lo regulado en el último párrafo del art. 26 del Proyecto interesa señalar que ello no modifica lo dicho, ya que a pesar de que la persona de más de dieciséis años será considerada "como un adulto" para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, de todas formas seguirá siendo una "persona menor de

edad"(47) a los fines de reputar su internación como involuntaria (art. 26, ley 26.657), amén del deber por parte del equipo de salud de recabarle su consentimiento informado cuando así lo manifieste la propia persona.

## **VI. A modo de cierre: rasgos de la actuación de la defensa pública**

### **1. Especialidad**

La reglamentación de la ley 26.657 prescribe que para las internaciones de niñas, niños y adolescentes el abogado defensor deberá estar preferentemente especializado en niñez y adolescencia, según los términos del art. 27, inc. c), ley 26.061 (48). Por lo tanto, a través de la actuación de la Unidad de Letrados, dedicada específicamente a las internaciones de niñas, niños y adolescentes, el Estado garantiza una doble especialidad: en razón de la materia ("salud mental") y en razón del sujeto ("niñez y adolescencia") (49).

### **2. Interdisciplina**

Las problemáticas reveladas en las internaciones por salud mental y adicciones de niñas, niños y adolescentes difícilmente puedan ser abordadas en forma adecuada por los defensores desde una óptica meramente jurídica. Es por ello que la res. DGN 516/2012 también dispone que "la Unidad de Letrados contará con el apoyo profesional de un equipo interdisciplinario, cuyos integrantes formarán parte de la actividad de defensa técnica a fin de brindar una prestación especializada, conforme lo previsto por las reglas 41 y 64 de las 'Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad'". Este equipo técnico interdisciplinario está compuesto actualmente por una psicóloga, una trabajadora social y un médico psiquiatra infanto-juvenil.

### **3. Inmediatez**

Está previsto que el propio establecimiento de internación dé intervención desde el inicio a la defensa pública para que asuma la función del art. 22, ley 26.657. Como se vio en las estadísticas, una vez que recibe la comunicación de internación, la Unidad de Letrados, en promedio, concurre al establecimiento dentro de las veinticuatro horas. A su vez, del total de casos en los que se ejerció la defensa, en el 90% la comunicación fue recibida directamente desde el lugar de internación tal como lo dicta la normativa vigente, en cuyos casos la defensa pública ha tenido una capacidad de respuesta para garantizar que el tiempo promedio transcurrido desde la internación de la persona hasta que ésta recibe la primera visita de su defensor sea de veinticuatro horas. Ello efectivamente ha ocurrido en uno de cada tres casos, que es cuando el lugar de internación ha comunicado en el plazo de diez horas a la Unidad de Letrados.

Por ende, a menos que las autoridades de los establecimientos de internación incumplan



con los términos legales de comunicar dentro de las diez horas, la realidad es que, en la ciudad de Buenos Aires, a cada niña, niño y adolescente internado por salud mental y adicciones se le asegura, dentro de las veinticuatro horas en promedio, la actuación de un defensor público gratuito, con presencia efectiva en el lugar y contacto directo con la situación, lo cual garantiza presencia institucional desde el mismo momento de la internación.

#### **4. La Defensa Pública como garantía de acceso a la justicia en sentido amplio**

Entendido el acceso a la justicia en un sentido amplio del término, la actuación del defensor previsto en el art. 22 no debe limitarse únicamente a la formulación de peticiones en el marco del expediente judicial. Por el contrario, la Unidad de Letrados tiene un acentuado perfil de actuación extrajudicial a fin de remover las barreras que le impiden a sus defendidos el pleno goce de sus derechos fundamentales, tanto en lo que refiere al mejoramiento de las condiciones de internación, así como también en el objetivo de lograr una pronta externación y que pueda ser sostenida en el tiempo, de modo que el niño, niña o adolescente realice en todo caso su tratamiento de salud en forma ambulatoria dentro de su ámbito comunitario.

Ello ha implicado que la defensa pública haya debido instar la actuación de los diversos organismos —que ya de por sí, generalmente, actúan en forma desarticulada— y personas obligadas respecto de sus defendidos, como ser representantes legales y demás referentes familiares, obras sociales y prepagas, organismos de promoción y protección de derechos de niñas, niños y adolescentes, servicios de salud, instituciones educativas, etcétera.

Dicha actividad defensora debe ser respetuosa de la voluntad y las preferencias de la persona internada, lo cual garantizará una efectiva participación de los niños, niñas y adolescentes durante este tipo de procesos o, lo que es lo mismo, asegurará un verdadero acceso a la justicia.

(1) Sancionada el 25/11/2010, promulgada mediante decreto 1855/2010 del 2/12/2010 y publicada en el BO el 3/12/2010.

(2) En la justicia nacional existen ciento diez juzgados de primera instancia en lo civil, de los cuales veinticuatro tienen competencia exclusiva y excluyente en asuntos de familia, estado civil y capacidad de las personas. A su vez, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil está compuesta de trece salas, identificadas con las letras de la "A" a la "M", que actúan como tribunal de alzada de los ciento diez juzgados civiles (de familia y patrimoniales).

(3) Dentro de la segunda parte ("Autoridades de la Nación") de la Constitución Nacional, en el título primero ("Gobierno federal"), sección cuarta ("Del Ministerio Público"), el art. 120 establece que "el Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones". Todo lo referido al Ministerio Público (Fiscal y de la Defensa) está regulado en la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946.

(4) En adelante, Unidad de Letrados o Defensa Pública, indistintamente.

(5) Con relación a las internaciones de niñas, niños y adolescentes: que se produjeron antes de esa fecha, que se encuentran sometidas a procesos sobre ejercicio de la capacidad jurídica o que están internados en extraña jurisdicción con intervención de la justicia nacional; en todos los casos intervienen los señores curadores públicos, también integrantes del Ministerio Público de la Defensa (art. 4º, ley 24.946).

(6) Ambas resoluciones están disponibles en [www.mpd.gov.ar](http://www.mpd.gov.ar).

(7) En adelante, Principios de la ONU. Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 46/119 del 17/12/1991.

(8) Dec. regl. 603/2013 del 28/5/2013, publicado en el BO el 29/5/2013.

(9) El consentimiento deberá ser indefectiblemente personal (art. 16, inc. c, reglamentación).

(10) Si el consentimiento informado ha sido brindado utilizando medios y tecnologías especiales, deberá dejarse constancia fehaciente de ello en la historia clínica del paciente, aclarando cuáles han sido los utilizados para darse a entender (art. 10, reglamentación).

(11) En adelante, OR.

(12) Art. 18, párr. 2º, reglamentación.

(13) Art. 18, párr. 1º, reglamentación.

(14) Art. 20, párrs. 1º y 3º, reglamentación.

(15) Art. 21, párr. 3º, reglamentación.

(16) Art. 21, inc. b), reglamentación.

(17) Art. 24, párr. 1º, reglamentación.

(18) Art. 24, párr. 2º, reglamentación.

(19) Art. 24, párr. 3º, reglamentación.

(20) Art. 23, párr. 1º, reglamentación.

(21) Art. 23, párr. 2º, reglamentación.

(22) "Medidas excepcionales. Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio..." (art. 39), "...será la autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de veinticuatro horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia en cada jurisdicción..." (art. 40).

(23) Art. 20, CDN: "1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado".

(24) Según la definición que dimos en el apartado anterior.

(25) Fecha de cierre: 1/7/2013 (un mes después del 31/5/2013, que es el corte del muestreo de casos).

(26) Cabe aclarar que dicha cifra también incluye los casos de internaciones prolongadas, que son consentidas por los propios jóvenes —especialmente en casos de internaciones por adicciones—, ya que también son consideradas "involuntarias" (art. 26, ley 26.657) y, por lo tanto, controladas judicialmente con la necesaria actuación de la Unidad de Letrados. De no contabilizarlas, el promedio sería aun menor.

(27) Art. 14, CDPD: "Libertad y seguridad de la persona. 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás: a) disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona; b) 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. 2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables".

(28) En igual sentido ver también: Villaverde, María Silvia, su comentario al art. 14, CDPD, en Rosales, Pablo O. (comp.), Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378). Comentada, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, y Minkowitz, Tina, "No discriminación, capacidad jurídica y derecho a no ser sometido a tratamiento médico obligatorio", en Palacios, Agustina - Bariffi, Francisco (coord.), Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión sobre la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ediar, Buenos Aires, 2012, p. 545.

(29) Para ver más sobre el particular se recomienda compulsar Lansdown, Gerison, La evolución de las facultades del niño, Save the Children - Unicef, 2005.

(30) Art. 26, reglamentación.

(31) Art. 22, párrs. 3º y 4º, reglamentación.



(32) Art. 22, párr. 1°, reglamentación.

(33) En la redacción anterior a la ley 26.657, el art. 482, CCiv., preveía en su tercer párrafo la designación de un defensor especial a la persona internada, para procurar que la internación no se prolongara más de lo indispensable. Dicha figura fue derogada por la ley 26.657 y en su reemplazo estableció la función del abogado defensor previsto en el art. 22.

(34) Martínez Alcorta, Julio A., "El defensor del usuario del servicio de salud mental", Cuaderno Jurídico de Familia, nro. 14, El Derecho, Buenos Aires, febrero 2011, p. 4.

(35) Antón, Ricardo E. - Moreno, Gustavo D., "Estrategias de la Defensa Pública de Niñas, Niños y Adolescentes en las vías recursivas. Análisis de casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes. Estrategias y buenas prácticas de la defensa pública, Ministerio Público de la Defensa - Unicef, Buenos Aires, 2011, p. 45 (disponible también en [www.mpd.gov.ar](http://www.mpd.gov.ar) [21/6/2013]).

(36) Olmo, Juan Pablo - Pinto Kramer, Pilar M., "Comentario a la Ley Nacional de Salud Mental 26.657", Anales de Legislación Argentina, año LXXI, nro. 11, del 2/5/2011, La Ley, Buenos Aires, p. 1, y [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar).

(37) Olmo, Juan Pablo, "Comentario a la reglamentación de la Ley Nacional de Salud Mental 26.657 (decr. 603/13)", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año V, nro. 7, La Ley, Buenos Aires, agosto 2013 (en prensa).

(38) Disponible en [www.mpd.gov.ar](http://www.mpd.gov.ar) (28/6/2013).

(39) Art. 22, párr. 2°, reglamentación.

(40) Art. 22, párr. 6°, reglamentación.

(41) Art. 22, párr. 5°, reglamentación.

(42) Mensaje del Poder Ejecutivo nacional 884/2012.

(43) Art. 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 art. 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 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".

(44) Art. 42: "Traslado dispuesto por autoridad pública. Evaluación e internación. La autoridad pública puede disponer el traslado de una persona cuyo estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, a un centro de salud para su evaluación. En este caso, si fuese admitida la internación, debe cumplirse con los plazos y modalidades establecidos en la legislación especial. Las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato".

(45) Art. 26: "Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales."No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada."La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona."Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física."Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico."A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo".

(46) De todas formas, dejamos a salvo nuestra postura que propicia la supresión del inc. e), art. 41, del Proyecto, el cual entendemos que no se ajusta a los lineamientos de la ley 26.657.

(47) A modo ilustrativo, cabe traer a colación lo normado en el art. 27 del Código proyectado, cuyo último párrafo establece que "si algo es debido a la persona menor de edad con cláusula de no poder percibirlo hasta la mayoría de edad, la emancipación no altera la obligación ni el tiempo de su exigibilidad". Ello así, puesto que es distinto ser persona mayor de edad que menor de edad emancipada. En lo que interesa a este trabajo, es distinto ser una persona mayor de edad que una persona menor de edad que a partir de los 16 años es

considerada un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, ya que, en cualquier caso, sigue siendo "menor de edad" y ello cuadra en el presupuesto para reputar su internación como involuntaria.

(48) Art. 26 in fine, reglamentación.

(49) De conformidad con lo prescripto en la Convención sobre los Derechos del Niño, Reglas de Beijing, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, leyes 26.061 y 26.657, y leyes 114 y 448 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre otras.