

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

El acceso a la justicia y los procesos judiciales de las personas con discapacidad mental

Abogacía

Emiliano Matías Liendo

VABG 14.662

15

RESUMEN: el presente Trabajo Final de Graduación describe cuales son los procesos judiciales de las personas con discapacidad mental tendientes a procurar una restricción a la capacidad de obrar. Enumera las normas legales que protegen a estas personas, tanto los instrumentos internacionales de raigambre constitucional como las leyes locales. Aborda cuales son los problemas más comunes que se suscitan durante el proceso judicial de restricción de capacidad. Se estudian cuales son las herramientas legales y procesales actuales que promueven un cambio actitudinal en la práctica jurídica, y se analiza el cambio de paradigma en relación a la capacidad que plantea el Código Civil y Comercial, a los fines de garantizar un adecuado acceso a la justicia a las personas con discapacidad mental.

Capacidad restringida, acceso a la justicia, procesos judiciales.

ABSTRACT: the present Final Work of Graduation describes as they are the judicial processes of the people with mental disability tending to try a restriction to the legal capacity. It as much enumerates the legal norms that protect these people, the international instruments of constitutional tradition and the local laws as well. It approaches as they are the most common problems that they are provoked during the judicial process of capacity restriction. They study as they are present the legal and procedural tools that promote actually legal an attitudinal change, and the shift of paradigm in relation to the capacity that raises the Civil and Commercial Code, to the aims is analyzed to guarantee a suitable access to justice to the people with mental disability.

Restricted capacity, access to justice, judicial processes.

INDICE

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 6 |
| 2. CAPITULO I: DERECHO Y DISCAPACIDAD..... | 11 |
| 2.1 Introducción..... | 11 |
| 2.2 Conceptos de capacidad e incapacidad..... | 11 |
| 2.3 Naturaleza Jurídica de la discapacidad..... | 14 |
| 2.4 Discapacidad y salud mental..... | 17 |
| 2.5 Conclusión..... | 18 |
| 3. CAPTULO II: MARCO NORMATIVO..... | 20 |
| 3.1 Introducción..... | 20 |
| 3.2 Evolución histórica..... | 20 |
| 3.3 La protección convencional y su incidencia..... | 23 |
| 3.4 El principio de igualdad de oportunidades y la tutela constitucional..... | 25 |
| 3.5 Conclusión..... | 27 |
| 4. CAPITULO III: PROCESOS JUDICIALES..... | 29 |
| 4.1. Introducción..... | 29 |
| 4.2. Incapacidad..... | 29 |
| 4.3. Curatela..... | 32 |
| 4.4. Internación..... | 34 |

| | |
|--|-----------|
| 4.5. Inhabilitación..... | 37 |
| 4.6. Conclusión..... | 40 |
| 5. CAPITULO IV: LOS PROBLEMAS DEL PROCESO..... | 41 |
| 5.1 Introducción..... | 41 |
| 5.2 El mismo proceso..... | 42 |
| 5.3 El curador..... | 43 |
| 5.4 Examen facultativo..... | 44 |
| 5.5 La falta de inmediatez..... | 45 |
| 5.6 La incapacidad como regla..... | 47 |
| 5.7 La internación..... | 48 |
| 5.8 El abogado..... | 49 |
| 5.9 La misma sentencia..... | 50 |
| 5.10 Conclusión..... | 51 |
| 6. CAPITULO V: LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y EL NUEVO PROCESO..... | 52 |
| 6.2 Introducción..... | 52 |
| 6.2 La protección de la Salud Mental en la Ley nº 26.267..... | 52 |
| 6.3 Las Reglas de Brasilia | 55 |
| 6.4 El Protocolo de Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad..... | 56 |
| 6.5 Conclusión..... | 60 |

| | |
|--|----|
| 7. CAPITULO VI: LA CAPACIDAD PROGESIVA | 62 |
| 7.1. Introducción..... | 62 |
| 7.2. La discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial..... | 62 |
| 7.3. Conclusión..... | 71 |
| 8. CONCLUSIONES | 74 |
| 9. ANEXO | 78 |
| 9.1 El caso Furlán..... | 78 |
| 9.2 Fallos de la Corte Suprema..... | 81 |
| 9.3 Carlos A..... | 83 |
| 9.4 El señor Romero..... | 87 |
| 9.5 Entrevista a jueza de Familia..... | 89 |
| 10. BIBLIOGRAFÍA | 92 |

INTRODUCCIÓN.

Las personas con discapacidad mental se encuentran dentro de uno de los grupos colectivos denominados en “estado de vulnerabilidad”¹ para el adecuado acceso a la justicia, la carga personal y social que conlleva esta característica define el comportamiento que debe comprender a la sociedad toda a los fines de lograr una adecuada equiparación de oportunidades. La justicia y los procesos judiciales existentes en materia de discapacidad deben dirigir el camino hacia esta igualdad, prestando especial atención a la adecuación de los trámites, entendiendo las particularidades de las personas que llegan a los estrados en busca de la solución jurídica correspondiente: deficiencias físicas y/o mentales, la pobreza en la mayoría en los casos, el desconocimiento del derecho y/o la imposibilidad de contratar a un profesional idóneo en el tema.

Estos procesos responden a dos inquietudes jurídicas buscando una misma solución, por un lado quienes necesitan la sentencia restrictiva de la capacidad a los fines de acceder a algún tipo de ayuda social, y por otro quienes necesitan limitar el comportamiento peligroso para su persona y/o para terceros. En igual importancia pero menor medida, se encuentran quienes solicitan la intervención judicial a los fines de tratar a personas envueltas en algún tipo de adicción.

El problema se suscita cuando se da el mismo tratamiento procesal en cualquier caso, y lejos de buscar estudiar o analizar cuáles son las capacidades de la persona accionante o cuales los actos que puede entender o efectuar por sí mismo, se cae en la automática y denigrante declaración de incapacidad y/o inhabilitación. Se violan principios básicos desde el primer proveído, toda vez que se habla del “presunto incapaz” cuando nuestro Código Civil y Comercial de la Nación establece claramente lo contrario en sus artículos 22², 23³ y 31⁴.

¹ 100 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE PERSONAS EN CONDICION DE VULNERABILIDAD, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Artículo 3, reglas 7 y 8.

² ARTÍCULO 22.- Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados. Código Civil y Comercial de la Nación.

³ARTÍCULO 23.- Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial. Código Civil y Comercial de la Nación.

Partiendo de esta base, se detallarán y examinarán los procesos judiciales y el acceso a la justicia de las personas que ven su capacidad reducida, haciendo énfasis en las personas con discapacidad mental. Analizando los tratados internacionales y protocolos del tema, la tutela constitucional, y los procedimientos existentes. Exponiendo los éxitos y fracasos a los que a la aplicación procedimental estrictamente objetiva nos ha llevado, y entendiendo que en este caso la justicia debe encontrar el camino más acorde a los fines de dar con la sentencia adecuada para estos sujetos de derecho en claro estado de vulnerabilidad, excediendo la mera aplicación articular de una ley y exigiendo un activismo judicial.

Todo apoyado en el marco normativo de: Código Civil de la Nación Argentina (derogado), Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Reglas de Brasilia, Convención de los Derechos de Personas con Discapacidad con fuerza de ley en Argentina a través de la Ley 26.378, Ley N° 22.431 Sistema de protección integral de los discapacitados.

Por ello, cabe realizarse la pregunta: ¿Cuáles son las problemáticas a abordar para asegurar un adecuado acceso a la justicia de las personas con discapacidad mental y cuáles son los procesos judiciales que regulan la materia? El colapso o la cantidad de causas que inundan los juzgados civiles y de familia generan que el acceso a la justicia de las personas con discapacidad sea aplicado con ausencia de empatía, sin detenerse en las particularidades que acarrea cada proceso en cada circunstancia. El estado de vulnerabilidad que ostentan las personas con discapacidad debe ser entendido en todo aspecto, no solo como un impedimento físico/mental o para manejar su persona en la sociedad, sino también que dicha característica debe funcionar como una señal luminosa e ineludible a tener en cuenta por el órgano

⁴ ARTÍCULO 31.- Reglas generales. La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona; c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial; d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión; e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades. Código Civil y Comercial de la Nación.

jurisdiccional que intervenga en las causas en las que estas personas sean parte. Entendiendo un compromiso con la normativa vigente local e internacional, y buscando, siempre con el apoyo del omnipresente “debido proceso”, que los trámites encuentren el encuadre que más se ajuste a las cuestiones de hecho de cada caso, convirtiendo así al servicio de justicia, en un instituto pasible de acercarse a la sociedad en situaciones que lo ameriten y en aras de conquistar el activismo judicial como meta final.

Los procesos judiciales de las personas con discapacidad son pocos, y los problemas con los que se encuentran estos sujetos de derecho son muchos. La curatela, inhabilitación, interdicción, internación compulsiva, sumaria información, insania y/o incapacidad por demencia, son las causas que nuestra legislación actual dispone para los individuos que necesitan la intervención judicial a los fines de proteger y resguardar a las personas que tengan determinados padecimientos que hagan restringir su capacidad de hecho. El problema central radica en que todos los actores que intervienen en estos procesos a veces se alejan de la cuestión de fondo, y se sigue adelante con indiferencia como si las causas fueran una transmisión de dominio de un bien registrable.

Sujeto de derecho, curador, Ministerio Público de Menores y Defensor Ad Litem, son partes necesarias e intervinientes en estos procesos, en los que un Juez Civil o de Familia dirige el trámite. Pudiendo siempre además formar parte peritos facultativos, (propuestos a instancia privada u oficiales), instituciones hospitalarias (en caso de internación o tratamiento), asistentes sociales, tasadores, entre otros.

La finalidad de este T.F.G. consistirá en efectuar un análisis acerca del acceso a la justicia de las personas con discapacidad mental, enumerar y distinguir los procesos vigentes, apoyado en la doctrina, jurisprudencia aplicable, el derecho de fondo, el raigambre constitucional y la tutela internacional sobre los derechos de estas personas; realizando además una presentación y comparación con el cambio de paradigma que promueve el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, respecto de la capacidad de obrar y los procesos judiciales para restringirla.

Proponer, como fin de este proyecto y aporte personal a la problemática, el activismo judicial en las causas donde actúe una persona con discapacidad mental, detallando ejemplos prácticos y citando nuevas posturas, que sin alejarse de la

imposición legal correspondiente, generan que la justicia pueda envolver con todo el peso de la palabra a la persona que activa la jurisdicción para la resolución de un conflicto o para adecuar a derecho un situación de hecho que merezca tutela jurídica.

El objetivo general de este trabajo es analizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad mental y cuáles son los procesos judiciales que regulan el mismo. Partiendo desde ese punto se podrán vislumbrar: cuáles son los procesos que tutelan el acceso a la justicia de las personas con discapacidad y la legislación vigente y el marco normativo internacional que regulan la materia. Se explicarán cuales son los principios que deben regir el proceso cuando actúa una persona con discapacidad mental, describiendo cuales son las problemáticas a las que se enfrentan estas personas a la hora de acceder a la justicia.

Actualmente las personas con discapacidad cuentan con varias desventajas a la hora de acceder a la justicia. Si bien documentos internacionales promueven un cambio en las dependencias judiciales a la hora de recibir las causas en las que se vean inmersas este tipo de personas⁵, y existen algunos Magistrados en sintonía con lo dispuesto por estos protocolos y convenciones⁶, la gran mayoría del Sistema Judicial se encuentra alejada de estas nuevas tendencias doctrinales y procesales. Dicho distanciamiento de la corriente actual, genera un desgaste jurisdiccional que inunda los juzgados de procedimientos dilatados y justiciables disconformes, sumados al desgaste emocional al que se ven sometidos sus familiares y afectos.

Se debe lograr vencer la inercia existente en lo que refiere a materia de capacidad de hecho y los procesos que la impulsan. A la hora de restringir dicha capacidad parecía que no cabía lugar a términos medios a disminuciones puntuales, y muchos menos aún a varios exámenes a los fines de determinar la gravedad o no de la inhabilitación a aplicar. Todo derivaba en una incapacidad absoluta, absorbiendo en la sentencia la autonomía, libertad y autodeterminación inherentes a todo ser humano. Por esto, el estudio de Ley de Salud Mental n° 26.657, en relación con la Convención de los de Derechos de la Personas con Discapacidad, y la aplicación

⁵ 100 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE PERSONAS EN CONDICION DE VULNERABILIDAD, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Artículo 3, reglas 7 y 8.

⁶ "O., M s/Inhabilitación", Tribunal de Familia n°3 de Lomas de Zamora, 16/10/2008

excluyente de Las Reglas de Brasilia, deben ser los parámetros que el juzgador y los auxiliares de la justicia sigan y exijan cuando en el proceso actué una persona con discapacidad mental.

Siendo el objetivo de este Trabajo Final de Graduación el analizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad mental y cuáles son los procesos judiciales que regulan el mismo, el marco metodológico a utilizar más acorde es el “descriptivo”, entendiéndose al mismo como aquél en el que la información es recolectada sin cambiar el entorno (es decir, no hay manipulación). En ocasiones se conocen como estudios “correlacionales” o “de observación.” La Oficina de Protección de Investigación Humana (OHRP) define un estudio descriptivo como “cualquier estudio que no es verdaderamente experimental.” En investigación humana, un estudio descriptivo puede ofrecer información acerca del estado de salud común, comportamiento, actitudes u otras características de un grupo en particular. Los estudios descriptivos también se llevan a cabo para demostrar las asociaciones o relaciones entre las cosas en el entorno. Pueden implicar una interacción en una sola ocasión con grupos de personas (estudio transversal) o puede seguir a algunos individuos a lo largo del tiempo (estudio longitudinal). Los estudios descriptivos en que el investigador interacciona con el participante puede involucrar encuestas o entrevistas para recolectar la información necesaria. Los estudios descriptivos en que el investigador no interacciona con el participante incluyen estudios de observación de personas en un ambiente o estudios que implican la recolección de información utilizando registros existentes (por ejemplo, la revisión de historiales médicos).⁷

⁷ DISEÑO DE LA INVESTIGACION, Estudio Descriptivo
http://ori.hhs.gov/education/products/sdsu/espanol/res_des1.htm

CAPITULO I: DERECHO Y DISCAPACIDAD.

Introducción.

El lenguaje popular otorga a las palabras discapacidad e incapacidad la misma jerarquía; a veces se habla de personas que “tienen una incapacidad” o de quienes “son discapacitados” en el mismo plano. Las referencias “discapacidad motora” o “incapacidad laboral” otorgan mayor confusión a los términos, que deben entenderse en su totalidad y atendiendo a la fuerza jurídica de uno y a la esfera medica del otro. Por esto, el término jurídico pasa desapercibido, pese a ser el más importante respecto a los efectos en la vida de la persona que logre el peso de una sentencia que utilice las expresiones incapacidad o capacidad restringida.

El objetivo de este capítulo consiste en enumerar las definiciones jurídicas y médicas de la capacidad, incapacidad y discapacidad, partiendo desde el plano jurídico, pasando por la definición médica y atendiendo a la naturaleza jurídica a la evolución histórica y convencional de la misma.

Concepto de capacidad e incapacidad.

Todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones y que presente rasgos de humanidad es una persona humana, y dicha persona cuenta con atributos inherentes a su existencia, ellos son: el nombre, el domicilio, el estado civil, el patrimonio y la capacidad. Esta capacidad puede ser derecho y de ejercicio. Nuestro Código Civil y Comercial en su art. 22 establece que toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados⁸. Asimismo, determina la capacidad de ejercicio en su art. 23 detallando que “toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos,

⁸ ARTÍCULO 22.- Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados. Código Civil y Comercial de la Nación.

excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”⁹.

Esto significa que mientras la capacidad de derecho se refiere a las características jurídicas que la ley nos otorga como personas, aún antes de nacer, la capacidad de ejercicio habla de la “aptitud” que tenemos para hacer frente a dichas prerrogativas. Una capacidad de ejercicio que se relativiza en función de la edad y el desarrollo o de algún tipo de padecimiento como se estudiará más adelante. Por ejemplo: una mujer de 20 años titular de un automóvil que decide venderlo, puede hacerlo tranquilamente, ahora bien, un niño de 10 años no podría efectuar la transacción por tener su capacidad de ejercicio restringida por motivo de la edad. La titularidad de sus derechos y obligaciones se encuentra en plena vigencia y como toda capacidad de derecho de manera relativa, pero su capacidad de ejercicio no, debido a la edad, se encuentra sometida a representación legal, en principio por el ejercicio de la responsabilidad parental que ostentan sus progenitores. Desde este punto partimos entonces con que existen sólo tres tipos de personas que pueden ver su capacidad de ejercicio restringida: las personas por nacer, los menores de 18 años de edad y a quienes se les haya limitado dicha capacidad por sentencia judicial y detallando el alcance de dicha restricción¹⁰.

La restricción que opera por la minoría de edad es una protección para el niño o adolescente quien producto de su ligereza, inexperiencia o falta de madurez, podría realizar actos que comprometan su patrimonio o persona; y debe entenderse desde la base que es así como funciona la restricción de la capacidad por cualquier motivo, como una barrera “protectora” hacia el sujeto que la posee.

Respecto a la persona mayor edad, el principio rector en la materia es que la capacidad se presume, y la única manera de restringirla es a través de un proceso judicial que arribe a una sentencia que detalle los actos y obligaciones restrictivos de la misma. El artículo 31 del Código Civil y Comercial de la Nación establece en su

⁹ ARTÍCULO 23.- Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial. Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁰ ARTÍCULO 24.- Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión. Código Civil y Comercial de la Nación.

inciso a) que “la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencia”¹¹, es decir que aún en una situación cautelar de restricción de la libertad por motivos de salud mental, la capacidad debe presumirse, protegerse y atribuírsela sin resguardos a la persona. Asimismo, nuestra Ley de Salud Mental instituye que “se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas”¹².

Entonces debe entenderse que desde que somos considerados como personas humanas poseemos la ineludible característica de ser titulares de derechos, los cuales se nos otorgan por el simple hecho de existir, y que a eso se lo llama “Capacidad de derecho”. La extensión y formas en las que ejercitaremos estos derechos se llama “Capacidad de ejercicio”, y esta capacidad se verá restringida sólo por dos motivos: la minoría de edad o una sentencia judicial que así lo establezca.

Por ello, en base a que la capacidad es la habilidad, por contraposición, la incapacidad sería la ausencia de ejercicio o la “inhabilidad” para efectuarlo. Cabe aclarar que pese a que, tanto en los estrados judiciales como en el ejercicio de la profesión la palabra incapacidad se encuentra arraigada producto de las prácticas, vale apartarse de dicho término por demás estigmatizante y dogmáticamente incorrecto. En los próximos capítulos se profundizará sobre dicha cuestión.

¹¹ ARTÍCULO 31.- Reglas generales. La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona; c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial; d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión; e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades. Código Civil y Comercial de la Nación.

¹² ARTICULO 3° — En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental 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. Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas. En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de: a) Status político, socio-económico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso; b) Demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevalecientes en la comunidad donde vive la persona; c) Elección o identidad sexual; d) La mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD MENTAL, LEY 26.657 sancionada el 25 de noviembre de 2010.

Naturaleza jurídica de la discapacidad.

A los efectos de entender el proceso y evolución que sufrió desde la esfera jurídica la palabra “discapacidad”, vale efectuar un recorrido cronológico por las definiciones de los textos normativos que rigen la temática.

La Ley 22.431 sancionada el 16 de marzo de 1981 consideraba discapacitada a “toda persona que padezca una alteración permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerable para su integración familiar, social, educacional o laboral”¹³.

A través del Programa de Acción Mundial para los Impedidos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su trigésimo séptimo período de sesiones, por resolución 37/52 de 3 de diciembre de 1982, se establecieron las siguientes definiciones:

Deficiencia: una pérdida o anormalidad permanente o transitoria - psicológica, fisiológica, o anatómica - de estructura o función.

Incapacidad: cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionados por una deficiencia, en la forma o dentro del ámbito considerado normal para el ser humano.

Minusvalidez: una incapacidad que constituye una desventaja para una persona dada en cuanto limita o impide el cumplimiento de una función que es normal para esa persona según la edad, el sexo y los factores sociales y culturales.¹⁴

¹³ Art. 2° - A los efectos de esta ley, se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. LEY N° 22.431 Sistema de protección integral de los discapacitados, Buenos Aires, 16 de marzo de 1981.

¹⁴ C. Definiciones 6. La Organización Mundial de la Salud, en el contexto de la experiencia en materia de salud, establece la distinción siguiente entre deficiencia, incapacidad y minusvalidez: *Deficiencia:* Una pérdida o anormalidad permanente o transitoria - psicológica, fisiológica, o anatómica - de estructura o función. *Incapacidad:* Cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionados por una deficiencia, en la forma o dentro del ámbito considerado normal para el ser humano. *Minusvalidez:* Una incapacidad que constituye una desventaja para una persona dada en cuanto limita o impide el cumplimiento de una función que es normal para esa persona según la edad, el sexo y los factores sociales y culturales. Programa de Acción Mundial para los Impedidos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su trigésimo séptimo período de sesiones, por resolución 37/52 de 3 de diciembre de 1982.

En diciembre del año 1993 la O.N.U. a través de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, acuña los enunciados: "discapacidad", como un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones de todos los países del mundo. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio. Y "minusvalía" como la pérdida o limitación de oportunidades de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igualdad con los demás. La palabra minusvalía describe la situación de la persona con discapacidad en función de su entorno. Esa palabra tiene por finalidad centrar el interés en las deficiencias de diseño del entorno físico y de muchas actividades organizadas de la sociedad, por ejemplo, información, comunicación y educación, que se oponen a que las personas con discapacidad participen en condiciones de igualdad.¹⁵

Cabe entender entonces que cuando se habla de discapacidad el término de direcciona a la persona, y cuando se habla de minusvalía, el peso recae sobre la sociedad, y la ausencia de igualdad de oportunidades que suele generarse en torno a las personas con discapacidad. El cambio importante en estos conceptos y en el texto expedido por la O.N.U. radica en cambiar el enfoque del principio constitucional y de Derechos Humanos "igualdad", que solía relacionarse a las condiciones, y direccionarlo hacia el lugar correcto sin cambiarle el sentido, convirtiéndolo en "igualdad de oportunidades".

En el año 2008 a través de la Ley 26.378 se aprueba en Argentina la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo

¹⁵ Discapacidad y minusvalía .Con la palabra "discapacidad" se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones de todos los países del mundo. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio. Minusvalía es la pérdida o limitación de oportunidades de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igualdad con los demás. La palabra "minusvalía" describe la situación de la persona con discapacidad en función de su entorno. Esa palabra tiene por finalidad centrar el interés en las deficiencias de diseño del entorno físico y de muchas actividades organizadas de la sociedad, por ejemplo, información, comunicación y educación, que se oponen a que las personas con discapacidad participen en condiciones de igualdad. Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Resolución Aprobada por la Asamblea General, Cuadragésimo octavo periodo de sesiones, de 20 de diciembre de 1993.

facultativo. A través de la misma se da reconocimiento a lo elaborado con anterioridad y reconoce desde su preámbulo que la discapacidad es un concepto que evoluciona. En su artículo 1 establece que Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.¹⁶

En el mismo año se lleva a cabo en Brasilia la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, de ella se desprenden 100 reglas que tienden a modificar el accionar judicial y a buscar “adaptarlos” a las reales necesidades de justicia de determinados grupos colectivos en estado de vulnerabilidad. Con el objetivo de garantizar el adecuado acceso a la justicia de todas las personas, se redactan estas reglas de índole procesal y hasta humanitaria como una búsqueda de igualdad de oportunidades equiparada en el acceso a la justicia. Debe entonces señalarse quienes son merecedores de este “permiso” de alejamiento de la frialdad burocrática que imponen a veces los procesos judiciales, para ello se establece en la tercer regla que *se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.*¹⁷ Asimismo, dicho texto normativo en su regla número 7 enuncia que *se entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de*

¹⁶ Artículo 1º Propósito. El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Ley 26.378 Apruébase la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006. Sancionada: Mayo 21 de 2008.

¹⁷ 1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad. (3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. 100 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Brasilia 4 a 6 de marzo de 2008.

*naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.*¹⁸ Debe apreciarse que en este concepto se unen las características esgrimidas por las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad del año 1993, ya que en una definición concisa y directa se detallan los padecimientos físicos de estas personas y las barreras sociales a las que pueden enfrentarse al hablar de “entorno económico y social”.

Por último, siendo la temática a abordar por este trabajo, la Ley 26.657 se encarga de definir qué se entiende por salud mental, esgrimiendo: *se reconoce a la salud mental 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.*¹⁹

Discapacidad y salud mental.

La Organización Mundial de la Salud define que *Discapacidad es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para*

¹⁸ 3.- Discapacidad (7) Se entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. 100 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Brasilia 4 a 6 de marzo de 2008.

¹⁹ ARTICULO 3º — En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental 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. Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas. En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de: a) Status político, socio-económico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso; b) Demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevalecientes en la comunidad donde vive la persona; c) Elección o identidad sexual; d) La mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD MENTAL, LEY 26.657 sancionada el 25 de noviembre de 2010.

*ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales.*²⁰ Ahora bien, el concepto de salud mental es mucho más amplio que la ausencia de trastornos mentales e incluso va mucho más allá de los aspectos biológicos, cuyos conocimientos nos proporciona hoy la neurociencia “En los últimos años, la nueva información procedente de la neurociencia y la medicina conductual ha ampliado de manera espectacular nuestros conocimientos sobre el funcionamiento de la mente. Resulta cada vez más evidente que dicho funcionamiento tiene una base fisiológica, además de estar esencialmente relacionado con el funcionamiento físico y social, y con los resultados de salud”²¹

De allí que en el campo de la salud mental se prefiera usar el término “trastorno” más que el de “enfermedad”, puesto que nos proporciona una visión longitudinal de cómo se manifiestan en los distintos aspectos de cada persona las diversas patologías, las cuales responden siempre al entrecruzamiento de diversos factores desencadenantes. En otras palabras, no sólo las causas biológicas alcanzan para definir a los trastornos, y en este sentido, cuando éstos se “cronifican”, importan para el sujeto una discapacidad intelectual o psicosocial, expresión que se ser entendida a la luz del modelo social de la discapacidad que es lo que abraza la CDPD, ya que conceptualmente es mucho más integral que la idea de “enfermo mental”²².

Conclusión

Deben diferenciarse claramente los conceptos “sociales” y/o “médicos” del concepto “jurídico” respecto a la incapacidad y discapacidad.

Los usos y costumbres llevan a la confusión de dichos términos, aceptando que cualquier discapacitado tiene restricción de capacidad.

Vimos que el término “discapacidad” sufrió una evolución importante durante los últimos 30 años, que derivó en un noción cada vez más amplia y abarcadora del

²⁰ <http://www.who.int/topics/disabilities/es/> Recuperado 23/09/2015.

²¹ Organización Mundial de la Salud, *La salud pública al servicio de la salud mental*, en http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_ch1_es.pdf.

²² MARTINEZ ALCORTA, (2013) Derecho y salud mental, REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO, Ed. RUBINZAL CULZONI, Pg. 121

concepto, involucrando a la sociedad y al entorno activamente en el objetivo de inclusión e inserción de las personas con estos padecimientos, así como también poniendo en cabeza del estado la obligación legal de procurar la igualdad de oportunidades.

CAPITULO II: MARCO NORMATIVO.

Introducción

En el presente capítulo se hará un breve recorrido por los cuerpos normativos que tutelan la protección de las personas con discapacidad y el marco cronológico en el que se realizaron. La tutela constitucional, las leyes especiales y por último la protección convencional que establece los mecanismos y direcciones a adoptar por los estados parte que ratifican la misma.

Evolución histórica.

A los fines de realizar un breve recorrido, podría decirse que en Argentina el punto de partida temporal de la protección que recibirían las personas con discapacidad es la promulgación de la Ley n° 22.431 Sistema de protección integral de los discapacitados el 16 de marzo de 1981. Luego, un instrumento de vital importancia sería la Resolución aprobada por la Asamblea General, cuadragésimo octavo periodo de sesiones de la O.N.U., del 20 de diciembre de 1993 que dispone las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. En tutela de una ampliación efectiva de estos derechos, se promulgó La Ley 26.378 que aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006 y promulgada en Argentina el 21 de mayo de 2008. Para finalizar con nuestra Ley de Salud Mental N° 26.657, promulgada el 2 de diciembre de 2010.

Históricamente, las personas con discapacidad han recibido denominaciones diversas, las más de las veces antojadizas: deficiente, defectuoso, impedido, disminuido, inhábil, incapacitado, minusválido, infectuoso, impedido, lisiado. Se trata de nombres que reducen la identidad de un ser humano complejo a uno solo de sus rasgos. Con razón se ha dicho que el concepto mismo de “discapacidad” surge de transformar una dificultad en una identidad. Merced de la labor de las Naciones

Unidas, de algunas organizaciones no gubernamentales y de no pocos profesionales y personas interesadas en el tema, hay ciertos signos de cambio en este terreno. De allí que en 1980, la OMS haya establecido criterios para denominar y definir las distintas condiciones de discapacidad, distinguiendo entre deficiencia, incapacidad y minusvalidez²³, términos que fueron incorporados en el mencionado Programa de Acción Mundial para los Impedidos (ONU, 1982)²⁴.

Las Normas Uniformes llaman logro de la igualdad de oportunidades al proceso mediante el cual todas las personas, particularmente las personas con discapacidad, acceden a los diversos sistemas de la sociedad, el contexto físico, los servicios, las actividades, la información y la documentación. El principio de la igualdad de derechos supone que las necesidades de todos los individuos tiene igual importancia, y puesto que tales necesidades constituyen la base de la planificación de las sociedades, los recursos existentes deben emplearse en forma tal que las mismas oportunidades de participación favorezcan a todos por igual.²⁵

En 1971 se proclama la Declaración del Deficiente Mental, y unos años más tarde, en 1975, la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba la Declaración de los Derechos de los Impedidos, que insta a adoptar disposiciones, en los niveles nacional e internacional, para “Prevenir la incapacidad física y mental y (...) ayudar a los impedidos a desarrollar sus aptitudes en las más diversas esferas de actividad, así como (...) fomentar en la medida de lo posible su incorporación a la vida social normal..” El propósito de estos documentos es proteger los derechos fundamentales de los discapacitados mentales (salud, empleo, participación política y social, educación, etcétera) para que puedan “disfrutar de una vida decorosa, lo más normal y plena posible”. Asimismo, la Declaración de 1975 busca convertirse en base y referencia común para la protección de los derechos estipulados en ella.²⁶ La proclamación de 1981 como Año Internacional de los impedidos, el Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos (1983 a 1992) y el Programa de Acción Mundial (1982) promovieron cambios en la actitud hacia la discapacidad. Naciones

23 OMS, informe del Comité de Expertos de la Organización Mundial de la Salud en Prevención de Incapacidades, Rehabilitación. Serie de Informes Técnicos 66, Ginebra, 1981.

24 KRAUT, Alfredo Jorge (2006), Salud Mental Tutela Jurídica, Editorial Rubinzal-Culzoni, Pg.22

25 KRAUT, Alfredo Jorge (2006), Salud Mental Tutela Jurídica, Editorial Rubinzal-Culzoni, Pg.27

26 KRAUT, Alfredo Jorge (2006), Salud Mental Tutela Jurídica, Editorial Rubinzal-Culzoni, Pg.34

Unidas reafirmó que “el principio de la igualdad de derechos para los impedidos y los no impedidos significa que las necesidades deben constituir la base de la planificación de las sociedades, y que todos los recursos deben emplearse de tal manera que garanticen una oportunidad igual de participación a cada individuo”²⁷.

Se encuentra en vigencia además la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 25.280²⁸.

Numerosos artículos de la Constitución Nacional (16, 17, 19, 33, 41, 43 y 75, inc. 22) y normas inferiores reconocen el derecho a la igualdad, protegen a las personas con discapacidades, establecen garantías no discriminatorias (75, inc. 22) y amparan la diferenciación para la igualdad (75, inc. 23). Independientemente de esta tutela jurídica variada “...para que se produzca en la sociedad una real transformación del modelo actual en lo atinente al tema de la discapacidad se requiere aún un cambio de las condiciones estructurales, económicas, sociales y culturales, capaz de lograr la efectiva igualdad de posibilidades en la lucha por la vida... (...) Lo cierto es que, a despecho de la protección constitucional (arts. 33, 42, 43 y 75 incs. 22 y 23, y tratados internacionales con rango constitucional), los derechos fundamentales de las personas con discapacidad se violan sistemáticamente”²⁹.

En la Argentina, señaladamente con los textos constitucionales y las normas dictadas en consecuencia de los documentos supranacionales y (en especial las leyes 22.431 y 24.901 y sus modificatorias), el desarrollo normativo no resulta insuficiente, lo que falta es la decisión política y un cambio propicio a la inclusión del discapacitado en el imaginario social. Es decir, a los fines de efectuar una tutela real y eficaz sobre los derechos de las personas con discapacidad, se requiere la aplicación de la normativa y un trabajo en conjunto con las instituciones del estado

27 Programa de Acción Mundial para los Impedidos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 37/52, 3-12-82.

28 La Ley 25.280 aprobó la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscrita en la República de Guatemala, el 8 de junio de 1999, y sancionada el 6 de julio de 2000.

29 KRAUT, Alfredo Jorge (2006), Salud Mental Tutela Jurídica, Editorial Rubinzal-Culzoni, Pgs.49/50

entero. “...son sobradas las razones que justifican la alianza entre el sector jurídico y el técnico-profesional. La nueva Ley de Salud Mental por sí misma no logrará corregir ni las violaciones por comisión ni menos aún las incurridas por omisión. Pero apoyándose en el mundo de la ley, una alianza, enérgica, vigilante y solidaria seguramente llevará a mejoras las políticas, planes, programas y servicios para el beneficio de la población en Argentina.³⁰”

Puede apreciarse que las personas con discapacidad cuentan con una tutela jurídica suficiente y acorde, el problema se suscita al momento de aplicación de estos instrumentos, como desarrollaremos en este TGF, ya sea por el acompañamiento que el estado a través del Poder Ejecutivo deba brindar, o por la temática que promueve la presente tesis, el acceso a la justicia y el rol del Poder Judicial en los procesos judiciales de las personas con discapacidad.

La protección convencional y su incidencia.

La proclamación de 1981 como Año Internacional de los Impedidos, el Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos (1983 a 1992) y el Programa de Acción Mundial (1982) promovieron cambios en la actitud hacia la discapacidad. Naciones Unidas reafirmó que “el principio de la igualdad derechos para los impedidos y los no impedidos significa que las necesidades de todo individuo son de la misma importancia; que estas necesidades deben constituir la base de la planificación de las sociedades, y que todos los recursos deben emplearse de tal manera que garanticen una oportunidad igual de participación a cada individuo”³¹.

Pero sólo con los Principios de Limburg³² los derechos económicos, sociales y culturales comienzan a operar, aunque éste sea apenas un paso en el camino hacia

30 ITZHAK, Levav (2013), REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO 2013-1, Derecho y salud mental, Editorial Rubinzal-Culzoni, Pgs. 20/21.

31 Programa de Acción Mundial para los Impedido, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 37/52, 3-12-82.

32 Los Principios de Limburg instan a los gobiernos a adoptar medidas especiales con el solo propósito de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos e individuos que requieren la protección específica, necesaria para asegurarles el disfrute equitativo de los derechos económicos, sociales y culturales (*The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, UN Doc. E/CN. 4/1987/17, 8 January 1987)

la no discriminación de las personas con discapacidad, pues las medidas sugeridas por los Principios no se han implementado adecuadamente para estos casos, a pesar de que se aplican ya en situaciones de discriminación racial y sexual.

Las nuevas ideas instauradas al respecto hacen hincapié en las aptitudes y no en las limitaciones, promueven los derechos, la libertad de elegir y la igualdad de oportunidades de los discapacitados, y tienden a que el medio se adapte a sus necesidades en lugar de que ellos se esfuercen por ajustarse al medio. Se alienta a la sociedad para que modifique su actitud hacia quienes padecen discapacidades, y los apoye para que puedan asumir responsabilidades plenas como partes activas de la sociedad.

Estos principios conforman la base de un posterior instrumento internacional, las Normas Uniformes de las Naciones Unidas sobre la Equiparación de Oportunidades para las Personas con Incapacidad (Naciones Unidas, 1993), aptas para convertir las ideas en medidas concretas y sistemáticas en beneficio directo de los discapacitados. Las Normas Uniformes, instrumento valioso como umbral de medidas deseables para lograr igualdad de oportunidades, formula algunos requisitos mínimos destinados a asegurar la igualdad de participación: 1) se establecen normas para la igualdad de oportunidades; 2) se diseñan las medidas que han de optar los gobiernos; 3) se orienta a los interesados en el área de la incapacidad; 4) se incluye - como participantes activos en el mejoramiento de la calidad de vida- tanto a los discapacitados como a sus familias y a las organizaciones vinculadas al tema³³.

Las Normas Uniformes determinan, además, que los gobiernos deben crear las bases jurídicas que habiliten para la aplicación de las medidas preconizadas en el documento³⁴. Implícitamente, las Normas admiten que aún falta para que los derechos de los discapacitados sean reconocidos en muchos países, logro que conducirá a internacionalizar los estándares que garantizan a las personas con discapacidad idénticos derechos y obligaciones que los que gozan las restantes personas, ya que comparten con ellas su condición de miembros de la misma

33 Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, Dependencia de los Impedidos, División de Políticas Sociales y Desarrollo (aprobadas por la Asamblea Nacional de las Naciones Unidas mediante resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993, DC2-1302).

34 Normas Uniformes...cit., art. 15.

sociedad³⁵.

Las Normas Uniformes no tienen fuerza jurídica obligatoria para los gobiernos, pero su adopción implica un firme compromiso político y moral de implementar las medidas pertinentes. Además, operarían como normas consuetudinarias internacionales con sólo adoptarse en número suficiente de Estados.³⁶

El principio de igualdad de oportunidades y la tutela constitucional.

El artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional dispone que: *corresponde al Congreso:...Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*³⁷. Esta norma introduce el concepto jurídico indeterminado de igualdad real de oportunidades con el fin u objetivo de alcanzar la igualdad fáctica considerada, de tal modo, un fin constitucionalmente legítimo. Reconoce al Estado como sujeto obligado a su implementación. La obligación impuesta abre numerosos interrogantes respecto a la naturaleza de tal mandato constitucional, al grado de imperatividad que debe reconocérsele y al grado de expectativa. El problema central se refiere a definir el grado de exigencia de que dispone el individuo para obtener su cumplimiento. Una renovada lectura del sistema constitucional muestra que de seguir considerando tales mandatos meras indicaciones programáticas, con el propósito de fortalecer el criterio discrecional de los poderes públicos para su consagración en orden a aspectos de mérito, oportunidad y conveniencia, aquellas quedan absolutamente neutralizadas toda vez que el sujeto llamado por el sistema a satisfacerlas es el mismo que decide el cómo y el cuándo. Evidentemente la respuesta apunta a prioridades, optimización de recursos y búsqueda de medios alternativos. Sin embargo el mandato en cuestión permite por lo

35 Normas Uniformes, art. 15, p. 9.

36 KRAUT, Alfredo Jorge (2006), Salud Mental Tutela Jurídica, Editorial Rubinzal-Culzoni, Pgs. 37, 38 y 41.

37 Artículo 75 inc. 23. Constitución Nacional

menos sostener que le estaría vedado desconocer, restringir o disponer en sentido expresamente contrario. Resulta paradójico suponer que existiendo mandato en un sentido determinado se entendiera como constitucional una reglamentación regresiva. Tal accionar público debiera ser considerado como la creación de un obstáculo expreso y, en tales casos, el derecho a prestación se transforma en un claro derecho de defensa. En este contexto, y analizando los problemas contemporáneos de la igualdad, la igualdad general parte de aquellos presupuestos indicados al comienzo: trato igual e igual tratamiento. Estaríamos en condiciones de afirmar que toda reglamentación de una u otra forma afecta aspectos del principio constitucional. En la Constitución Argentina el Congreso Nacional tiene entre sus facultades una que tradicionalmente le ha sido reconocida bajo la denominación “*ejercicio de poder de policía*” y en aplicación de la cual y desde una visión general del país puede legislar para todo el territorio en aspectos reservados por la norma base a las jurisdicciones locales en el marco del Estado federal. La intención no es avanzar en el estudio del ejercicio de dicha facultad, fuertemente cuestionada desde el principio de las autonomías locales y desde el avance sobre los derechos en el mandato constituyente también el principio de igualdad regional, desarrollo equitativo de zonas y poblaciones. (*El principio de igualdad en el sistema constitucional argentino, Cayuso, Susana, LA LEY, 2003-F,1380*).³⁸

En el terreno de la discapacidad debe extremarse la prudencia al evaluar situaciones de aparente equilibrio, en orden a establecer si existe o no un trato parejo. En este sentido, la realidad demuestra con evidencia, que -desde su nacimiento- M.R. está sumido en un estado de notable inferioridad física y psíquica. En consecuencia, se opera sobre una base irrazonable cuando -comparando las circunstancias del insano y las de su madre-, se toma como iguales a quienes objetivamente no lo son, para concluir que, por haberse abordado ambas solicitudes con reglas homogéneas, no se ha hecho acepción de persona (...) ese proceder fuerza la naturaleza misma de las cosas. Pero también, supone una aproximación sesgada al problema, que desatiende abiertamente los principios jurídicos rectores propios de este campo. Precisamente esos principios aconsejan tender a un cuidado integral

38 SABSAY, Daniel Alberto (2010), TRATADO JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO, DERECHO CONSTITUCIONAL PARTE ORGANICA, Tomo I, Volumen 3, Ed. La Ley.

de las personas discapacitadas, que abarque todos los aspectos relativos a su situación dentro de la sociedad. Trazan así, un estatuto particular respecto del reconocimiento de los derechos de estos seres humanos tan vulnerables, y de las obligaciones que se imponen a los órganos estatales (entre ellos, al Poder Judicial). Aquí resulta particularmente ilustrativo lo dicho repetidamente -con referencia a la mentada ley N° 22.431, pero que puede predicarse del régimen jurídico en su conjunto-, en cuanto a que su propósito apunta, fundamentalmente a habilitar franquicias y estímulos que permitan neutralizar, de algún modo, la desventaja que la discapacidad provoca, mediante una estructura de protección consistente, global e inmediata (...) ese objetivo compatible con la llamada discriminación inversa, que campea en este ámbito de los derechos humanos, cuanta con un fuerte sustento constitucional -art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional-, y exige al intérprete reconocer las naturales diferencias de signo negativo que pesan sobre el discapacitado, para adoptar acciones que propendan a balancearlas. La mejor solución que puede extraerse del ordenamiento, no ha de pasar por negar disimilitudes que resultan ostensibles, sino por adecuarse al mandato constitucional de tutela eficaz de la persona minusválida (arg. arts. 31 de la Constitución Nacional; 1.a y 3.2.b de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por la ley 25.280 (CS, Rogelio Enrique Rojo Rouviere c. Caja de Previsión y Seguridad Social de Abogados y Procuradores de la Provincia, 02/06/2009 – Fallos: 332:1346 – La Ley Online, AR/JUR/21739/2009).

Conclusión

Existe un amplio marco normativo de protección de para las personas con discapacidad, él mismo sufrió un desarrollo histórico que se fue adecuando a la experiencia volcada en los procesos y situaciones en las que estas personas toman parte.

A través de instrumentos internacionales y llegando a la tan mentada y necesaria Ley de Salud Mental n° 26.657 que se analizará más adelante, se pudo “actualizar” las direcciones que se deben tomar, los apoyos que se deben brindar y

cuál es la postura que las instituciones médicas y el Poder Judicial deben quebrar o adaptar a los tiempos que corren, en aras de brindar el tratamiento médico que más se ajuste a cada caso y el proceso justo para la protección de las personas.

La sociedad debe acompañar este proceso de transformación, y para ello es necesario que el Poder Ejecutivo genere planes de promoción social, además del apoyo previsional y la cobertura médica garantizados constitucionalmente.

CAPITULO III: PROCESOS JUDICIALES.

Introducción

En el presente capítulo se explicarán cuales son los procesos judiciales existentes con relación a la discapacidad mental. Se detallarán sus procedimientos brevemente, quienes son las partes intervinientes, los legitimados para promover la acción, a qué apunta cada procedimiento. Siempre en atención a los procesos existentes antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, ya que en otro capítulo se hablará expresamente del nuevo paradigma en procesos judiciales de restricción de capacidad.

Incapacidad

Según el artículo 141 del Código Civil “*se declaran incapaces por demencia, las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes*”. Se han utilizado tres criterios para determinar en qué casos corresponde declarar la demencia de una persona. Dichos criterios son: a) el criterio médico, biológico u objetivo, que otorga importancia a la sola comprobación de la enfermedad mental, son considerar la aptitud del sujeto para el manejo de sus asuntos personales y patrimoniales; b) el criterio económico-social, que considera sólo la idoneidad del sujeto en el manejo de su persona y sus actividades de contenido patrimonial sin meritar el estado de salud mental, y c) el criterio médico-jurídico o mixto, que requiere, para declarar la demencia, que una persona padezca de una enfermedad mental (elemento médico) que produzca efectos en su aptitud para el gobierno de sus asuntos (elemento jurídico). En este último criterio, ambos elementos se encuentran interrelacionados, aunque, en rigor, el elemento médico se subordina al jurídico, en tanto la enfermedad mental, por sí, no puede fundar la declaración de demencia.

El artículo en comentario, adopta el criterio médico-jurídico como fundamento de la declaración de demencia, lo cual es acertado. Es que la enfermedad mental sólo reviste interés para el Derecho cuando redunde en una pérdida de

habilidad del manejo de los asuntos relevantes de la persona.

Cualquier persona, sin considerar su sexo o edad, puede ser declarada demente siempre que se comprueben los presupuestos fáctico y procesal. El presupuesto fáctico hace a la existencia de enfermedad mental con virtualidad para impedir al sujeto administrar su persona o sus bienes y la viabilidad procesal tiene que ver con la inexistencia de impedimentos de tipo procesal para que la demencia sea declarada.

Para ser presupuesto médico de la interdicción, la enfermedad mental debe reunir requisitos de gravedad, actualidad y habitualidad. La gravedad de la enfermedad mental se mide considerando la entidad de la disminución de la aptitud del sujeto enfermo para administrar su persona o sus bienes. El texto del artículo es claro, en el sentido de que la demencia debe declararse cuando la afectación de la aptitud de autogobierno sea muy importante. Por ello, para poder ser presupuesto de la interdicción, la enfermedad mental debe anular, o afectar gravemente, la aptitud del sujeto para administrar sus asuntos personales y patrimoniales³⁹.

Así, ciertos estados mentales, sin duda anormales desde el punto de vista médico-psiquiátrico (supuesto de delirio, psicosis parafrénica o alienación), si no afectan de manera sustancial al sujeto enfermo en el manejo de sus asuntos personales y patrimoniales, no habilitarían la declaración de demencia.

La enfermedad mental grave debe existir al tiempo de la interdicción, más allá de remisiones transitorias que suelen ser frecuentes pero que no obstan a la subsistencia de la enfermedad.

La habitualidad debe analizarse desde el punto de vista de su implicancia temporal y en relación con los intervalos lúcidos, desde el punto de vista temporal, la habitualidad implica que la enfermedad mental debe ser un estado permanente en el sujeto que la padece y no un estado accidental, independientemente de la duración de dicho estado o de la existencia de interrupciones. A los efectos de determinar la habitualidad, reviste especial importancia la posibilidad de que la enfermedad dure en el futuro. Habitualidad no es sinónimo de continuidad, ya que esta última puede verse interrumpida por intervalos lúcidos o remisiones. Tampoco debe identificarse

³⁹CNCiv., sala C, 1-9-81, E.D. 98-439; sala A, 15-11-84, L.L. 1985-A-78.

con duración prolongada, lo que importa es la proyección de la enfermedad.⁴⁰

Para dar inicio al proceso debe realizarse la denuncia de insania, que se debe presentar ante juez competente. Asimismo, debe reunir los extremos necesarios para que se justifique la iniciación del proceso de insania también en los términos establecidos por los códigos rituales locales. Sólo tienen legitimación para solicitar la interdicción de un sujeto aquellos mencionados en el artículo 144⁴¹.

La presentación de la denuncia al juez competente debe ser acompañada de certificados médicos que den cuenta del estado mental del presunto demente y de su peligrosidad actual. Los certificados deben versar no sólo sobre el diagnóstico médico, sino también sobre la idoneidad del enfermo para gobernar sus asuntos personales y patrimoniales. En caso de que sea imposible contar con los certificados médicos al presentar la denuncia, el juez puede ordenar la revisión por médicos forenses, que deben producir un informe dentro de las 48 horas.

La presentación de la denuncia idónea producirá la apertura del juicio de insania, dicha apertura no produce efectos sobre la capacidad del insano, aunque la misma puede sufrir algunas limitaciones.

Luego se dispondrá el nombramiento de un curador provisorio ad litem, la producción de la prueba y la designación de tres médicos psiquiatras para que en el plazo que se les fije presenten un informe sobre el estado de las facultades mentales del presunto enfermo. Estos pasos pueden variar o los plazos extenderse o acortarse dependiendo del procedimiento de cada provincia.

Las partes en el juicio de insania son el curador ad litem, el Ministerio Pupilar, el denunciante y el denunciado.

El curador ad litem tiene como función representar y defender al insano en el proceso de insania. La representación que desempeña es de carácter legal y

⁴⁰COMPAGNUCCI DE CASO, FERRER, KEMELMAJER DE CARLUCCI, KIPER, LORENZETTI, MEDINA, MENDEZ COSTA, MOSSET ITURRASPE, PIEDECASAS, RIVERA, TRIGO REPRESAS (2011), CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA EXPLICADO, Tomos I, Editorial RUBINZAL-CULZONI, Pgs. 327, 328 y 329.

⁴¹ Art. 144. Los que pueden pedir la declaración de demencia son: 1° Cualquiera de los cónyuges no separado personalmente o divorciado vincularmente. 2° Los parientes del demente; 3° El Ministerio de Menores; 4° El respectivo cónsul, si el demente fuese extranjero; 5° Cualquiera persona del pueblo, cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos. Código Civil de la Nación derogado por Ley n° 26994.

necesaria. Es legal en tanto la función sustitutiva de la voluntad que lleva a cabo el curador ad litem, en los aspectos de su competencia, viene impuesta por la ley, y no obsta a la referida sustitución que el propio insano conserve ciertas facultades, como la de ofrecer pruebas tendientes a demostrar su capacidad. La designación del curador es indispensable para la validez del proceso, para asegurar una defensa eficaz del insano. La defensa que ejerce debe ser entendida como ayuda en la averiguación y determinación del verdadero estado de las facultades mentales del presunto insano para que se provea de lo más conveniente para el mismo. La defensa, entonces, excede en mucho a procurar que se rechace la interdicción, y se desnaturalizaría si sólo tuviera como objetivo atacar las alegaciones de enfermedad mental del denunciante⁴².

Curatela

La curatela es la representación legal que se da a los mayores de edad que son incapaces por demencia (art. 141, CCiv.)⁴³ o por ser sordomudos que no saben darse a entender por escrito (art. 153, CCiv.)⁴⁴. Por tanto, es la institución destinada al gobierno de la persona y de los bienes de los mayores de edad incapaces de administrar sus bienes, por haber sido declarados interdictos por demencia o por ser sordomudos que no saben leer ni escribir. El art. 481, CCiv., dispone: *“La obligación principal del curador del incapaz será cuidar que recobre su capacidad, y a este objeto se han de aplicar con preferencia las rentas de sus bienes”*. Como lo señala la norma, el curador tiene como finalidad primordial el cuidado del incapaz para que recobre su capacidad. En el caso de insania tiene obligación de adoptar todas las medidas tendientes a la curación del enfermo. En el supuesto del sordomudo que no sabe darse a entender por escrito, la finalidad habrá de ser lograr que éste aprenda a leer y escribir. A ello, obviamente se une la obligación de proteger al interdicto y de

⁴² CNCIV., sala B, 2-9-92, L.L. 1993-36; sala D, 30-6-93, L.L. 1993-D; sala B, 15-2-80, E.D. 88-795; sala F, 19-10-90, L.L. 1991-c-335, y SCBA, 19-9-78, J.A. 1979-III-488.

⁴³ Art. 141. Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes. Código Civil de la Nación derogado por Ley n° 26994.

⁴⁴ Art. 153. Los sordomudos serán habidos por incapaces para los actos de la vida civil, cuando fuesen tales que no puedan darse a entender por escrito. Código Civil de la Nación derogado por Ley n° 26994.

administrar sus bienes según lo dispone el citado art. 468, CCiv., cuando dice: “*Se da curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes*”. De esta manera, el fin de la institución se dirige a la protección del incapaz y a lograr su recuperación, procurando que el representado supere la causa que ocasionó su incapacidad, y al gobierno de su persona y administración de sus bienes. El curador ha de aplicar preferentemente para dichos fines las rentas de los bienes de su representado, y si éstas eventualmente resultaran insuficientes, podrá recurrir al capital para satisfacer los gastos que ello demandare. Sin perjuicio de ello, debe velar para evitar que, aprovechándose de la incapacidad del interdicto, los terceros lo exploten, y que se vea perjudicado su patrimonio.

El Código Civil regula un orden de preferencia en cuanto a las personas llamadas al ejercicio de la curatela. No obstante ello, el orden no será respetado cuando las personas llamadas al ejercicio de la curatela carezcan de la aptitud necesaria para el ejercicio de tal función. En este caso, será el juez el encargado de apartarse del orden legal designando una persona de orden posterior o proveyendo una curatela dativa.

A continuación analizaremos el orden dado por la ley: El art. 476 del Código Civil establece: “*El cónyuge es el curador legítimo y necesario de su consorte, declarado incapaz*”. El fundamento de esta norma radica en el carácter unitivo del matrimonio, y en derechos-deberes que en su consecuencia se derivan (arts. 198⁴⁵ y 199⁴⁶, CCiv.). Ello queda confirmado por la utilización, por parte del legislador, de los términos “legítimo y necesario”, denotando la imposibilidad de excluir al cónyuge del cuidado y la protección del otro. Sin embargo, amén de la redacción imperativa de la norma, el juez podrá apartarse de ésta, recayendo la designación de curador en un tercero, siempre que mediaren razones justificadas.

El art. 477 del Código Civil dispone: “*Art. 477. Los hijos mayores de edad, son curadores de su padre o madre viudo declarado incapaz. Si hubiera dos o más*

45 Art. 198. Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos. Código Civil de la Nación derogado por Ley n° 26994.

46 Art. 199. Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos. Código Civil de la Nación derogado por Ley n° 26994.

hijos, el juez elegirá el que deba ejercer la curatela". Así, el juez deberá merituar la idoneidad, aptitud y predisposición para el ejercicio del cargo, al tiempo de su designación. En igual sentido, procederá la designación de los hijos cuando el cónyuge resulte inidóneo.

El art. 478 dispone: *"Cualquiera de los padres es curador de sus hijos solteros, divorciados o viudos que no tengan hijos mayores de edad, que puedan desempeñar la curatela"*. En tal sentido, ante la ausencia del cónyuge o de hijos mayores de edad, la curatela será discernida a favor de cualquiera de los padres.⁴⁷

El art. 479 del Código Civil establece: *"En todos los casos en que el padre o madre puede dar tutor a sus hijos menores de edad, podrá también nombrar curadores por testamento a los mayores de edad, dementes o sordomudos"*, y por último el art. 480 marca: *"El curador de un incapaz que tenga hijos menores es también tutor de éstos"*.

Es importante diferenciar que, si bien ambas figuras legales suelen darse en el mismo proceso, la llamada incapacidad y/o insania está dirigida hacia la persona pasible de la restricción del ejercicio de su capacidad, mientras que la curatela se dirige al "apoyo" o "acompañante" que debe tener el declarado incapaz. Es decir, un proceso tiende a proteger al sujeto de derecho, mientras el otro establece las obligaciones y direcciones impuestas por la ley a los familiares o allegados al interdicto, con el fin de que lo asistan y procuren siempre que sea posible, que recupere el total uso de capacidad.

Internación

Los principios de Salud Mental limitan la internación involuntaria en una institución psiquiátrica a las personas que padezcan una enfermedad mental diagnosticada "con arreglo a normas médicas aceptadas internacionalmente". Además, es preciso que se haya determinado que, debido a su enfermedad mental, la persona reúne uno de los dos requisitos siguientes: 1) que exista un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros. La ley 26.657 dispone

47 PERRINO, Jorge O. (2010), DERECHO DE FAMILIA, Tomo III, Ed. Abeledo Perrot, Pgs. 2448/2457.

que “La internación involuntaria de una persona debe concebirse como recurso terapéutico excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios, y sólo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros” (art. 20). 2) Si su capacidad de juicio está afectada y el hecho de que no se la admita o retenga puede llevar a un deterioro considerable de su condición o impedir que se le proporcione un tratamiento apropiado que sólo puede aplicarse si se admite al paciente en una institución psiquiátrica. Este segundo requisito es mucho más amplio que el primero y da lugar al riesgo de que se someta a internación psiquiátrica a toda persona que necesite tratamiento. Por lo tanto, es sumamente importante que vaya asociado al principio de la opción menos restrictiva, es decir que no se pueda internar involuntariamente a una persona en una institución a menos que le sea imposible recibir servicios apropiados en la comunidad.

Los principios de Salud Mental permiten la internación durante un período breve, determinado por la legislación nacional con fines de observación y tratamiento preliminar del paciente, mientras el órgano de revisión considera la admisión o retención. Después de ese período, toda internación podrá ser ordenada exclusivamente por un órgano judicial y otro órgano independiente e imparcial establecido por la legislación nacional. La decisión relativa a la internación psiquiátrica de una persona, aunque sea inicialmente de carácter médico o psiquiátrico, está en último término sujeta a examen judicial para garantizar que la determinación se a compatible con las normas jurídicas. El órgano de revisión tendrá a su disposición a uno o más profesionales capacitados en materia de salud mental que deben ser independientes de la institución que prevé internar a la persona. Una persona internada involuntariamente tendrá derecho a apelar ante un tribunal superior.

El paciente internado involuntariamente tiene derecho a designar a un defensor para que lo represente en su calidad de paciente, incluso para que lo represente en todo procedimiento de queja o apelación. Si el paciente carece de medios suficientes para pagar, se pondrá a su disposición un defensor sin cargo alguno. Si es necesario, el paciente tendrá derecho a la asistencia de un intérprete. El paciente y su representante personal y defensor tendrán derecho a asistir

personalmente a la audiencia y a participar y ser oídos en ella. Podrán asimismo solicitar y presentar un dictamen independiente sobre su salud, e informes y pruebas orales, escritas y de otra índole. Los Principios de Salud Mental también establecen procedimientos para que el paciente y su defensor puedan disponer del expediente del paciente.

Las personas internadas involuntariamente tienen derecho al examen periódico de su caso. Para el examen rigen los mismos derechos que para la primera determinación de internación⁴⁸.

Para cumplir la exigencia de que una privación de la libertad sea verdaderamente consentida, la internación psiquiátrica debe, por lo tanto, disponerse sin afectar los principios de “legalidad” (juridicidad) y de “no arbitrariedad”: tiene entonces que ser razonable, previsible y proporcional. En tal sentido, las medidas privativas de la autonomía de una persona deben ser justificadas, excepcionales, subsidiarias –o sea, tomarse como último recurso terapéutico-, y por ello son transitorias, pues han de cesar de inmediato al desaparecer las causas que la justificaron⁴⁹.

El proceso en relación a la internación involuntaria suele ser el dispuesto en el art. 482⁵⁰ del Código Civil en relación a los presupuestos a seguir, delegándose a las provincias el procedimiento a aplicar, pero debiendo ser superado cualquier formalismo procesal por las normas convencionales y los principios rectores en materia de Salud Mental.

⁴⁸ KRAUT, Alfredo Jorge (2013), REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO 2013-1, Derecho y salud mental, Editorial Rubinzal-Culzoni, Pgs. 179/180.

⁴⁹ RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil. Parte general* cit., t. I, p. 492.

⁵⁰ Art. 482. No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial. Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud para las personas que se encuentren afectadas de enfermedades mentales y adicciones, que requieran asistencia en establecimientos adecuados aunque no justifiquen la declaración de incapacidad o inhabilidad. Código Civil de la Nación derogado por Ley n° 26994.

Inhabilitación

La inhabilitación judicial es un remedio para quienes, por padecer ciertas deficiencias psíquicas, físicas o de conducta, pueden otorgar actos jurídicos perjudiciales para sí mismos o para sus familias en el caso de las personas denominadas pródigos.

El art 152 bis CCiv.⁵¹ regula la institución de los inhabilitados, se introduce un nuevo concepto de curador, toda vez que éste no representa al inhabilitado limitando su función solamente a la tarea asistencial necesaria para integrar la validez del acto celebrado por el inhabilitado, mediante el asentamiento simultáneo o posterior con el consentimiento de aquel.

El presupuesto de la inhabilitación es la ebriedad o la toxicomanía habituales del sujeto y las deficiencias de conducta que aparejan y que pueden llevarlo a otorgar actos perjudiciales para su persona o patrimonio. Rige aquí el criterio médico-jurídico para la determinación de la inhabilitación. Ambos extremos (habitualidad de la adicción e incidencia en la conducta) deberán ser probados en el proceso que se inicie a tal efecto.

La semialienación comprende toda disminución de las facultades mentales que no llega a privar a una persona de la razón, pero que la imposibilitan desarrollar normalmente su vida de relación. El concepto incluye a los ancianos seniles, a los retrasados mentales, a los que padecen mal del Alzheimer, siempre que en estos casos la enfermedad no tenga gravedad suficiente como para poder sustentar la

51 Art. 152 bis. Podrá inhabilitarse judicialmente: 1° A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio. 2° A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio. 3° A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Solo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes. Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación. Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos. Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Código Civil de la Nación derogado por Ley n° 26994.

declaración de demencia.

La inhabilitación será procedente si se acredita tanto el presupuesto médico como la incidencia del mismo en la conducta de quien padece la disminución.

Pródigo es aquella persona que disipa sus bienes sin justificación. La inhabilitación se declara fundamentalmente para proteger a los familiares del pródigo.

Resulta necesaria la presencia de negocios jurídicos de administración o de disposición que constituyan verdaderos actos de dilapidación por su irracionalidad o por la carencia de justificación. La verificación de negocios con consecuencias patrimoniales negativas no puede constituir la base de la inhabilitación de una persona si fueron objeto de evaluación razonable o si tienen alguna justificación.

La prodigabilidad tiene carácter objetivo y es causal autónoma de inhabilitación. Ello implica que la actividad probatoria en esta materia tendrá por objeto fundamentalmente acreditar los negocios injustificados con consecuencias patrimoniales graves sin hacer especial hincapié en la presencia de enfermedad mental o semialienación, que pueden o no presentarse y ser de difícil prueba.

La dilapidación tiene que ser importante en comparación con el patrimonio de la persona. No puede declararse la inhabilitación si el gasto injustificado no incide sustancialmente en la situación patrimonial de una persona.

Se necesitan de la reiteración en los actos de prodigabilidad. La realización de un acto aislado de prodigabilidad no justificaría la inhabilitación.

Con la inhabilitación del pródigo se protege a sus familiares, por lo que sólo los mencionados en el inciso 3º están legitimados para solicitarla. Un sujeto sin ascendientes, descendientes ni cónyuge no podrá ser inhabilitado por esta causal.⁵²

La asistencia que necesita el inhabilitado es cumplida por el curador. Asistencia implica que el inhabilitado puede ejercer personalmente sus derechos, pero la voluntad jurídica relevante para el otorgamiento de un acto jurídico se integra con

⁵² COMPAGNUCCI DE CASO, FERRER, KEMELMAJER DE CARLUCCI, KIPER, LORENZETTI, MEDINA, MENDEZ COSTA, MOSSET ITURRASPE, PIEDECASAS, RIVERA, TRIGO REPRESAS (2011), CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA EXPLICADO, Tomos I, Editorial RUBINZAL-CULZONI, Pgs. 357, 358 y 359.

la del curador, quien debe expresar su asentamiento para la realización del acto.⁵³

El inhabilitado sigue siendo una persona capaz de hecho, pero su capacidad de disponer por actos entre vivos queda limitada, como también puede estarlo su capacidad para administrar de acuerdo a los dos últimos párrafos del artículo⁵⁴. Capacidad de disponer significa capacidad de celebrar actos que impliquen la salida de bienes del patrimonio. El inhabilitado no puede celebrar este tipo de actos sin la asistencia del curador que se le designa.

Los aspectos procesales de la inhabilitación estarán regidos por los códigos de rito de cada provincia. En caso de que dichos cuerpos legales no se pronuncien al respecto, rigen las normas relativas a la declaración de insania en la medida que resulten compatibles. Esta afirmación deriva en la problemática procesal de aplicar a todos los niveles de restricción de capacidad el mismo procedimiento, lo que se analizará en el capítulo correspondiente.

La legitimación para iniciar el proceso de inhabilitación en los dos primeros incisos del artículo está en cabeza de las personas indicadas en el artículo 144⁵⁵.

El proceso de inhabilitación debe iniciarse con una denuncia de parte legitimada, la que deberá ser acompañada de certificados médicos, salvo en el caso de los pródigos. Corresponde dar traslado al denunciado de dicho pedido y luego debe abrirse a prueba por el término de treinta días (arts. 626 y 632, CPCCN).

Cuando se trata de denuncias basadas en los incisos 1º y 2º, se deberá efectuar el peritaje médico de los artículos 142 y 143. No es indispensable este peritaje en el caso del pródigo, aunque es prudente realizarlo para conocer su verdadero estado mental⁵⁶. No corresponde designar un curador ad litem durante el proceso, pero sí podría designarse un curador ad bona si las circunstancias lo aconsejaran. El artículo 637 del CPCCN establece que el proceso de inhabilitación en caso de prodigabilidad tramitará por juicio sumario.

⁵³ CNCiv., sala B. 19-3-93, L.L. 1993-D-355

⁵⁴ CNCiv., sala B, 22-3-200, L.L. 200-E-471; ídem, 22-4-97, L.L. 1997-E-6

⁵⁵ Art. 144. Los que pueden pedir la declaración de demencia son: 1º. Cualquiera de los cónyuges no separado personalmente o divorciado vincularmente. 2º Los parientes del demente; 3º El Ministerio de Menores; 4º El respectivo cónsul, si el demente fuese extranjero; 5º Cualquiera persona del pueblo, cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos. Código Civil de la Nación derogado por Ley n° 26994.

⁵⁶ CNCiv., sala G, 26-10-98, L.L. 199-C-546.

Conclusión

Los procesos judiciales de restricción de la capacidad responden a distintos tipos de trámite, que tienen relación con los diferentes grados de afectación de la persona sobre la que se pretende recaiga la restricción.

Así tendremos causas tendientes a evitar tanto un desmedro económico como un posible riesgo para terceros o para la persona misma. Por ello deben entenderse cada uno en su espíritu y extensión, atendiendo además al compromiso que deben asumir quienes sean designados curadores.

La legitimación para promover la denuncia está dada por el artículo 144 del Código Civil, que amplía el número de sujetos que pueden promover la acción dependiendo el grado de incapacidad que se pretende lograr y el peligro que la persona pueda causar.

CAPITULO IV: LOS PROBLEMAS DEL PROCESO.

Introducción

Muchos son los inconvenientes a los que se enfrentaron las personas con discapacidad mental a la hora de acceder a la justicia y estar en un proceso judicial. Estos “descuidos”, “omisiones” o falta de “empatía” generaron la dilación de trámites que debían encontrar la expedición como causa fuente, máxime teniendo en cuenta que el grueso de las causas respondían a la búsqueda de un beneficio social o la privación de la libertad de la persona, supuestos que en sí mismos inducían a la necesidad y urgencia que acompañaban a quienes acudían a los estrados.

Asimismo, se desvirtuaban los principios garantistas del proceso, se invertía la presunción de capacidad y el designado curador ad litem pasaba a ser un mero espectador de un proceso pasivo e innecesariamente extenso, para arribar a una sentencia desnaturalizante y estigmatizante, a veces construida a la medida de los familiares de la persona con discapacidad, y teniendo muy poco o nada en cuenta la protección que dicha persona merecía, desmembrando la autonomía personal.

Caben dos aclaraciones: por supuesto hay magistrados y tribunales que corrigieron el camino antes de la gran y necesaria reforma que trae el Código Civil y Comercial de la Nación, y debe entenderse el desarrollo del presente capítulo como problemas que se suscitaron “antes” de la entrada en vigencia del nuevo Código, ya que, como se analizará más adelante, la redacción del mismo y los principios que pregona vienen a corregir cualquier tipo de vicisitud pasada.

El siguiente capítulo responde a un análisis de la bibliografía recopilada en doctrina y jurisprudencia, y en especial, a un recorrido por los tribunales de mi ciudad en los tres juzgados civiles existentes, y por el juzgado de Familia de Reconquista en funciones desde hace casi 5 años. A través de entrevistas y gracias a la disposición de los agentes judiciales, respetando fervientemente el principio de reserva en este tipo de causas, me vi en la posibilidad de recopilar los principales problemas emergentes de los procesos en donde las personas con discapacidad mental toman parte.

El mismo proceso

Uno de los problemas más comunes en los procesos judiciales tendientes a la restricción de la capacidad era la aplicación del mismo proceso a causas con distintos objetos. En la práctica se naturalizó de manera preocupante la palabra “incapacidad”. Sin prestar demasiada atención a los hechos expuestos en la demanda o al derecho invocado en el petitorio (en el que también por supuesto los abogados intervinientes se llevan su gran parte de culpa), el proceso se convertía en un híbrido de todas las causas y el resultado siempre parecía ser el mismo: la incapacidad. Podría decirse quizás que parte de la confusión nace del artículo 682 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe que expresa: “La declaración de incapacidad deberá solicitarse por parte legítima, según lo dispuesto por el Código Civil, y se substanciará por el trámite de juicio sumario...”⁵⁷, es decir, antes de ver en qué supuesto legal de restricción a la capacidad nos encontrábamos, la ley procesal local nos dice que será una “Declaración de Incapacidad”. Este problema de términos, llevó a la confusión en la práctica del derecho.

Así desde la carátula del expediente el trámite llevaría a un solo fin: “la incapacidad”. La inhabilitación se daba en muy contadas ocasiones gracias a profesionales atentos a la hora de encausar el juicio. La curatela podría llevar ese nombre pero el proceso siempre recaía en la incapacidad. Y la internación compulsiva resultaba en un mero trámite cautelar, con más relación a una medida autosatisfactiva que siguiendo el proceso y los principios dispuestos en el artículo 482⁵⁸ del Código Civil.

⁵⁷ ARTÍCULO 682: La declaración de incapacidad deberá solicitarse por parte legítima, según lo dispuesto por el Código Civil, y se substanciará por el trámite de juicio sumario. Presentada la solicitud, el juez nombrará un curador provisorio para que represente al incapaz en el juicio. Todas las actuaciones se harán con intervención del defensor general y del peticionario. Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe.

⁵⁸ARTÍCULO 482. No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial. Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud para las personas que se encuentren afectadas de enfermedades mentales y adicciones, que requieran asistencia en establecimientos

El curador

Como ya se detallara en el capítulo anterior, el nombramiento del curador responde a dos directrices: lograr que la persona con discapacidad sea representada con la mayor objetividad posible y, procurar ejercer un contrapeso entre lo expuesto por lo familiares y allegados a la misma (que son quienes promueven la pretensión), buscando en el proceso controlar, ofrecer pruebas, contestar traslados y alegar, a los fines de dilucidar si el estado de la persona es el que se detalla en la demanda. Es decir, el papel del curador es el de llegar al juicio y no solo asegurarse que la situación sea la relatada sino también, la de demostrar que quizás el estado de la persona puede ser más o menos grave de lo que se expresa.

Su papel responde también al control estatal, ya que su designación resulta de la inscripción en una lista oficial. Se busca además, evitar las “suspicias” que pudieran generar la búsqueda de una declaración de incapacidad de alguien que no la padeciera, teniendo el curador iguales prerrogativas a las de un letrado de parte, pero adicionándole además la carga pública.

En la práctica, en una gran cantidad de causas, la designación del Curador Ad litem dejó de ser una “carga pública” para convertirse en una “carga”. El proceso sumario de la declaración de incapacidad responde a los siguientes momentos esenciales respecto del curador: la aceptación del cargo (previo sorteo de la lista oficial), la contestación de la demanda (con el planteo de sus excepciones si correspondiere), el ofrecimiento de pruebas, la producción de las mismas, el alegato y el llamamiento de autos.

La aceptación de cargo suele no presentar ningún tipo de inconvenientes, al igual que la contestación de la demanda. Ahora bien, al momento de la apertura a prueba suele comenzar el problema; en contadísimas oportunidades un curador suele ofrecer pruebas, y en los tribunales de los cuales extraigo estos datos la expresión “manifiesto que estaré a las probanzas de la parte actora” se convirtió en una frase de uso común. No sólo no ofrecen pruebas que puedan dilucidar si la situación de la persona es la manifestada en la demanda, sino que no controlan la prueba contraria.

adecuados aunque no justifiquen la declaración de incapacidad o inhabilidad. Código Civil de la Nación derogado por Ley n° 26994.

Las pruebas por excelencia en estos procesos suelen ser tres: documental (casi siempre el certificado de discapacidad), el examen facultativo del que se hablará luego y las testimoniales, que suelen ser integrantes de la familia y/o vecinos de la persona. Se deja de lado el contacto con el juez porque responde a un imperio legal más que a una elección facultativa de un medio probatorio.

Por ende, cabe inferir que el control que debe efectuar el curador designado es sobre las audiencias que tomen parte en el proceso, situación que no sucede. Las testimoniales se llevan a cabo con pliegos abiertos, preguntas muy generales, y con la ausencia del curador, pese a estar debidamente notificado. Teniendo en cuenta además que las personas citadas responden aunque así no lo quieran, al interés particular de la persona que promueve la demanda, no de la persona sobre la cual debe caer la protección jurídica.

Consultando de manera general, las respuestas que recibí acerca del por qué de este “abandono” procesal, suelen ser dos: el hecho de recibir la “carga” de ser curador que les quita tiempo en causas propias (la integración en la lista oficial en la provincia de Santa Fe dura 3 años, siendo la misma renovable) y la otra, la baja regulación de honorarios por la labor desplegada (pese a ser poca) y la posibilidad de no llegar a percibirla.

Respecto de la sentencia, pese a que la misma puede ser apelada por el curador si resulta la declaración de incapacidad, y no poniendo el acento en si sería obligación o no apelar la misma; preguntando sobre si en los últimos 5 años se apelaron sentencias que declaraban la incapacidad de una persona me supieron responder que sí, una, un curador la apeló por disconformidad con su regulación de honorarios.

Examen facultativo

La primera parte del artículo 684 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe reza: “Es esencial en este procedimiento, el informe pericial de tres facultativos...”⁵⁹, siguiendo además lo dispuesto en el

⁵⁹ ARTÍCULO 684°.- Es esencial en este procedimiento, el informe pericial de tres facultativos si los hubiese en el lugar. Si el presunto incapaz estuviere recluido en un establecimiento oficial, el informe

artículo 142 del Código Civil⁶⁰. Dichos preceptos determinan que la declaración de incapacidad de una persona debe ser dispuesta siempre que exista un examen de tres profesionales relacionados con la salud, que determinen el grado de peligro, alienación o enfermedad que la persona posea.

Dicho examen suele ser llevado a cabo por médicos psiquiatras y/o especialistas en la rama de salud mental, ya que debe entenderse que solo los expertos en la materia pueden determinar con justa causa cual es el padecimiento sufrido por la persona.

Si la pericia responde a los peritos designados por el estado, en los tribunales consultados, la pericia en la actualidad se realiza por: el Médico Forense (psiquiatra), una licenciada en Enfermería y una licenciada en Trabajo Social. Ellos cumplen con la disposición “facultativos”, ya que analizarán a la persona y su dolencia o la enfermedad que padeciera, desde ángulos distintos pero convergiendo inevitablemente en la persona y su comportamiento. Dicha pericia se firma y se entrega en tres ejemplares, detallando el estado de la persona, si necesita algún tipo de restricción o no, y el o los acompañamientos que necesita para llevar adelante su vida. Retomando la problemática anterior, en menos de la mitad de las audiencias que suelen ser fijadas al menos con dos meses de anticipación, se encuentra presente el curador ad litem.

Cabe la aclaración también, que cada parte, de contar con medios y si así lo desea, puede buscar integrar la Junta Médica con el Médico Forense, debiendo proponer los dos peritos restantes y corriendo el debido traslado al curador ad litem para que se expida prestando su conformidad o impugnando la propuesta. En este caso la pericia pasa a ser privada con incidencia pública gracias a la presencia del Médico Forense.

podrá ser producido por médicos del mismo. El juez siempre que fuere posible, deberá tomar conocimiento directo y personal del presunto incapaz. Si éste pretendiere ser oído, será admitido como parte. Declarada la incapacidad, se nombrará curador definitivo. Las costas serán siempre a cargo del insano cuando resulte que el denunciante no ha procedido, en la denuncia y en su actuación procesal ulterior, si la asumiere, con temeridad o imprudencia. Lo mismo se resolverá cuando el proceso no llegue a su término por motivo no imputable al denunciante. Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe.

⁶⁰ Art. 142. La declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte, y después de un examen de facultativos. Código Civil de la Nación derogado por Ley n° 26994.

El problema se suscita cuando la pericia resulta netamente privada, es decir, si bien se realiza dentro del proceso judicial, los peritos propuestos son de parte y sin el control del curador, o el simple e incondicionado asentimiento del mismo. A modo de ejemplo: supongamos que Lola es paciente desde hace 2 años de tres médicos en tres especialidades distintas y luego en el juicio la hermana de Lola propone integrar la junta médica con esos tres profesionales, ¿a qué resultado arribarán?. Sin tornarlo una cuestión de ética profesional, es fácil inferir que se encuentra presente en dicha pericia una fuerte carga subjetiva, por conocer a la paciente, haberla tratado y saber por la situación que atraviesa la familia de la misma. Otra vez, el peso de que esto suceda o no cae en el curador, quien tiene la carga pública de asegurarle a la persona con discapacidad y al estado, la debida intervención para el debido proceso.

En este caso, la pericia suele hacerse casi a ciegas. La aceptación de cargos se efectúa a veces en un solo escrito suscripto por los tres peritos. El curador debe concurrir a un consultorio privado a los fines de la pericia, y en la práctica casi no sucede. El resultado: tenemos a una persona que parece no haber mejorado con el tratamiento efectuado por estos profesionales y por ende debe ser declarada incapaz.

La falta de inmediatez

El segundo párrafo del artículo 684 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe establece: “El juez siempre que fuere posible, deberá tomar conocimiento directo y personal del presunto incapaz. Si éste pretendiere ser oído, será admitido como parte”. Pueden inferirse dos dicotomías respecto de lo dispuesto: “siempre” que fuere posible, como regla y no como excepción, otorgando el lugar que dispone el principio de inmediatez y denegando u omitiendo dicho contacto del juez a causas excepcionales casi invencibles o, siempre que fuere “posible”, otorgando una clara arbitrariedad a dicho precepto, cuya omisión podría operar por un cumulo de causas, por considerarlo innecesario, por la contundencia de la pericial médica, por el “estado” denunciado en la demanda, etc. Por supuesto la jurisprudencia adhiere a la teoría de la obligatoriedad del contacto y de la excepción de la omisión. Pero el criterio le pertenece a los jueces, y en sentencias con casi nulas probabilidades de ser apeladas, la postura a tomar es la del

no contacto si las pruebas dan mínimos indicios de los hechos relatados en la demanda.

Así, si bien un juez no puede disponer la declaración de incapacidad con un mero encuentro con la persona sin el examen de los facultativos, sí puede entender los grados a los que llegaría dicha dolencia, si existe, si la persona necesita apoyos, o inclusive, si la denuncia fue efectuada en un episodio aislado y discontinuado, pudiendo rechazar la demanda.

“Descansar” en la espera del resultado de la pericial médica atenta contra el precepto legal procesal y de allí hasta las normas internacionales analizadas previamente.

Por supuesto que si es difícil fijar una audiencia para tomar contacto con la persona, más difícil será acudir a un domicilio particular en horario de atención al público a los fines de constatar la situación del sujeto.

Pero siendo una causa civil y dispositiva, pese a que la ley procesal dispone la oficiosidad del contacto, también debe recaer la responsabilidad de omisión de contacto al abogado de parte, al curador y al Ministerio Pupilar.

La incapacidad como regla

En capítulos anteriores se supo detallar y esgrimir el principio de la “capacidad como regla, incapacidad como excepción”, pues bien, los primeros decretos de las causas de restricción a la capacidad y cuando suelen designarle el curador provisorio que lo acompañará durante el proceso comienzan generalmente así: “Desígnase Curador Provisorio del presunto incapaz a...”, es decir, la presunción se invierte, desde que una persona entra al proceso pasa a ser el presunto incapaz, en una simple inferencia lógica se entiende entonces que su incapacidad se presume, por oposición su capacidad será la excepción.

Por supuesto que esto responde a un error de sintaxis y a un razonamiento faláz, pero no son pocos los proveídos donde se evidencia el error, y ninguna de las partes del juicio realizó el reclamo correspondiente. Este problema de interpretación y traducción podría compararse con llamar en una causa penal a un imputado por homicidio “presunto homicida”, es decir, atentar contra un principio constitucional,

el de inocencia y debido proceso. En nuestra materia sucede lo mismo, esta práctica atenta contra el principio de capacidad y debido proceso.

En un taller sobre los procesos judiciales de las personas con discapacidad una madre de manera muy enfática se oponía a iniciar la causa correspondiente, pese a demostrar certeramente el por qué se debía iniciar el proceso, explicándole que era en búsqueda de proteger a su hijo y brindarle la tutela jurídica correspondiente, ella insistía en la negativa, hasta que le pregunté: “¿Por qué no quiere iniciar la curatela?”, la respuesta resume lo expuesto en estos párrafos: “No quiero que mi hijo sea un muerto civil”.

Internación

Los presupuestos de la internación y su excepcionalísima disposición ya fueron analizados en el capítulo anterior. Ahora bien, no solo los presupuestos suelen aminorarse sino que además, la orden de una internación judicial involuntaria pasa a dejar de ser de excepción, o se dispone de tal manera como si fuese una medida para resguardar a las personas que denuncian las cargas o molestias de quien padece la discapacidad, y no como medida para proteger a la misma.

El trámite en la práctica se desvirtuó de tal manera que si bien, como medida cautelar en caso de ser grave y/o inminente puede ordenarse la internación, la causa debe seguir con las garantías correspondientes, pero suele iniciarse la internación involuntaria casi como una medida autosatisfactiva. A tal punto, que en un caso de este año a través de una medida autosatisfactiva y citando en derecho a la Ley Provincial de Violencia Familiar nº 11.529, un juez dispuso la internación sin más trámite, desmembrando todas las garantías procesales y constitucionales de la persona acusada, máxime habiendo sido dispuesta dicha medida durante una feria judicial y aplicándola dentro de un marco normativo absolutamente equivoco.

Asimismo, y atento a este despacho irrestricto de internaciones, los denunciados y sus representantes recurren a esta figura casi sin un mínimo reparo en las cuestiones de hecho y derecho. Como el caso del hombre que pedía la internación de su vecina porque luego de varias discusiones la misma le rompió el vidrio del auto

con un fierro. En este caso, con gran criterio y atino la jueza que entendió en la causa decidió no hacer lugar al pedido.

Los casos expuestos son sólo a manera de ejemplificar el desmedro en la práctica que sufrió la internación, tanto por dispendios judiciales descuidados y excesivos, como también por parte de abogados y defensores que no repararon en invocar correctamente el derecho correspondiente.

El abogado

Estando una vez en una charla sobre discapacidad una madre preguntó “¿Por qué tarda tanto el juicio?”, se le preguntó hacía cuanto lo había iniciado y la respuesta fue “4 años”. Si bien hay que reconocer que los tribunales sufren abarrotamientos y estamos asistiendo quizás a un momento de gran litigiosidad, 4 años es extremadamente excesivo en un proceso voluntario no contencioso. Entonces la respuesta suele ser una y sólo una: el abogado. El sistema civil es dispositivo, es decir, depende del impulso de parte para seguir avanzando, si esto sucede el trámite se apresura, si esto se evita el trámite se atrasa. Volviendo a lo expuesto arriba, el proceso no reviste mayores complicaciones dilatorias en el sentido de que no se torna usualmente algo “discutido escrito por escrito” como una acción de daños y perjuicios por ejemplo. Un abogado al día ejerce presión sobre el Juzgado y así cualquier causa avanza. Consultando en el Juzgado de Familia, actualmente las causas en donde el representante es del Defensor General llegan a sentencia casi en la mitad del tiempo en las que llegan las de los abogados particulares. Cabe preguntarse el por qué de esta diferencia; de manera benévola podemos decir que quizás para los abogados existan causas que sí requieran el “día a día” en tribunales, o se les venzan términos y traslados, o la materia es desconocida. La respuesta menos benévola suele ser que quizás el descuido se deba a que los honorarios profesionales a regular por estas causas suelen ser mínimos y se cobran al final por ejemplo, en comparación con un juicio sucesorio.

La misma sentencia

Si bien debe destacarse que antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, siguiendo los lineamientos de la Convención, las Reglas de Brasilia y la jurisprudencia de la Corte, algunos magistrados “actualizaron” las disposiciones respecto de la capacidad en sus sentencias, la gran mayoría no.

El primer inconveniente se suscita desde el comienzo: al iniciar la “incapacidad” se resolverá o rechazará por la misma palabra.

Las sentencias suelen ser directas y hasta a veces adolecer de nulidad. No sólo se evita la menor cantidad de fundamento jurídico y doctrinario en los “considerandos”, sino que a la hora de llegar al “resuelvo” suele individualizarse de la forma menos precisa posible a la persona con discapacidad mental, omitiendo detallar muchas veces el D.N.I., el nombre y apellido (pasa a ser el causante o la parte actora) o configurar cuáles son sus imposibilidades, o de manera positiva, cuales son las capacidades que posee. Arribando así a un único resultado: la incapacidad.

Retomando lo expresado respecto al curador, si bien las sentencias que rechazan la declaración de incapacidad no son apelables, las que la declaran sí, pero las mismas nunca son recurridas.

Suelen tornarse en sentencias “de formulario”, donde se cambia el nombre de la carátula y la fecha de la sentencia.

Conclusión

Hasta antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial a la hora de interpretar las restricciones a la capacidad, la práctica fue presentando determinadas vicisitudes que desvirtuaron los principios de un proceso adecuado para las personas con discapacidad.

Esto se evidenció en un expendio de medidas judiciales excesivas y de fácil acceso para los “damnificados” por las personas con discapacidad, así como también en procesos con poca o nula intervención del curador, dilatados en el tiempo por

inactividad de parte, y con resultados superlativos en motivo de restricción de la capacidad, donde invirtiéndose el principio rector, parecía presumirse la incapacidad.

La nueva normativa viene a corregir, o brinda herramientas para corregir, todos estos descuidos y omisiones.

Cabe la aclaración que de la investigación efectuada y aún antes de la entrada en vigencia del nuevo Código, el Juzgado de Primera Instancia de Distrito de Familia de la ciudad de Reconquista puso en práctica todos elementos posibles amparados en la CDPD, las Reglas de Brasilia y la jurisprudencia superadora, a los fines de avanzar y entender el nuevo paradigma respecto de la capacidad y buscar corregir los errores expuestos en este capítulo.

A los fines de fundamentar lo expuesto, se acompañan en anexo casos y material relacionado.

CAPITULO V: LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y EL NUEVO PROCESO.

Introducción

A través del avance en la legislación relativa a las personas con discapacidad, se supieron conseguir dos instrumentos de gran importancia en equiparación de derechos, uno de ellos es la ley 26.657 Derecho a la protección de la Salud Mental sancionada en nuestro el 25 de noviembre de 2010. A nivel internacional y a los fines de entender cuáles son las direcciones y recaudos procesales que se deben tomar cuando personas en estado de vulnerabilidad tomen parte en una causa judicial: Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y su correspondiente Protocolo de Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad.

Se analizarán los vértices de estos textos normativos, sus propuestas y cuál es el cambio de paradigma que promulgan.

La protección de la salud mental en la ley 26.657

La nueva Ley Nacional de derecho a la protección de la Salud Mental fue promulgada el 2 de diciembre de 2010, tras largos debates y con un meritorio trabajo militante de quienes luchan por transformar el modelo manicomial hegemónico imperante. En ella se promueve el derecho de la salud mental y los derechos de los pacientes.

Entre sus lineamientos más trascendentales se destacan la promoción de la desinstitucionalización, la interdisciplina y la promoción de mecanismos de atención alternativos, establece mayores garantías para las personas que viene a proteger, reconoce la autonomía de los pacientes para decidir sobre el abordaje de su tratamiento y propende a la no discriminación de las personas que padezcan afecciones psicológicas, promocionando el restablecimiento de los lazos sociales.

La nueva norma garantiza el reconocimiento de la autonomía de las personas con padecimientos mentales y su capacidad para decidir sobre el tratamiento que

deben recibir. La norma, basada en los estándares establecidos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU que Argentina ratificó en 2008, se ubica en un lugar de avanzada en la protección de los derechos de los sufrientes mentales.

Tal vez la consigna emblemática sea que “queda prohibida la creación de nuevos manicomios o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados” y en tal sentido se promueve crear dispositivos alternativos como “casas de convivencia y hospitales de día”.

Entre otros avances, la nueva regulación restringe la internación de personas sólo a circunstancias excepcionales. En efecto, la ley modifica el Código Civil para impedir las internaciones de personas por su “peligrosidad” las que quedan restringidas, cuando no son voluntarias y sujetas a control por un órgano de revisión en el que participarán organismos de derechos humanos, Se establece que las internaciones, siempre por lapsos breves, se efectúen en hospitales generales: quienes no podrán negarse a recibir a estos pacientes porque esta “será considerado acto discriminatorio”.

También se modifica el sistema de capacidades e inhabilitaciones. Con el sistema vigente al momento de la ley, una persona, en el marco de una crisis o por una afectación de un aspecto de su personalidad, quedaba privada para administrar sus bienes y privada de todos sus derechos hasta su rehabilitación.

Además los profesionales y empleados en instituciones psiquiátricas serán “responsables de informar, al juez y al órgano de revisión, sobre cualquier trato indigno o inhumano”.

Las instituciones monovalentes que ya existen “se deben adaptar a los objetivos y principios” de la ley, “hasta su sustitución definitiva por los dispositivos alternativos”. A diferencia de otras leyes en el mundo, ésta no llega a prohibir lisa y llanamente la internación en estas instituciones.

Para facilitar las externaciones, lo normativa requiere “promover servicios de inclusión social y laboral para personas después del alta institucional; atención domiciliaria supervisada y apoyo a grupos familiares y comunitarios; casas de convivencia, hospitales de día, cooperativas de trabajo, centros de capacitación y familias sustitutas”.

Las internaciones involuntarias requerirán una evaluación interdisciplinaria; según el régimen anterior, era suficiente el dictamen del psiquiatra. El juez debe autorizar cada internación, pero pierde la facultad de ordenar internaciones; también se suprime el requisito de pedir autorización del juez para dar el alta.

Conceptualmente, se modificó el Código Civil para reemplazar el criterio de internación, que obedecía a la noción de “peligrosidad para sí o para terceros”, por la constatación de “riesgo cierto e inminente”. Esto ha sido requerido en dos oportunidades por la Corte Suprema de Justicia nacional.

Transcurridos noventa días de una internación involuntaria, si la institución insiste en mantener a la persona bajo encierro, la ley exige una segunda opinión, a cargo del órgano de revisión que la propia ley establece. Si este organismo se expide en contra, la institución deberá dejar en libertad al paciente. Además, “los asistidos, sus abogados o familiares tienen derecho a acceder a las historias clínicas y a tomar decisiones relaciones con su tratamiento”.

Se propicia que las internaciones se efectúen en hospitales generales. En éstos, “el rechazo de la internación de pacientes por el solo hecho de tratarse de problemática de salud mental será considerado acto discriminatorio”.

La ley también ordena realizar un censo nacional de las personas internadas en instituciones públicas y privadas.

El órgano de revisión incluirá representantes de asociaciones de usuarios y familiares, de los profesionales y otros trabajadores de la salud, de organizaciones de defensa de los derechos humanos, de las defensorías oficiales y del Poder Ejecutivo. Sus funciones incluirán “supervisar de oficio o por denuncia de particulares las condiciones de internaciones por salud mental en el ámbito público y privado”.

Además, “los integrantes, profesionales o no, del equipo de salud, son responsables de informar al órgano de revisión y al juez sobre cualquier trato indigno o inhumano a personas bajo tratamiento. Dicho procedimiento se podrá realizar bajo reserva de identidad”.

Se modifica el sistema de inhabilitaciones e incapacidades, las que “no podrá extenderse por más de tres años y deberá especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”.

La ley es “de orden público”, lo cual implica que debe ser cumplida en todas las jurisdicciones del país sin requerir adhesión específica. La ley fue explícitamente apoyada por la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Resulta trascendente la reglamentación de esta norma que debe enfatizar y fortalecer las funciones y alcances del órgano de revisión (autoridad a cargo del control externo de los tratamientos y las internaciones) y establecer parámetros de intervención para psicólogos y psiquiatras de la salud mental⁶¹.

Las Reglas de Brasilia

Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada 4, 5 y 6 de marzo de 2008. –cuyo objetivo es garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad, sin discriminación de ninguna índole- contienen pautas comunes a los distintos supuestos de vulnerabilidad: los niños y las personas con discapacidad intelectual. Estas 100 Reglas imponen a los integrantes del Poder Judicial el deber inexcusable de hacerse cargo de los distintos factores que hacen vulnerables a las personas –sexo, edad, discapacidad, pertenencia a grupos minoritarios o a comunidades indígenas, la pobreza, la privación de la libertad, entre otras- por más que el Derecho las declare iguales. Efectúan recomendaciones sobre la elaboración de políticas públicas tendientes a garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad.

Una de esas reglas es que debe facilitarse al acceso de las personas con discapacidad a la celebración del acto judicial en el que deban intervenir. Se dispone, a su vez, que se promoverá la reducción de barreras arquitectónicas, facilitando tanto el acceso como la estancia en los edificios judiciales (Regla 77)⁶². Por otra parte, en

⁶¹ KRAUT, Alfredo Jorge (2010), REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO 2010-3, Derechos del paciente, Editorial Rubinzal-Culzoni, Pgs. 189/191.

⁶² 5.- Accesibilidad de las personas con discapacidad (77) Se facilitará la accesibilidad de las personas con discapacidad a la celebración del acto judicial en el que deban intervenir, y se promoverá en

concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, las mencionadas Reglas imponen tener en cuenta la edad y desarrollo de estos niños e imponen un lenguaje sencillo, un ámbito apropiado para el diálogo, evitando todo formalismo, e incluso la distancia física con las autoridades, como así también con los jueces (Regla 78)⁶³. Estas directrices bien pueden hacerse extensivas a las personas con discapacidad mental, porque lo que se procura es no tratar todos los casos de manera idéntica, como si se tratara de “enfermos en serie” y no de seres humanos únicos e irrepetibles, como todos los demás.

El Protocolo de Acceso a la Justicia para las Personas con Discapacidad

El Protocolo sobre Acceso a la Justicia para las Personas con Discapacidad en la República Argentina, ha sido una iniciativa visionaria que combina esfuerzos intersectoriales y de la cooperación internacional, para la producción de un texto cuyo objetivo central es entregar orientaciones claras en la materia, dirigidas principalmente a jueces, fiscales, defensores, otros operadores de justicia y personal auxiliar de la administración de justicia. Además, el protocolo servirá de base para la capacitación continua y el perfeccionamiento del poder judicial y otros ámbitos afines.

En este contexto, el protocolo ha sido elaborado en un lenguaje técnico-jurídico, estructurándose en cuatro capítulos que profundizan sobre aspectos fundamentales que es necesario tener en cuenta, luego de la introducción, contexto y metodología del trabajo.

El primer capítulo *Organización judicial y principios generales del derecho en la República Argentina*, entrega el amplio panorama, institucional y axiológico, desde el que se levanta la administración de justicia en el país.

Por su parte, el capítulo 2 profundiza en los *Fundamentos teóricos* del

particular la reducción de barreras arquitectónicas, facilitando tanto el acceso como la estancia en los edificios judiciales.

⁶³ 6.- Participación de niños, niñas y adolescentes en actos judiciales (78) En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso:

- Se deberán celebrar en una sala adecuada.
- Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo.
- Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares.

protocolo, invitando a examinar el modelo social y de derechos humanos de las personas con discapacidad, a la luz del nuevo paradigma reconocido en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas CDPD, primer tratado de derechos humanos del siglo 21.

El actual enfoque de las personas con discapacidad, como sujetos de derecho, implica la sumatoria de 3 aspectos configurativos: deficiencia que puede presentar una persona, su interacción con diversas barreras y sus restricciones a la participación.

En la actualidad, el acento no se coloca en la deficiencia de la persona. La interacción con barreras, será un factor crucial en cuanto a eliminación de obstáculos y también implica la adopción de medidas que posibilitan el pleno disfrute de los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás. En este sentido el entorno y los factores contextuales positivos serán decisivos para el impacto deseado, en términos de participación plena y efectiva en la sociedad. Dicha participación será medible en referentes del efectivo goce y ejercicio de derechos humanos y libertades fundamentales por las personas con discapacidad.

El adecuado acceso a la justicia de las personas con discapacidad, será un factor relevante para este amplio goce y ejercicio de derechos.

De este modo, las Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad serán un valioso complemento con la directriz de la CDPD, que mandata el adecuado acceso a la justicia de las personas con discapacidad y la capacitación del personal judicial y auxiliar de la administración de justicia.

Es importante subrayar que los estándares de la Convención y de las Reglas de Brasilia, entregan el sustrato de este protocolo y por ende lo serán para las políticas, programas, acciones y otras iniciativas que se adopten en este ámbito.

Un tercer capítulo, entrega experiencias concretas de *Buenas prácticas en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en la doctrina comparada*. Sin duda, este acercamiento práctico a la realidad sobre medidas que pueden implementarse, demuestran cómo hacer un entorno propicio para el ejercicio de este derecho.

El capítulo concluyente titulado *Orientaciones específicas para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad: detección de barreras socio culturales/actitudinales y recomendaciones*, entrega una visión de los actores del sistema de justicia, para luego referirse a las áreas comunes entre distintos operadores de justicia y auxiliares de la administración de justicia, en las que es necesario dar una respuesta operativa adecuada a las personas con discapacidad. Este último acápite refleja un notable avance en orden a definir barreras específicas que experimentan las personas con discapacidad en el acceso a la justicia, identificadas por tipologías seleccionadas y las recomendaciones concretas hacia el sistema judicial y sus operadores.

Desde luego, dichas propuestas son “guías y orientaciones” no excluyentes de muchas otras adecuaciones que pueden implementarse y aplicarse para el adecuado acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

En este plano debemos tener como eje el concepto de ajustes razonables, que son: “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” (artículo 2 CDPD).

La ratificación de la Convención por la República Argentina, significa la incorporación del concepto de “ajustes razonables” en su ordenamiento jurídico. Esto implica que, en el ámbito que nos ocupa, su manejo debe promoverse activamente dentro y desde el poder judicial, lo que entraña su comprensión y apropiación por todos los jueces, otros operadores y auxiliares de la administración de justicia. Tan central es este concepto, que la misma Convención se ha encargado de precisar que la denegación de ajustes razonables, puede constituir discriminación (artículo 2 CDPD).

De este modo, el protocolo es un aporte a la cultura jurídica, a la “toma de consciencia” y a la implementación de todas aquellas adecuaciones que requieran las personas con discapacidad, para su efectivo acceso a la justicia, identificadas y aplicadas caso a caso, con el consiguiente impacto positivo en la eliminación de barreras y la participación plena y efectiva en la sociedad, en términos de

exigibilidad y justiciabilidad de derechos.

Los distintos capítulos del protocolo, reiteran transversalmente estos conceptos, de manera que cada uno de ellos pueda ser leído de forma independiente. A su vez este protocolo, particularmente en su capítulo 4, podrá ser llevado a cartillas de derechos, en lenguaje sencillo y comprensible para el público en general, con especial atención a los formatos accesibles. También podrá singularizarse en “manuales accesibles para toda la ciudadanía”.

Finalmente, este protocolo, por su estructura y naturaleza podrá ser un documento de consulta para otras realidades nacionales que deseen avanzar en el acceso a la justicia para las personas con discapacidad, entendiendo que este derecho es un núcleo en la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, como también, en la vigencia de una democracia plenamente inclusiva.

El marco normativo básico de este documento es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas⁶⁴ (CDPD) y las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad⁶⁵ aprobadas por la XV Cumbre Judicial Iberoamericana.

Esta guía ha sido posible gracias al compromiso de tres instituciones de trascendencia en el sector justicia de Argentina: el Ministerio Público de la Defensa de la Nación, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, a través de la Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia, ADAJUS, dependiente de la Secretaría

⁶⁴ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas/ CDPD. Tratado internacional de derechos humanos elaborado en el sistema de Naciones Unidas por un Comité *ad-hoc*, entre los años 2002 y 2006 (8 períodos de sesiones). Su texto fue aprobado por la Asamblea General el 13/12/2006 (Resolución 61/106) y abierto a ratificaciones por los Estados el 30 de marzo de 2007. Entró en vigor el 3 de mayo de 2008, luego de que se depositara el vigésimo instrumento de ratificación estatal. Con la misma fecha entró el vigor su Protocolo Facultativo, tras el depósito del décimo instrumento de ratificación. Argentina aprobó el tratado mediante la ley 26.378, sancionada el 21/5/2008 y publicada en el Boletín Oficial el 9/6/2008, y lo ratificó el 2 de septiembre de 2009. A la fecha, la Convención cuenta con 132 ratificaciones y su Protocolo Facultativo, con 77.

⁶⁵ Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Aprobada por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en las que participaron las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema judicial: la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana del Ombudsman y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados. Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.

de Justicia, y de la Subsecretaría de Promoción de Derechos Humanos, dependiente de la Secretaría de Derechos Humanos y el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de su Secretaría General de Acceso a Justicia y Derechos Humanos.

A partir de la vigencia de la CDPD y de la necesidad de adoptar instrumentos de aplicación específicos para la implementación de las Reglas de Brasilia, estas tres instituciones identificaron a las personas con discapacidad como grupo prioritario que requiere un trabajo conjunto para promover acciones tendientes a asegurar su acceso efectivo a la justicia.

Específicamente, el ámbito del documento se circunscribe a la remoción de las barreras socio-culturales, entendidas como la suma de las barreras actitudinales (prejuicios y discriminación existentes en la sociedad y en las instituciones); las barreras lingüísticas y la falta de “toma de conciencia” de las personas que operan en el sistema judicial, entre otras, que se interponen ante las personas con discapacidad en su interacción con el sistema y dificultan su acceso igualitario a la justicia.

En este orden de ideas, el proyecto no se direcciona a aspectos procesales o procedimentales ni a aspectos de accesibilidad al espacio físico, sino que su enfoque, como se ha dicho, se orienta al aspecto actitudinal. Asimismo, el diseño de este protocolo ha considerado abordar solo a las personas con discapacidad mayores de 18 años, en su acceso a la justicia, ya que se ha estimado que los niños y niñas con discapacidad requieren un análisis específico que puede ser materia de una investigación futura.

Conclusión

La ley de Salud Mental supuso un esperado y estudiado avance en la forma de pensar en intervenir desde el ámbito médico-legal cada vez que una persona con discapacidad mental lo requiera. Sus lineamientos responden a un desarrollo histórico que se encuentra en concordancia con los instrumentos internacionales.

Las Reglas de Brasilia sientan las bases y garantías que todos los actores de la justicia deben seguir y promover para dar con el acceso justo e irrestricto a la justicia

siempre que exista una persona en situación de vulnerabilidad.

El protocolo facultativo analizado promueve superar las barreras de todo tipo que puedan existir durante un proceso judicial arcaico, para llegar a un proceso garantista pero adaptado, y promulgando el cambio de actitud en los agentes de la justicia para dar con tal fin.

CAPITULO VI: LA CAPACIDAD PROGRESIVA.

Introducción

La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación a partir del 01 de agosto de 2015, cambió la forma de entender el concepto de “capacidad”, enfocándose en las tendencias de la Convención y la Ley de Salud Mental comentadas en capítulos anteriores. Se realizará un repaso por los detalles más importantes e innovadores de esta actualización, deteniéndonos en las generalidades de la restricción a la capacidad y el mentado “sistema de apoyos”.

La discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial

El artículo 31 del Código Civil y Comercial de la Nación establece: “La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona; c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial; d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión; e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.”

Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en el Código y en una sentencia judicial. El Código establece como regla general que toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos. Esta capacidad debe presumirse y garantizarse en toda circunstancia y a todas las personas, con independencia de cualquier característica personal en incluso de cualquier diagnóstico médico. La capacidad jurídica debe presumirse, según el Código, incluso cuando la persona se encuentre internada en un

establecimiento asistencia. De este modo, además de establecerse la fórmula de igualdad y no discriminación por motivo de discapacidad en materia de capacidad jurídica, se refuerza dicha garantía en situaciones donde las personas se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad respecto del ejercicio de sus derechos, como puede ser una situación de internamiento.

La presunción de capacidad desde una perspectiva de derechos humanos se traduce así en una garantía mediante la cual se prioriza que la persona pueda ejercer sus derechos por encima de cualquier otra circunstancia que no sean las expresas y precisas condiciones legales que el Código habilita para la restricción de la capacidad. Consecuentemente, ante la duda, se debe estar siempre por el reconocimiento de la capacidad de la persona.

La capacidad jurídica sólo puede ser restringida en carácter de excepción. Las excepciones se encuentran exhaustivamente determinadas en el Código y sujetas a una serie de garantías.

La restricción a la capacidad, sin perjuicio de su justificación, puede importar una afectación al ejercicio de derechos fundamentales de la persona, y como tal, debe administrarse bajo un estricto contralor jurisdiccional y desde un criterio de excepcionalidad.

En este sentido no resulta causal que el Código haya antecedido al criterio de “beneficio de la persona” la excepcionalidad de las medidas de restricción de la capacidad. El criterio de excepcionalidad obliga a primar toda medida alternativa que resulte menos restrictiva para el ejercicio de los derechos de la persona.

Es importante destacar que la capacidad restringida supone que la persona conserva su capacidad, la cual es restringida sólo para determinado acto o actos. Es decir que la excepcionalidad se da también respecto del objeto (no se restringe la capacidad de la persona en términos generales, sino para un acto determinado o una serie de actos determinados y debidamente especificados en la sentencia).

El último párrafo del artículo 32 prevé la situación de excepción, en que “la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de apoyos resulte ineficaz”. En este caso, la limitación de la capacidad jurídica se encuentra prevista para supuestos en los cuales resulta absolutamente imposible

comunicarse o conocer la voluntad de la persona. Los términos que utiliza el Código no dejan lugar a dudas respecto de que la comunicación o interacción no debe ser difícil, sino absolutamente imposible. Se trata de supuestos en los cuales la persona no muestra ningún signo evidente de conciencia de sí o del ambiente, y se encuentra imposibilitada de interaccionar con los demás o de reaccionar a estímulos adecuados. Por lo cual en este supuesto debe agotarse cualquier medio, modo o formato de comunicación existente que se adecuado a las necesidades de la persona, y debe agotarse también la eficacia de las medidas de apoyo existentes para dicho fin.

En dicho caso, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador que, entre otras funciones, y en la medida en que lo especifique la sentencia, represente a la persona y cuya actuación se rige por las normas de la curatela.

El Código establece expresamente que la restricción a la capacidad jurídica sólo puede ser en beneficio de la persona. El término “beneficio de la persona” significa que la restricción de la capacidad jurídica no puede tener otro fin que el respeto y la promoción de su autonomía y la protección de sus derechos.

El beneficio de la persona va de la mano del respeto del principio de autonomía, mediante el cual la persona deja de ser un sujeto pasivo de la relación para convertirse en activa protagonista de sus decisiones. Principio directamente relacionado con el consentimiento informado –hoy “consentimiento participado”- que garantiza la participación y libre elección de la persona, y que se complementa con la necesidad de prever los supuestos de dificultad para el ejercicio de tal autonomía y los sistemas de protección a dicho fin.

Las personas no pueden ver restringida su capacidad jurídica como consecuencia de barreras en la comunicación. Las barreras pueden ser de distinto tipo. Si bien es posible distinguir entre barreras arquitectónicas, barreras comunicacionales y barreras actitudinales, es necesario tener en cuenta que dichas barreras suele estar presentes y actuar de manera interdependiente. En el ámbito de la capacidad jurídica las barreras pueden conformar una cadena compuesta por diferentes eslabones. Barreras comunicacionales (ausencia de accesibilidad en todo que atañe al proceso de comunicación a la hora de querer conformar y expresar deseos, necesidades y preferencias) y, sobre todo, barreras actitudinales, que incluyen la ausencia de capacitación del personal, ausencia de adopción de ajustes

razonables y de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica entre muchas cuestiones. Es por ello que se establece expresamente el derecho de la persona a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión (art. 31, inc. d), garantizando de este modo una verdadera comunicación. En este sentido, es importante tener en cuenta que la CDPD entiende que la comunicación incluye “los lenguajes, la visualización de textos, el Braile, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso. Y por lenguaje se entiende “tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal”⁶⁶.

Respecto de la adopción de medidas menos restrictivas de derechos, el Código, en consonancia con la excepcionalidad de la restricción y su fin, que es el beneficio de la persona como ya se aclaró, establece, para el caso de adoptarse alguna alternativa terapéutica, la obligación de priorizar aquellas menos restrictivas de derechos y libertades. La menor restricción de derechos se presenta como principio general durante todo el proceso judicial. Es el fin mismo del proceso, que busca brindar las medidas de apoyo necesarias para potenciar la autonomía y el ejercicio de los derechos. Es por ello que se presente este marco que, permite superar el paradigma tutelar para entrar en el enfoque de derechos que establecen las CDPD y la ley 26.657.

Teniendo en cuenta el fin del proceso, las medidas menos restrictivas de derechos no se limitarán sólo a las alternativas terapéuticas, sino a cualquier otra medida que pueda adoptarse durante el proceso judicial, y –sobre todo. En la resolución judicial que disponga la modificación de la discapacidad, que siempre deberá reconocer y potenciar la dignidad, capacidad y habilidades de la persona.

No obstante, la valoración de una medida terapéutica debe apreciar el beneficio de dicha medida con relación a la afectación de la integridad de la persona, la que deberá prevalecer. En igual sentido respecto de la afectación de derechos

⁶⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis (2015), CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO Tomo I, Ed. RUBINZAL-CULZONI, Pgs. 126, 127, 128, 129, 130, 131,132 y 135.

personalísimos.

En este punto, al tratarse de medidas terapéuticas, el límite impuesto por el Código asume las exigencias de la ley 26.657 en cuanto establece como derecho de la persona el ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo su integración familiar, laboral y comunitaria.⁶⁷

Respecto de la persona como parte y el debido proceso, el derecho a la participación previsto en el Código, que debe garantizarse durante todo el proceso, es complementado por dos garantías: la inmediatez con el juez y la asistencia letrada. Así lo establece el artículo 35 del Código, al imponer al juez el deber de garantizar la inmediatez con la persona durante el proceso y entrevistarla personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad universal y los ajustes razonables pertinentes.

Asimismo, la persona tiene derecho a contar con asistencia letrada durante todo el proceso, y en el caso de que carezca de medios, el Código establece la obligación de garantizarla por parte del Estado (art. 31, inc. e). Esta regla es reforzada por el artículo 36 en cuanto establece que si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio.⁶⁸

El artículo 32 dispone: “El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y

⁶⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis (2015), CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO Tomo I, Ed. RUBINZAL-CULZONI, Pg. 136

⁶⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis (2015), CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO Tomo I, Ed. RUBINZAL-CULZONI, Pg. 138

expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador”.

La Comisión de Reformas ha tenido la voluntad inequívoca de ajustar la regulación del tema a las convenciones internacionales que suscribió nuestro país. Como consecuencia, y a grandes rasgos, cabe señalar que según el nuevo Código, la restricción a la capacidad es de excepción y, por supuesto, según se desprende precisamente de este artículo 32, la “curatela” ha quedado como un instituto residual que sólo se justifica frente supuestos, se deberá recurrir a los apoyos necesarios y convenientes no sustitutivos de la persona.

Para determinados actos, el juez puede restringir la capacidad de una persona mayor de 13 años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que asimismo estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a sus derechos personales o patrimoniales. En dicho supuesto, deberá designar una medida o medidas de apoyo para dicho acto o actos determinados. En la designación, se deberán especificar las funciones razonables pertinentes, en función de las necesidades y circunstancias de la personas. Quien o quienes presten el apoyo deberán promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona. Excepcionalmente, en el caso en que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y que se haya comprobado que el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar su incapacidad. Para dicho supuesto deberá designarse un curador.

La capacidad restringida que introduce el Código incluye dos importantes innovaciones. En primer lugar, el reconocimiento de la “capacidad restringida” como una categoría jurídica genérica, que incluye pero no se restringe a la inhabilitación y a su uso exclusivo respecto de una determinada categoría legal (pródigos). Con lo cual, la restricción de la capacidad está pensada para brindar soluciones tanto el ámbito patrimonial como en el personal. La segunda de las grandes innovaciones del Código respecto de la “capacidad restringida” radica en los efectos jurídicos de su declaración, que evita para la inmensa mayoría de los casos los efectos gravosos y desproporcionados de la incapacitación.

De este modo, la restricción sólo puede ser justificada, una vez comprobados los supuestos legales, para beneficiar a la persona. El beneficio de la persona no será su “mejor interés” evaluado desde parámetros abstractos y/o externos, sino el respeto y la promoción de su autonomía y la asistencia en la comunicación, comprensión y expresión de sus deseos y preferencias en el ejercicio de sus derechos.

En cumplimiento de dicho propósito, será necesario que el juez especifique las funciones de la medida de apoyo, con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

La restricción de la capacidad jurídica es siempre una cuestión de grados, nunca opera por todo o nada ni tiene consecuencias más allá de la propia declaración. Es por ello que en los casos en que el Código alude a la restricción de algún derecho para las personas con capacidad restringida, debe entenderse que lo hace para el caso en que la sentencia hubiese justificado y especificado expresamente dicha restricción.

Respecto del supuesto legal de la incapacidad, el último párrafo del artículo 32 prevé la incapacidad excepcional y exclusivamente para aquella situación en que “la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de apoyos resulte ineficaz”.

En este supuesto excepcionalísimo, el Código contempla un criterio objetivo (que no depende de un diagnóstico de la persona ni de su pertenencia a un grupo social, sino de una situación), que se describe como de absoluta imposibilidad de interacción y/o comunicación por cualquier modo, medio o formato adecuado.

El Código ha restringido las causales de interdicción, habiéndola mantenido y reservado en exclusiva para este supuesto, en que la persona no muestra ningún signo evidente de conciencia de sí o del ambiente, y se encuentra absolutamente imposibilitada de interaccionar con los demás o de reaccionar a estímulos adecuados. A este criterio debe sumársele otro requisito exigido por el Código: la insuficiencia o ineficacia del sistema de apoyos.

En dicho caso, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador que, entre otras funciones, representará a la persona según el alcance especificado en la sentencia y cuya actuación se regirá por las normas de curatela. Ello no obsta a que el curador deba actuar conforme a las reglas generales establecidas en el artículo 31 y

siguientes del Código, y a que el juez intensifique las salvaguardias pertinentes y necesarias y la revisión periódica de esta decisión.⁶⁹

Respecto de los sistemas de apoyo para el ejercicio de la capacidad el artículo 43 enuncia: “Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.”

El Código sustituido no receptaba los sistemas de apoyos, ya que aquel estaba basado en un sistema de sustitución para la toma de decisiones. Ciertamente la norma es novedosa ya que incorpora –aunque sin eliminar el sistema de sustitución en la toma de decisiones, propia del modelo médico/rehabilitador- la figura del apoyo para la toma de decisiones, propia del modelo social de discapacidad, tal como lo prescribe el art. 12.3 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378).

El sistema de apoyos para la toma de decisiones por parte de las personas con discapacidad fue pensado para reemplazar al anterior modelo basado en la sustitución de la voluntad de la persona. En este nuevo modelo, respetuoso de la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, la variable de ajuste no es la capacidad jurídica de las personas sino la extensión de los derechos. Se parte de la base del reconocimiento de la dignidad inherente, de lo que se deriva que las personas serán responsables de las consecuencias de sus propias decisiones (dignidad del riesgo).

El apoyo deberá garantizar la búsqueda de la voluntad de la persona, lo que

⁶⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis (2015), CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO Tomo I, Ed. RUBINZAL-CULZONI, Pgs. 140, 143, 149 y 151

hubiera querido, quiere o podría querer, valorando todas las herramientas y referencias posibles sin limitación (preferencias, gustos, opiniones de otras personas conocidas o relacionadas afectivamente, decisiones previas similares o iguales a la que hay que tomar en determinado momento). La información sobre el deseo de una persona que no puede manifestarlo en el presente con la complejidad que amerita determinada decisión a tomar, es información que, de no encontrarse disponible con claridad y directamente por una indicación previa de la persona al respecto (directiva anticipada), debe construirse con variados elementos, constitutivos de la persona.

Se parte de la base de que la persona no necesita una medida de protección que le prive del ejercicio de su capacidad jurídica, sino que las medidas de protección están destinadas a proporcionar los apoyos necesarios para poner a la persona en un pie de igualdad con las demás. Por ende, en el sentido amplio del término los sistemas de apoyo pueden estar previstos en el marco de los servicios sociales y no necesariamente en la legislación civil (Bariffi). En efecto, es ese el sentido que le da el Código, ya que establece que las medidas de apoyo pueden ser de carácter extrajudicial o judicial. De modo que si la persona no cuenta con una adecuada red de apoyos en su comunidad, que le permita desenvolverse en forma autónoma en la toma de decisiones, el juez podrá designar los apoyos que resulten necesarios, valorando especialmente la propuesta que la propia persona interesada haga al respecto, la que de todas formas no será vinculante para el juez al momento de resolver, puesto que así lo prevé la norma. Debe interpretarse que esto último cobra virtualidad en los casos que el juez advierta conflictos de interés o influencia indebida.

La designación podrá recaer en una o más personas que cumplan la función de apoyo para la toma de decisiones en la vida cotidiana de la persona en igualdad de condiciones.

Cuando la actuación de los apoyos sea requisito para la validez de determinados actos a celebrarse, de acuerdo a la modalidad prevista para su actuación, la sentencia que así lo establezca deberá ser inscripta en el Registro de

Conclusión

El Código recoge la evolución que se viene dando hace tiempo tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, ampliando el espacio de libertad de la persona, brindándole apoyo para lograr su intervención en los actos atinentes a su vida, como así también declarando la inaplicabilidad de normas restrictivas de la capacidad jurídica y reemplazándolo por un sistema de apoyo. Ello implica considerar a la autonomía no sólo como un punto de partida sino también como un punto de llegada. Y para potenciar dicho punto de llegada el Código prevé que a aquella persona que lo requiera, se le garanticen medidas de accesibilidad universal, ajustes razonables y un sistema de apoyo para la toma de decisiones según sus circunstancias concretas.

Los principios y reglas generales que regulan la restricción en materia de capacidad jurídica plasman en el Código el reemplazo de un “modelo de sustitución en la toma de decisiones” por un “modelo de apoyo en la toma de decisiones”. Ese cambio de paradigma implica que, desde la asunción de que todas las personas tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones, la pregunta deja de ser si una persona puede ejercer su capacidad jurídica, para concentrarse en qué necesita la persona para ejercer su capacidad jurídica.

Asimismo, a diferencia del código derogado, que establecía un modelo de atribución de la capacidad o incapacidad desde un criterio médico, el nuevo código introduce un criterio interdisciplinario, desde el cual la evaluación será realizada desde una diversidad de disciplinas que exceden y enriquecen el criterio derogado.

Por lo tanto, la respuesta se basa en una serie de principios y garantías que permiten promover la autonomía y el ejercicio de derechos de la persona, desde su consideración como sujeto de derecho, su calidad de parte en el proceso judicial, su posibilidad de participación a través de la garantía de condiciones de medidas de

⁷⁰ RIVERA Julio Cesar-MEDINA Graciela (2014), CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION COMENTADO, Editorial Thomsom Reuters LA LEY. Pgs. 180, 181 y 182.

apoyo, de asistencia letrada, de la intervención estatal interdisciplinaria, y de una mirada que abarca a la persona situada y contextualizada.

La reforma modifica sustancialmente el régimen de capacidad jurídica y las categorías pasan a ser:

- La capacidad plena. Que se presume tiene toda persona mayor de edad (art. 23).
- La capacidad restringida. Caracterizada por el principio general de que la persona mantiene su capacidad, con las restricciones que pudieran establecerse para determinado acto o actos. Ello se encuentra previsto para el caso de una persona mayor de 13 años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar un daño a su persona o a sus bienes (arts. 23 y 32, primer párrafo).
- La inhabilitación. Sería una especie dentro del género de capacidad restringida que se encuentra prevista para un supuesto determinado: la prodigabilidad (arts. 48 a 50). Se prevé para el supuesto de personas que por la prodigabilidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio (arts. 23 y 48). Al ser un supuesto especial de capacidad restringida, la persona mantiene su capacidad, aunque con las restricciones que pudieran establecerse para la realización de actos de disposición entre vivos u otros que el juez especifique en la sentencia.
- La incapacidad absoluta. Se encuentra prevista exclusivamente para el caso de las personas por nacer (art. 24 inc. a).
- La incapacidad relativa. Se prevé para el supuesto de la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente. Y también para el supuesto de la persona que se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de apoyos resulte ineficaz (art. 32, último párrafo). En dicho caso la sentencia judicial deberá especificar la extensión dispuesta en

dicha decisión (art. 24, inc. c)⁷¹.

Este avance en el enfoque del concepto de capacidad y el proceso adecuado, resulta ser la conjunción final de la Convención de los Derechos para las Personas con Discapacidad, la Ley de Salud Mental y las Reglas de Brasilia.

⁷¹ LORENZETTI, Ricardo Luis (2015), CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO Tomo I, Ed. RUBINZAL-CULZONI, Pg. 154.

CONCLUSIONES

La discapacidad es un mal que afecta a millones de personas alrededor del mundo. Supone algún tipo de disminución en la persona, física y/o mental, y en la forma de interactuar en el entorno. Ser discapacitado no significa ser incapaz. Un término acuña una impronta médica mientras el otro se dirige a la tutela jurídica y uno de los atributos inherentes a las personas y por ello, debe ser protegido, disminuido excepcionalmente y solamente a través de un proceso judicial. Podemos ser discapacitados toda la vida o tener varias discapacidades, sin llegar a ser nunca incapaz.

La definición de “discapacidad” fue evolucionando de manera amplia e inclusiva durante los últimos 30 años, involucrando al entorno, la sociedad y al estado, a los fines de que entre todos se logre la correspondiente igualdad de oportunidades.

El marco jurídico y protectorio de las personas con discapacidad encuentra su base firme a través de la Ley n° 22.431 promulgada el 18 de marzo de 1981. La Ley n° 26.378 que aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006 y promulgada en Argentina el 21 de mayo de 2008. Pasando además por la Resolución aprobada por la Asamblea General, cuadragésimo octavo periodo de sesiones de la O.N.U., del 20 de diciembre de 1993 que dispone las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Para finalizar con nuestra Ley de Salud Mental N° 26.657, promulgada el 2 de diciembre de 2010.

Existen varios institutos a los fines de proceder a restringir la capacidad de una persona con discapacidad mental. Cada uno de ellos responde a una “protección” de distinta magnitud y la tutela jurídica siempre debe recaer sobre la persona que sufre el padecimiento temporal o permanente, no sobre los intereses de sus familiares o allegados, ya que de esa manera se comienza a desvirtuar el proceso y concentran las sinergias jurídicas y procesales en un sujeto de derecho equivocado.

Las personas pueden ver disminuida su capacidad en razón de: actos irresponsables y graves para con el patrimonio familiar, algún tipo de enfermedad

mental, adicción a algún tipo de droga, promover un comportamiento peligroso para sí para terceros, requerir algún tipo de tratamiento excepcional por el cual deba proceder la internación involuntaria compulsiva o directamente el estado de demencia y/o sordomudez. Todo esto en base a los preceptos legales expuestos en el Código Civil de la Nación derogado por Ley n° 26.994.

Dichos procesos suelen sufrir algunos inconvenientes en la práctica. Por omisiones, facilismos o por no ser un tipo de trámite netamente controvertido, se suelen suprimir etapas o no llevar el proceso adelante conforme a las garantías necesarias. El abarrotamiento de los estrados judiciales conspira a favor de estas prácticas, acompañadas además de los términos, formas y protocolos que de manera rígida no adaptan el procedimiento a la cuestión de fondo.

Se pueden suscitar así, problemáticas de las más variadas índoles: curadores ausentes, asesores pasivos, pericias incompletas o insuficientes, falta de intermediación entre el juez y el justiciable, sentencias absolutas y neutralizantes de las personas, donde la vía recursiva no se hace presente por omisión de las partes.

Para corregir estos extremos, instrumentos como las Reglas de Brasilia y el Protocolo de Acceso a la Justicia para las Personas con Discapacidad ofrecen las herramientas necesarias para depurar los vicios de prácticas arcaicas, desactualizadas e incorrectas. Las miradas a la hora de facilitar el acceso a la justicia deben centrarse en las personas en estado de vulnerabilidad, siendo los discapacitados mentales uno de los grupos sobre los cuales debe caer esta “apertura” de formas. Si bien ambos instrumentos establecen maneras de proceder y cambios por realizar de distintas índoles, inclusive edilicias y de formación, el principal cambio que debe producirse y la base por la que cualquier cambio y crecimiento es posible, resulta ser la “actitud”, torcer la inercia de la práctica rutinaria de quienes trabajan en la justicia para procurar brindar decididamente un “servicio de justicia”. No es un trabajo humanitario ni de sacrificio, sino activar y seguir las razones por las cuales elegimos el derecho y la búsqueda de justicia como elemento de estudio o como medio de vida.

Las normas citadas, sumadas a la Ley de Salud Mental n° 26.657, construyeron el puente hacia la nueva concepción del proceso judicial y la tutela jurídica de las personas con discapacidad mental.

La evolución del derecho, del proceso y de la sociedad, desembocan en el texto del Código Civil y Comercial de la Nación. Los lineamientos del nuevo ordenamiento resultan en la convergencia de lo dispuesto en 30 años de estudio y desarrollo en materia de restricción a la capacidad y la salud mental.

La persona sobre la cual se pretende la sentencia restrictiva pasa a ser el eje central del proceso, debe ser oído, debe tener una representación legal, su capacidad no puede ser disminuida sino en grados, centrándose en las capacidades y no en los impedimentos. Se promueve el sistema de “apoyos” hacia la persona, es decir, se requiere una intervención activa del entorno de la misma, si bien en los procesos anteriores esto en la práctica solía darse, ahora el texto normativo lo dispone explícitamente, y dicho apoyo procura además, la asistencia en la toma de decisiones y no tomar las decisiones por la persona con discapacidad mental.

Todo tipo de restricción a la libertad ambulatoria y autonomía de la persona pasa a ser claramente excepcional y luego de un arduo y muy controlado proceso. Sin dudas plantea una manera novedosa y superadora de entender la capacidad desde el derecho, y los requisitos para restringirla no admiten posibilidad de duda o errores de interpretación.

Como cierre de este Trabajo Final de Graduación se puede concluir que pese a que en el pasado quizás se desatendieron los procesos de judiciales de las personas con discapacidad mental, hoy el cambio es posible, palpable y vigente. Sólo hay que extender la mirada, ver que los cambios en las prácticas del derecho no son gigantes ni imposibles. Por ejemplo: cambiar la carátula del expediente, iniciando un proceso de “capacidad restringida” o como se efectúa en varios juzgados caratularlos como “proceso judicial de capacidad”, en concordancia con lo expuesto en el desarrollo de este trabajo. Tomar contacto con la persona con discapacidad siempre, escucharlo, observarlo, interactuar; al enriquecimiento humano que eso conlleva debe adicionarse el de cumplir con los preceptos legales. A los abogados particulares: sepan elegir las causas, y si lo hacen donde hayan personas con discapacidad entiendan el compromiso que se asume, la necesidad y la urgencia suelen ser factores inalienables en estos trámites. El activismo judicial debe ser el motor ineludible en estas causas.

Por último, entender que las personas con discapacidad mental son pasibles de los mismos derechos y obligaciones que todos. El avance de la sociedad, el tecnológico, las políticas sociales y el derecho nos comprometen cada vez más a que seamos actores activos en el proceso de inclusión e igualdad de oportunidades. Es un mundo lleno de islas grandes y pequeñas, sólo hay que construir los puentes para formar un continente. Lo distinto no debe ser motivo de miedo ni de discriminación, todos venimos del mismo lugar, todos vamos al mismo lugar, todos estamos en este mundo. Lo que suceda en el medio será nuestra historia, pero en la medida que entendamos que pese a ser distintos la igualdad es nuestro origen, evolución y fin, la humanidad crecerá. En palabras del músico Kurt Cobain: “Se ríen de mí porque soy distinto. Yo me río de ellos porque son todos iguales”.

ANEXO

El caso Furlán.

Sebastián Claus Furlán Vivía en Ciudadela, Provincia de Buenos Aires, con sus padres y dos hermanos. El 21 de diciembre de 1988, con 14 años de edad, Sebastián ingresó a un predio cercano a su domicilio, propiedad del Ejército Argentino, que en otro tiempo había sido un lugar de entrenamiento militar, no contaba con cerco perimetral y era utilizado por los niños para diversos juegos y deportes. Sebastián intentó colgarse de un parante transversal que se le cayó sobre él, de un peso aproximado de 40 a 50 kgs., recibiendo un fuerte golpe en la cabeza y pérdida instantánea de conocimiento. Fue internado en el servicio de Terapia Intensiva del Hospital Prof. Alejandro Posadas. Fue operado por un hematoma extradural y permaneció en coma por un tiempo aproximadamente un mes. A partir del accidente, Sebastián tuvo dificultades en el habla y miembros inferiores y superiores, los profesionales ordenaron tratamiento de rehabilitación ambulatorio. El joven, antes del accidente, era un adolescente corriente, practicaba deportes e iniciaba su ciclo secundario en la Escuela de Educación Técnica. Luego del episodio vivido, y a pesar de que pudo reintegrarse al colegio, en el segundo ciclo del año 1990 padeció severas alteraciones en el habla, la motricidad y cambios profundos en su conducta que desconcertaron al personal docente y a sus compañeros. El 18 de diciembre de 1990 el señor Danilo Furlán interpuso demanda en el fuero civil contra el Estado argentino por los daños y perjuicios ocasionados de la incapacidad resultante del accidente de su hijo. La sentencia de primera instancia se dictó el 7 de septiembre 2000, donde se dejó probado un desorden postraumático y una reacción neurótica con manifestación obsesivo-compulsiva, que conllevara una importante incapacidad psíquica y trastornos irreversibles en el área cognitiva y motora. La sentencia también determinó responsabilidad en la conducta de Sebastián Furlán, con consecuencias en el hecho final que terminara la interposición de la demanda. Así se estableció un 70% de responsabilidad del Estado y un 30% de la víctima. La suma fijada en la sentencia fue de \$103.412,40 en concepto de capital e intereses. El resarcimiento a favor de Sebastián Furlán quedó comprendido dentro de la ley

23.982⁷² de 1991, optando Furlán por el pago en bonos los que se recibieron el día 12 de marzo de 2003 en la cantidad de 165.803. Furlán vendió los bonos, los que, deducidos los gastos, representaron la suma de \$38.300. Como consecuencia de las circunstancias que vivía y su estado de salud, Sebastián Furlán recibe una pensión de \$1.933,66. Vive en la actualidad con su pareja y dos hijos, uno de los cuales es un niño con discapacidad. Furlán presenta en la actualidad fallas en la resolución de problemas, dificultades en la memoria, dificultades prácticas, determinando un perfil cognitivo con disfunción atencional y ejecutiva.

“La situación tratada por el fallo de la CIDH se basa en la discriminación que sufrió Furlán cuando no se tuvieron en cuenta circunstancias circunstancias que modificaron su vida de manera definitiva, convirtiéndolo en una persona con necesidad de apoyos, en razón de su discapacidad sobreviniente estos apoyos debían dar en el campo sanitario con adecuado tratamiento, educación, social y judicial. Lorenzetti se pregunta si para lograr la igualdad deben o no adoptarse conductas, diferencias, puesto que la igualdad es una relación comparativa, sostiene, por ello que no importante es que la actitud sea justa, la regla de justicia impone que se trate a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual. Ningún principio es absoluto y corresponde al legislador establecer categorías que supongan tratamiento diferenciado. La discriminación es un concepto que abraza el de la dignidad, pues impone un trato diferente, que menoscaba, excluye, socava la participación real y efectiva de la persona, afectando su autonomía e igualdad, se traduce muchas veces en falta de oportunidad. La Corte consideró que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. En este sentido la Corte consideró que el derecho a la integridad física, psíquica y moral, consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana, no sólo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que además requiere que el

⁷² DEUDA PÚBLICA LEY 23.982 Obligaciones de pagar sumas de dinero devengadas hasta el 1° de Abril de 1991 luego de su reconocimiento firme en sede administrativa o judicial. Normas de procedimiento.

Estado adopte las medidas apropiadas para garantizarlo. El orden e este análisis puede resultar meramente descriptivo, si no se ensambla con la dimensión social del Derecho, es decir, con la efectividad. Efectividad que no se tradujo en acciones posibles para Furlán”⁷³. “Esta línea argumental implica un cambio profundo en las prácticas judiciales, la necesidad de adecuar la estructura del andamiaje procesal en que se desenvuelven las causas, para no naturalizar los procesos como una sucesión de trámites que se homogeniza en el trajinar diario de un juzgado. Esto impone recursos y proporcionalmente a ellos, conciencia de un cambio de paradigma que trae nuevos protagonistas, miradas integrales sobre los hechos y el derecho a tratar, cuando se dirige a colectivos que están bajo un régimen de protección especial”⁷⁴.

Si bien los supuestos de hecho enumerados en el Código Civil son varios, pareciera que el proceso sólo puede ser uno. Debe entenderse además, que en todo proceso en el que se vea inmersa una persona con discapacidad también debe seguir estos lineamientos para no repetir errores que podrían haberse evitado con activismo judicial. Un claro ejemplo de eso es el caso “Furlán y familiares vs. Argentina”⁷⁵, *El fallo en comentario, dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pone en crisis el orden de los repartos, coloca en la superficie la brecha que existe entre los derechos y la dimensión social de los hechos. El tratamiento de situaciones que ocasionan lesión a los derechos humanos de las personas permite visualizar la necesidad de un cambio de prácticas que cambien el orden de las categorías jurídicas que se aplican en un caso. La imperiosa necesidad de tratamiento de una situación de manera integral responde a la visión de la persona, cuando ésta queda en el portal de un abordaje intersectorial y, por el contrario, se aborda de manera fragmentada, sin que la intervención jurisdiccional aplique el control de convencionalidad y ejerza adecuadamente la garantía de derechos a la ciudadanía.*⁷⁶

⁷³ IGLESIAS MARIA GRACIELA, REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO 2013-1, Derecho y salud mental, Ed. RUBINZAL-CULZONI, Pg. 317.

⁷⁴ IGLESIAS MARIA GRACIELA, REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO 2013-1, Derecho y salud mental, Ed. RUBINZAL-CULZONI, Pg. 316.

⁷⁵ Fallo de la CIDH, sent. del 31-8-2012

⁷⁶ IGLESIAS, María Graciela (2013), REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO 2013-1 Derecho y salud mental, Editorial RUBINZAL-CULZONI, Pgs. 307/308

Fallos de la Corte Suprema

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de diversos pronunciamientos emitidos a partir del año 2005, ha enunciado una serie de principios tendientes a garantizar el respeto a los derechos de los pacientes con sufrimiento mental. Estos fallos han tenido una marcada incidencia en procura de garantizar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental.

En la causa “Tufano, Ricardo Alberto s/Internación” (*Fallos*: 328:4832), indicó que para resguardar los derechos fundamentales de los pacientes con padecimientos mentales recluidos en instituciones psiquiátricas, es esencial el cumplimiento del *principio del debido proceso legal*, plasmado en los tratados de derechos humanos y en los pronunciamientos de los órganos internacionales de protección. Al respecto, advirtió que dicha regla debe ser observada con mayor razón tratándose de personas sometidas a tratamientos de internación psiquiátricas involuntarias o coactivas, en atención al estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el cual se encuentran frecuentemente. Al respecto, tuvo especial consideración de los llamados “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de salud mental”, documento de las Naciones Unidas que constituye un estatuto básico de los derechos y garantías procesales de las personas con padecimientos mentales.

El máximo tribunal destacó el papel fundamental que juegan los magistrados en esta clase de procesos en los que imponen los *principios de inmediatez y economía procesal* que se traducen en que el juez correspondiente al lugar en el que se encuentra internado el paciente sea quien le brinde una tutela judicial efectiva, bajo cuya órbita deben adoptarse todas las medidas atinentes al proceso. En efecto, para dar una eficaz protección se requiere un contacto personal y directo entre el órgano judicial y la persona vulnerable sometida a un tratamiento de internación con fines terapéutico, cuya libertad se encuentra restringida de manera forzada. En este sentido, resulta relevante la decisión de la Corte Suprema al señalar que el deber de

controlarse periódicamente las condiciones de internación del paciente que pesa sobre el magistrado que esté interviniendo en la causa se prolonga, aun en el supuesto de que se declare incompetente, durante la tramitación del conflicto de competencia suscitado.

El mismo día en que la Corte Suprema resolvió el caso “Tufano”, se pronunció en otro conflicto de competencia planteado en la causa “Cano, Miguel Ángel s/Insania”⁷⁷, de conformidad con los criterios desarrollados en aquel. Expresó que “ante la existencia de una declaración de inhabilidad y de una internación de larga data, resulta imperioso extremar la salvaguarda del principio de inmediatez en procura de una eficaz protección del causante”.

Luego, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de resolver la contenido de competencia suscitada en el caso “Hermosa, Luis Alberto s/Insania”. Proceso especial” (*Fallos: 330:2774*). Es de destacar que sólo los señores ministros que votaron en disidencia en esta causa (los Dres. Lotenzetti, Zaffaroni y Argibay), lo hicieron de conformidad con los criterios doctrinarios sentados en el precedente “Tufano”.

Estos magistrados, al comprobar en el expediente que, tras dos años desde inicio de las actuaciones, no se había dispuesto medida alguna dirigida a establecer que el causante debía ser o no sometido a un proceso de internación y de insania reiteraron el deber esencial que recae sobre el magistrado que está conociendo en esta clase de procesos de adoptar las medidas necesarias respecto de la persona sometida a estos procesos con la finalidad de no tornar “ilusorio el contenido de los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva y del debido proceso”, aun encontrándose pendiente de resolución una contienda de competencia.

Finalmente el caso “R., M. J. s/Insania” (*Fallos: 331:211*), la Corte Suprema de Justicia de la Nación se hizo eco de los principios rectores plasmados en el *leading case* “T., R. A. s/Internación”.

⁷⁷ Comp. Nº 1524, LXXI, sent. del 27-12-2005

Es así que el alto tribunal volvió a mostrar sus especial preocupación por la “debilidad jurídica estructural” que padecen las personas con padecimientos mentales en pleno y libre goce de sus derechos fundamentales, especialmente cuando son reclusos coactivamente, situación que lleva en muchos casos a la exclusión, maltrato a un evitable “hospitalismo”, realidad que genera la necesidad no sólo de establecer una protección normativa eficaz, sino también que la actividad jurisdiccional debe asumir un rol fundamental en procura de otorgar una eficaz protección de la persona sometida a encierro.

Numerosos expedientes que llegaron al alto tribunal fueron resueltos por aplicación de los principios fijados en los fallos “Tufano” y “Cano”, reiterados en “R., M. J s/Insania”, y de esa manera remarcó que era imperioso extremar la salvaguarda del principio de inmediatez en resguardo de los derechos fundamentales de las personas internadas forzosamente, en procura de su eficaz protección.⁷⁸

Carlos A.

Durante bastante tiempo, en los años ochenta, tuve la fortuna de acompañar al doctor Eduardo Cárdenas, a la sazón de juez de familia, emblema de responsabilidad frente a los justiciables sufrientes –y querido amigo-, en las rigurosas visitas semanales que realizaba personalmente a las instituciones psiquiátricas –públicas o privadas- donde se hallaban internados los pacientes a su cargo. Debo reconocer que su trato y su compromiso con la situación de cada paciente me alentaron a avanzar y profundizar el estudio de esta ardua temática.

Entre muchos pacientes, me llamaba particularmente la atención Carlos A., internado en el Hospital Borda desde hacía mas de una década. Su aspecto físico era original y llamativo; su discurso, atrapante: amplio conocedor de culturas orientales, con un saber especial en egiptología, era conocido como compositor y recitador de prosa y poesía. Frecuentemente actuaba en actos artísticos con otros pacientes del

⁷⁸ KRAUT, Alfredo Jorge (2010), REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO 2010-3, Derechos del paciente. Editorial RUBINZAL-CULZONI. Pg. 185

Borda. La situación de Carlos A. me atrajo también por su obsesivo reclamo de externación y libertad.

En nuestras reiteradas charlas, muchas mientras recorríamos otros pabellones del hospital, insistía en que, por más de diez años, nunca había conocido al juez de su causa por internación involuntaria, ni a ningún otro funcionario judicial (asesora de incapaces, curador, defensor, etc.), ni lo habían entrevistado médicos (forenses o de otra especialidad). Decía que cuando ingresó al hospital, tenía una familia, un núcleo de amigos, y trabajaba como modelo profesional. Lo habían internado en un episodio confuso y nunca más pudo salir.

La proclama, bastante recurrente en pacientes crónicos con largas hospitalizaciones, sonaba a una prédica de un psicótico que trata de conmover al oyente. Sin embargo, me constituí en el juzgado civil donde se tramitaba la causa que, por supuesto, estaba archivada hacía años. Y pude comprobar –con pena- que todo el denominado “proceso” para privar a una persona de su libertad apenas si tenía unas pocas fojas, intrascendentes, y que la sentencia, fundada (?) sólo en el dictamen médico forense, había dispuesto su internación forzada en el Hospital Borda. El paciente, tras recorrer varios servicios, estaba alojado desde hacía años en uno de los pabellones para crónicos donde prestaba importante colaboración a la jefa, tanto en tareas hospitalarias –atendiendo a otros pacientes- como personales: pintando su casa, lavando su auto y otros menesteres. Cuando le preguntamos sobre la posibilidad de externar a Carlos A., la jefa se opuso de manera terminante, fundándose en el cuadro que lo aquejaba, ya que, al parecer, estaba compensado sólo si tomaba regularmente su medicación. El paciente sostenía, en cambio, que hacía años que tomaba esporádicamente la medicación indicada.

El expediente por internación involuntaria indicaba que, efectivamente, no hubo actuaciones judiciales posteriores al decreto de internación (!). La revisión de las actuaciones demostró así que todos los responsables habían transgredido los deberes que tenían a su cargo:

- 1) Se incumplió del deber de impulsar de oficio y con la mayor celeridad las actuaciones tendientes a supervisar el estado del paciente.

- 2) Nadie entrevistó al paciente, no existieron controles, ni se cumplía –ni siquiera en lo formal- con la ley 22.914, que exige al sistema judicial supervisar las condiciones de la internación, y una visita semestral del asesor de incapaces al hospicio, ni con los Principios de Salud Mental - ONU- relativos al deber de restringir al mínimo indispensable el tiempo de internación hospitalaria.
- 3) Tampoco había informes del jefe de servicio ni del director del hospital que mantuvieron al juez al tanto del estado del paciente. De este modo, se contradecía la ley que obliga al director a notificar, por lo menos cada cuatro meses, la evolución del internado al juez.
- 4) El director, por lo demás, estaba legalmente autorizado para otorgar al paciente paseo o salidas, sin venia judicial, o bien para pedir al juez el alta provisoria, o el egreso, si concurrieran condiciones para ello. Ni se había registrado la historia clínica de la evolución de su mal.
- 5) Estos hechos obligaban al juez de la causa a denunciar ante la autoridad sanitaria, o al juez criminal o correccional, el incumplimiento en que hubiera incurrido el director.
- 6) Por su parte al asesor de menores no visitaba al paciente para controlar su estado y las condiciones de internación, al menos cada seis meses; tampoco controlaba, como era su deber, el trámite de las actuaciones ni alentaba el cese de la internación.

Obviamente, al producirse estos graves incumplimientos del sistema sanitario y judicial –como de costumbre, impunes-, Carlos A. perdió su trabajo, el contacto con su gente y la vida comunitaria: era un paciente “hospitalizado”, cronificado. Luego del deceso de la madre, hecho particularmente traumático por tratarse del único pariente a quien no podía visitar por falta de permisos, se vendió la casa familiar de la que era su único heredero, y el dinero se consumió en las regulaciones del curador, tasador y otros honorarios de profesionales intervinientes en el juicio de insania.

Así las cosas, el juzgado, remiso –luego de una severa presentación judicial de carácter de defensores del paciente, donde detallamos estas graves anomalías y los daños ocasionados al causante por su arbitraria y prolongada detención-, ordenó que se realizara un informe médico que dispuso, con premura inusual, que el paciente podía ser dado de alta y que, si continuaba con el tratamiento farmacológico, estaba en perfectas condiciones de vivir fuera del hospital. Pese a la férrea oposición de la jefa del servicio (pensamos que por razones extramédicas), el tribunal decidió que el paciente, si alguien se hacía responsable por la ingesta de su medicación, podría ser externado. Habían pasado diez años.

Pese a estos cambios de actitud, en principio promisorios, insistimos ante el tribunal en que era preciso que –puesto que existió una prolongada reclusión de un paciente sin lazos extramuros-, antes de hacerse efectiva su deshospitalización, se instrumentara en el marco hospitalario un estricto esquema de atención y apoyo en comunidad.

Ocurría en efecto que, en este emprendimiento “deshospitalizador” que había encolerizado a los médicos del hospicio, al juez, al asesor de incapaces y a los demás funcionarios, no existían programas de rehabilitación psicosocial que facilitaran el retorno a la comunidad de Carlos A. Sorprendentemente, una profesional del hospital –que tenía un afecto especial por Carlos A.- se presentó al juzgado y comunicó que asumía esta trascendente responsabilidad.

Insistimos, otra vez, en el expediente, en que su vida en la comunidad no estaba garantizada: no existían planes de atención en la sociedad –única manera de asegurar la autonomía personal- ni modos de procurarle o ayudarlo a conseguir trabajo, ello sin perjuicio de fomentar su rehabilitación y mantener el tratamiento dispuesto, especialmente la administración de los medicamentos. Sin embargo, la desesperación de Carlos A. y la desidia del sistema sanitario y judicial precipitaron la externación. Desde la historia lúgubre y tenebrosa del hospicio, todo indicaba que se estaba “haciendo justicia” y que Carlos A. salía de la ciudad de la locura –un suburbio del infierno- para iniciar una vida extramuros, más sana y productiva.

Pocas semanas después, la profesional que había ofrecido ocuparse del paciente externado me hace saber que la situación era inmanejable: Carlos no tomaba más sus remedios, no asistía al hospital a tratarse, agredía a los hijos menores de la guardadora, no buscaba trabajo... La falta de atención médica afectaba la salud del paciente y la seguridad de todos: la situación se agravó seriamente. Esta cálida e impecable mujer solicitó la urgente reinternación de Carlos A. No había camas disponibles ni personal para ir a la casa de la profesional a tratar a Carlos, o a reconducirlo a un centro asistencial. Carlos finalmente huyó, más abandonado a su “suerte” que nunca.

Aparecía, esporádicamente, por mi estudio profesional: su discurso era deshilvanado y demandante. Luego se volvió místico, delirante y agresivo. Su estado general se deterioraba. Llegaba inesperadamente y se iba rápidamente, sin que alcanzara a requerir asistencia. Sus anuncios sobre el anticristo y otras imágenes persecutorias se reiteraban y asustaban a mis colegas. En los meses que siguieron, se comunicaba esporádicamente por teléfono para contar que estaba preso en la casa de un conde y que tratara de recuperar sus herencias de la época zarista. Los llamados se espaciaron y nada más supe de Carlos A.⁷⁹

El señor Romero

El hijo del señor Romero murió atropellado por un tren tras sostener una fuerte discusión con su padre. La mujer y la hija de Romero lo acusaron por la muerte del joven

Durante la tramitación del juicio por daños contra la empresa ferroviaria, esposa e hija me dicen que el padre había desaparecido del hogar familiar, varios meses atrás, sin dejar rastros.

Otros tantos meses después, recibo una pequeña nota en la que Romero, en todo de abatimiento, me pide que lo “rescate”. Estaba “detenido” en una clínica

⁷⁹ KRAUT, Alfredo Jorge (2006), Salud Mental Tutela Jurídica, Editorial Rubinzal-Culzoni, Pgs. 112/116.

psiquiátrica privada en zona norte de la ciudad. Me acerco, un día domingo, a la institución y me informan que la persona que busco está internada, a cargo de su obra social; que es paciente peligroso y tiene prohibidas las visitas y todo contacto con familiares, amigos, etcétera. Insisto en que quiero verlo. Llegan unos médicos que me interrogan sobre la razón de mi presencia en la clínica. Les explico que soy apoderado judicial del paciente, quien, como tal, tiene derecho a entrevistarse con su abogado.

Autorizan sólo una muy breve entrevista con la presencia impuesta de dos enfermeras, atentas a cada palabra de mi cliente. Nunca olvidaré su mirada, mezcla de mal de ausencia y desolación. Me informan –de muy mala manera- dónde se tramita la causa por la internación compulsiva del paciente.

Pude conseguir los actuados: como era de estilo por ese tiempo –fines de los ochenta- no se había cumplido ningún requisito para la admisión forzada en una institución. Fue internado por un médico no especialista con la colaboración de la policía provincial, La historia clínica no estaba glosada en el expediente ni existía como tal en la clínica; el informe forense sólo deslizaba que se trataba de un esquizofrénico, “peligroso para sí o para terceros”. Como en el caso anterior, no existía ninguna entrevista con el sistema judicial ni informes al magistrado de parte de la clínica, cuyo director permitió emitir todo tipo de amenazas si el paciente era externado. El proceso no había existido: nadie había hablado con el causante.

En una audiencia celebrada en el juzgado, Romero me relató que había sido encerrado por su esposa e hija con la complicidad del médico familiar, amigo del director de la clínica.

Habían fallado todos los controles: nadie había estudiado el caso, ni vigilado los posibles abusos, ni fiscalizado tan prolongada restricción física de una persona sin antecedentes de dolencias mentales. La obra social no inspeccionó cómo se habían gastado los fondos de la seguridad social. El expediente pertinente –un “como si” de proceso judicial- era un facilitador de estos atropellos. No se cumplió ninguno de los requisitos exigidos por la ley 22.914.

Es preciso señalar que no existían –ni existen- mecanismos de supervisión ni comités de ciudadanos u otras entidades independientes, con libre acceso a las instituciones psiquiátricas y capaces de fiscalizar el nivel de cumplimiento de los

derechos humanos.

Se trataba de una típica privación arbitraria de la libertad. Había pasado un año y medio. Romero nunca ingirió realmente la medicación que se le entregaba ni fue tratado por terapeutas de la clínica: estaba lisa y llanamente detenido en una institución psiquiátrica. Resultó víctima de una asociación ilícita cuyos componentes fueron sus familiares y un grupo de profesionales, amparados por el sistema judicial.

Nuestra presentación judicial denunciando estos graves hechos tuvo efectos inmediatos: la jueza convocó a una audiencia dentro de las veinticuatro horas. En ella estuvieron presentes los médicos forenses, el causante y su familia. Nadie compareció en representación de la clínica. Luego de un intercambio de pareceres, el tribunal dispuso la inmediata externación.

Pasado no mucho tiempo, la familia Romero vino a visitarme: se habían reconciliado y parecían haber hallado la tranquilidad padres e hija. Pero el señor Romero falleció poco después. Su esposa e hija percibieron la indemnización por el hijo fallecido.⁸⁰

Entrevista a Dra. Ileana Judit Sinchez, jueza a cargo del Juzgado de Primera Instancia de Distrito Judicial n° 4 de Familia de la ciudad de Reconquista.

¿Cuántas causas que tengan que ver con restricción de la capacidad, aproximadamente, tiene su juzgado?

-Desde el día 21 de diciembre de 2010, fecha en la que comenzó a funcionar el Juzgado, hasta el 31 de julio de 2015, previo a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, ingresaron al juzgado 193 causas relacionadas con restricciones a la capacidad: 127 Incapacidades, 7 Curatelas, 3 Inhabilitaciones, 3 informaciones sumarias, 15 internaciones y 28 Procesos de Capacidad. Todo esto en consulta al sistema Informático del juzgado.

⁸⁰ KRAUT, Alfredo Jorge (2006), Salud Mental Tutela Jurídica, Editorial Rubinzal-Culzoni, Pgs. 116/117.

¿Por qué motivos usualmente se inician estas causas?

-Las causas más comunes por las cuales se inician las causas son para la percepción de pensiones y para el acceso de beneficios por discapacidad.

¿Cuáles son los diagnósticos y/o padecimientos mentales más usuales por los cuales se busca la restricción?

-Generalmente por retrasos mentales (graves, moderados o leves), psicosis, adicciones (alcohol y drogas) y Síndrome de Down en sus distintos grados.

¿Cuáles considera usted que son los principales errores o problemas procesales o de derecho más comunes que cometen las partes del juicio (abogado, curador, asesores, peritos, etc.)?

-De acuerdo a la práctica en el juzgado podría decirse que en el caso de los abogados, no suelen encuadrar lógicamente la demanda, sus pretensiones o finalidades. El curador no representa al enfermo, no interviene con el compromiso y el peso legal que lo obliga; al igual que el Asesor de Menores. Los peritos nunca se comprometen a analizar las situaciones en concreto, ya que las preguntas y la evaluación que efectúan responden a un modelo “standard” de preguntas.

¿Suele tener contacto con la persona con discapacidad?

-Sí, siempre. En audiencia personal con ellos, dirigidas a ellos y no a sus familiares o asistentes.

¿Cuál es el error más común a la hora de plantear una internación?

-La falta de documentación e informe interdisciplinario, la ausencia de urgencia y que no plantean otra posibilidad de tratamiento ambulatorio.

¿Suelen apelar la sentencia de declaración de incapacidad?

-No, nunca. Sólo una vez en disconformidad con una regulación de honorarios.

¿Cuáles son los mecanismos o propuestas que lleva a cabo en su juzgado a los fines de llegar a una visión actualizada y superadora de la restricción a la capacidad?

-En el juzgado estamos muy al tanto de las Reglas de Brasilia y las aplicamos hace tiempo, modificando nuestras prácticas en función a sus disposiciones. Cambiamos el uso de los términos y modificamos el proceso en función de la persona con discapacidad. Además:

- ^ Se respeta el “principio de capacidad”
- ^ Se centra la atención sostener y advertir las competencias del enfermo
- ^ Se procede a la revisión del cuadro de la persona
- ^ Se efectúa evaluación multidisciplinaria
- ^ Siempre tenemos la entrevista personal
- ^ Apelamos al involucramiento de los servicios públicos de salud y discapacidad
- ^ Instituímos la figura del “asistente” (hoy apoyo)

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- ALVAREZ-NADALINI-ZANETTI (2011), MANUAL TEÓRICO-PRÁCTICO DE ESCRITURA JUDICIAL, COLECCIÓN TEXTOS JURÍDICOS, FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LAS CIENCIAS JURIDICAS.
- ARAZI Roland-ROJAS Jorge A. (2014), CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO, ANOTADO Y CONCORDADO CON LOS CODIGOS PROVINCIALES, Editorial RUBINZAL-CULZONI.
- COMPAGNUCCI DE CASO, FERRER, KEMELMAJER DE CARLUCCI, KIPER, LORENZETTI, MEDINA, MENDEZ COSTA, MOSSET ITURRASPE, PIEDECASAS, RIVERA, TRIGO REPRESAS (2011), CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA EXPLICADO, Tomos I y II, Editorial RUBINZAL-CULZONI.
- GHERSU-WEINGARTEN (2003), CÓDIGO CIVIL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL COMENTADO, CONCORDADO Y ANOTADO, Nova Tesis Editorial Jurídica.
- KRAUT Alfredo Jorge (2006), Salud Mental Tutela Jurídica, Editorial RUBINZAL-CULZONI.
- KRAUT Jorge Alfredo (2006), Pacientes Mentales y Derecho Privado, Editorial RUBINZAL-CULZONI.
- LABRADA, Pelayo Ariel (2006), La Motivación en los Organismos Judiciales, Nova Tesis Editorial Jurídica.
- LORENZETTI, Ricardo Luis (2015), CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO Tomo I, Ed. RUBINZAL-CULZONI,
- PERRINO, Jorge O. (2011), DERECHO DE FAMILIA, Tomo III, Editorial Abeledo Perrot.

- PEYRANO Jorge. W (2000), CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE SANTA FE Análisis doctrinario y jurisprudencial, Editorial Juris.
- PRIVIDERA Jorge A. J. (2004), Código Procesal Civil y comercial de Santa Fe anotado y concordado, Editorial Zeus S.R.L.
- REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO 2010-3, Derechos del paciente. Editorial RUBINZAL-CULZONI.
- REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO, Derecho y salud mental (2013-1), Editorial RUBINZAL-CULZONI.
- REZZOAGLI, Luciano (2009), GUIA PARA ESTUDIOS UNIVERSITARIOS Y DE POSGRADO, Universidad Autónoma de Durango, México.
- RIVERA Julio Cesar-MEDINA Graciela (2014), CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION COMENTADO, Editorial Thomsom Reuters LA LEY.
- SABSAY, Daniel Alberto (2010), TRATADO JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO, DERECHO CONSTITUCIONAL PARTE ORGANICA, Tomo I, Volumen 3, Ed. La Ley.

LEGISLACION

- 100 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD. Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables
- Código Civil de la Nación Argentina
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina
- Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe
- Constitución de la Nación Argentina
- Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad

- Ley N° 22.431 Sistema de Protección Integral de los Discapacitados
- Ley N° 26.657 Salud Mental
- Normas Uniformes igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad (O.N.U.)
- Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad, Propuestas para un trato adecuado. EUROSOCIAL Programa para la Cohesión Social de América Latina (2013)

JURISPRUDENCIA

- CNCiv., sala I, noviembre de 2011, “Díaz, María Irma s/ Protección de persona”, expte. 52.017/2011.
- CNCiv., sala B, agosto de 2012, “H., E. N. s/ Insania”, expte. 41.095/2003.
- "O., M s/Inhabilitación", Tribunal de Familia n°3 de Lomas de Zamora, 16/10/2008 <http://www.villaverde.com.ar/es/sentencias/o-m-s-inhabilitaci-n-tribunal-de-familia-n-3-de-lomas-de-zamora-16-10-2008/>
- CNCiv., sala B. 19-3-93, L.L. 1993-D-355
- CNCiv., sala C, 1-9-81, E.D. 98-439; sala A, 15-11-84, L.L. 1985-A-78.
- CNCIV., sala B, 2-9-92, L.L. 1993-36; sala D, 30-6-93, L.L. 1993-D; sala B, 15-2-80, E.D. 88-795; sala F, 19-10-90, L.L. 1991-c-335, y SCBA, 19-9-78, J.A. 1979-III-488.
- CNCiv., sala B, 22-3-200, L.L. 200-E-471; ídem, 22-4-97, L.L. 1997-E-6
- CSJN, 19-2-98, “R., M. J.”, fallos: 331:211, L. L. 2008-C-255.
- CNCiv., sala G, 26-10-98, L.L. 199-C-546.
- Comp. N° 1524, LXLI, sent. del 27-12-2005
- CSJN, 16-5-2006, “Reynoso, Nilda Noemí c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, L. L. 2006-D-638.
- CIDH, Caso “Ximenes Lopes Vs. Brasil”, sent. Del 4-7-2006,
- CNCiv., sala K, 13-10-2011, “B., S. s/ Insania”, R. 066.984.
- CNCiv., sala A, 11-7-2012, “V., H. G. s/ Insania”, R. 602.412, sum. 22.208 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil.

- CIDH, sent. Del 31-8-2012, Caso “Furlán y Familiares vs. Argentina”.
- Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, fallo 22-11-2012, “L., N. H.”

OTRAS FUENTES

- DISEÑO DE LA INVESTIGACION, Estudio Descriptivo
http://ori.hhs.gov/education/products/sdsu/espanol/res_des1.htm
- ESTRATEGIA DE INVESTIGACION CUALITATIVA, Irene Vasilachis de Gialdino (Coord), Gedisa Editorial, Barcelona, España - 2006.
<http://tecnoeduka.orgfree.com/documentos/investiga/articulos/investigacion%20cualitativa%20-%20vasilachis.pdf>
- <http://ponce.inter.edu/cai/manuales/FUENTES-PRIMARIA.pdf>
- <http://www3.uah.es/bibliotecaformacion/BPOL/FUENTESDEINFORMACION/index.html>
- TESIS DE INVESTIGACION, MARCO METODOLOGICO
<http://tesisdeinvestig.blogspot.com.ar/2011/06/marco-metodologico-definicion.html>

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERSIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

| | |
|--|--|
| Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i> | LIENDO EMILIANO MATIAS |
| DNI <i>(del autor-tesista)</i> | 30.788.084 |
| Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i> | El acceso a la justicia y los procesos judiciales de las personas con discapacidad mental. |
| Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i> | matiasliendo_ml@yahoo.com.ar |
| Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i> | Universidad Siglo 21 |
| Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i> | |

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

| | |
|---|-----------|
| Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i> | SI |
| Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i> | |

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____ certifique la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.