

COMISION 1

NUEVOS PARADIGMAS DE LA JURISDICCION PROTECTORIA

“Procesos con personas en condiciones de vulnerabilidad”

“LA VOZ DE LOS INVISIBLES”

Esquivel, Erica Paola

FigueroaGómez , Ivana Mabel

Pizarro, Verónica Natalia

C.P: 5.400

Tel: 264 - 4581774

e-mail: epesquivel@jussanjuan.gov.ar

SUMARIO: I. Breve síntesis de nuestra propuesta. II. Acceso a la justicia y personas vulnerables. Nociones preliminares. III. Personas vulnerables, discapacidad mental y su acceso a la justicia. IV. Algunos puntos relevantes de los procesos de restricción a la capacidad. V. En camino a la modificación de las normas procesales bajo los principios de la Justicia Terapéutica. VI. Conclusión y propuestas.

I. Breve síntesis de nuestra propuesta:

Los principios y reglas que regulan la restricción o restricciones en materia de capacidad jurídica plasman en el Código el reemplazo de un modelo de sustitución en la toma de decisiones por el modelo de apoyo. Ese cambio de paradigma implica que todas las personas tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones, y ésta sólo puede ser restringida en carácter de excepción y siempre en beneficio de la persona resultando necesario e imprescindible la adecuación de nuestras normas a esta nueva perspectiva, para lo cual haremos una sucinta propuesta de reforma y adaptación de la normativa local vigente.

II. Acceso a la justicia y personas vulnerables. Nociones preliminares

La idea de vulnerabilidad o personas vulnerables durante el siglo XIX y el XX se sustentó principalmente sobre el valor jurídico libertad. Como consecuencia de este valor jurídico surge el principio de auto responsabilidad, construyéndose así los cimientos de las bases y regulaciones jurídicas que llevaron a postular la capacidad plena y el pleno ejercicio de la libertad. La idea de auto responsabilidad así concebida, colisiona con el concepto de vulnerabilidad, como lo conocemos actualmente, ya que se sustenta, no en el valor libertad, sino en el valor jurídico “igualdad”. Desarrollándose así otro principio, que es el de “protección”, el de proteger al más vulnerable, al más débil, al que se encuentra en una posición desventajosa. De este modo, comienzan a surgir regulaciones jurídicas tendientes a proteger al vulnerable.

Con este proceso se empieza a hacer “visible” a los invisibles, originándose un movimiento que podríamos denominar como de accesibilidad. Esta idea de visibilizar nos lleva a abordar el acceso a la justicia.¹ Como resultado de estos cambios comienzan a surgir los tratados internacionales entre los diferentes Estados y las recomendaciones de las organizaciones internacionales a fin de garantizar el acceso a la justicia para todos, así tales

¹ LORENZETTI, Ricardo, Conferencia pronunciada en ocasión del acto de clausura de las Jornadas Patagónicas Preparatorias del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), realizadas en El Calafate, 12, 13 y 14 de marzo de 2008. www.corteidh.or.cr 1/05/19.

como la declaración de la ONU, el artículo 13 de la Convención de las Personas con Discapacidad y Las Cien Reglas de Brasilia.

III. Personas vulnerables, discapacidad mental y su acceso a la justicia.

En Argentina, los orígenes de la atención en salud mental se organizaron en base a los valores alienistas de la psiquiatría y en cada época histórica fue influido por las distintas reformas psiquiátricas, encontrándose relegada bajo los conceptos y preceptos manicomiales y asilares. Desde una vertiente moral y humanitaria “había que volver al loco a la razón”. Desde el punto de vista de la definición de la O.M.S. que plantea a la Salud Mental como un “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”, se invisibiliza la lucha política e ideológica históricamente abordada al concebir un espacio estático y preformado que apunta a determinados estándares de normalidad. En este aspecto la LSM 26.657 al definir en su artículo 3 a la salud mental como *“...un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implican una dinámica de construcción social vinculada a la concepción de los derechos humanos y sociales de toda persona”*, amplía la perspectiva, lo que implica un avance en la concepción al reconocer la complejidad de las distintas dimensiones que abarca².

IV. Algunos puntos relevantes de los procesos de restricción a la capacidad.

Siguiendo esta línea, el Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el 1º de agosto del año 2015, receptó en su articulado los preceptos y principios establecidos en la legislación internacional a fin de adecuar su normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, entre otras varias. El reconocimiento de los derechos a las personas con discapacidad se dio desde las normas internacionales a las nacionales; otro tanto sucede a nivel interno de un país donde resulta imperioso adecuar las normas a la legislación nacional. Es por ello que del

² El campo de la Salud Mental. Nociones, recorridos históricos y perspectivas actuales. María Noelia López y Clara Weber Suardiz. Pag. 11/49.

análisis de algunas de las normas del CCyCN, especialmente en lo referido al proceso de restricción a la capacidad, se observa que nuestras normas han quedado ancladas en los conceptos anteriores a la reforma, visualizándose la necesidad de adecuarlas a nuestra normativa vigente. De todos estos cambios, se hace propicio el análisis del art. 31 del CCyCN, el cual establece los parámetros dentro de los cuales se rigen los procesos de restricción a la capacidad. El mismo dispone: *“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...”*

La reforma en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el CCyCN, respetuosa de este marco jurídico internacional, da cuenta de que la capacidad será el principio a partir del cual, eventualmente, podrán disponerse restricciones puntuales y no interdicciones generales sobre la capacidad. El hecho que la capacidad de ejercicio “se presuma” exige un proceso en el que debe probarse rigurosamente la situación contraria a dicha presunción para permitir cualquier restricción a la capacidad. En cuanto a la aclaración final que formula el inciso a) “aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial”, desde una primera y rápida mirada podría cuestionarse su incorporación por cuanto la internación de una persona en nada afecta su capacidad jurídica y su condición ante la ley —arts. 3° y 5° de la ley 26.657—; sin embargo, la historia pasada y presente que viven las personas en condición de internamiento y la severa afectación a sus derechos personalísimos —que, muchas veces, provoca una automática identificación por parte de los operadores (sanitarios, jurídicos, sociales, psiquiátricos, administrativos) entre “internación” e “incapacidad”— justifica la aclaración incorporada al enunciado, a fin de clarificar que la situación de internación jamás implica el cercenamiento de la capacidad de la persona, más allá de su situación de temporaria descompensación.

El inc b) a su vez dispone que *las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona*; la capacidad restringida supone que la persona conserva su capacidad, la cual es limitada solo para determinado/s acto/s. La excepcionalidad de la restricción no se fundamenta en una característica de la persona, “su discapacidad” (criterio subjetivo), sino en una situación que requiere la reunión de dos presupuestos (criterio objetivo). En tal sentido hay que señalar que el concepto de salud mental es mucho más amplio que el de ausencia de enfermedades mentales; el escenario social exhibe una multiplicidad de condiciones de las personas que alejan las calificaciones de las puras determinaciones médicas; hoy ya no se habla de personas con enfermedad mental sino de personas con discapacidad intelectual o psicosocial. Esta concepción es acorde al modelo social de la discapacidad propuesto por la CDPD (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por nuestro país mediante ley N° 26638), que ubica a la discapacidad, no ya como una condición personal, sino como el resultado de la interacción de la persona con las diferentes barreras que ofrece o presenta el medio (arts. 1° y 2° CDPD, art. 3° de la ley 26.657) ³.

Continuando con el análisis del art. 31 del CCyCN, su inciso c) *dispone*: “... *la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial...*”. Este principio aparece coherente con la modificación impuesta oportunamente por la LSM que quiebra la tradicional hegemonía médico-psiquiátrica en las cuestiones relacionadas con la salud mental, sea en el campo del tratamiento de salud, sea en lo relativo a las restricciones a la capacidad jurídica. De modo tal que no es atributo ni poder exclusivo de la ciencia médico psiquiátrica la calificación de la existencia o ausencia de salud mental, requiriéndose por el contrario intervenciones de carácter interdisciplinario. El carácter interdisciplinar implica, entre otras cuestiones, como ha afirmado la CSJN, que la existencia de un historial de tratamiento psiquiátrico no basta, por sí solo, para justificar

³ HERRERA Marisa, CAMELO Gustavo, y PICASSO Sebastián, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo I, 1° Edición, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires 2015, Pág. 59.

en el presente o en el porvenir la determinación de una enfermedad mental.⁴ En nuestra provincia es Secretaría Social dependiente de la Corte de Justicia la encargada de realizar la evaluación interdisciplinaria exigida, interviniendo: un médico psiquiatra, un licenciado en psicología, psicopedagogía y trabajo social.

Por su parte el inc d) dispone: “... *la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión...*). Este inciso constituye una de las claras ejemplificaciones de la concepción de “barreras” —sociales, comunitarias, arquitectónicas, actitudinales—, a las que refiere la Convención. El inciso refiere centralmente a aquellas barreras comunicacionales, relativas a la comunicación o trato con la persona y también en el proceso judicial. A los fines de conceptualizar esta regla, recordamos que la CDPD incluye en la noción de comunicación “*los lenguajes, la visualización de textos en Braille, 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*” (art. 2º.1). Por lenguaje se entiende “*tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal*”. Por su parte, y en esta instancia de referencia a la comunicación, no podemos dejar de hacer mención al avance laudatorio que implica que el CCyCN elimine a la sordomudez como causal de restricción a la capacidad, dando cuenta de que la diversidad en la comunicación no constituye, por el solo hecho de su diferencia, una causal de afectación a la capacidad civil. En nuestra provincia a través del Acuerdo General Nº 40, la Corte de Justicia dispuso incluir como servicio para personas con discapacidad visual, la instrumentación de información jurídicamente relevante en lenguaje Braille (resoluciones judiciales, disposiciones administrativas) y toda información que garantice el eficaz acceso a información del Poder Judicial de San Juan.

⁴ CSJN, “S. de B., M. del C. c/ Ministerio de Justicia - Poder Judicial - Estado Nacional”, 01/09/2009, en RCyS, 2009-X-120; 2009-XI-41. Disidencia de los doctores Lorenzetti, Fayt y Petracchi.

Siguiendo con el comentario del artículo en su inc. e) se establece: “...*la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios...*”.

El derecho a la participación de la persona en el proceso y la asistencia letrada son tratados en el CCyCN como regla general, en el inciso en comentario, y también como un derecho específico, al reconocer a la persona concreto carácter de parte en el proceso (art. 36). A este fin, la norma asegura las garantías de inmediatez con el juez de la causa y la asistencia letrada (art. 35). En nuestra provincia no se prevé específicamente esta figura, solo se dispone la intervención en el proceso del curador ad litem, quien actúa en función de obtener el pronunciamiento del juez, controlando el cumplimiento y desarrollo del proceso para la salvaguarda de la persona y bienes del presunto incapaz, pudiendo pronunciarse en favor de la restricción de la capacidad de la misma aunque esta se oponga. En cambio, la figura de la asistencia letrada, como cualquier letrado patrocinante, respeta los intereses y deseos del representado, en el marco del ejercicio profesional y según las reglas del art. 31. La calidad de parte de la persona sujeta a proceso no era reconocida en el C.C.. No obstante, había sido incorporado tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, fundado en la inviolabilidad del derecho a la defensa en juicio y pronunciándose a favor de la amplitud de sus facultades procesales.

La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso judicial tiene derecho a participar en él con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el estado si carece de medios. Dicho derecho debe ser garantizado por el juez en la primera oportunidad procesal; por ello, si la persona comparece sin abogado, debe nombrársele uno de inmediato, a fin de que le represente durante todo el proceso, debiendo en consecuencia legislarse al respecto. Ello va de la mano con otro derecho fundamental, el de “ser escuchado” en la entrevista personal con el juez dispuesta en el art. 35 del CCyCN, deber insoslayable del magistrado sobre quien pesa la obligación de arbitrar todos los medios materiales y humanos necesarios para el cumplimiento de tal finalidad en el hipotético caso de que la persona

no pueda asistir al juzgado por algún impedimento grave de salud. Finalmente el inc f) del mencionado artículo, dispone: “...*deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades*”⁵. Este principio es conteste con el enunciado en primer término, relativo a la imposición de restricciones solo en beneficio de la persona.

V. En camino a la modificación de las normas procesales bajo los principios de la Justicia Terapéutica

El CCyCN ha previsto procesos y roles legales que implementados desde los principios de la Justicia Terapéutica⁶ pueden contribuir al bienestar emocional y psicológico de las partes directamente afectadas, y en especial a las personas que sufren algún tipo de discapacidad. Desde estos cambios de paradigmas se establecen reglas generales que deben observarse en toda decisión que limite la capacidad de ejercicio de estas personas, como ya se explicitó anteriormente.

Todo ello justifica la necesaria modificación de las normas procesales que en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación regulan los procesos de declaración de incapacidad y de inhabilitación, y que deben ser sustituidas por normas que reglamenten los procesos de declaración de restricción al ejercicio de la capacidad jurídica o de incapacidad e inhabilitación, ajustadas a lo dispuesto en los art. 31 sgtes y cc. del CCyCN y a la normativa contemplada en la ley 26.657⁷, como así también la normativa del Código Procesal Civil de San Juan (Ley 988-O).

Piénsese que la denominación del proceso en nuestro CPC se encuentra bajo la denominación de “declaración de demencia o insanía”, hoy, según

⁵ HERRERA Marisa, CAMELO Gustavo, y PICASSO Sebastián, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo I, 1ª Edición, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires 2015, Pág. 59.

⁶ La Justicia terapéutica comienza a finales de los años 80 como una corriente filosófica jurídica propuesta por el Dr. David Wexler y el Prof. Bruce Winick, y se desarrolla para promover la exploración de formas en que las disciplinas relacionadas con la salud y las ciencias sociales pueden ayudar en el desarrollo del Derecho, con el propósito y la necesidad de humanizar la ley valiéndose de la psiquiatría, criminología, y las ciencias de la conducta.

⁷ PAGES LLOVERAS, Roberto M., en “Análisis de las bases para la reforma procesal Civil y Comercial”, Ed. RubinzalCulzzoni. Bs As., año 2018, pág.805/806.

nuestro Código Civil y Comercial se denomina “restricción a la capacidad”, en razón al reconocimiento apuntado, que consiste en la “capacidad” de todas las personas, restringiéndose o limitándose la misma en casos excepcionales, y solo de manera progresiva. Ya no podemos hablar de demente ni insano, sino de presunto incapaz, o persona con capacidades especiales o personas con padecimiento mental, entre otros. Nuestro Código se debe adaptar al nuevo paradigma, y en consecuencia debe eliminar el capítulo que trata la sordomudez como una causal *sine qua non* de declaración de incapacidad.

La presente propuesta apunta a su inclusión en el proyecto de Justicia 2020, para los procesos referidos a la restricción de la capacidad, propendiendo a que las normas procesales se apliquen de tal manera que aseguren la plena efectividad de ejercicio de los derechos de las personas cuya capacidad sea analizada. En este sentido debe admitirse las presentaciones directas del propio interesado, aun sin patrocinio letrado, lo que luego podrá subsanarse. Los informes requeridos en el proceso a los fines de evaluar el estado de salud de la persona serán interdisciplinarios, no solo de médicos psiquiatras, sino de otros profesionales que puedan enriquecer la mirada del juez a la hora de dictar su sentencia (psicólogos, asistentes sociales, psicopedagogos etc). Dichos informes, asimismo, se deben emitir en un tiempo prudencial fijando un plazo para ello. Los tratamientos propuestos deben procurar en todo momento ser respetuosos, seguros y efectivos.

Por otra parte se hace necesaria la capacitación y especialización de todos los operadores jurídicos que intervienen en estos procesos, máxime si la persona se encuentra internada de manera involuntaria, y ello en total concordancia con las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, plasmado en las observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de argentina año 2018: “...promover en todo el país la defensa técnica especializada para personas internadas en forma involuntaria para que su caso sea revisado regularmente...”, a fin de que, por medio del manejo de herramientas interpersonales que les permita lograr la empatía, y escucha activa de sus defendidos, y manejar un lenguaje claro

o repertorio comunicacional adecuado para que los participantes del proceso comprendan plenamente el alcance de las decisiones judiciales.

A su vez consideramos propicia la creación de un cuerpo de letrados que se encargue específicamente de la defensa y asistencia jurídica de las personas con problemas de salud mental y/o consumo problemático de sustancias, que carezcan de medios económicos, a fin de que puedan ejercer su legítimo derecho de defensa, el cual debería funcionar dentro del Ministerio Público de nuestro sistema judicial. Incluyendo, asimismo, dentro del Poder Judicial como peritos auxiliares, a intérpretes de lenguaje de señas, lectura en braille, etc,

Por último se propone introducir normas que instrumenten los mecanismos necesarios para llevar a cabo la entrevista personal con el presunto incapaz dispuesta por el art. 35 del CCyCN, asegurando la accesibilidad, no solo física sino también jurídica, para que el mismo pueda ser escuchado por el juez.

VI. Conclusión y propuestas:

Si realmente queremos hablar de una sociedad inclusiva, debemos cambiar la mirada hacia las personas que padecen algún tipo de restricción a su capacidad, desde todos los ámbitos: social, salud, previsional, educativo, de acceso a la justicia, evitando el formalismo y burocratización de los procesos, haciendo de los mismos herramientas que garanticen un real acceso a la justicia, a fin de asegurar a las mismas el goce pleno de sus derechos y una mejor calidad de vida. Es allí donde la justicia debe hacer cumplir las garantías de protección a este grupo de personas, actuando con el apoyo interdisciplinario de los demás organismos (hospitales, clínicas, obras sociales, etc.) bajo la luz de los principios de la Justicia Terapéutica, por cuanto estas personas conforman un sector vulnerable de la sociedad, digno de un trato equitativo y más humanizado, que requiere de una mayor protección desde la justicia. Es por ello que se necesita un cambio, desde las normas (adaptándolas al nuevo paradigma), los procedimientos (tomando el juez un rol activo para hacerlos más ágiles, expeditivos, y efectivos), la especialización de los operadores jurídicos que intervienen en estos procesos y la previsión de abogados especializados dependientes del

Poder Judicial (defensores oficiales) que se encarguen de la defensa y asistencia jurídica de las personas en cuyo beneficio se inicia el proceso de restricción, haciendo oír las voces, de los que, en la mayoría de los casos ni siquiera se saben parte de un proceso, la voz de los que muchas veces son invisibles a la hora de ejercer su legítimo derecho de ser escuchado ante los estrados judiciales, asegurando de esta manera su protección y defensa judicial.

BIBLIOGRAFIA:

- LORENZETTI, Ricardo Conferencia pronunciada en ocasión del acto de clausura de las Jornadas Patagónicas Preparatorias del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), realizadas en El Calafate, 12, 13 y 14 de marzo de 2008. www.corteidh.or.cr 1/05/19).
- Exposición del Dr. Claudio Segatti – Acceso a la Justicia y derecho – Diplomado de Acceso a la Justicia – ECJ – San Juan 28/03/19).
- El campo de la Salud Mental. Nociones, recorridos históricos y perspectivas actuales. María Noelia López y Clara Weber Suardiz, pág. 11-49.
- HERRERA Marisa, CARAMELO Gustavo, y PICASSO Sebastián, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo I, 1º Edición, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires 2015, Pág. 59.
- PAGES LLOVERAS, Roberto M., en “Análisis de las bases para la reforma procesal Civil y Comercial”, Ed. Rubinzal Culzzoni. Bs As., año 2018, pág.805-806.
- CSJN, “S. de B., M. del C. c/ Ministerio de Justicia - Poder Judicial - Estado Nacional”, 01/09/2009, en RCyS, 2009-X-120; 2009-XI-41. Disidencia de los doctores Lorenzetti, Fayt y Petracchi.
- SEDA, Juan Antonio, “Discapacidad y Derechos, Impacto de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, Editorial Jusbares, Bs. As., año 2018.
- Alberto J. Bueres, Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado, Ed. Hamurabi. Bs As., Año 2015.
- Los procesos Civiles relativos a la capacidad: de la Ley de Salud Mental al nuevo Código Civil y Comercial. Jorge Nicolas Lafferriere y Carlos Muñiz.

Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/9/losprocesos-civiles-relativos-a-la-capacidad>