

Comisión 1: Nuevos paradigmas de la jurisdicción protectoria

Tema 2. Procesos con personas en condición de vulnerabilidad

Autor: FERRERO, Eliana Mariel

Dirección postal: Treken Kimei Nº 691 - Toay (L.P) (6303)

Dirección electrónica: elianaferrero@hotmail.com

Teléfono: 02954 15 601334

Síntesis de la propuesta:

El objetivo del presente trabajo consistirá en dilucidar la importancia del principio de inmediación en los procesos de determinación de la capacidad jurídica, en particular a través de verificar los beneficios que otorga la implementación de la entrevista personal del artículo 35 del Código Civil y Comercial en miras a la obtención de una sentencia “eficaz”.

La entrevista personal en los procesos de determinación de la capacidad jurídica: ¿preludio de una sentencia eficaz?

- 1- La oralidad en los procesos civiles
- 2- La entrevista personal del Art. 35 CCyC
- 3- El contacto directo con la persona ¿es el preludio de una sentencia eficaz?
- 4- Conclusión

1- La oralidad en los procesos civiles

En la última década, numerosos países de la región han realizado transformaciones a sus sistemas de justicia civil, abandonando modelos escritos por modelos orales¹.

El proceso que ha sido el dominante en Iberoamérica es la escritura, el cual ha sido criticado por la lentitud de los trámites legales y la demora en resolver los pleitos, que al final terminan desmejorando la calidad de la administración de justicia. Frente a esta marcada tendencia, se ha optado por fortalecer la oralidad como un medio que permita dinamizar los aparatos judiciales².

Cuando se piensa en un proceso oral por audiencias se pretende el contacto directo del magistrado con las partes y con la prueba del proceso, pues lo que se busca es permitir la solución más adecuada y depuración más precisa de los hechos de la causa³.

Con ello, se logra que los justiciables sean los primeros beneficiarios del sistema, pues en el proceso oral se limitan las instancias y los recursos, pero se busca una mayor eficacia y eficiencia, que se logra con la celeridad y la concentración del mismo⁴.

Además, “se cumple con los principios de inmediación, concentración, celeridad y contradicción y se obtiene, de esta manera, una justicia abierta y

¹ Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), La gestión judicial de los nuevos tribunales civiles, Santiago Chile, 2018, Gráfica LOM, p.7.

² Protocolo Iberoamericano de Justicia en audiencia y Guía de buenas prácticas, aprobado en la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, Quito, abril de 2018, p. 6.

³ Protocolo... op.cit., p. 9.

⁴ Protocolo...op.cit., p. 7.

constructiva en la que las personas litigantes se involucran con mayor incidencia, y se disminuye la sensación de falta de credibilidad hacia el órgano jurisdiccional que, lejos de ser un simple observador del proceso, interactúa y obtiene de primera mano la información necesaria para la resolución del caso”⁵.

En ese contexto, el principio de inmediación adquiere incluso mayor relevancia cuando quienes participan en el proceso son personas en condición de vulnerabilidad, como es el caso de las personas con discapacidad. Se trata de personas que requieren de una especial protección, a cuyo efecto se les deberá garantizar su acceso al sistema de justicia, aplicando los ajustes razonables de procedimiento que resulten necesarios.

A continuación, analizaremos un tipo de audiencia expresamente receptada por el Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) que intenta coadyuvar al cumplimiento de tal cometido de modo consecuente con las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país.

2- La entrevista personal del Art. 35 CCyC

El CCyC incorpora en su artículo 35 una norma típicamente procesal que destaca la obligación del juez de garantizar la inmediatez durante todo el proceso y en particular el deber de llevar a cabo una audiencia personal con el interesado antes de dictar cualquier resolución relativa al ejercicio de sus derechos. Dicha norma exige la presencia del Ministerio Público y de al menos un letrado que presten asistencia al interesado, lo cual funciona como una garantía.

Puntualmente, el primer párrafo del art. 35 CCyC dispone: *“El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél”*.

⁵ Protocolo...op.cit., p. 19.

El CCyC habla de la inmediatez “*durante el proceso*”, como una acción continuada para la participación directa de la persona. Así, la intermediación sería el género y la entrevista personal, una especie en ella⁶.

Ante todo, nótese que ya no se trata de una mera facultad (tal como se preveía en el art. 633 del CPCCN concordante con el art. 603 del CPCC LP) sino que es un deber que recae sobre el juez, cuyo cumplimiento tendrá que hacerse efectivo antes de dictar resolución alguna.

Es además, un deber indelegable siendo que es crucial el contacto directo del juez con la persona, lo que permite humanizar los procesos judiciales garantizando el derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial, a la vez que otorga una información muy valiosa en miras al dictado de una sentencia que se ajuste a las particulares circunstancias de la persona y su entorno, de lo cual nos ocuparemos en el apartado siguiente.

La intermediación exigida por el artículo se funda en la situación de vulnerabilidad de la persona sujeta al proceso, en función de su padecimiento. Se relaciona con el objetivo de garantizar el derecho de acceso a la justicia⁷.

Aquí debemos tener presente que nos encontramos ante un proceso de determinación de la capacidad jurídica de una persona con algún tipo de discapacidad a la que se deberá garantizar su acceso al sistema de justicia como medio para resguardar el ejercicio de todos sus derechos.

Las Reglas de Acceso a la Justicia de las personas en Condición de Vulnerabilidad más conocidas como “Reglas de Brasilia”⁸ prevén 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” (Regla 3).

⁶ HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (2015), Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Tomo I, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, p. 92.

⁷ HERRERA, M. et. al, op. cit. p. 91.

⁸ Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en marzo de 2008 en Brasilia, que tuvieron recepción en el ámbito nacional a través de la Acordada 5/09 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Y a continuación se enumeran entre las posibles causas de vulnerabilidad las siguientes: “la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad” (Regla 4 primer párrafo).

Esto quiere decir que, las personas con discapacidad se encuentran dentro de los sujetos que requieren de especial protección conforme las Reglas de Brasilia. Así, la Regla 8 dispone: “Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación”.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD)⁹ en su art. 13 recepta expresamente el derecho de acceso a la justicia de personas con discapacidad al disponer que: *“Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”*.

En consonancia con la normativa internacional, el art. 35 CCyC en la segunda parte del primer párrafo dispone que el juez deberá asegurar la accesibilidad y los ajustes razonables de procedimiento de acuerdo a la situación del interesado.

La CDPD define “ajustes razonables” como aquellas *“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*

⁹ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 2006 y ratificada por Argentina mediante Ley Nacional N° 26.378 de mayo de 2008. Luego, en noviembre de 2014 se le otorgó jerarquía constitucional mediante Ley 27.044.

igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (Art. 2 CDPD).

Tal como han sostenido los Dres. Herrera, Caramelo y Picasso, es función del juez del proceso diseñar aquellos ajustes de procedimiento de un modo permeable y amoldable a la práctica y, en cada caso concreto, de un modo apropiado y artesanal¹⁰.

De lo expuesto, entendemos que lo primero que debería hacer el juez/a al dar inicio a la audiencia es explicar en términos claros y sencillos los motivos por los que se los ha citado, en qué consistirá la audiencia, cuál es el objetivo perseguido, intentando de tal modo brindar confianza y apertura al diálogo.

Seguidamente, debería llevar adelante la audiencia aplicando los ajustes de procedimiento en función del tipo de discapacidad y de las particularidades de cada persona, esto podría consistir en algo tan simple como elevar el volumen de la voz si se tratare de una persona con disminución de su capacidad auditiva, o bien en hablar pausado si pudiera leer los labios, o convocar a un intérprete en lenguaje de señas (previamente citado) si sólo pudiera comunicarse de tal modo, etc¹¹.

También podría el juez decidir realizar la audiencia en el domicilio particular de la persona, si ésta no pudiera movilizarse o si resultare imprescindible para conocer su vivienda y entorno social, así como alguna situación que pudiera requerir una intervención urgente, como podría ser la adaptación de la vivienda para el desplazamiento en silla de ruedas.

Luego, durante todo el transcurso de la audiencia será vital que exista un diálogo fluido, permitiendo que la persona y sus acompañantes expresen su situación, necesidades, inquietudes, expectativas, etc.

Al respecto, debe tenerse presente que para el ciudadano común reviste importancia el sólo hecho de ser escuchado por un juez. Por ello, garantizarle ese momento de atención es también un modo de respetar y promover sus derechos.

En ese contexto, el contacto directo le permitirá al juez lo siguiente:

¹⁰ HERRERA, M. et. al., op. cit. p. 94.

¹¹ Vale aclarar que, la aplicación de ajustes de procedimiento acordes a la circunstancias del caso puede dar lugar a una multiplicidad de medidas, cuyo análisis excede los límites del presente trabajo.

- ✓ Conocer a la persona cuya capacidad se debate en el proceso.
- ✓ Escucharla, garantizando con ello su derecho a ser oída, al igual que escuchar a sus familiares o personas que la acompañen.
- ✓ Indagar acerca de sus actividades cotidianas, cómo es su día a día, por ejemplo: si sabe vestirse, asearse, tomar su medicación o cocinarse por sí solo/a; si asiste o ha asistido a la escuela, o si asiste a talleres de actividades culturales como baile, pintura, cerámica, o bien talleres de formación profesional o de oficios; si practica deportes, entre otros.
- ✓ Indagar acerca de sus aptitudes y habilidades en miras a conocer su grado de independencia, por ejemplo: si conoce el dinero, si sabe manejarlo o si puede hacer compras y pagar él mismo; como también en caso de que se encuentre percibiendo una pensión no contributiva, si sabe administrar su dinero. Si trabaja, ya sea de modo independiente o en alguna actividad comercial o económica que desarrolle su familia, o bien si colabora con tareas domésticas, incluso si sabe ir al mercado a hacer las compras, etc.
- ✓ Conocer su entorno familiar y social: con quién vive, qué familiar lo ayuda en actividades cotidianas; si tiene amigos u otros familiares con los que tenga trato frecuente.
- ✓ Conocer sobre posibles necesidades inmediatas que pudiera requerir el dictado de alguna medida urgente.
- ✓ Información adicional que arroja el lenguaje no verbal: gestos, expresiones, miradas, etc. Podría ocurrir que un familiar se presente a sí mismo como el más allegado y principal interesado en ser designado como apoyo, y sin embargo, del devenir de sus dichos en la audiencia el juez/a advierta que tal cercanía no es tal siendo que no conoce en forma acabada las actividades y habilidades de la persona e incluso podría quedar en evidencia otro tipo de interés, como puede ser cobrar y disponer de la pensión. Tal situación daría lugar a que el juez busque designar como apoyo a alguna otra persona que tenga un genuino interés de cuidado y asistencia.

Como se puede observar, la entrevista personal con el interesado y sus familiares otorga al juez un cúmulo de información recabada por sí mismo,

incluso por sus propios sentidos, lo cual tendrá un valor inconmensurable al momento del dictado de la sentencia, tal como analizaremos en el apartado siguiente.

3- El contacto directo con la persona ¿es el preludio de una sentencia eficaz?

En este acápite intentaremos aproximar una respuesta al interrogante que ha funcionado como disparador del presente trabajo. A tal efecto, consideramos necesario ahondar primeramente en el actual régimen de capacidad de la persona humana, en las características propias de este tipo de procesos, para llegar por último a visualizar cuál debiera ser el contenido de la sentencia que declara la restricción a la capacidad o la incapacidad de una persona y cómo incide la información recabada por el juez en la entrevista personal.

En materia de capacidad de la persona humana, el CCyC consagra como principio general que la capacidad se presume y que las limitaciones son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona (art. 31 incs a y b).

Las excepciones se encuentran exhaustivamente determinadas en el Código y sujetas a una serie de garantías (cfr. arts 32, 36, 43 y 48)¹².

Al mismo tiempo, se establece que “deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades” (art. 31inc. f). Ello da cuenta de que, las decisiones que se adopten deberán pensarse y articularse siempre de modo favorable a la autonomía de la persona.

Al respecto, ha sostenido el Dr. Lorenzetti que 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 (cfr. art.32). Consecuentemente, ante la duda, se debe estar siempre por el reconocimiento de la capacidad de la persona¹³.

¹² LORENZETTI, Ricardo Luis (2014), Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Tomo I, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 128.

¹³ LORENZETTI, R., op.cit., p. 128.

Así, en el actual sistema de capacidad el juez sólo podrá declarar la incapacidad con la consiguiente designación de un curador ante un único supuesto descrito por ley: cuando la persona se encontrare “*absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier medio, modo o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz*” (art. 32 in fine CCyC).

En tanto que, las condiciones legales que habilitarían al juez a restringir la capacidad de una persona surgen del primer párrafo del art. 32 CCyC que 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*”.

La norma contempla un presupuesto intrínseco que “radica en que la persona padezca una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad” y un presupuesto extrínseco que exige que “del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”. Además deja en claro que dicha restricción es sólo para determinados actos.

En consonancia con la mentada disposición, el art. 38 al reglar los alcances de la sentencia prescribe: “*la sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan...*”.

He aquí el quid de la cuestión, dado que el juez ya no debe pronunciarse sólo por la capacidad o incapacidad de la persona como ocurría en el derogado sistema velezano, ahora tiene el deber de adoptar una decisión que admite grados y que requiere indefectiblemente conocer a la persona y a sus particulares circunstancias, al menos si lo que se pretende es dictar una sentencia que garantice el ejercicio de sus derechos del modo más pleno posible.

Es por ello que, estamos convencidos de la transcendencia que adquiere la entrevista personal en este tipo de procesos. Tal como han afirmado Herrera, Caramelo y Picasso: el conocimiento directo, no solo permite al juez la comprensión de la situación de la persona y de sus

habilidades, aptitudes y necesidades; también viabiliza el derecho a ser oído. Permite conocer las diversas necesidades de la persona durante el proceso y habilitar, por ejemplo, el dictado de decisiones cautelares en resguardo de sus derechos¹⁴.

En otras palabras, puede afirmarse que dado su carácter excepcional, el juez sólo puede restringir la capacidad la persona si las circunstancias del caso lo justifican, debiendo especificar los actos para cuya ejecución deberá contar con la asistencia de un apoyo. Y es en la determinación de tales actos donde el conocimiento personal adquiere un papel fundamental. Veamos algunos ejemplos.

El juez al dictar sentencia restringirá la capacidad para el manejo del dinero, sólo si la persona no sabe o no puede hacerlo por sí misma; o bien se le designará un apoyo para que le suministre su medicación sólo si aquella debe tomar fármacos para el cuidado de su salud física o psíquica y no sabe suministrárselos por sí misma. Lo mismo que, se le encomendará al apoyo que administre los bienes con la debida rendición de cuentas, sólo si la persona cuenta con ellos y no sabe administrarlos por sí misma.

Es decir, de lo que se trata es de dictar una sentencia adaptada a las particulares necesidades de la persona, no caben aquí la aplicación de fórmulas genéricas y vacías de contenido.

Luego, el segundo párrafo del art. 32 continúa diciendo *“en relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios (...) especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona”* y de modo concordante el art. 38 en su segunda parte dispone: *“Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores (...) y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación”*.

Conforme lo preceptuado por el art. 43 segundo párrafo: *“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”*.

¹⁴ HERRERA, M. et. al., op. cit. p. 92.

Se trata de un sistema que exige una construcción individual, particular, acorde a la condición personal y contextual del protagonista, una construcción artesanal en que deben ensamblar adecuadamente el régimen de restricciones establecido y las funciones encomendadas a las figuras de apoyo, siempre bajo la perspectiva del acompañamiento, el favorecimiento de la comunicación, la autonomía y no la sustitución de la voluntad¹⁵.

Una vez más, a partir de la entrevista personal el juez podrá conocer el entorno familiar y social de la persona, lo cual le permitirá designar como apoyo a quienes vivan con ella o tengan un trato frecuente, así como interés en cumplir con este rol de modo más favorable y respetuoso de sus derechos y preferencias.

De este modo, ha sostenido Lorenzetti que la obligación del juez no se limita a verificar si la persona tiene la aptitud suficiente para ejercitar su capacidad jurídica, sino más bien debe centrarse en corroborar qué requiere la persona para el ejercicio de la misma¹⁶.

Pero entonces ¿cuándo una sentencia de restricción a la capacidad resultaría eficaz?

A fin de intentar dar respuesta al interrogante comencemos por definir eficacia. Según el Diccionario de la Real Academia Española, eficacia es la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.

Y de una sentencia que resuelve sobre la capacidad de ejercicio de una persona lo que se espera es garantizar su protección, así como la asistencia en la toma de decisiones que respete su autonomía y preferencias.

Téngase presente que, las limitaciones a la capacidad de hecho o de ejercicio configuran barreras de protección para las personas comprendidas en ellas, mientras que las limitaciones en materia de capacidad de derecho se estructuran en función de la protección social o de un interés general y no del sujeto de las mismas¹⁷.

¹⁵ BENAVENTE, M.I y BURUNDARENA A.(2016): Restricción a la capacidad de personas mayores. Problemas y soluciones, Revista de Derecho de Familia, Abeledo Perrot, p. 126.

¹⁶ LORENZETTI, R., op.cit., p. 143.

¹⁷ LORENZETTI, R., op.cit., p. 112.

4- Breve conclusión

A modo de cierre, podemos afirmar que el CCyC ha implementado un sistema flexible y gradual en torno a la determinación de la capacidad de las personas, lo cual exige la intervención de un juez activo y atento a las particularidades de cada caso.

A tal efecto, se promueve la inmediación durante todo el proceso y en particular la realización de la entrevista personal prevista en el art. 35 CCyC, la que constituye una poderosa herramienta procesal con la que cuentan los jueces a fin de conocer a la persona y su contexto social.

A nuestro humilde entender, la información recabada por el juez en la entrevista personal permitirá el dictado de una sentencia que tome en cuenta las particulares circunstancias de la persona, restringiendo su capacidad sólo en relación a aquellos actos que no pueda realizar por sí misma y designando como apoyo a quién se encuentre en la posibilidad real y tenga interés en asistirle en la toma de decisiones de modo respetuoso con su autonomía, gustos y preferencias.

En definitiva, para que una sentencia de restricción a la capacidad resulte eficaz deberá garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad del modo más pleno posible.