
XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL JUJUY 2015:

"MODELOS DE JUSTICIA: ESTADO ACTUAL Y REFORMAS PROCESALES"

COMISION 1: DERECHO PROCESAL CIVIL - JURISDICCION PREVENTIVA

PONENCIA: ABORDAJE PRÁCTICO EN MATERIA DE TUTELAS PROCESALES DIFERENCIADAS: "LA PERSONA HUMANA CON CAPACIDAD RESTRINGIDA".-

INDICE: I. Introducción. II. Planificación Estratégica. III. Conclusiones.-

DIRECCION POSTAL: Calle 13 e/ 47 y 48 Palacio de Tribunales, Juzgado Civil y Comercial Nº 1 de La Plata.

MAIL: mvrodriguez88@hotmail.com / csucedo@scba.gov.ar

TELEFONO: 0221-15 5566618 / 0228-1541329

AUTORES:

CESTAC CAROLINA

DI LUCA GUILLERMINA

RODRIGUEZ MARIA VICTORIA

UCEDO SOLEDAD

Síntesis de la ponencia:

Colocamos en vidriera un trabajo realizado “*puertas adentro*” en el Juzgado Civil y Comercial N° 1 de La Plata a fin de compartir con el auditorio una modalidad de trabajo posible a tener en cuenta a la hora de ajustar los procesos de Declaración de Incapacidad subsistentes en los fueros no especializados en materia de Familia, como lo es el nuestro. Nos focalizamos en el nuevo paradigma en materia de Salud Mental y su repercusión en las reglas procesales introducidas por la reciente entrada en vigencia del CCYCN, abordado desde una faz dinámica y práctica y no exclusivamente desde un marco teórico-normativo.

ABORDAJE PRACTICO EN MATERIA DE TUTELAS PROCESALES DIFERENCIADAS: “La Persona Humana con capacidad restringida”.

I. Introducción.

Al barajar las diversas temáticas que el espíritu del Congreso promueve, hemos inclinado nuestra balanza hacia la protección jurisdiccional de las tutelas diferenciadas, colocando el acento en la praxis cotidiana de la que somos parte cada vez que tenemos que resolver y garantizar derechos en los procesos de Determinación de la Capacidad en causas de trámite por ante nuestro Juzgado.

Nos ocuparemos en particular de la faz dinámica que acompaña la puesta en marcha del Nuevo Paradigma en materia de Salud Mental a partir de la sanción de la Ley 26.657, de la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” (art. 13) y de su reconocimiento expreso en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (art. 2 y ss.), más no de su análisis teórico, normativo y jurisprudencial, sin perjuicio de las referencias que oportunamente sean necesarias realizar.

El modelo de justicia actual reclama que los operadores jurídicos, y principalmente los jueces se tomen los derechos en serio¹. Ello implica para nosotras facilitar por todos los medios el aseguramiento positivo de los derechos

¹Ronald Dworkin.-

fundamentales. La administración de justicia entendida como un servicio público tiene como meta lograr la igualación de las personas humanas allí donde la igualdad (real) no existe.²

La Convención garantiza el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en su artículo 10³, pero no se satisface este requisito esencial de cualquier manera, con medidas paternales o asistenciales, como contiene el código (en la figura del curador provisorio) sino con un acceso a la justicia libre y pleno y en las mismas condiciones que los demás miembros de la sociedad. Esto implica no discriminar ni estigmatizar al otro. Sino alterar la forma en que los operadores, abogados, médicos, jueces, perciben los fines mismos del proceso, entendiendo a las personas como usuarios de un servicio de salud mental.

La premisa de nuestra labor parte de concebir al Derecho como una *idea práctica*⁴ lo cual nos lleva a considerar un abordaje fáctico de las principales modificaciones procesales que surgen al poner en movimiento la *rueda normativa* cuyo eje principal reposa en la **persona humana** como sujeto autónomo de trato procesal diferente.

Nuestro objetivo es humilde: compartir nuestro día a día a la hora de aplicar este nuevo paradigma a los expedientes en trámite, que si bien han sido iniciados bajo el modelo anterior conviven normativamente con los resabios plasmados en el Código Procesal Civil y Comercial local. Ello representa el verdadero desafío⁵, analizar una propuesta de cambio a partir de un nuevo modelo social⁶, para poner en el centro, el pleno respeto de la dignidad y de la autonomía de las personas usuarias de servicios de salud mental.

En términos generales en su faz dinámica o fáctica como operadores jurídicos trabajamos en los procesos de capacidad, conjugando aleatoriamente diferentes elementos, a saber:

² ROSS, Alf; "Sobre el Derecho y la Justicia", Ed. Eudeba.

³Véase arts. 5 y 10 de la Convención sobre los derechos de personas con discapacidad.

⁴IHERING, Von Rudolf. "La lucha por el Derecho" Ed. Heliasta S.R.L.1993 Bs. As.

⁵Interpretar el CPCC a la luz de la ley 26.657 y del Código Civil y Comercial.

⁶ En reemplazo del modelo tutelar del Código Civil Argentino, que ha demostrado que la "tutela" es un modelo vertical que tiende a silenciar y aislar a quienes más necesitan ser escuchados.

- a) Normativo estático (nuevo paradigma en materia de salud mental);
- b) Normativo dinámico: reglas procesales;
- c) Recursos humanos;
- d) Colaboración de las Instituciones de apoyo;
- e) Participación de otros actores procesales (asesor, cuerpo médico interdisciplinario; curador, defensor oficial, familia; etc.) y
- d) Utilización de recursos tecnológicos.

II. Planificación Estratégica de la experiencia propuesta

Esta propuesta exigió al Organismo idear una planificación, toda vez que la misma tiene a su cargo el diseño y ejecución de políticas públicas en cumplimiento del mandato dirigido a los poderes del Estado: promover la tutela jurisdiccional y vigencia plena de los derechos fundamentales (art. 75 inc. 23 de la CN y art. 8 y 25 de la CADH).⁷

La estrategia implica, por un lado involucrar a los agentes de trabajo en la acción, y por otro lado responder eficazmente a la concepción estructural contemplando la misión, los valores, y la visión pretendida por la legislación aludida.

De allí que -como equipo de trabajo- decidimos trazar las siguientes pautas:

1) Definir los objetivos: ¿Qué queremos hacer y para qué? Analizar, revisar y actualizar los trámites existentes de conformidad con la nueva policromía normativa, para garantizar el efectivo acceso a la justicia de las personas con capacidades restringidas.

2) Designar un grupo de trabajo con asignación de tareas específicas: ¿Quiénes van a realizar la experiencia y cómo? Es decir, el personal del Juzgado encargado de realizar los actos administrativos y procesales tendientes a optimizar al máximo los recursos humanos y tecnológicos puestos a disposición de un

⁷ Camisaza Elena y otros, "Planificación estratégica". Metodología y Plan estratégico de las Organizaciones Comunitarias.

proceso que garantice la dignidad de la persona humana como sujeto de tutela diferenciada.⁸

3) Identificar constantes⁹ a tener en cuenta en el íter procesal “en concreto”: Dentro de las constantes o recurrencias en el tratamiento de los ‘expedientes en curso’ encontramos las siguientes cuestiones que deben ser tenidas en cuenta para su readecuación al nuevo régimen Constitucional:

- **Modificación del lenguaje jurídico utilizado:** A fin de compatibilizar el nuevo discurso jurídico incluyente y no estigmatizante que reconozca al usuario de salud mental, se busca evitar el uso de expresiones tales como “*Declaración de Insania*” y en su lugar hablar de “*Declaración Judicial de Restricciones a la Capacidad de las Personas*”. Todo ello se realiza de conformidad con el principio de Dignidad Humana de raíz convencional que irradia como un haz de luz abarcando tanto el derecho fondal como el procesal local. Así, se abandona la concepción biológica patrimonialista del viejo modelo para trazar nuevos rumbos.
- **Recaratulación de las actuaciones:** Como desprendimiento del acápite anterior y en cumplimiento del art. 12 de la CDPD y la AC. 3725 que modif. la AC. 3397 SCJBA se sustituye la denominación “*Insania*” por “*Acción para la Determinación de la Capacidad Jurídica*”, la que, como adelantamos, responde a una filosofía humanista y no estigmatizante¹⁰.
- **Determinación de la Competencia:** En orden a salvaguardar el principio de inmediatez, en resguardo de los derechos fundamentales de las personas y con el objeto de procurar una mayor protección de ellos, se ha resuelto jurisprudencialmente la asignación de la competencia al juez del domicilio de la persona con discapacidad,

⁸ “Tutela procesal diferenciada de las personas con discapacidad -CLAVES PARA SU REFORMA PROCESAL”, María Silvia Villaverde.

⁹ Al referirnos a constantes queremos indicar determinados hechos, circunstancias que aparecen reiteradamente en esta clase de procesos.

¹⁰ Dicha cuestión debe ponerse en conocimiento de Receptoría General de Expedientes.

resultando así del art. 36 de la nueva ley, que admite la interposición de demanda ante el juez correspondiente al domicilio real de la persona con discapacidad o al lugar de su internación. En este entendimiento, si bien el tratamiento de la competencia -sea por declinatoria, sea por inhibitoria- posee un medio de deducción y un tiempo específico, en la especie, y dada la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimiento mental, devino necesario un nuevo análisis de la misma a la luz de los arts. 5 inc. 8, 7 y ss. del CCPC., debiendo remitir a la jurisdicción que resulte competente aquellas que cumplieran con las pautas señaladas¹¹.

- **Formación de cuadernillo de control:** Una vez decretada la sentencia de incompetencia resulta de buena práctica judicial la formación de cuadernillos de control -agregando las piezas fundamentales de la causa- hasta tanto se dirima la cuestión de competencia. De este modo, en cumplimiento del principio constitucional de Tutela Judicial Efectiva el juez podrá adoptar todas las medidas necesarias tendientes a resguardar la persona y su patrimonio, como así también asegurar que se efectivicen de manera urgente. Con lo cual, estas piezas permanecen en Secretaría hasta tanto el Juez requerido admita o decline la competencia¹².
- **Auto resolutorio de la designación del cuerpo interdisciplinario¹³:** En dicho proveído se procede a la determinación de los puntos de pericia así como también los expertos que deberán pronunciarse sobre los mismos. Esta tarea la llevará a cabo el juez -en uso de las facultades conferidas por el ritual art. 36 inc. 5 y el art. 34 del CPCC., y arts. 31 inc. C, 37 y 47 del CC.- a fin de realizar el informe socio-ambiental para poder así,

¹¹Conf. "Nicolliello S/ Insania", SCBA Causa 109.819; y "Caimi S/ internación" Fallo: 312:1373.

¹²Arts. 15,36 inc. 5 y 8 Constitución Provincial; art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional; arts. 9 y 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad-ley 26.378- y art. 25 de la Convención de Derechos Humanos, "100 reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad".

¹³Art. 37 y 47 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

determinar los actos específicos que puede o no realizar el afectado, lo que de suyo se verá reflejado en la sentencia a dictarse (readecuada). Este abordaje interdisciplinario pone en pie de igualdad a psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras, terapeutas ocupacionales, etc., fundamentalmente porque la existencia de un historial de tratamiento psiquiátrico no basta por sí solo para justificar en el presente o en el porvenir la determinación de una enfermedad mental.

- **Readecuación de sentencias de Insania:** En las sentencias de Insanias readecuadas y conforme el ex art. 152 ter. y actual 37 y 47 del CC., ahora debe especificarse, entre otras circunstancias: si la persona puede realizar o no actos de disposición; efectuar actos que importen modificar su estado civil; intervenir en juicios; realizar actos de administración o mera gestión, sean actos simples o complejos; ejercer derechos electorales activos; comprender el valor jurídico de la firma; si puede realizar actividad laboral remunerada; prestar consentimiento para la realización de prácticas médicas y/o estudios que se le propongan; cuales son los actos que puede realizar por sí solo y cuáles no, o si necesitara de manera permanente ser asistido por su curador o un tercero o si es conveniente que permanezca internado. Todo ello como consecuencia del nuevo paradigma que incluye la categoría jurídica de la *“capacidad gradual”*.
- **Designación o remoción del curador.** Se procede a convocar a la Secretaría al apoyo designado¹⁴ a fin de comunicarle las funciones inherentes a su designación. Asimismo, en dicha oportunidad, invitamos a los familiares a proponer alternativas de apoyo frente a

¹⁴ El efecto de la restricción de la capacidad no es la designación de un curador, sino, la de figuras de apoyo en los términos del art. 12 CDPC, que posibiliten y asistan a la persona en el ejercicio de su capacidad: Impone el cambio de paradigma de sustitución de la voluntad al de toma de decisiones con apoyos y salvaguardas, lo que exige por parte del Estado acciones de índole educativa, financiera, entre otras, que garanticen el mecanismo asistencial pretendido por el bloque normativo.

posibles eventualidades (edad avanzada y/o patologías de los antiguos curadores).

- **Búsqueda de NN:** Mediante la combinación de las facultades ordenatorias e instructoras y el uso de herramientas tecnológicas, ya sea a través de la consulta en los nosocomios del paradero de los NN, consulta a través del Padrón Nacional Web y comunicaciones con la Secretaría Electoral competente, hemos desarrollado un sistema de comunicación interna que nos posibilita una búsqueda mas exhaustiva de datos personales.
- **Utilización de herramientas tecnológicas:** Como mencionamos precedentemente, utilizamos las bondades de la tecnología para el hallazgo de NN, como así también para gestionar de manera más provechosa los fondos existentes en las cuentas de las personas, ya sea a través de la afectación a plazos fijos, renovaciones automáticas de los mismos, seguimiento de trámites asistenciales ante las Obras sociales, etc.
- **Dictado de medidas cautelares:** Las medidas cautelares en éste tipo de procesos, gozan de ciertas particularidades atento la índole de los derechos en juego: es por ello, que amén de aquellas que puedan ser solicitadas por el denunciante, curador, o Ministerio Público, también es el Juez quien de oficio puede dar curso a las medidas que considere necesarias para la protección de la persona, ello así por cuanto el paradigma protectorio establecido por la última parte del art. 75 inc. 23 de la CN, se convierte en el eje fundamental que se erige con la finalidad de otorgarle especial tutela a los grupos que están en inferioridad de condiciones (ancianos, niños e incapaces), En esa inteligencia, para configurar una verdadera y típica "Justicia Protectora" el juez es el protagonista principal, actúa en función protectora, preventiva, asumiendo misiones múltiples de gestor, tutelador y garante del interés público comprometido, para arbitrar las soluciones más acordes al interés superior de las

personas con capacidades restringidas. Es así, que como Organismo hemos articulado –según las circunstancias del caso- las medidas que consideramos oportunas ya sea designaciones de curadores provisorios, embargo y depósito de bienes, aperturas de cajas de seguridad entre otras medidas que garanticen en definitiva la solución más ajustada a la plataforma constitucional señalada.

- **Activismo judicial:** Profundizamos acciones tales como llamadas telefónicas a las clínicas e Institutos donde se encontraban las personas para contextualizar y personalizar el trato con los mismos, complementándose este actuar con visitas que en forma trimestral, o bien cuando las circunstancias lo ameriten, personal del Juzgado conjuntamente con funcionarios, realiza a los medios internativos para evaluar la forma en la cual se les brinda a los mismos una atención adecuada de las necesidades personales, poniendo de resalto la calidad de vida de la persona, actividades que realiza, faltantes del Organismo y/o institución y arbitrar los medios para su proveimiento.

Es así, como se instrumentaron medidas positivas es decir medidas encaminadas a potenciar y revalorizar a la Persona Humana tales como donaciones (que en muchos de los casos fue de miembros del Tribunal) e intervención a través de las autoridades competentes (Asesores de Incapaces, Ministerio de Desarrollo Social, Directores, etc.).

Avanzar sobre las dificultades, sortearlas, encontrar otros caminos y posibilidades que nos lleven al mismo fin. Es decir, pensar en la forma de hacer operativos los fines propuestos, comisionarse en los lugares de residencia, abordando la problemática de cada caso en concreto, apelar a mecanismos de índole variada como solicitar audiencia con el responsable del área de Salud Mental y Hospitales Públicos, para interiorizarnos en posibles soluciones con el ánimo de una solución integral, abordar la posibilidad de

dispositivos de externación en hospitales públicos, la externación asistida, y cómo el Juzgado puede interactuar y coadyuvar a su desenlace. También la puesta en marcha de dispositivos alternativos que faciliten la reinserción comunitaria de las personas afectadas por trastornos mentales, por ejemplo viviendo bajo supervisión. Y en ese camino a los efectos de barajar posibilidades concretas, también se solicitó audiencia con el área pertinente en el Ministerio de Desarrollo Social, siempre en vistas a la solución de un caso en particular, pero con una visión abarcadora e integradora, pues al golpear y abrir estas puertas, y otras tantas que con seguridad surgirán, lograremos interiorizarnos del estado de situación y operatividad de los principios y propósitos de la mentada ley, con miras a amalgamarnos como Poder Judicial en los logros de los fines propuestos.¹⁵

Es decir, y parafraseando a Peyrano: *"el activismo judicial debe privilegiar y llevar a cabo una realista jurisprudencia de necesidades en vez de practicar una aséptica y puramente intelectual jurisprudencia de conceptos"*¹⁶.

- **Audiencia del art. 627 del CPCC. y art. 35 CC.:** En esta oportunidad (previo al dictado de la respectiva sentencia) y como momento procesal que nuclea el principio de inmediación, se produce la toma de contacto directo del juez con el interesado, escuchando y tratando directamente las necesidades y aspiraciones. Se patentiza el empoderamiento del *Principio de la Dignidad del Riesgo*¹⁷.

Las entrevistas se llevan a cabo en presencia del juez conjuntamente con los curadores para evaluar el caso en particular, circunstancias que desde el punto de vista humano cobran especial

¹⁵ Agradecemos la colaboración de la Dra. Roxana Ponce, que es quien lleva a cabo gran parte de las actividades mencionadas.

¹⁶ PEYRANO, Jorge W.; "El cambio de paradigma en materia procesal civil", LA LEY, 2009-E, 785.

¹⁷ "Z., A.M.Insanía".

relevancia toda vez que en ésta entrevista no sólo se indagan sobre las cuestiones normativas a reajustarse sino también lo relacionado a necesidades emocionales, afectivas, dinerarias, asistenciales, etc.

- **Revalorizar el Dictamen del Asesor de Incapaces:** Si bien el mismo no es vinculante, no por ello deja de funcionar como una guía orientadora para el juez, quien breva de los mismos como fuente de consulta en cuanto a los criterios vigentes sentados por los representantes promiscuos en interés de sus tutelados.
- **Intervención directa e inmediata por parte de los operadores jurídicos:** La finalidad pretendida es la de funcionar como arquitectos en la construcción de puentes entre el organismo jurisdiccional, enlazando vínculos entre los familiares de la persona incapaz, las instituciones médicas, psiquiátricas o de asistencia social, con los Asesores Intervinientes, curadores, peritos y diferentes áreas estatales o privadas.
- **Aplicación del Principio de Colaboración:** Comunicación directa con los peritos oficiales y puesta en conocimiento de cada circunstancia en particular a fin de lograr la realización efectiva de los informes socio-ambientales¹⁸, regla que de suyo se encuentra a lo largo de todo el ensayo.

III. Conclusiones de la Actividad Realizada:

No hay salud sin salud mental. Ésta es necesaria para poder ejercer los derechos humanos y participar en la vida civil, social y económica; al mismo tiempo, el ejercicio de los derechos humanos y las libertades es fundamental para las personas con discapacidad mental, quienes tienen los mismos derechos que el resto de los ciudadanos.

¹⁸ Caso en trámite por ante nuestro Juzgado, caratulado "Longarzo S/ Acción para la Determinación de la Incapacidad Jurídica"; en donde tuvimos que solicitar la colaboración de la perito asistente social aclarándole que la afección particular de la persona –hipoacusia- evidentemente lograría un resultado negativo de las entrevistas intentadas ya que al no oír los llamados de la profesional la misma no podría concretarse. Se triangulo desde el juzgado día, fecha y lugar para la realización de la entrevista con presencia del curador, el cual no vivía con su hermana.

Como resultado de la nueva mirada en torno a la Salud mental, y en base al conjunto de leyes que reconocen su vértice en la Constitución Nacional, hemos diagramado una política de abordaje para cada caso en particular, a los fines de hacer operativos los fundamentos y propósitos de la Ley Nacional de Salud Mental. Y más allá de los cambios propios del proceso, esto es lo que manda la ley de forma en cuanto a los requisitos a cumplir para cada una de las etapas procesales, no sólo se están readecuando las sentencias en tanto a los nuevos requisitos, el abordaje interdisciplinario y la periodicidad en cuanto al actuar judicial, sino que se incluyen medidas que escapan un poco al rigor de las formas procesales, y nos emparentan más con la justicia de acompañamiento, el accionar del juez y su equipo en el comando y dirección de medidas acordes para lograr una mejor calidad de vida en quienes se encuentran transitando un padecimiento de índole mental.

Hoy estamos en una etapa de formación de ideas, y somos observadores de un momento muy especial porque se necesita una necesaria transformación desde el punto de vista procesal, esta materia festeja los aportes sustantivos y procesales: oralidad, inmediación, poderes de oficio, entre otros, que en definitiva consagran el justo equilibrio para la garantía de la persona humana.

En conclusión, nos hacemos eco de las palabras de Couture, quien sostenía que el Derecho progresa siempre y cuando se produzca una humanización del mismo, y encontrándonos en un orden social injusto, la justicia sólo se logra amparando a los más débiles. El derecho que aspira a tutelar la Persona Humana, salvaguardando su dignidad, no sólo no declina ni está en crisis, sino que se supera a sí mismo.¹⁹

¹⁹ Roberto Omar Berizonce "HUMANIZACIÓN DEL PROCESO Y LA JUSTICIA (la efectividad de los derechos sociales)".-