

**XXXII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL – CIUDAD DE
MAR DEL PLATA - “EL DERECHO PROCESAL A 30 AÑOS DE LA
REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL”.**

Comisión 1 (Procesal Civil)- Tutelas diferenciadas en la reforma de 1994.

Tema: La respuesta unidimensional hacia las personas con discapacidad.

Autor: Di Luca Guillermina - Macchi, Julio César.

Fecha de Nacimiento: 03. 04.1986 - 04.04.1983

Breve síntesis de la propuesta:

En el marco del Congreso, proponemos reflexionar sobre las personas con discapacidad (PCD) y la creciente tendencia de integrarlas en el sistema de justicia como titulares de un proceso. Esta tendencia parece ignorar la necesidad de estructuras de apoyo específicas. En lugar de ver las propuestas de cambio como la única solución, deberíamos considerar la incapacidad de nuestra sociedad para crear sistemas de asistencia adecuados que incluyan elementos externos al proceso judicial.

La respuesta unidimensional hacia las personas con discapacidad.

Por Guillermina Di Luca y

Julio César Macchi.

I.-Introducción.

La cuestión de la sobrejudicialización de las personas con discapacidad (en adelante PCD), nos ubica en un escenario en donde el modelo médico, y el llamado social de Derechos Humanos, se mantienen en tensión a pesar de los avances que la materia transita.

Esta cuestión, vista desde el plano normativo, muestra fricciones por la distancia que existe entre la práctica judicial en la materia, frente al bloque constitucional/convencional que rige la salud mental en nuestro país.¹

A lo dicho se agrega el problema de falta de información estadística acerca de la cantidad de PCD que ingresan al sistema judicial.

En ese sentido, tanto el Ministerio Público Provincial como el Poder Judicial en general, muestran una opacidad frente a una problemática transversal.

No obstante ello, el déficit de las políticas públicas en materia de salud mental, hace suponer que la respuesta que el Estado brinda a este colectivo, frente a las demandas de índoles económicas, sociales, patrimoniales, etc. es la del proceso como primer acto reflejo, frente a la dificultad, situación o sufrimiento que eventualmente se plantee a una PCD que vive en una sociedad no diseñada para su realidad.

En el campo del Derecho Procesal, la cuestión del armado de sistemas de apoyos y en particular, la mirada que se tiene de las PCD agrava la

¹ Desde 2010, a partir de la sanción de la ley de salud mental, la situación de las personas internadas en manicomios en Argentina se convirtió en un tema de organizaciones sociales y de derechos humanos. En 2014, el Movimiento por la Desmanicomialización en Romero, la Comisión Provincial por la Memoria y el CELS presentaron un amparo colectivo por las vulneraciones a los derechos humanos de las personas alojadas en "Melchor Romero". Se constataron internaciones de hasta 60 años, con aislamiento, hacinamiento y sobre medicación. También se comprobó una elevada cifra de muertes no investigadas.

Desde entonces, en una mesa intersectorial de trabajo se impulsó la transformación de ese manicomio conforme lo establecido por la Ley Nacional de Salud mental: la exigencia del cierre de los sectores de larga estancia y la creación de los dispositivos de atención y vida en la comunidad. El compromiso asumido en estas mesas de trabajo, busca terminar con la estancia de las PCD dentro de los monovalentes, lograr las externaciones hacia dispositivos asistidos y abordar las cuestiones de salud mental en centros interinstitucionales, todo ello bajo el prisma de los derechos humanos.

situación, muchas veces, produciendo resultados que rozan de cerca con el capacitismo o asistencialismo que tan alejando se encuentra del modelo social de discapacidad.

No obstante el paradigma general, a través del presente, intentaremos delinear una propuesta dirigida al bloque que nos convoca, y proponer un abordaje procesal de conformidad con el modelo aludido, que ponga en crisis la judicialización irrazonable.

II.- La tutela judicial diferenciada.

Las normas procesales que habitan en el CCyC conforman un sistema de tutela judicial efectiva especial, para igualar a las partes del proceso². Esto obviamente necesita ser llevado al plano sustantivo.

En el caso de las PCD, requiere de especial atención los motivos por los cuales llegan al proceso, es decir, cuál es la cuestión que ameritó su ingreso al sistema de justicia³.

Luego, repensar el tratamiento que, tanto sujetos externos como operadores de justicia les dan a la cuestión de la discapacidad, es decir atacar las estructuras que conciben a la discapacidad como condición para la judicialización – muchas veces través de acciones asistencialistas, o sustituyendo a la PCD, y no potenciando sus capacidades a través de apoyos de pensados para el caso concreto.

El reconocimiento de la persona en su subjetividad, como defensa contra los estigmas, las discriminaciones, los estereotipos, las acciones tendientes a incluir a las PCD⁴ en la construcción de su inclusión, su perspectiva – su discurso en primera persona- del escenario donde vive,

2 Berizonce, Roberto O. "Normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación. Personas con discapacidades restringidas", LA LEY 12/05/2015.

El maestro Berizonce lo desarrolla de manera pormenoriza, y en su publicación, que a continuación referencio, da una brillante exposición de lo que del rol del Estado, y en particular del juez frente a estas tutelas. En el punto de nuestro trabajo, pondremos justamente acento en el efecto que una mala interpretación de las tutelas judiciales preferentes, puede acarrear en este caso, a la persona con discapacidad.

3 ¿Para la construcción de una estructura de apoyos, para subsanar fallas de política pública en materia de asistencia previsional, médica...?-.

4 Respecto a este punto, nos referimos puntualmente a la participación de las PCD, como factor principal en la construcción de todo el universo conceptual-teórico y en la creación de dispositivos que logren una real igualdad dentro de la sociedad.

padece y se desarrolla como eje central nos ilustra un escenario que difiere del actual, y que sin dudas le da otras características al proceso. Como inicio, la premisa de que no toda PCD necesita ser judicializada.

Finalmente, resaltamos la noción práctica que todo el bloque constitucional- convencional en la materia, inscriben en cabeza de juezas y jueces y brindan herramientas para resolver las causas con perspectiva de vulnerabilidad y evitar que el clásico “interés superior”, se malinterprete y restrinja derechos sin motivo.

III.- ¿Cómo llega la persona con discapacidad al proceso?

La sociedad tiene una idea propia de lo que es la PCD, esto conforma muchos conceptos, que pueden desdibujarse por falta de información o por prejuicios, y dar forma y vida a otros nuevos, que finalmente desembocar en los obstáculos o barreras contra los que lucha la PCD.

En primer término se las rotula⁵⁻⁶ como “incapaces” para ejercer tal o cual acto de la vida cotidiana, luego se los aparta y en el peor de los casos esto puede desembocar en el encierro⁷ o la judicialización.

Respecto de la judicialización, es importante mencionar una ante sala de circunstancias que agravan ese desenlace, que se vincula, como mencionamos con las políticas públicas – más precisamente el déficit de ellas- en materia de salud mental.

5 La C.D.P.D. en su artículo 8 -1. Ordena a los estados partes a...” b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida...”
<https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

6 La cuestión de los estereotipos, ha sido especialmente abordada por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – C.D.P.D- , y su avance no solo abarca el terreno que refiere al reconocimiento de derechos humanos de más de seiscientos millones de seres humanos de tener el control sobre sus vidas, sino que los mismos destinatarios luchan por proponer el cambio de la autoridad del discurso del experto que habla (que les habla de discapacidad), por el discurso de la misma persona que vive una discapacidad.

7 Cuando mencionamos el encierro, referimos al manicomio. El mismo, en tanto institución, ha producido y produce consecuencias negativas en la vida de las personas que en ella habitan. Su subjetividad, su salud mental, su autonomía, su vida anímica se ven afectadas por un espacio dentro del cual son ubicadas en lugar de objeto, homogeneizadas, aisladas de la sociedad, de sus vínculos, y privadas de toda decisión respecto de su vida cotidiana sin poder tomar decisiones.

En primer lugar los poderes públicos que, antes de que se dé la instancia judicial, direccionan con su actuar u omisión la situación que vive la persona hacia la esfera judicial, en muchas ocasiones irrazonablemente⁸.

En lo que a PCD refiere, la falta de recursos e imposibilidad de respuesta a una situación obstaculice su vida, trae casi automáticamente consigo el envío “del caso” hacia el tribunal.

En este marco, nos preguntamos si ¿existe un real análisis de medición de estado de emergencia respecto de la situación de la PCD que pueda encontrarse en una situación que amerite ser judicializada?

Señalamos como ejemplo las personas alojadas dentro de una institución, viviendo en comunidad o el caso de aquellas niñas, niños y adolescentes con discapacidad en situación de adoptabilidad, que cada vez suman más al colectivo “ persona con discapacidad judicializado”, en muchos casos por necesidades de asistencia económica.

La idea de generar un apoyo que asista a la persona en aquello que necesita y que construya terapéutica para mejorar su calidad de vida, se reduce a la visión asistencialista de insertarla dentro del proceso, para que un operador judicial le asigne un ingreso o lo afilie a una obra social, entre otras necesidades.

Más allá de la entendible razón por la que un familiar o institución quiera generar un recurso en favor de una PCD, esto puede no tener que ver con que necesite un sistema de apoyos, al menos no un apoyo judicial.

IV.- La prueba.

Iniciado el proceso, la prueba médica configura un efecto totalizador sobre las demás, y potencia la posibilidad de que se limite la capacidad de la persona.

Este tema ha sido abordado en el trabajo de Julio César Macchi “Capacidad sobre una prueba eficaz”⁹, por lo que a él nos remitimos, pero señalaremos que la cuestión de la prueba, más precisamente la calidad del acervo probatorio, y su influencia en decisión del tribunal, es sin duda un factor determinando hacia

⁸ El sistema de salud por ejemplo, visto desde una mirada general, esto es: hospitales públicos, privados, clínicas privadas, las obras sociales, etc. como parte del Poder Ejecutivo Nacional o Provincial, según se trate, es un ejemplo claro de la cuestión traída al acápite.

la judicialización, si no existe un abordaje desde una real interdisciplinariedad y teniendo la interseccionalidad estructural en el tratamiento del caso.

Los códigos procesales dictados después de sanción del CCyCN, - tales como el de Corrientes, sancionado en el año 2021¹⁰ o el de Familia de la Provincia de San Juan, ampliaron considerablemente los requisitos fácticos, para los cuales pueda ponerse en marcha la restricción de actos respecto de los cuales la persona necesite apoyos. El de San Juan incluso en su art. 151 y siguientes, regulando el apoyo extrajudicial¹¹.

Sin dudas el estándar de prueba a ofrecerse de cara al dictado de sentencia, es muy elevado, si se compara el clásico sistema de dictamen médico en donde el núcleo de la misma se constituye en un formulario que consigna si la persona puede o no realizar tal o cual acto, y que prescinde de la interdisciplinariedad como eje¹².

En la práctica, esto persiste no solo respecto de las pericias que se dan en el proceso. Así, los operadores judiciales, sea en etapas preliminares o de cara al dictado de sentencia, suelen dar al testimonio del hablante un grado de credibilidad relativa o disminuida lo que deriva no solo en la lesión de su dignidad¹³, sino en la inevitable restricción a sus derechos.

9 Capacidad desde una prueba eficaz. Publicado en: Revista Jurídica del Noroeste Argentino IJ Editores – N°9 – Diciembre 2023 – Ponencia “Capacidad desde una prueba eficaz”. Academia. Edu. Año 2024 y Erreius- errear. Año 2024. Enlaces: <https://ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=479&idediccion=21013>
https://www.academia.edu/116589179/Capacidad_desde_una_prueba_eficaz
<https://drive.google.com/file/d/1PRWvjg7wzZUHYex9cDquPSqK3YjUnX5J/view>

10 El artículo 501 del Código Procesal de Corrientes, mantiene el requisito de los certificados médicos como requisito para solicitar el inicio de las actuaciones que agrega la necesidad de presentar al juez... *“los antecedentes fácticos que la justifiquen, individualizando los hechos, simples actos o actos jurídicos a los que alcanzará,.... los apoyos, las modalidades de su intervención y sus funciones, la prueba de que intente valerse.... así como las situaciones en las que las personas requieran apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica...”*, como puede observarse amplia considerablemente el estándar de elementos a ofrecer al juez para que este pueda razonablemente considerar la limitación de la capacidad del sujeto procesal.

11 Art.151 Código Procesal de Corriente: *La provisión de apoyos puede tener lugar:...b) a través de un acuerdo de apoyo entre la persona interesada y aquella o aquellas que proponga a este fin, el que deberá ser homologado judicialmente.*

12 *En la interdisciplina, en lugar de yuxtaponerse esas miradas, se intersectan. O sea, sus conclusiones se funden en una sola, lo que requiere un nivel de diálogo, discusión y apertura entre los profesionales que permita que dicha parte del trabajo se integre y evitar caer en pericias estancas, que no aportan un real acercamiento a la situación de la persona.”*

V.- La respuesta única.

Un punto central en la problemática que venimos planteando refiere a ese “doble conforme” que se produce antes y dentro del proceso, y que pareciera estar rígidamente direccionado hacia la restricción.

Sea consecuencia de un derrotero institucional que ha transitado la persona, o de necesidades de índole estrictamente médicas asistenciales, etc. O en el marco del proceso, la balanza siempre pareciera pesar más hacia una dirección.

En particular, dentro del proceso la permanecía de prácticas que ocultan regímenes de sustitución bajo el título de sistemas de apoyo, hacen sin duda al núcleo de problemática referida.

Así una estructura de apoyo podrá tener diferentes matices, pero no puede pretenderse que a través de una sentencia que dice configurar una red de apoyos y velar por la autonomía, se la lesione.

En el fallo dictado en el caso “D.A. s/ Determinación de la capacidad jurídica”¹⁴, la Cámara Primera, Sala Primera en lo Civil y Comercial de La Plata, dejó sin efecto un fallo de primera instancia, por – entre otros motivos conformantes del agravio - disponer un sistema de apoyos en favor de D.A. para la circulación por la vía pública. La Cámara, dejó sin efecto el punto en crisis e hizo énfasis al *“avance jurisdiccional excesivo sobre la vida de las*

13 Un fallo que refiere a la cuestión planteada se dio en autos “C.A.R. s/ Insania y Curatela”. In re “C.A.R. s/ Insania y Curatela” S.C.J.B.A. Exp. Nº C – 121160. Año 2018. Votos Dres. De Làzzari, Soria, Kogan y Genoud. En efecto, vía recurso extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de ley, el accionado solicitó se declare nula la acción que pesaba sí. Ante ello, tanto instancia como alzada postergaron el tratamiento del pedido de nulidad de su proceso, hasta tanto no se sometiera a una evaluación por parte del cuerpo técnico del juzgado, todo lo que motivó una queja ante el alto tribunal bonaerense. Así, el impugnante sostuvo al recurrir, que la alzada, con su modo de resolver, postergó *“...el tratamiento de la nulidad impulsada por nuestra parte que denuncia un proceso írrito y la severa restricción de la capacidad civil de C.A.R.... Consentir una nueva evaluación significa hacerlo con la totalidad del proceso y con el paradigma médico psiquiátrico derogado por la C.D.P.D.”* La Suprema Corte hizo lugar a la nulidad de la acción de restricción refiriendo que: *“Asiste razón en el reclamo: no ha mediado el respeto pleno del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas bajo tratamiento psiquiátrico cuando expresamente se señaló que no se necesitaba de la función de un curador para que lo representara, lo que derivó en la inclusión en un sistema previsto en la ley ya citada para aquellas otras personas que tuvieran un proceso abierto en torno a su capacidad o bien que fuera indispensable su iniciación por otros motivos. Es decir, el señor C.A.R. no estaba incluido en ninguno de estos últimos supuestos...”*

14 In re “D.A. s/ Determinación de la Capacidad Jurídica”. Cam. Primera, Sala Primera en lo Civil y Comercial de La Plata. Exp. Nº 275898. Votos. Dras. A. Montoto y A. Bourimborde.

personas...¹⁵ que el error o el exceso en la disposición del sistema de apoyos puede significar

Sin duda alguna, la designación del apoyo, es el punto culmine en donde se define si la persona tendrá una estructura que potencie su capacidad, o si por el contrario, con dicha graduación dispuesta por la jueza o juez, pesará sobre él una asistencia innecesaria o una restricción que viole su derecho.

Para concluir el punto, entendemos la importancia de que todos los actores que intervienen en el proceso, materialicen esta mirada convencional.

En otras palabras, la versatilidad, flexibilidad o mutabilidad de la estructura o sistema de apoyos, no implica que toda persona lo necesite, o si así fuera, el mismo pueda requerir de construcciones que a veces escapan – claramente -de la figura unipersonal e incluso de la institucional.

La cuestión debe ajustarse a la persona en el sentido que sea el apoyo el que adapte a la vida de su destinatario y no al revés.

Por ello, el ingreso de las PCD al sistema de justicia, sea en su faz preliminar o de cara una sentencia de mérito o revisión-, debe ser actuado y repensado, teniendo en cuenta todos los factores que influyen en la vida de una persona, puesto que la facción o modificación de la estructura de apoyo construida, será “la herramienta que acompañe, o la cadena que arrastre” su destinatario¹⁶.

Propuestas.-

15 En la parte que interesa al presente trabajo, el fallo mencionado resolvió que: “...la sentencia ha confundido la designación de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica -objeto de este proceso judicial- con los apoyos que -para la vida independiente- pueda requerir eventualmente A para los demás aspectos de su cotidianeidad, que no autorizan a avanzar indebidamente en su esfera de libertad personal (cfe. Art. 19 CDPC). Advirtiendo esta confusión se ha señalado “los apoyos deben ser designados en relación con actos jurídicos formales, específicamente determinados en la sentencia y con el alcance allí dispuesto... Tal como ocurría en el antiguo sistema de representación/curatela, se continúa observando que los/as jueces/zas al momento de dictar sentencia se pronuncian sobre cuestiones que no han sido sometidas a su jurisdicción, lo que implica un avance jurisdiccional excesivo sobre la vida de las personas...Debe evitarse cualquier resolutorio que implique paternalismo, enunciado en ocasiones bajo el rótulo de “interés superior del incapaz”...”

16 A lo dicho, agregamos que de esa configuración del apoyo, dependerá también la modificación sustancial de la intervención judicial, incluso y si la circunstancias lo ameritan, darle fin al proceso. En ese punto, resaltamos la importancia vertebral de la escucha en todas las etapas procesales. La misma tiene que ser en lenguaje claro, interdisciplinar, en el ámbito espacial de la persona, y sujetando la misma hacia su deseo. Desde ese punto, creemos que es más probable que aquella necesidad, un pedido o la negativa a ser parte del proceso, tenga una decodificación diferente a la clásica entrevista informal, utilizada en la práctica.

En primer término, entendemos que la legislación en general y de forma – con ello refiero a la Provincia de Bs.As.-, tiene que incorporar las estructuras de abordaje mencionadas en el presente.

En tal sentido, entendemos que abordar las problemáticas de las PCD, implica reconocer la interseccionalidad como guía o indicador, ello hacia el eventual inicio de un proceso. Considerar en ese abordaje integral cuestiones como el género, la vulnerabilidad económica, la propia de la discapacidad, si es niña, niño adolescente o persona adulta mayor, su situación de usuario de servicios, etc.

Para ello, es necesario reconfigurar los cuerpos técnicos de tribunales y asesorías periciales, reestructurar en los cuerpos procesales con los necesarios ajustes en el monitoreo de internaciones dándoles un tratamiento específico y con el enfoque que cada situación amerita. Con una mirada interdisciplinar, sin sesgos y con dictámenes contruidos a partir del intercambio de saberes y no desde aportes aislados.

Finalmente, a partir de ello, modificar los sistemas de apoyos que casi siempre recaen en organismos tales como defensorías especializadas o curadurías, puesto que muchos de los abordajes pretendidos, no pueden llevarse a cabo por estas unidades por no haber sido creadas con ese fin.

Así, diseñar el sistema de apoyos que se adapten a su destinatario, y busque la efectividad, aporta el sentido que tendrá la consecuente sentencia de mérito que restrinja el o los actos, y designe el o los apoyos, todo ello con dos fines posibles, o que el sistema acompañe y facilite el cotidiano de la persona o que esa misma red la lleve a la rehabilitación.

En definitiva concebir al usuario como un sujeto pleno de derecho que precisa del Estado las herramientas para afianzar su autonomía. En palabras del Maestro Morello, formemos parte de la era del cambio que es posible-desde nuestra función-, desde el derecho, y con el derecho impulsar y contribuir a los cambios que reclama la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA.-

- OBSERVACIÓN GENERAL Nº 6 (2005). Convención sobre los Derechos del Niño. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>
- Determinación de la capacidad de las personas en el Código Civil y Comercial: Ajustes necesarios a los procesos de declaración de incapacidad. Verbic, Francisco. Piccinelli, Ornella. Academia. Edu.2016.
https://www.academia.edu/27151326/Determinaci%C3%B3n_de_la_capacidad_de_las_personas_en_el_C%C3%B3digo_Civil_y_Comercial_Ajustes_necesarios_a_los_procesos_de_declaraci%C3%B3n_de_incapacidad?email_work_card=view-paper
- Sabin Paz, Macarena, Biaggio Mariana (Abril 2023). Reflexiones sobre la desinstitucionalización de mujeres del Hospital Dr. Alejandro Korn "Melchor Romero" aportes al proceso de transformación manicomial. Equipo Salud Mental. CELS. Capítulos 1 y 2. <https://www.cels.org.ar/web/2023/07/cruzar-el-muro-un-documental-sobre-la-vida-en-el-manicomio-y-la-salida-de-ese-encierro/>
- El régimen de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Fernández, Silvia Eugenia Publicado en: Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 25.
- Apuntes sobre necesarios ajustes a los procesos de declaración de incapacidad a la luz del código civil y comercial de la nación. Piccinelli Ornella C.- Verbic Francisco. *"Determinación de la capacidad de las personas en el Código Civil y Comercial: Ajustes necesarios a los procesos de declaración de incapacidad."*, RDP 2016-
1"https://www.academia.edu/29405113/Apuntes_sobre_necesarios_ajustes_a_los_procesos_de_declaraci%C3%B3n_de_incapacidad_a_la_luz_del_C%C3%B3digo_Civil_y_Comercial_de_la_Naci%C3%B3n
- Pérez Ragone, Alvaro. "Introducción al estudio de la tutela anticipatoria ", Jurisprudencia Santafesina Nro. 26
- Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código", Aida Kemelmajer de Carlucci, Silvia E. Fernández y Marisa Herrera publicado en la Revista La Ley (en fecha 18/08/2015)

- Cuando el sistema de apoyos oculta un régimen de sustitución Autor: Martínez Alcorta, Julio A. Publicado en: RDF 84, 17/05/2018, 105 Cita: TR LALEY AR/DOC/2992/2018
- Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes. https://boletinoficial.corrientes.gob.ar/assets/articulo_adjuntos/6112/original/AN_EXO_BO_13-05-2021_-Ley_6556_Codigo_Procesal_Civil_y_Comercial_.pdf?1621008793
- Principios de interpretación del modelo de capacidad jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación informe ENERO 2018 Autor: Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2018/01/Principios-de-interpretaci%C3%B3n-jur%C3%ADdica-CCCN.pdf>