

SOBRE JUDICIALIZAR LA SALUD MENTAL: REALIDAD, PERSPECTIVA Y TENSION DEL PROCESO CON EL BLOQUE CONSTITUCIONAL/CONVENCIONAL DE DERECHOS^{642, 643}

ON JUDICIALIZING MENTAL HEALTH: REALITY, PERSPECTIVE, AND TENSION OF THE PROCESS WITH THE CONSTITUTIONAL/CONVENTIONAL BLOCK OF RIGHTS

María Victoria Mosmann

Abogada. Escribana. Especialista en Derecho Procesal Civil UBA. Especialista en Defensa Pública UNL. Doctoranda por la Universidad de Salamanca. Vocal Titular de la AADP, Secretaria del Comité Ejecutivo de la AADP 2022/2024. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Jueza de Primera Instancia en la Provincia de Salta. Correo electrónico: mvmosmann@gmail.com.

Julio César Macchi

Abogado. Funcionario de la Curaduría Oficial Departamental de La Plata. Docente de la U.C.A.L.P. y la U.N.L.P. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal -A.A.D.P.- y la Comisión de Jóvenes Procesalistas de la Provincia de Buenos Aires – C.J.P. Correo electrónico: julitomacchi@hotmail.com.

RESUMEN: El tema al que refiere el presente trabajo, tiene como eje a las personas con discapacidad. Las llamadas “tutelas judiciales preferentes o diferenciadas”, se presentan como la estructura que viene construyéndose con la brújula de los Derechos Humanos, y que en el presente, se encuentran sumergidas en la tensión que existe entre la búsqueda de la tutela judicial efectiva y la vulneración de derechos, producto de la incomprensión y las construcciones

sociales que configuran que una persona con discapacidad solo puede ser protegida a través de su judicialización.

PALABRAS CLAVES: Discapacidad; Estereotipos; Apoyo; Proceso; Interdisciplinariedad.

ABSTRACT: The topic to which this work refers has as its axis people with disabilities. The so-called “preferential or

⁶⁴² Este artículo fue publicado en el sitio web ijeditores.com – puede accederse al mismo, a través del siguiente link:

<https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=dea1ca254a87ea37a461bb290ce6c587>.

⁶⁴³ Artigo recebido em 27/12/2025 e aprovado em 09/04/2026.

differentiated judicial protections” are presented as the structure that has been built with the compass of Human Rights, and that at present, are immersed in the tension that exists between the search for effective judicial protection and the violation of rights, a product of misunderstanding and social constructions that make up people with disabilities who can only be protected through their judicialization.

KEYWORDS: Disability; Stereotypes; Support; Process; Interdisciplinarity.

INTRODUCCIÓN

Antes de la aparición de la Ley Nacional de Salud Mental nº 26.657, la problemática que presentaban las cuestiones que vinculaban a las Personas con Discapacidad (en adelante PCD) radicaba desde la óptica legislativa, en la falta de adhesión de las normas locales – dispersas y contradictorias en muchos casos – a la

manda convencional, la cual impone estándares determinados para no violentar los Derechos Humanos.

Sancionada la ley referida, la cual sin lugar a duda trajo el invaluable aporte de unificar y dotar a nuestro país de una ley a nivel nacional, surgió la siguiente cuestión: la materia como tal, no prestaba el interés de los juristas en general⁶⁴⁴. Así, en general no se mencionaban las cuestiones de capacidad cuando se trataban temas de Derechos Humanos.

En el cotidiano, miles de personas con discapacidad padecen todo tipo de vejaciones a sus derechos. Desde discriminación en todos sus aspectos, hasta en el peor de los casos el encierro en manicomios o intuiciones privadas cuestión que, en la Provincia de Buenos Aires, se sigue abordando en pos de lograr la externación de todos los usuarios de los monovalentes que allí están siendo progresivamente cerrados⁶⁴⁵.

La problemática de la Salud Mental es muy compleja⁶⁴⁶. La misma,

⁶⁴⁴ Entre quienes han desarrollado el estudio y análisis que refiere a la Salud Mental, se destaca el aporte de Alfredo Jorge Kraut.

⁶⁴⁵ 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 presentamos 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.

⁶⁴⁶ Para empezar, el término salud mental, es difícil de definir. Nos encontramos frente a un concepto difuso y recurrido al mismo tiempo. La noción de salud mental se utiliza para aludir a un estado o condición del individuo, a un campo -conceptual y práctico- dentro de la salud pública, a una serie de patologías psiquiátricas y problemas psicosociales, incluso a un conjunto de iniciativas sanitarias, sociales y políticas, entre otras tantas acepciones.

sea vista desde un enfoque médico o jurídico, se ramifica en cada disciplina que la conforma, por ello, sea de la ciencia que la trate, su abordaje impone la interdisciplinariedad.

En tema que convoca el presente, refiere al aspecto procesal de la materia, más precisamente la situación de la PCD frente al proceso, las problemáticas en el campo de la práctica judicial y, finalmente, la cuestión de la razonabilidad del ingreso de las mismas al sistema de justicia.

La Salud Mental y el proceso de Determinación de Capacidad Jurídica muchas veces van de la mano y otras separados en términos que, por cuestiones de Salud Mental podrán acaecer internaciones, es decir entrada y salida de personas dentro del sistema de salud, lo que no obsta a la necesidad de que ello conlleve su ingreso dentro de la esfera procesal, como parte –actor y destinatario– de un proceso, y en segundo lugar que ese

proceso le garantice la tutela efectiva propia que merecen las PCD.

Con lo mencionado, analizaremos aspectos que por materializarse en conceptos equivocados, alejados o contrarios al modelo social de la salud mental, vulneran los derechos de sus destinatarios.

1. EL ESTEREOTIPO CREADO

Detrás de cada PCD existe, obviamente, un colectivo de personas que conforman su entorno. Cada sector de la sociedad tiene una construcción propia de lo que significa la Discapacidad, y en igual sentido “qué es” la PCD.

En el universo de conceptos, muchas veces desdibujado por la falta de información o por prejuicios, que dan forma y vida a estas ideas, se ve a la persona como un problema y, a partir de ello, se inicia un camino que puede desembocar en el encierro⁶⁴⁷, el

⁶⁴⁷ Cuando referimos a encierro, no podemos dejar de mencionar 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. Una rutina administrada formalmente regula el ritmo de las prácticas cotidianas independientemente del deseo, necesidad o particularidad de cada persona. Cuándo comer, qué comidas, con qué utensilios, dónde, con quién; dónde dormir, a qué hora, son decisiones tomadas por las personas que trabajan en la institución e impuestas a las

personas alojadas. En este sentido, el trabajo de campo y de investigación de la situación particular del Hospital “Melchor Romero”, inicialmente de personal del Hospital agrupados en el Movimiento por la Desmanicomialización de Romero (MDR), permitió confirmar lo mencionado y corroborar la existencia de violaciones a los derechos de las personas, en tanto violaciones que se repiten en diversas instituciones. En reiteradas visitas realizadas al Hospital, el Centro de Estudios Legales y Sociales CELS, constató las condiciones inhumanas en las que se encontraban los usuarios, en estructuras edilicias deficitarias que no guardaban las mínimas condiciones de seguridad e higiene. Los espacios de las salas eran reducidos y no conservaban mínimos cuidados de privacidad, comodidad y trato personalizado. Otro de los

apartamento e incluso en la judicialización. Esta última, buscada no como instrumento de tutela para su destinatario, sino como única solución a la cuestión de la Salud, y que puede dar inicio a los procesos de Determinación de la Discapacidad, en la mayoría de los casos no solucionan el estado de situación que llevó a tal decisión.

Esta problemática, desde ya no es exclusiva de las cuestiones de Salud Mental, otros sujetos vulnerables tales como los adultos mayores o niñas, niños y adolescentes también entran en este universo, pero aclaramos que son abarcados en el presente trabajo.

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.⁶⁴⁸, 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, resituándolo junto y con

el mismo valor que cualquier voz disciplinar. Este cambio impone una nueva inscripción colectiva de un estereotipo que tiene como eje a los Derechos Humanos, única óptica posible para interpretar la cuestión.

Así, entre los cambios necesarios, sin duda amanece la cuestión de porqué y cuándo es necesaria la judicialización de las PCD.

2. LA CUESTIÓN JUDICIAL

La adhesión de la CSJN a las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad⁶⁴⁹, la jerarquía constitucional otorgada – en los términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional- a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – CDPD-; y la sanción del Código Civil y Comercial – con la consecuente carga procesal en materia de capacidad jurídica-, trajeron como cambio estructural el abordaje sustancial y sobre todo procesal del tratamiento de las cuestiones con implicancia en sujetos vulnerables, en especial las PCD, dando lugar al diseño de una tutela procesal diferenciada.

problemas detectados fue la ausencia de libertad de movimiento: las personas, pese a estar internadas sin criterio legal, no podían decidir cuándo salir de las salas o cuándo regresar, sin una autorización denominada “permiso de salida” que debía estar firmada por un médico psiquiatra, todo ello, en simetría con las lógicas del sistema carcelario.

⁶⁴⁸ 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/soc_dev/enable/documents/tcccconvs.pdf

⁶⁴⁹ Mediante Acordada N.º 5/2009.

Si nos preguntamos cual fue la noción práctica que las 100 reglas de Brasilia inscriben en cabeza de juezas y jueces para resolver las causas con perspectiva de vulnerabilidad, se destaca la relativización de ciertas normas procesales para encausar los trámites del proceso de manera más expeditiva y evitar que el rigorismo congele el ejercicio de los derechos en juego. Se ha dicho que “el proceso judicial debe ser adaptado en sus formas a fin de lograr hacer efectiva la igualdad real de las partes, permitiendo que todos puedan ejercer sus derechos en el marco de un proceso que les garantice las mismas posibilidades de éxito a cada uno de los intervinientes”⁶⁵⁰.

Por su parte, la CDPD, además de conformar la concreción de la constitucionalización del derecho privado, configuró para las magistradas y magistrados, un cambio estructural, que podemos dividir en tres aspectos.

En primer lugar, el abordaje de la discapacidad ya no como una cuestión encorsetada en un andamiaje médico, sino desde la premisa que la describe como una construcción social que le ha dado un nombre, forma y un sentido errado -en el más leve de los casos- y contrario a los derechos humanos, y por ello las limitaciones y obstáculos impiden que las PCD decidan o

diseñen su plan de vida. En segundo lugar, y como consecuencia del reconocimiento de la primera cuestión, se abre la posibilidad del diseño de ajustes en el proceso para que la PCD acceda al servicio de justicia como usuarios, con todo lo que ello implica.

En tercer lugar, la carga procesal del CCyCN delineó la estructura y sentido hacia donde debían dirigirse las legislaciones procesales de los estados provinciales⁶⁵¹⁻⁶⁵².

La compatibilidad entre el andamiaje jurídico que fue delineándose en materia de Salud mental y el tratamiento que le ha dado el sistema de justicia en general, encontró un sin número de obstáculos –muchos de ellos persisten hoy día– que hacen que el tratamiento de estas cuestiones se lleve cabo en un sentido diferente al buscado en materia de Derechos Humanos.

Respecto de la parcela que a todos los operadores de justicia incluyendo las y los abogados litigantes le corresponden, señalaremos aquellos que tienen una injerencia directa en el proceso de determinación de la capacidad jurídica.

3. LA CUESTIÓN PROCESAL

Las PCD, no son sujetos vulnerables en razón de sus

⁶⁵⁰ MOSMANN, M. V. *Actualidad del derecho procesal respecto del acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad*, LL on line TR LALEY AR/DOC/3239/2022.

⁶⁵¹ Todo ello, en evidente búsqueda de armonización del derecho interno, el derecho provincial estadual y las reglas y principios de normas supranacionales que rigen la materia.

⁶⁵² FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, <https://www.alveroni.com/wp-content/uploads/2018/12/9.-Fundamentos-del-Anteproyecto-de-Codigo-Civil-y-y-Comercial-de-La-Nacion.pdf>

limitaciones personales, sino que –a propósito de la cuestión referida a los estereotipos- la sociedad las ha situado dentro de esa cerca, ello producto del desdén y maltrato histórico.

En el diseño de las sociedades modernas no se consideran las necesidades de personas de diversas características. Este apartamiento, sumado a la discriminación y a la falta de compromiso social, aparece como el núcleo de la “situación o condición de vulnerabilidad”, en otras palabras, las PCD como sujetos vulnerables, son producto de la sociedad que les construyó tal condición.

La receptividad del sistema de justicia para las cuestiones de Salud Mental viene evolucionando en variados aspectos. El mayor acceso a la información, el interés en la cuestión y la mirada social a los procesos no penales han resignificado el lugar de las llamadas tutelas diferenciadas, y de las PCD en particular, dentro del proceso.

Sin embargo, y no obstante el cambio de paradigma en la materia, muchas prácticas y conceptos que terminan por restarle eficacia al proceso y vulnerar derechos elementales se mantienen incólumes a la fecha.

a) En primer lugar, observamos la manera en que las PCD son acogidas en los procesos de determinación de la capacidad.

Iniciado el mismo, entendemos que la prueba médica (psiquiátrica/ psicológica) configura un efecto totalizador sobre la posibilidad de que se limiten capacidades.

En el caso del C.P.C.C.B.A. los artículos 618 y 619 refieren a la necesidad de presentar al juez dos (2) certificados médicos que acrediten la cuestión de salud mental que padece la persona⁶⁵³.

Al respecto, podemos señalar que el citado código procesal se encuentra desactualizado y obliga por ello al tribunal a armonizar la legislación formal con el plexo normativo constitucional/ convencional, dejando entonces sin virtualidad el hecho de que un dictamen médico que limita su contenido a una patología sea el motor para una potencial restricción de la capacidad.

Un sentido contrario es acogido por los códigos procesales dictados después de sanción del CCyCN, tal es el caso del Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes sancionado en el año 2021⁶⁵⁴, que amplió considerablemente los requisitos

⁶⁵³ Artículo 618: Requisitos. Las personas que pueden pedir la declaración de demencia se presentarán ante el juez competente exponiendo los hechos y acompañando certificados de dos médicos, relativos al estado mental del presunto incapaz y su peligrosidad actual. Artículo 619: Médicos forenses. Cuando no fuere posible acompañar dichos certificados, el juez requerirá la opinión

de dos médicos forenses, quienes deberán expedirse dentro de 48 horas. A ese solo efecto y de acuerdo con las circunstancias del caso, el juez podrá ordenar la internación del presunto incapaz por igual plazo, si fuere indispensable para su examen.

⁶⁵⁴ El artículo 501 de dicho código mantiene el requisito de los certificados médicos como requisito para solicitar el inicio de las

fácticos para que pueda ponerse en marcha la restricción de actos respecto de los cuales la persona necesite apoyos.

En igual sintonía, se amplió y elevó el estándar de prueba a ofrecerse de cara al dictado de sentencia, apartándose del clásico sistema de dictamen médico que describían la patología, y en base a ellos se volcaba un informe muchas veces en formato de formulario que consignaba si la persona podía o no realizar tal o cual acto, y que prescindía de la interdisciplinariedad como fuente

esencial de conformación de prueba⁶⁵⁵.

Finalmente, y no menos importante, es la posibilidad de diseñar el sistema de apoyos que no solo se adapte a su destinatario, sino que sea efectivo, todo cual 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 a la persona, o que el mismo sistema lleve a la rehabilitación y desjudicialización de la persona.

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. Se acompañarán los antecedentes médicos pertinentes con los que contare y se indicará el lugar donde se encuentre la persona, en cuyo beneficio se articula el proceso en caso que éste no haya sido iniciado por el interesado. Cuando no fuere posible acompañarlos, el juez, a pedido de parte o de oficio, requerirá al servicio de salud que haya prestado asistencia al causante, o en su defecto, al Instituto Médico Forense, que en el plazo de cinco (5) días, remita todas las constancias que obren en su poder.”, 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.

⁶⁵⁵ Volviendo al código procesal correntino, el podemos observar que en su artículo 504, no solo dispone un informe de índole interdisciplinario, sino que el mismo debe contener “fundadamente con precisión y sustento en la concreta situación existencial

de la persona interesada, sobre: a) el diagnóstico; b) la fecha aproximada en que la condición se manifestó; c) la posibilidad de interrelacionar con su entorno; d) las formas de expresar su voluntad, con indicación del modo, medio o formato adecuado; e) pronóstico; f) las medidas adecuadas para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible; g) establecer la necesidad de prescripciones de medicamentos, indicación de clase, su duración y cada cuánto tiempo debiera supervisarse; h) los recursos personales, familiares y sociales existentes; i) la propuesta de inserción familiar, social y laboral; j) las características de intervención, modalidades de actuación y rol de los apoyos necesarios para el ejercicio de los hechos, simples actos o actos jurídicos, sin riesgo para la persona o bienes del interesado; k) hechos, simples actos o actos jurídicos que la persona no puede realizar por sí y en ejercicio pleno de su capacidad a los fines indicados en el inciso j); l) si tiene aptitud cognitiva para obtener información del medio y representarse la realidad; m) si puede comprender conceptos abstractos; n) si tiene aptitud volitiva; en caso afirmativo, si puede expresar su voluntad y en qué forma; ñ) si tiene habilidad para adoptar conductas por sí mismo; si las tiene, si puede ponderar sus consecuencias respecto de sí y de terceros”

Hasta aquí pudimos señalar algunos cambios sustanciales que dotaron al proceso de una estructura diferente, apartada del proceso que desembocaba en la sustitución de la persona por la figura del curador hacia la construcción de un sistema de asistencia a través de apoyos graduables.

Sin embargo, la falta de capacitación en materia de salud mental por parte de los operadores jurídicos, la carencia de recursos con los que los poderes judiciales provinciales cuentan y la recurrente imposibilidad material de efectivizar las mandas judiciales por cuestiones “extra poder”, presentan un panorama muy diferente al del presente paradigma.

En general, el órgano jurisdiccional ha tenido que de alguna manera reestructurar la práctica procesal, dando como resultado una reinterpretación del proceso.

En lo que a dictámenes médicos refiere, no se observa un sistema que se haya apartado del esquema profesional-paciente, puesto a este último como quien padece la enfermedad, y al primero como quien otorga ayuda.

Esto no es una crítica a la función profesional de un psicólogo y/o psiquiatra que realiza en el marco de su función. Lo que aquí señalamos es que esos mismos dictámenes, en el marco del proceso, no pueden tener la misma estructura y enfoque, ello partiendo de la base de que el dictamen que llega a conocimiento del tribunal no se limita al padecimiento de la persona.

En este sentido, y como hemos mencionado, es indispensable que cualquier dictamen, evaluación y pericia, esté ubicada en el contexto de la intersidisciplinariedad, es decir que tiene que ser parte conformante de un análisis del que pueda discernirse el acto que potencialmente deba necesitar un apoyo y, también, desde el campo médico la mejor opción para – con o sin el apoyo- lograr la mayor autonomía posible

Una disciplina recorta un área de la realidad para definirla como su objeto de estudio con el fin de encararla con un método propio para organizar y sistematizar el conocimiento obtenido. La multidisciplina, que es la que generalmente se ve en el proceso, es aquella que consiste en el abordaje del mismo objeto de estudio por diversas disciplinas que confluyen para aportar su respectiva visión, como podría ser el caso de una pericia médica, una social o una interdisciplinaria que en su contenido se expongan diferentes peritados por cada profesional. Se produce entonces una yuxtaposición de saberes que enriquece la mirada disciplinar.

En la interdisciplina, en lugar de yuxtaponerse esas miradas, se intersecan. 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

integre⁶⁵⁶. Este es justamente el sistema que tanto peritos como operadores judiciales necesitan abordar para no caer en pericias estancas, que no aportan un real acercamiento a la situación de la persona.

Salvando muchas excepciones, los cuerpos técnicos auxiliares de los diferentes tribunales y oficinas periciales que forman parte de los ordenamientos jurídicos continúan con la práctica de los informes tasados, con casilleros de donde puede leerse que la PCD “puede o no puede votar, casarse”. Ello, entre tantos motivos como son los originados por falta de capacitación, de personal, cumulo de trabajo y por falta de una política institucional de reestructuración.

Con respecto a este punto, podemos referir que todo el aporte en materia de derechos humanos que han conformado el paradigma actual se encuentra desdibujado.

b) Otro aspecto a señalar de trascendental importancia en los

procesos de determinación de la capacidad son los sistemas de apoyos.

El cambio de régimen impreso por el actual CCyCN, pareció buscar un diseño artesanal y personalizado para implementar el régimen de restricciones a la capacidad, modificando la declaración de incapacidad o inhabilitaciones por motivo de discapacidad y su automática sustitución por un curador. El sistema resulta así adecuado a la valoración de la condición personal y contextual de la persona, y posibilita un diseño individualizado, en casos excepcionales se continúa receptando la declaración de incapacidad. Por su parte, la ley 26.657 de Salud Mental, avanzó en el sentido disponer que las resoluciones judiciales, deben consignar los actos que la persona no puede realizar por sí, pero manteniendo la categoría de insano e inhabilitado⁶⁵⁷.

La circunstancia de que las medidas de apoyo deban adecuarse a las necesidades generales de la

⁶⁵⁶ Para ello, cada profesional asume como propia la intervención de las otras disciplinas, dejando “invadir” parte de su territorio del conocimiento científico.

⁶⁵⁷ Cobra importancia entonces, las diversas consideraciones que realizaran las Dras. Aida Kemelmajer de Carlucci, Silvia E. Fernández y Marisa Herrera, quienes en el artículo “Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código”, publicado en la Revista La Ley (en fecha 18/08/2015) refirieron: “el elemento que define o caracteriza el modelo de apoyo es justamente la voluntad decisoria del sujeto que, a diferencia de lo que ocurre en el modelo de representación por sustitución, sigue en cabeza de la propia persona con discapacidad. En otras palabras, el modelo de apoyos tiene como objetivo

asegurar que sea siempre la persona con discapacidad quien decida. De este modo, resulta irrelevante si una medida legal lleva el nombre de apoyo o asistencia, ya que lo que importa es quien decide. El modelo de apoyos previsto por la CDPD puede mantener alguna de las características del modelo de asistencia previsto en algunas legislaciones vigentes, pero no se trata de lo mismo, no solo en cuanto al diferente bien jurídico protegido, sino, principalmente, porque el modelo de asistencia se suele centrar “en la formalización del acto jurídico”, en tanto que el modelo de apoyos no solo se centra en los momentos o fases propias a la celebración de los actos jurídicos, sino que además se proyecta sobre el “proceso de la toma de decisiones”.

persona, o a una circunstancia especial de vulnerabilidad y, como consecuencia de ello, a los actos jurídicos que la misma realice, sólo implica una modificación en la intensidad de tal figura, pero no convierte su actuación en la de un curador. Así lo ha entendido doctrina autorizada al mencionar que "en algunos casos el apoyo solo asiste a la persona para que pueda realizarse el acto, en otros debe necesariamente participar en la conformación del acto jurídico (lo integra), en otros más incluso puede participar en calidad de codecisor, y en otros, los menos, en calidad de representantes, pero sin perder de vista su función y propósito"⁶⁵⁸.

Aquí, la problemática se da principalmente en las prácticas que ocultan regímenes de sustitución bajo el título de sistemas de apoyo. Partiendo de la base de que un apoyo podrá tener diferentes matices, no puede pretenderse que, a través de una sentencia, se restrinja irrazonablemente a una persona, o en el peor de los casos y sin sustento, se configure la sustitución total para el ejercicio de sus derechos.

En el fallo dictado en el caso "D.A. s/ Determinación de la capacidad jurídica"⁶⁵⁹, 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 de la

parte apelante- 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 y refirió 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 cotidianidad, que no autorizan a avanzar indebidamente en su esfera de libertad personal (cfe. art. 19 CDPC)."

Advirtiendo esta confusión se ha señalado que "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', que obedece al antiguo paradigma y no supera los test de constitucionalidad ni de convencionalidad. Por el contrario, lo que se persigue es el beneficio de la persona titular del derecho a la

⁶⁵⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. 1ra. Edición, Rubinzal Culzoni, Tomo I, pag. 256.

⁶⁵⁹ In re "D.A. s/ Determinación de la Capacidad Jurídica". Cam. Primera, Sala Primera en lo Civil y Comercial de La Plata. Exp. N° 275898. Votos. Dras. A. Montoto y. A. Bourimborde.

capacidad jurídica. También se debe evitar que las sentencias señalen a la persona el modo en cómo deben vivir y qué deben hacer o dejar de hacer con sus vidas." (v. "Principios de interpretación del modelo de capacidad jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", ya cit.). Por ello, tengo para mí que no puede sostenerse la restricción señalada sin lesión de su libertad personal, de su autonomía y de su dignidad (cfe. art. 19 CDPD)..."

El fallo citado da cuenta de un problema que se repite en los tribunales de nuestro país. Así, la designación de un apoyo por representación impuesta al titular de un proceso, cuando la misma no se condice con dicha graduación, siendo a lo sumo necesaria una asistencia o acompañamiento, son decisiones que vulneran sus derechos, y en nada colaboran con el abordaje y fin del proceso. Solo se limita a designar quien realizará el o los actos en su nombre y, sobre todo, refuerza la presunción de que pasará el resto de su vida judicializado.

Es importante entender que el apoyo refiere cualquier tipo de asistencia, no solo la económica –acto jurídico preponderante en la designación de la estructura del sistema– sino que debería tener una determinada claridad de metas a futuro, es decir la rendición de cuentas no solo debe ser pensada en razón de ingresos y gastos, sino en materia de autonomía progresiva lograda para con la persona, de acompañarlo en determinados sistemas tales como el

aprendizaje en el manejo de esos ingresos, estudios y toma de decisiones. La carga sobre el apoyo es en esencia más intensiva, no solo un mero control económico.

La Ley Nacional de Salud Mental parte de la idea de que la “enfermedad mental” no solo encuentra su causa en un “desorden” biológico, que en ocasiones existe y que sería un grave error negarlo, sino que también toma en consideración otros factores, principalmente el cultural y el ambiental. Esto significa que la persona con padecimientos mentales se encuentra inserta en una comunidad que ha desarrollado a lo largo del tiempo sus creencias propias, valores, actitudes, normas, usos, costumbres –en suma un estereotipo–, conformando un conjunto de factores que pueden agravar la dolencia, o bien pueden ayudar a la persona a estar más contenida y mejor. No considerar estos agentes desde el modelo social significa que de algún modo se renuncia a una respuesta terapéutica más completa que además considere a la persona como un miembro más de la comunidad.

Por último, entendemos que estos procesos requieren de una intermediación especial por parte del tribunal con la PCD. El artículo 35 del CCyCN menciona la “entrevista personal”, haciendo referencia al acto de toma de contacto del tribunal para con la persona. En la práctica, este acto se delega en un agente judicial que no es el titular del juzgado, en el peor de los casos se resuelve no realizar la toma de contacto alegando

excesivos cúmulos de trabajo que no permiten la comparencia.

En definitiva, y más allá de si la toma es personal o a través de medios telemáticos -cuestión que puede ser discutida en cuanto a su conveniencia- si ponemos en crisis la manera en que la prueba llega a juezas y jueces para tomar una decisión, y a ello sumamos un sistema que no obliga a inmediatez, es decir, tomar contacto con la persona no como una formalidad, sino con el objeto de constatar o apartarse de un dictamen, de realizar el contacto conjuntamente con un perito, de realizar la intermediación posteriormente a la pericia, con la presencia del perito, y allí tomar razón de todo el universo de circunstancias que rodean a la persona, además de la cuestión de salud mental.

4. EL “AFUERA DEL PROCESO”

En otro escenario aparecen otros actores que, sin pertenecer a la órbita judicial, de alguna manera direccionan la situación de una persona hacia el proceso, en muchas ocasiones irrazonablemente. Aquí nos referimos a los poderes públicos en general quienes, a pesar de los cambios legislativos, no han modificado de un modo efectivo su accionar. El sistema de salud, visto desde una mirada general, esto es: hospitales públicos, privados, clínicas privadas, las obras sociales, etc. como parte del Poder Ejecutivo Nacional o Provincial, tanto en su rol de prestador como en su rol de control, según se trate, es un ejemplo claro de la cuestión traída al acápite.

En la Provincia de Buenos Aires –y en general en gran parte del país- se vuelve día a día más deficitario. Muchas son las cuestiones presupuestarias o políticas en esa cartera ministerial que hacen que los recursos sean escasos para llevar a cabo una política determinada o para diseñarla.

En lo que a PCD refiere, la falta de recursos e imposibilidad de respuesta a la situación trae casi automáticamente consigo el envío “del caso” hacia un tribunal. En este marco, no existe un real análisis de medición de estado de emergencia respecto de la situación de la PCD que pueda encontrarse en un hospital o clínica privada.

La idea de generar un apoyo que asista a la persona en aquello que necesita y que construya terapéutica para su mejora, se reduce a la necesidad de que cuente con un ingreso, en ocasiones al solo efecto de su traslado desde un hospital público a una institución privada, o para que el juez le designe un apoyo que lo afilie a una obra social.

Es entendible que una institución de salud o un centro de día quieran generar un recurso a una persona que por lo general vive en una mala condición económica – problemática que afecta su dignidad-, pero que muchas veces nada tiene que ver con la necesidad de que el mismo sea actor en un proceso judicial.

Un fallo que refiere a la cuestión planteada se dio en autos “C.A.R. s/

Insania y Curatela”⁶⁶⁰. En efecto, vía recurso extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de ley, el accionado solicito se declare nula la acción que pesaba sobre él. Ante ello, tanto la primera instancia como la 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 de la Provincia de Buenos Aires hizo lugar a la nulidad de la acción de restricción, destacándose entre los motivos el voto del Dr. De Lazzari, quien refirió 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. Con esta errónea derivación resultó arbitrariamente condicionado a un proceso judicial de restricción de la capacidad jurídica como medio para acceder al beneficio legal [...]

Y agrega también:

A su vez, se constata que en el paso por la justicia también el señor C.A.R. tuvo un condicionamiento adicional al verse restringida su intervención en el proceso iniciado. En este sentido, esta imposibilidad de participar en el proceso se profundiza al no tener igualdad de medios procesales por no habersele proporcionado información previa y detallada sobre el objeto del proceso, ni sobre el alcance y las consecuencias de los actos procesales. De allí que no haya tenido la posibilidad de aportar pruebas que hicieran a la defensa de su capacidad. Tampoco pudo controvertir todos los informes presentados, ni tomar contacto directo con el juez a los efectos de esclarecer los posibles interrogantes que aún pudieran subsistir, ni evaluar personalmente el cuadro configurado por el dictamen de peritos.

Aún en los casos en los cuales una persona se encuentre totalmente impedida de expresar su voluntad respecto de la cual es innegable la necesidad de que acceda a la mayor

⁶⁶⁰ In re “C.A.R. s/ Insania y Curatela” S.C.J.B.A. Exp. N° C – 121160. Año 2018. Votos Dres. De Lazzari, Soria, Kogan y Genoud.

tutela posible a través de todos los poderes públicos, designar un sistema de apoyos que abarque la totalidad de los actos de la vida civil, es dudoso sino contrario a los derechos humanos, siempre existen reservas que no podrán ser abarcadas por ningún apoyo. En ese mismo orden de ideas, entendemos que muchas veces la judicialización es producto de la nula política social en la materia.

CIERRE

Continúan aún hoy insertos en la sociedad estereotipos y prácticas nocivas alejadas del bloque constitucional, por los que se sitúa a las personas con discapacidad en lugares fuera del contorno social, institucionalizadas, sin permitirles tomar decisiones.

El cambio que impone el sistema normativo nos obliga a dar un tratamiento integral y abandonar la idea de acudir al proceso como forma de solución a las cuestiones de salud mental. El proceso es la herramienta que cualquier persona tiene para materializar los derechos constitucionales/ convencionales, pero todo ello también dependerá de una política integral que toque todos los ámbitos, para lograr el comienzo de un cambio en la cosmovisión social.

Este panorama – tal como vimos- a su vez se ve desfavorecido en la tramitación de los procesos, ya que la judicialización de las personas con discapacidad discurre todavía empleando la vieja figura del curador, sin acudir a la interdisciplina, ni a la

inmediación, colocándonos ante una guerra de paradigmas insostenible.

El proceso debe adecuarse a los requerimientos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, máxime cuando el legislador nacional al reformar el Código Civil y Comercial dispuso expresamente en el artículo 35 que debían realizarse los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación del interesado. La dilación en la adaptación de los procesos judiciales a las previsiones convencionales pone en riesgo la vigencia de los derechos, y su restablecimiento.

Situar a la problemática en su real dimensión, limitando la judicialización a los casos necesarios, y tratando a los casos judicializados de modo tal que se destierren prácticas que afectan los derechos reconocidos en el máximo rango normativo, es una urgencia a la cual debe atenderse poniendo el eje de la mirada en la persona con discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

- FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia. *El régimen de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Publicado en: Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 25.
- GIANNINI, Leandro J. *Verosimilitud, apariencia y probabilidad. Los estándares atenuados de prueba en el ámbito de las medidas cautelares*. Anales nº 43 - Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.n.l.p. 2013

- http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33750/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllo wed=y.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; FERNÁNDEZ, Silvia E.; HERRERA, Marisa.
- Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código*, publicado en la Revista La Ley (en fecha 18/08/2015).
- LAFERRIÈRE, J. N.; LIMODIO, G.; Herrera, D. (2012). *Informe para la comisión creada por Decreto 191/2011 sobre la reforma al Código Civil de la República Argentina* [en línea], Prudentia Iuris, 73. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/informe-comision-reforma-codi-go-civil.pdf>.
- MARTÍNEZ ALCORTA, Julio A. *Cuando el sistema de apoyos oculta un régimen de sustitución*, RDF 84, 17/05/2018, 105 Cita: TR LALEY AR/DOC/2992/2018.
- MOSMANN, M. V., *Actualidad del derecho procesal respecto del acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad*, LL on line TR LALEY AR/DOC/3239/2022.
- NOGUEIRA, Juan M.; SCHAPIRO, Hernán I. (coordinadores) *Acceso a la justicia y grupos vulnerables A proposito de las reglas de Brasilia*, 2012.
- PICCINELLI, Ornella C. *Apuntes sobre necesarios ajustes a los procesos de declaración de incapacidad a la luz del código civil y comercial de la nación*.
- PÉREZ RAGONE, Alvaro. *Introducción al estudio de la tutela anticipatoria*, Jurisprudencia Santafesina Nro. 26, 1996.
- RED POR LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (REDI) Y CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS). Principios de interpretación del modelo de capacidad jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, informe enero 2018⁶⁶¹.
- SABIN PAZ, Macarena; BIAGGIO, Mariana. *Reflexiones sobre la desinstitucionalización de mujeres del Hospital Dr. Alejandro Korn “Melchor Romero” aportes al proceso de transformación manicomial*. Equipo Salud Mental. CELS, 2023, Capítulos 1 y 2.
- 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/29>

⁶⁶¹ Contó con la colaboración de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) y por el Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Alicia Moreau” Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata (CIDDH). Agradecemos los valiosos

aportes de María Graciela Iglesias, secretaria ejecutiva del Órgano de Revisión de la Ley Nacional de Salud Mental. <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2018/01/Principios-de-interpretaci%C3%B3n-jur%C3%ADdica-CCCN.pdf>

405113/Apuntes_sob
re_necesarios_ajustes_a_l
os_procesos_de_declaraci%C3%
B3n_ de_incapacidad_

a_la_luz_del_C%C
3%B3digo_Civil_y_Comercial_
de_la_Naci%C 3%B3n