

CAPACIDAD JURIDICA: El derecho a ejercer derechos

Elaborado en forma conjunta por integrantes de la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones del Ministerio de Salud de la Nación.

(Luciana Capria, María Fernanda Díaz Fornis, Javier Frías, Ana Cecilia Garzón, Mauro Gimenez, Luciana Gioja, Juan Pablo Oszurkiewicz, Patricia Alejandra Zubiarrain, Mariana Sabina Baresi)

Octubre 2012

SUMARIO: 1) Introducción. 2) Desde el modelo tutelar al modelo social. 3) Una aproximación al concepto de Capacidad Jurídica. 4) Sistema de Apoyos. 6) Cómo hacemos nuestro trabajo.

Introducción

El presente trabajo surge de la tarea desarrollada por la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones del Ministerio de Salud de la Nación (en adelante DNSMyA) en relación a la evaluación de la Capacidad Jurídica de las personas sometidas a juicio de insania o inhabilitación y de la experiencia previa que aportaron quienes llevan adelante esta tarea.

Luego de la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental 26.657¹ la Justicia Nacional en lo Civil comenzó a solicitar a la DNSMyA la realización de evaluaciones adecuadas a los requerimientos de la nueva normativa en relación a las condiciones de internación y de capacidad jurídica².

En particular, para responder a los pedidos de evaluación sobre capacidad jurídica se constituyó este equipo formado, hasta el momento, por profesionales de la psiquiatría, psicología, trabajo social y abogacía, que pudiera satisfacer estos requerimientos a la luz de los arts. 3, 5, 8 y 42 de la Ley Nacional de Salud Mental 26.657 y el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Ley 26.378.

El art. 3 de la ley 26.657 define “...a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas...” Esta definición contempla a la salud mental como un proceso, flexible, complejo, variable, en movimiento, ligada a los tan diversos aspectos que atraviesan nuestra vida, al contexto en el que la desarrollamos y en particular a la posibilidad de concretar, ejercer, nuestros derechos.

Así la Ley 26.657 se pone en la línea de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), reforzando la regla de que todos somos capaces jurídicamente, concepción que se encuentra enmarcada en el art. 3 inc. a) de la CDPD que define como principio “*El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas*” y que se profundiza en el art. 12 como veremos más adelante.

Sobre dicho sustento realizamos nuestra tarea y este trabajo, en el cual nos proponemos abordar lo siguiente:

¹ Sancionada por unanimidad en ambas Cámaras, promulgada el 2 de diciembre de 2010, publicada en el Boletín Oficial el 3 de diciembre 2010, vigente en todo el país.

² En este trabajo desarrollaremos en particular lo atinente a la capacidad jurídica.

1) Brindar una aproximación al pasaje del modelo tutelar al modelo social de la discapacidad y al concepto de Sistema de Apoyos para la toma de decisiones; reflejado en la nueva normativa.

2) Explorar el alcance que tiene el concepto de capacidad jurídica en la vida cotidiana de las personas que se ven sometidas a un juicio de insania o inhabilitación. Teniendo en cuenta que es un concepto técnico poco conocido que sin embargo tiene gran repercusión en la vida cotidiana y con incidencia directa en la posibilidad del ejercicio de derechos.

Desde el modelo tutelar al modelo social

Nuestro Código Civil está basado en el modelo tutelar, que entiende que las personas con discapacidad requieren del cuidado de otro que la reemplace y sustituya en todas o gran parte de las decisiones que atraviesa la capacidad jurídica, entendiendo a la discapacidad como un estado inmodificable. Desde esta perspectiva suelen devenir intervenciones protectorias y asistencialistas sobre la persona, sin contemplar como eje fundamental el desarrollo y la potenciación de sus habilidades y capacidades.

Desde este modelo se considera que diagnosticado un padecimiento mental se requerirá asistencia permanente, para uno, varios, o todos aspectos de la vida cotidiana. Las acciones que se suceden a continuación de esta consideración suelen producir una naturalización de la dependencia, que en el afán de proteger inhibe las capacidades presentes o potenciales de las personas, creando nuevos obstáculos para el desarrollo de habilidades. Como consecuencia, se genera la pérdida de recursos objetivos y subjetivos, sociales, culturales, físicos, económicos, entre otros; dificultando las posibilidades de desarrollo autónomo.

El informe sobre Derechos Humanos en Argentina 2009 del Centro de Estudios Legales y Sociales, reconocida organización civil especializada en el tema, afirma: *“El sistema tradicional de abordaje judicial de los problemas de salud mental se basa en la idea de que el presunto enfermo mental necesita la protección estatal, es decir, un aparato tutelar que vele desde afuera y desde arriba por los intereses de un objeto de protección que debe ser sustituido en la toma de sus decisiones, restringiendo su capacidad de ejercer derechos, para evitarle así los males mayores que puede traer aparejados su interrelación con el mundo exterior”*³.

Según M. Foucault, el enfermo mental es el que ha perdido el uso de las libertades que le ha conferido la revolución burguesa, libertad cuyas formas civiles y jurídicas son reconocidas a las personas por las declaraciones de derechos. *“Además, la desfalleciente voluntad del enfermo es sustituida por la voluntad abusiva de un tercero que utiliza sus derechos (...), en otras palabras, otro lo ha sustituido como sujeto de derecho. **Para evitar esta alienación de hecho, el Código Penal ha previsto la Interdicción (...), alienación de derecho, que transmite a otro legalmente designado los derechos que el enfermo ya no puede ejercer (...)**”*⁴.

En nuestro país, la interdicción está contemplada por el Código Civil⁵, a través de los institutos jurídicos de insania e inhabilitación, enmarcados ambos bajo la lógica del modelo

³ “Derechos Humanos en Argentina. Informe 2009” CELS. Siglo XXI editores. Buenos Aires. 2009

⁴ Michel Foucault “Enfermedad mental y personalidad” Editorial Paidós. Buenos Aires. 2008.

⁵ El Código Civil se sancionó en el año 1869, a través de la Ley 340.

tutelar. Consideramos pertinente señalar que si bien existen diferencias entre la insania y la inhabilitación, ambas refuerzan el estigma que generalmente recae sobre las personas con discapacidad; y tienen consecuencias prácticas limitantes en el acontecer de su vida cotidiana, obstaculizando el desarrollo de la autonomía e incidiendo negativamente en la toma de decisiones de la persona; en síntesis, es vivenciada por las personas inmersas en estos juicios como su muerte civil.

“La norma pilar de este paradigma resulta ser el Código Civil, que define a las personas declaradas incapaces como “menores de edad”, sustituyendo su voluntad por el criterio del curador y aplicando para el manejo de sus bienes y de su persona reglas de tutela propias del viejo sistema asistencial que consideraba a los niños como objeto de protección y no como sujetos de derecho. Así, el tutor (o curador del incapaz) termina siendo el representante “en todos los actos de la vida civil” del afectado y, además, “gestiona y administra solo”, “sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad”. Su figura termina de moldearse cuando el Código le impone el deber de administrar los intereses del menor como “un buen padre de familia”⁶.

En este marco se vuelve de vital importancia habilitar los nuevos conceptos sostenidos por la CDPD y la Ley 26.657 traduciéndolos en prácticas que permitan la sustitución del modelo tutelar hacia el pleno ejercicio de los derechos de un grupo vulnerado y estigmatizado como el de personas con discapacidad, conceptos y prácticas validados en el modelo social.

Reconociendo y legitimando la necesidad de la sustitución y el pasaje del modelo tutelar al modelo social el 6 de diciembre de 2006, la Asamblea General de Naciones Unidas, sancionó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por nuestro país en septiembre de 2008 por la Ley 26.378, pasando a integrar nuestro plexo normativo.

La CDPD entiende a la discapacidad como el resultado de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras del entorno que obstaculizan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás⁷. Es decir que la discapacidad resulta tal debido a los obstáculos sociales, económicos, sanitarios y culturales que impiden la accesibilidad y el ejercicio de los derechos –capacidad jurídica- de las personas. En ese marco, “(...) a partir del paradigma de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, no resulta ser el modelo médico rehabilitador el sistema de inclusión para las personas con discapacidad, sino el modelo social donde la discapacidad anida en todos los resortes socio-económico-sanitarios que impiden la accesibilidad y el reconocimiento por tanto de la capacidad jurídica de las personas (art. 1, 3, 4, 9 de la ley 26.378)”. (conf. consid. 1º, “S. T. s/inhabilitación”, Expte. N° 14813, Tribunal de Familia N° 1 de Mar del Plata, 9 de Agosto de 2011).

Tradicionalmente desde el modelo tutelar se ha dado una respuesta universal, naturalizando la dependencia de las personas con padecimiento mental, dependencia que se traduce en la sumisión a criterios establecidos por otros (institución, familia, profesionales) opacando la conciencia de dignidad inherente de los seres humanos. Por consiguiente uno de los desafíos de la actualidad es la implementación del modelo social en

⁶ CELS “Derechos Humanos en Argentina. Informe 2009” Siglo XXI editores. Buenos Aires. 2009. Arts. 377, 411, 413 y 475 del Código Civil

⁷ Preámbulo CDPD pto. e)

la creación de nuevas respuestas -tanto desde la salud como desde otros sectores- que trascienda las resistencias existentes a nivel institucional, familiar, profesional, social, etc., y acompañen efectivamente procesos singulares, caso por caso.

Levantando un poco más la mirada, Ota De Leonardis, en relación a los criterios de justicia del Estado de bienestar, refiere *“que la capacidad de las personas, capacidad de ser y hacer, se expresan y crecen con el uso, esto es, son practicadas para realizar en y realizar algo”*. *“(…) las condiciones para que esto se produzca [el ejercicio de las capacidades], son de naturaleza exquisitamente social. Partiendo del contexto social en el cual se pueden practicar y cultivar, ellas requieren de poner a mano herramientas constitutivamente colectivas (solos en la ciudad de todas maneras nos volvemos incapaces): y es aquí, sobre estas herramientas, que entran en juego poderes, instituciones y saberes dedicados a producir bienestar o mejor asistencia social, el estar bien y aún más, el estar mejor”⁸*.

Desde el modelo social la dignidad humana, la igualdad, la autonomía, la libertad deben traducirse a través de la efectivización de los derechos y la participación activa de la persona con discapacidad en todos los ámbitos, *“(…) asume una mirada “desde” los derechos porque considera que las limitaciones que las personas con discapacidad padecen para participar plenamente en la vida social no son ni naturales, ni inevitables, ni tolerables, sino el producto de una construcción social y de relaciones de poder que constituyen una violación de su dignidad intrínseca. Y mira hacia los derechos porque considera que el Estado y la sociedad tienen la responsabilidad de acabar con esta exclusión garantizando el pleno respeto de la igual dignidad de las personas con discapacidad. Así, las respuestas sociales frente al fenómeno de la discapacidad consisten, precisamente, en políticas de derechos humanos. Pues bien, este discurso es perfectamente aplicable al ámbito de la capacidad jurídica e inspira el art. 12 de la CDPD”⁹*.

Una de las bases para ello es el art. 12 de la CDPD, que reconoce la personalidad y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad pues *“la consecuencia inmediata del reconocimiento de la persona es la atribución de capacidad jurídica, que es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones (…) Quien tiene personalidad jurídica tiene capacidad jurídica. Además, como la personalidad jurídica, la capacidad jurídica también es plena y no admite restricciones”¹⁰*. Desde allí la CDPD sostiene la obligación de adoptar *“las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”*. Estas medidas deben apuntar a conformar sistemas de apoyo para la toma de decisiones, centrados en el protagonismo de la persona, sus deseos y voluntad, en lugar de instalar un tercero que la reemplace.

Se parte de la idea de persona como sujeto singular, atravesada por un contexto socioeconómico, histórico, cultural, político, etc. El análisis de la situación particular de una persona implica una mirada que abarque la mayoría de los aspectos que hacen a la

⁸ Appadurai Arjun *“Le aspirazioni nutrono la democrazia”* Introducción de Ota De Leonardis. Et al Ediciones. Milán. 2011

⁹ Cuenca Gomez Patricia *“La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CIDPD en el ordenamiento jurídico español”*, presentado en el 1º Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, C.A.B.A., 10 y 11 de junio de 2010, <http://www.articulo12.org.ar>

¹⁰ Biel Portero Israel, *“De la Sustitución al Apoyo de Capacidades: ¿El Fin de los Internamientos Forzosos? Perspectiva Internacional y Europea”*, presentado en el 1º Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, C.A.B.A., 10 y 11 de junio de 2010, <http://www.articulo12.org.ar>

construcción de sí misma y la realidad actual que transita. Así, la integración de varios saberes y sectores colaboran para abordar la situación desde su complejidad misma -dado que las respuestas no son sólo disciplinarias- y dando lugar a un cúmulo de conocimientos no sistematizados que atraviesan la vida de la persona. Con este encuadre, se vuelve fundamental, para poder pensar cuáles serán los apoyos necesarios, que la voz de la persona aparezca como protagonista de los procesos que la involucran. Será justamente la persona involucrada en su propio proceso de vida y contexto los que tendrán las respuestas para sí mismos, su voz puede y debe ser escuchada.

Una aproximación al concepto de Capacidad Jurídica y sus implicancias

La noción de capacidad jurídica contempla dos elementos esenciales: la capacidad de ser titular de derechos y la capacidad de obrar y ejercerlos, que comprende la posibilidad de acudir a la justicia en caso de afectación de esos derechos.

Para nuestro Código Civil –art. 52- implica tanto la capacidad de adquirir derechos como de contraer obligaciones. La doctrina civilista clásica, siguiendo el sistema legal francés, señala que la capacidad jurídica es uno de los atributos esenciales de la persona, lo que jurídicamente nos define como sujetos de derecho, junto al nombre, el domicilio, el patrimonio y el estado civil, siendo estos atributos *"las cualidades o propiedades del ser jurídico, por medio de las cuales el sujeto-persona puede individualizarse y formar parte de la relación de derecho"*¹¹.

Aún así, la capacidad jurídica, para nuestro Código Civil, puede ser restringida o anulada a través de un juicio de insania o inhabilitación -arts. 141 y 152 bis-, se basa para ello en criterios biológicos-jurídicos dando primacía a la mirada médica para su determinación.

En relación a la capacidad jurídica de los niños sostiene la International Disability Alliance (IDA) que *"Todos los niños y las niñas, incluidos aquellos con discapacidad, tienen una capacidad jurídica en evolución, que al nacer, comienza con la capacidad plena de titularidad de derechos y en la edad adulta se amplía hasta abarcar la capacidad plena de obrar. Los niños y las niñas con discapacidad tienen el derecho a que se les reconozca su capacidad, en la misma medida que a otros niños y niñas de la misma edad, y a que se les proporcionen los apoyos apropiados a su edad y a su discapacidad para ejercer su capacidad jurídica en evolución"*¹².

El Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad sugiere *"tomar medidas, en consonancia con el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas para garantizar el reconocimiento de la capacidad jurídica universal (...) y en consecuencia con ello, iniciar en el más breve plazo un proceso de sustitución de la práctica de la interdicción, curatela o cualquier otra forma de*

¹¹ Cifuentes Santos *"Elementos de derecho civil", Parte general*. Editorial Astrea. 4ta edición actualizada y ampliada, 2da reimpresión. Buenos Aires. 1999

¹² International Disability Alliance (IDA), Principios para la implementación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), Ppio 7.
<http://www.internationaldisabilityalliance.org/representation/legal-capacity-working-group/>

*representación, que afecte la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a favor de la práctica de la toma de decisiones con apoyo*¹³.

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU ha sostenido que *“Toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo o indirecto para declarar la incapacidad jurídica entra en conflicto con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad consagrado en el párrafo 2 del artículo 12”*¹⁴.

Si bien el art. 140 del C.C. afirma que la capacidad jurídica es la regla –todas las personas somos en principio consideradas capaces jurídicamente- en contradicción con la CDPD el C.C. contempla las excepciones de su limitación o privación a través de los arts. 141 y 152 bis citados; por lo cual la ratificación de la CDPD implica para la Argentina la obligación de modificar el régimen interno de capacidad jurídica.

La Ley 26.657 refuerza la regla de la capacidad para todas las personas (art. 3) y afirma que no puede deducirse incapacidad solo por la existencia de un diagnóstico de padecimiento mental (art. 5), e introduce en el C.C. el art. 152 ter que obliga a una revisión por lo menos cada tres años de estas sentencias, avanzando en la línea de que el ejercicio de la capacidad jurídica es un proceso dinámico.

Pero intentemos traducir lo antedicho a la realidad concreta de las personas que se ven sometidas a un juicio de insania o inhabilitación. Su declaración determina la imposibilidad de ejercer por sí mismo derechos de los que toda persona es titular, referidos a la capacidad jurídica y a modo ejemplificativo: la prohibición de contratar (realizar un contrato de alquiler, de trabajo, el contrato con una compañía de celulares, poder ser titular de una caja de ahorro o una tarjeta de crédito, la titularidad de los servicios de la casa que se habita, comprar un electrodoméstico en cuotas, etc.) donar, testar, heredar, ejercer la patria potestad, casarse, divorciarse, reconocer un hijo, asociarse, votar, administrar dinero, brindar consentimiento informado.

El establecimiento de estas imposibilidades acarrea para la persona, en muchas ocasiones, la estigmatización de saberse “bajo juez”, de identificarse como insana o la percepción de sentirse excluido de su condición de ciudadano.

Dado que la existencia del juicio, aún antes de la sentencia, sumado a sus consecuencias estigmatizantes, repercute enormemente en la vida cotidiana; y que hemos referido como fundamental dar lugar protagónico a la voz de la persona y su contexto, cabe hacer un breve análisis del concepto. La trascendencia de este concepto se revela en que en la vida cotidiana es donde se instituye un sistema de usos, de expectativas, de instituciones, que se conforman de diverso modo en función de las circunstancias y de la

¹³ Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la Organización de Estados Americanos, Observación General sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2, Inciso B) In fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General OEA/Ser.L/ XXIV.3., CEDDIS/RES.1 (I-E/11), 4 de Mayo de 2011, punto 3.

¹⁴ ONU, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/10/48, 26/1/2009. Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, punto 45.

medida en que sus características particulares se desarrollan en un ambiente dado. En ella se ponen en obra todos los sentidos, las capacidades, ideas, sentimientos, etc. La vida cotidiana, que se organiza en el aquí y ahora, se estructura sin embargo tanto en el espacio como en el tiempo. La estructura espacial en particular posee una dimensión social, en la medida en que allí se intersectan las zonas de encuentro de los sujetos, la temporalidad, que se da asimismo intersubjetivamente, proporciona la historicidad, ambos organizan la situación del sujeto en el mundo de la vida cotidiana. Lo territorial, la pertenencia, los vínculos y sus expresiones singulares, son ejes a tener en cuenta al momento de considerarla¹⁵.

Más aún, para las personas que residen en espacios institucionalizados, de encierro o aislamiento, en los que la vida cotidiana se encuentra controlada, normatizada y sujeta a las improntas de dicha lógica, minimizando la capacidad abordar de manera singular su tiempo, su espacio, su cuerpo, e imposibilitando de este modo la apropiación y gestión de los espacios habitados, se determina una cotidianeidad impuesta por normas ajenas a la propia subjetividad, transformando así su vida cotidiana en un transcurrir signado por automatismos invalidantes que limitan significativamente las posibilidades de autonomía. Para Giddens *“La vida cotidiana es simultáneamente habilitante y constrictiva. Sus mecanismos y lógicas de operación al ser rutinizadas, constriñen los actores sociales, les imponen unos límites, fijan unos márgenes y modos de operación”*¹⁶. Las condiciones para el desarrollo de la autonomía serán ofrecidas por la persona y su contexto, y potenciadas por los lazos sociales, el intercambio de afectos, bienes, las oportunidades de crear, innovar, y orientar los propios actos; las mismas se ven por lo tanto limitadas en una vida institucionalizada.

Es entonces en la persona, en su contexto y su vida cotidiana donde encontraremos los recursos para establecer, construir, un sistema de apoyos para la toma de decisiones que posibilite el ejercicio de derechos por parte de su titular, en lugar de la designación de un tercero que la reemplace. Para las personas institucionalizadas requerirá, en algunos casos, identificar al menos la punta del ovillo de la cual comenzar a tirar y desarmar los nudos en los que la institucionalización los ha ido atando. El desarrollo personal en un tiempo-espacio determinado y resignificado de manera particular, la revalorización y fortalecimiento de aquellos ámbitos en los que una persona transita sus vivencias son aspectos fundamentales a tener en cuenta para la implementación del sistema de apoyos, en marco de la Ley 26.657 y la CDPD.

Sistema de Apoyos

A diferencia del modelo tutelar, que pone a la persona en un rol pasivo, un Sistema de Apoyos consiste en acompañarla y asistirle en la toma de sus propias decisiones, se constituye con los recursos propios y los del entorno y debe colaborar en generar las condiciones necesarias para el desarrollo de su proyecto de vida, promoviendo su autonomía.

Según la International Disability Alliance (IDA), *“apoyo significa desarrollar una relación y formas de trabajar con otra u otras personas, hacer posible que una persona se*

¹⁵ Lugano Claudia *“El concepto de vida cotidiana en la intervención del Trabajo Social”* Revista Margen N° 24 Edición electrónica. 2002.

¹⁶ Giddens Anthony *“Consecuencias de la modernidad”*. Editorial Alianza Universidad. Madrid. 1993.

*exprese por sí misma y comunique sus deseos, en el marco de un acuerdo de confianza y respeto de la voluntad de esa persona*¹⁷.

En tanto la capacidad jurídica es un atributo esencial que nos define como personas y que el sistema de apoyos debe allanar el ejercicio de derechos, el mismo debe cristalizarse de manera tangible, real, funcionar operativamente en la vida cotidiana, ser viable y sustentable y orientado al desarrollo de la autonomía.

Por ello, en la construcción de un sistema de apoyos para la toma de decisiones, es necesario indagar en varios aspectos, el lugar donde la persona vive, el entorno, el territorio en el que se encuentra inmerso y del que surgirán los recursos necesarios, los vínculos que podrían tener transcendencia para la red de apoyos, trabajo, intereses, actividades que realiza o le gustaría realizar, tratamiento en algún caso; espacios en los que la persona construirá los lazos que le permitirán ejercer sus derechos, medios para concretar el proyecto de vida deseado.

Para el desarrollo de las potencialidades resulta evidente la importancia de la accesibilidad a la educación, la salud, a la socialidad, al trabajo, la justicia, entre otros, lo que implica la eliminación de barreras; que pueden ser de tipo geográfico, financiero, sociocultural, económico, de género, etc.

Una de las bases para la inclusión en la comunidad de los usuarios de servicios de salud mental parte del reconocimiento de que tanto las personas como el contexto en el que viven, son fuente de recursos y respuestas, los que en algunas ocasiones no han sabido capitalizarse o no han sido legitimados como válidos por el modelo tutelar. Entre estos podemos contar los vínculos afectivos, experiencias de vida, participación en diferentes grupos sociales, reconocimiento de situaciones de crisis y de referentes a quien solicitar ayuda. Estos recursos permiten entamar la red donde el sujeto puede apoyarse dentro de la comunidad. Las situaciones de desamparo y faltas de respuestas suelen estar relacionadas con la ausencia o desvalorización de dicha red más que con el padecimiento propiamente dicho. Se trata de indagar los apoyos con los que la persona cuenta o podría contar como recursos propios que habilitar, co-gestionar, co-construir de manera que se orienten hacia la autonomía.

*“Para evitar caer en eufemismos, pensamos que ante todo tenemos que pulverizar la idea del administrador (función del curador del interdicto) como única opción. Tenemos que ser capaces de pensar en infinitas posibilidades, incatalogables todas, en lugar de una sola figura fijada por ley (...) este sistema contribuye a que la persona siga ejercitando el uso de sus capacidades conservadas y evita la perezosa actitud de que lo haga todo un curador representante en su lugar, lo que al final de cuenta no hace más que agravar su cuadro y socavar su dignidad al “inutilizarlo”*¹⁸.

Nuestro sistema jurídico actual, que como hemos dicho aún admite la limitación o privación de la capacidad jurídica, no contempla en la normativa de jerarquía inferior a la CDPD un modo de establecer un sistema de apoyos acorde con la misma. Para ayudarnos

¹⁷ International Disability Alliance (IDA), Principios para la implementación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), Ppio 4.

<http://www.internationaldisabilityalliance.org/representation/legal-capacity-working-group/>

¹⁸ Olmo, Juan Pablo y Martínez Alcorta Julio “Art. 12 CDPD: Medidas de Apoyo y de Salvaguardia. Propuestas para su Implementación en el Régimen Jurídico Argentino”, presentado en el 1º Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, C.A.B.A., 10 y 11 de junio de 2010, <http://www.articulo12.org.ar>

a reflexionar sobre las formas posibles de reflejarlo en nuestra normativa interna, que deberá ser modificada, nos referiremos a la figura de la administración de sostén, introducida en el Código Civil italiano por la Ley 6-04¹⁹.

La administración de sostén toma como criterio para su implementación, la inadecuación gestional en lugar de la *“incapacità di intendere e di volere”*²⁰ homologable al criterio establecido en nuestro Código Civil, la ineptitud *“para dirigir su persona o administrar sus bienes”*²¹. La idea de la inadecuación gestional nos pone fácilmente en la dimensión de que en la vida cotidiana, sobre todo urbana, debemos realizar innumerables gestiones de mayor o menor complejidad que inciden directamente en nuestra calidad de vida y colaboran en la concreción del proyecto de vida. Se trata de un procedimiento judicial por el cual se designa un administrador de sostén que apoye la realización de estas gestiones de manera activa.

Esta herramienta permite además desidentificar la necesidad de apoyo de algunos diagnósticos en particular, determinándose su necesidad a partir de cualquier circunstancia de la vida en la que más estable o transitoriamente se pueda requerir. Es decir, es un instrumento útil no solamente para usuarios de servicios de salud mental o personas con discapacidad intelectual o psicosocial, su práctica se va difundiendo en Italia para cualquier persona que en cualquier circunstancia pueda requerir apoyo para la toma de decisiones, privilegiando la soberanía de la persona sobre sí misma; por ejemplo un anciano, un extranjero que no hable el idioma local, una persona que por cualquier motivo de salud se encuentre impedida transitoriamente de ocuparse de algunas gestiones.

Puede ser solicitada al juez por el futuro beneficiario o cualquier otra persona, salvo los operadores socio sanitarios que tienen la obligación de señalarlo cuando identifiquen la necesidad. Para su presentación en principio no es requisito el patrocinio letrado. El beneficiario debe aceptar la administración de sostén sino la ha requerido personalmente. Concordantemente con lo que se viene diciendo, se valoriza en estos procedimientos todo tipo de información –no sólo la médica- ya que para elaborar una respuesta a la demanda, que no sea solamente patrimonial o sanitaria, debe surgir como actor fundamental la comunidad, haciéndose cargo de la diversidad de la que está compuesta. Ello tanto para el relevamiento de la información necesaria como para la designación del administrador de sostén, que recae generalmente sobre una persona de estrecha confianza del beneficiario, salvo que por las características particulares del caso se requiera la designación de un voluntario o un profesional, en general abogado o contador.

Esta propuesta parte de un nuevo modo de considerar las capacidades de las personas y su dimensión social, permitiéndonos crear y efectivizar nuevos modos de abordajes e intervenciones enmarcados en la Ley 26.657, teniendo como eje la efectivización plena de los derechos de todas personas. El camino hacia el ejercicio de la capacidad jurídica que toda persona posee, nos abre un abanico infinito de alternativas posibles en el armado de un sistema de apoyos que apunte a la igualdad de oportunidades, promulgada por el modelo social.

Cómo hacemos nuestro trabajo

¹⁹ Para mayor información sobre administración de sostén se sugiere el sitio web www.personaedanno.it, a cargo de Paolo Cendon, autor del proyecto de ley original.

²⁰ Incapacidad de entender y querer

²¹ Art. 141 C.C.

Retomando lo dicho en la introducción, jueces o curadores que intervienen en un juicio de insania/inhabilitación solicitan a la DNSMyA la evaluación de la capacidad jurídica de la persona sometida a dicho proceso.

En esta tarea, el equipo asesora al Juez sobre la decisión que deberá tomar en relación a la capacidad jurídica del sujeto o en caso de que el pedido sea remitido al equipo por curadores o defensores nuestra evaluación puede integrarse al expediente como prueba de parte.

Para ilustrar este acápite acompañamos en anexo el instrumento de relevamiento elaborado por el equipo, con su instructivo y la guía para la elaboración del informe que remite a su estructura.

El eje que direcciona nuestra tarea es el proyecto de vida de la persona con la que haremos la evaluación; en el que se expresan sus intereses y deseos, su voluntad y decisiones. En caso de que tal proyecto de vida no esté definido, es importante identificar cuáles fueron las dificultades para la construcción del mismo, dado que en ocasiones han existido obstáculos que han impedido a la persona pensar nuevas alternativas.

Consideramos que las personas estamos en constante transformación, producto de las distintas situaciones que atravesamos y hemos atravesado a lo largo de la vida, donde cobran relevancia, como hemos dicho, el contexto social, cultural, económico, político, biológico, mental; y que las respuestas que elaboramos y/o actuamos responden a las herramientas con las que contamos, tanto personales como las que nos proporciona el entorno. Por lo cual nuestra tarea debe considerar esta complejidad, aprovechando los recursos que ofrecen las diversas disciplinas que integran el equipo y la necesidad del trabajo intersectorial (arts. 8, 9, 11, 13 y 15 Ley 26.657), asumiendo que solo desde algunas disciplinas y más aún, solo desde el ámbito de la salud esta complejidad es inabarcable. Para enfrentar este desafío *“La interdisciplinariedad es un posicionamiento, no una teoría univoca. Ese posicionamiento obliga básicamente a reconocer la incompletud de las herramientas de cada disciplina”*²².

Es por ello que a la primera entrevista con la persona concurren dos integrantes del equipo de al menos dos disciplinas diferentes y se realiza en los espacios en los que desarrolla su vida cotidiana, como lo establece el punto v) del Preámbulo de la CDPD, considerando a los espacios sociocomunitarios y familiares como fuentes de aquellos recursos que constituirán el Sistema de Apoyos (Ppio. 3 de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Salud Mental de Naciones Unidas²³ y el art. 7 inc. e) y 9 in fine de la Ley 26.657).

Es importante tener en cuenta que la primera entrevista se realiza a solas con la persona, respetando su intimidad y la confidencialidad de los datos consultados, de acuerdo a lo establecido en el art 7 inc I de la Ley 26.657 y Art 22 de la CDPD, explicando el propósito de dicha entrevista con lenguaje sencillo para que la persona pueda dar su consentimiento informado sobre la realización de la misma de acuerdo al art. 10 de la Ley 26.657. A partir de allí se evalúa la necesidad de relevar otras fuentes de información para

²² Stolkiner Alicia *“Interdisciplina y Salud Mental”*, presentado en las IX Jornadas Nacionales de Salud Mental; I Jornadas Provinciales de Psicología; Salud Mental y Mundialización: Estrategias Posibles en la Argentina de Hoy, 7 y 8 de octubre 2005, Posadas, Misiones

²³ Asamblea General de las Naciones Unidas Resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991, texto integrante de la Ley 26.657

la elaboración del sistema de apoyos, algún familiar o referente afectivo, el equipo tratante cuando existe, el curador, etc.

Ello en tanto el pedido de evaluación de capacidad jurídica remite necesariamente a evaluar las posibilidades del ejercicio de derechos (administrar bienes y patrimonio, cambiar su estado civil, votar, heredar, decidir sobre los servicios de salud, ejercer la patria potestad, por ejemplo) e identificar aquellas situaciones para las cuales, la persona necesitaría asistencia (de manera transitoria o permanente) para la toma de decisiones.

En muchas ocasiones hemos relevado que la necesidad subyacente no está relacionada con el ejercicio de la capacidad jurídica en particular cuanto con la necesidad de una red eficiente para que la persona desarrolle su autonomía. Algunos juicios no se inician siquiera para la protección de la persona, sino por lo que hemos dado en llamar “mitos psico-jurídicos”, desde los cuales se presume que el juicio es necesario para acceder a un beneficio económico asistencial o previsional, o al certificado de discapacidad o con la presunción de que la justicia podría resolver otras necesidades sociales o económicas de la persona que en realidad corresponden a las tareas de gestión que debe realizar un servicio sociosanitario. Según Franco Rotelli estos servicios deben garantizar la creación de condiciones concretas para que sus usuarios ingresen al contrato social²⁴.

Así, nuestros informes apuntan al conocimiento de la persona en cuanto a su historia de vida, proyectos, condiciones de accesibilidad, y la sugerencia de acciones que apunten al armado o el fortalecimiento en caso de existir, de una red social y/o familiar que constituya un sistema de apoyos que garantice el pleno ejercicio de la capacidad jurídica de toda persona.

Para ilustrar sencillamente una conclusión posible citamos el discurso de cierre de la película sobre la vida de Harvey Milk, político y activista norteamericano: *“Quiero que 5, 10, 100, mil personas se alcen, (...) les pido que el movimiento continúe porque no importa el beneficio personal, ni el ego, ni el poder, solo importa que las minorías estén ahí arriba, y no solo los gays, sino los negros, los asiáticos y los ancianos, los discapacitados, las minorías. Sin esperanza las minorías se rinden, ya sé que no se puede vivir solo de esperanza, pero sin esperanza no merece la pena vivir, así que tu y tu y tu, tienen que darles esperanza”*

Las normas que fundan nuestra tarea, como tantas otras que se van incorporando al sistema jurídico en la Argentina y en otros países, van en la línea de sustituir la consideración de algunas personas como peligros a excluir, objetos a proteger, someter o controlar, por el reconocimiento y la valoración de la diversidad humana como una riqueza para la comunidad que integran, por lo mismo es responsabilidad de todos que estos altos ideales reflejados en las leyes se vayan transformando en realidades concretas y tangibles. Como ha sucedido con los negros, la diversidad sexual, las mujeres, los derechos de los trabajadores; hoy ingresan al contrato social, legítimamente, las personas con discapacidad.

Bibliografía consultada

- “S. T. s/inhabilitación”, Expte. N° 14813, Tribunal de Familia N° 1 de Mar del Plata, 9 de Agosto de 2011).

²⁴ Rotelli F. “Foucault, Trieste e Totò”. 2004.

<http://www.redsaludmental.org/docs/Foucault%20Trieste%20y%20Tot%C3%B3.pdf>

- Appadurai Arjun (2011) *“Le aspirazioni nutrono la democrazia”* Introducción de Ota De Leonardis. Et al Ediciones. Milán.
- Asamblea General de las Naciones Unidas Resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991, texto integrante de la Ley 26.657
- Biel Portero Israel (2010) *“De la Sustitución al Apoyo de Capacidades: ¿El Fin de los Internamientos Forzosos? Perspectiva Internacional y Europea”*, presentado en el 1º Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, C.A.B.A., 10 y 11 de junio de 2010, <http://www.articulo12.org.ar>
- CELS (2009): *“Derechos Humanos en Argentina. Informe 2009”*. Siglo XXI editores. Buenos Aires.
- Cifuentes Santos (1999) *“Elementos de derecho civil”, Parte general*. Editorial Astrea. 4ta edición actualizada y ampliada, 2da reimpresión. Buenos Aires.
- Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la Organización de Estados Americanos, Observación General sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2, Inciso B) In fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General OEA/Ser.L/ XXIV.3., CEDDIS/RES.1 (I-E/11), 4 de Mayo de 2011.
- Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Cuenca Gomez Patricia (2010) *“La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CIDPD en el ordenamiento jurídico español”*, presentado en el 1º Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, C.A.B.A., 10 y 11 de junio de 2010, <http://www.articulo12.org.ar>
- El Código Civil Argentino (1869)
- Giddens Anthony (1993) *“Consecuencias de la modernidad”*. Editorial Alianza Universidad. Madrid.
- <http://www.personaedanno.it>
- International Disability Alliance (IDA), Principios para la implementación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). <http://www.internationaldisabilityalliance.org/representation/legal-capacity-working-group/>
- Lugano Claudia (2002) *“El concepto de vida cotidiana en la intervención del Trabajo Social”* Revista Margen N° 24 Edición electrónica.
- Michel Foucault (2008): *“Enfermedad mental y personalidad”* Editorial Paidós. Buenos Aires.
- Olmo, Juan Pablo y Martínez Alcorta, Julio *“Art. 12 CDPD: Medidas de Apoyo y de Salvaguardia. Propuestas para su Implementación en el Régimen Jurídico Argentino”*, presentado en el 1º Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, C.A.B.A., 10 y 11 de junio de 2010, <http://www.articulo12.org.ar>
- ONU, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/10/48, 26/1/2009. Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los

Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

- Rotelli F.(2004) “Foucault, Trieste e Totò”.
<http://www.redsaludmental.org/docs/Foucault%20Trieste%20y%20Tot%C3%B3.pdf>
- Stolkiner Alicia (2005) *“Interdisciplina y Salud Mental”*, presentado en las IX Jornadas Nacionales de Salud Mental; I Jornadas Provinciales de Psicología; Salud Mental y Mundialización: Estrategias Posibles en la Argentina de Hoy, 7 y 8 de octubre 2005, Posadas, Misiones