

IMPACTO DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD. El desorden mental como problemática jurídica*

Luis Alberto Valente

S U M A R I O

I. INTRODUCCIÓN

II. LA REFORMA Y SUS REGLAS EN MATERIA DE CAPACIDAD. DOS ENCUADRES DIFERENTES

2.1 Algunos lineamientos.

2.2 Los principios generales del Código Civil y Comercial

2.3 Dos encuadres diferentes..

III. EL MENTAL DISORDER COMO PROBLEMÁTICA JURÍDICA

IV. EL EXAMEN INTERDISCIPLINARIO

V. UNA NUEVA PERSPECTIVA A LA TRADICIONAL PROBLEMÁTICA

VI. UN NUEVO PARADIGMA RECONOCIDO POR LA LEY

VII. CONCLUSIÓN

*Artículo realizado sobre la base de una Ponencia presentada por el autor en el XIX Encuentro Nacional de Equiparación de Oportunidades para Abogados con Discapacidad. Las mismas que fueron realizadas en San Isidro en Octubre de 2015.



Hay una explotación, marginación y falta de poder que da pie a un derecho antidiscriminatorio.

No resulta inadvertida la obligación del Congreso de sancionar leyes que promuevan los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y de trato o dando incentivos y evitando la discriminación (art. 75 inciso 19 y 23 CN).

A su vez, no puede olvidarse la ley 23.592 referida a actos u omisiones discriminatorias fundadas por ejemplo en condiciones sociales o caracteres físicos. Ya el preámbulo de la Convención al que antes aludíamos rechaza todo tipo de discriminación ya que la misma vulnera su dignidad y el valor inherente del ser humano

A partir de un derecho antidiscriminatorio puede pensarse en un tratamiento diferente de la vulnerabilidad pensando que muchas veces es la sociedad la que digitaliza las capacidades e identidades.

No puede dejar de señalarse que un modelo social de discapacidad ubica el problema de la discapacidad dentro de la misma sociedad y de allí que la plena integración de ésta población se orienta hacia la paulatina eliminación de las barreras ambientales, físicas e intelectuales que limitan la participación e integración de las personas con discapacidad en la sociedad.

La discapacidad es determinada por un ambiente sociocultural discriminante y hostil.

En tal sentido, el preámbulo de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad parte por reconocer que ésta última es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción de la persona con su entorno evitando su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás.

En éste breve repaso no puede obviarse a la Ley Nacional de Salud Mental nº 26.657 de enorme proyección jurídica en relación a la materia aquí considerada.²

Al mentado plexo normativo se suma lo dispuesto por el Código Civil y Comercial en orden a la restricción a la capacidad (Sección 3ª del Capítulo 2 – referido a la Capacidad- correspondiente al Título I- Persona Humana-, y a su vez, del Libro Primero-Parte General-).

De lo expuesto se desprende que cada conjunto de normas responde a su propia *ratio*. Sin embargo, ello no obsta por adelantar que los sistemas jurídicos de-

2 No de olvidarse que el art.2º de la ley 26.657 considera que ces parte integrante de ella documentos internacionales que mantienen fabulosas proyecciones sobre la problemática de marras, tal es el caso de los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales, la Declaración de Caracas o los Principios de Brasilia.

interacción social. La vieja terminología jurídica (algo desdenosa con las cualidades personales en sí misma) se refería a los “dementes”, “insanos”, “interdictos”, “peligrosidad”, etc.. De allí que en definitiva, una nueva concepción exigen una ajustada revisión de los tradicionales conceptos.

Un tratamiento cuya objetividad parta por el respeto en todos los aspectos de la vida. Así por ejemplo (sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante), no se trata de cerrar los hospitales que albergan a éstos enfermos, sino de “desmanicomializar”, o más exactamente superar el tradicional modelo manicomial, reformulándolo lo que a su vez, implica una transformación de las prácticas cotidianas, y de esa manera, poniéndolo a tono con el debido respeto a los Derechos Humanos (ésto puede verse en los lineamientos sentados por el art. 41 del Código que se refiere a la internación sin consentimiento de la persona y tenga o no restringida su capacidad).

A su vez., se trata de corregir adversidades resaltando las potencialidades de un colectivo de personas en sufrimiento mental. Como dice Amarante la temática de los Derechos Humanos asume aquí una singular expresión. Se trata de la inclusión de nuevos sujetos de derechos y de nuevos derechos para los sujetos en sufrimiento mental.⁴

En sentido coincidente, la Convención sobre las Personas con Discapacidad se refiere a la consideración de los valores y potencialidades de éste colectivo, y en relación a ello, destaca la necesidad de promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportes que pueden realizar éstas personas (art.8 letra c de la CDPD).

En el mismo lugar se destaca la necesidad de fomentar actitudes receptivas y promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad, considerando sus aportes y promoviendo programas de formación acerca de la sensibilidad que tenga en cuenta los derechos de éste colectivo (art. 8 citado de la CDPD)

Lo expuesto explica que la sentencia que restrinja la capacidad del sujeto no deberá excederse, debiendo ajustarse celosamente a la situación del enfermo “especificando las funciones y actos que se limitan y procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible” (art. 38 del Código), pues la restricción de su capacidad de ningún modo puede implicar en los hechos anularlo sino justificar jurídicamente la situación del interesado.

En definitiva, re dimensionar la problemática implica re diseñarla al compás de los nuevos tiempos, suprimiendo ideas estigmatizantes y discriminatorias, y reemplazándolas por otras que apunten a la verdadera situación del sujeto de derecho, a sus limitaciones pero también respetando sus potencialidades.

4 AMARANTE, Paulo: *Superar el manicomio. Salud Mental y atención psicosocial*. Editorial Topía, 2009, p. 69.

De allí que las limitaciones tengan carácter excepcional y se impongan siempre en beneficio de la persona.

A su vez, que toda intervención tenga carácter interdisciplinario es un principio que está en íntima relación a que la problemática no responde sólo a patrones psiquiátricos, pues la realidad de sujeto enfermo no es sólo su patología médica, sino también, puede haber factores ambientales, psicológicos, económicos, culturales, etc., que son determinantes o contribuyen a desarrollo de la patología.

A su vez, en todo el proceso la persona mantiene una participación activa, y en el mismo sentido, tiene derecho a que se le proporcione toda la información posible a través de medios y tecnologías adecuadas a su comprensión. Del art. 2 de la Convención de Marras se desprende la sencillez y facilidad de la comunicación, lo que a su vez, supone acercarse y posicionarse en la realidad del enfermo.

Es que déficit intelectual, en principio, no le impide conocer su realidad y eventualmente exteriorizar su voluntad.

La humanización de los recursos terapéuticos permiten comprender que pueden existir esos recursos que sean lo menos restrictivos posibles para la libertad de la persona, limitando por ejemplo la restricción hospitalaria o el indiscriminado apego a los medicamentos (desmedicalización) y promoviendo, a su vez, una terapia realizable en ámbitos sociales y familiares.

En tanto, debe entenderse que la restricción a su capacidad no debe impedirle llevar a cabo una vida independiente, vale decir, el igualdad de condiciones con los demás (art. 19 de la Convención), lo que implica justipreciar acabadamente la causa de aquella restricción, sus consecuencias; por lo que en su momento, la sentencia debe celosamente especificar las funciones y actos que se limitan procurando que la restricción de la autonomía sea la menor posible (art.38 del Cód. Civil y Comercial)

3) Dos encuadres diferentes.

El nuevo artículo 32 –párrafos 1 y 4- del Código Civil se refieren a dos categorías diferentes. Por un lado, a quienes sólo requieren restricción de su capacidad para determinados actos (art.32, párrafo1). Y por el otro, a quienes la alteración le impide interactuar con el entorno y le resulte imposible expresar su voluntad (art.32 párrafo 4 del Código).

La diferenciación se corresponde a la idea de la declaración de capacidad restringida y la declaración de incapacidad. El debido proceso (art. 18 C. N.) marcará la magnitud de la declaración.

sordomudos, como por ejemplo, el art. 2 que se refiere a la forma de comunicarse y el lenguaje; el art. 4 al referirse a tecnologías de apoyo, etc.)

A la persona mayor de trece años se le puede restringir su capacidad en la medida en que padezca una adicción permanente o prolongada de suficiente gravedad de que pueda resultar un daño a su persona o a sus bienes (art.32 –primer parte- Cód. Civil y Comercial). El dispositivo es congruente con lo dispuesto en torno la involuntariedad por falta de discernimiento para los actos lícitos, dejando a salvo lo establecido en disposiciones particulares (art.261 inciso c- Cód.Civil y Comercial)

En éste caso se le nombra el o los apoyos necesarios (art.43 Cód. cita) y se debe especificar los ajustes razonables.

La segunda hipótesis, como se dijo, se trata de la persona absolutamente imposibilitada de interactuar con el entorno, y que tampoco puede expresar su voluntad. En tal caso el juez debe declarar su incapacitación total y el nombramiento de un curador que la represente (art.101 letra c-última parte-, art. 138 y concordantes del Cód. Civil y Comercial)

Es que el modelo social de discapacidad entiende que ésta debe ser concebida dentro de la misma sociedad y la integración implica la eliminación o disminución de las barreras ambientales, sociales, físicas e ideológicas que limitan la integración o participación de éstas personas en la sociedad

Se hace hincapié en una concepción cambiante de la discapacidad, pues se ha pasado de centrarse en la patología y sus proyecciones, a ponderarse la interacción misma entre las limitaciones funcionales de la persona y el ambiente social y físico que la rodea.⁶

Pero en materia de capacidad (o mejor, incapacitación), en puridad, no corresponde hablar en términos de integración sino más bien de interacción. De una concepción puramente estática (enfermedad que impide la integración) se pasa a una concepción dinámica (las consecuencias que produce la enfermedad y en referencia a la interacción de la persona con su entorno).

No cuenta en sí la enfermedad sino las consecuencias que proyecta la misma y en cuanto interfiere decididamente en su medio.

Bajo tales lineamientos se puede hablar de incapacitación, pues ella acaece en la medida en que las limitaciones afecten la implicación de la persona con su entorno.

6 SCHALOCK, Robert: *Hacia una nueva concepción de la Discapacidad*; Amarú Ediciones, ob cit, p. 105

parámetros éste establece que es una medida de carácter restrictiva que sólo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad sea para la persona o terceros (art.41 Cód. Civil y Comercial letras b y c).

La ley apuesta a una actuación del sujeto desarrollado en un marco de libertad.

III. EL MENTAL DISORDER COMO PROBLEMÁTICA JURÍDICA

La enfermedad mental no puede ser dissociada del sujeto que la padece y de allí que debe tenerse en cuenta sus vicisitudes, sus problemas concretos en la vida cotidiana, su trabajo, su familia, sus proyectos, sus deseos.

Si se ubica la problemática de los trastornos mentales (*mental disorder*) no puede negarse que ellos comprenden una amplia gama de problemas, tanto mentales como de comportamiento, y que a su vez poseen disímiles síntomas. En tal sentido, la psicopatología es el estudio científico de los trastornos mentales.⁹

Pueden estar asociados con regiones o funciones del cerebro relacionadas a un contexto social.

Como se dijo y en la medida en que esos trastornos generen en quien los padece posibilidad de daño a la persona o bienes, debe en tal caso, declararse la restricción de su capacidad (art.32 Cód. Civil y Comercial).

En otros términos y como se dijo a los fines de la capacidad, se ubica la cuestión bajo la égida de los trastornos mentales que puedan generar daños a la persona o bienes del enfermo.

Un enfoque amplio de la problemática puede llevar a concluir que se trata de un tratamiento protectorio que contribuye a clarificar la *calidad de vida*

9 Hablar de desorden mental (*mental disorder*) nos remite a pensar en un no orden o quiebre del orden. De allí que autores como Paulo Amarante no están de acuerdo con la expresión, pues se pregunta ¿cuál es el orden?; ¿qué es la normalidad mental? De allí que en el campo de la salud mental y atención psicosocial, Amarante prefiere referirse a sujetos “en” sufrimiento psíquico o mental pues la idea de sufrimiento nos remite a pensar en una experiencia vivida por el sujeto (ver AMARANTE, Paulo: *Superar el manicomio*, Topía Editorial, p. 68)

Comercial que se refiere a la entrevista personal del juez con el interesado durante todo el proceso asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento y de acuerdo a la situación del sujeto.

Esta norma (a la que ya aludiéramos pero que es necesario insistir en ella pues mucha importancia) tiende a asegurar la inmediatez del procedimiento y prevé el requisito de la accesibilidad y ajustes también en éste puntual supuesto

Como bien se destaca la accesibilidad cuenta con dos estrategias: el diseño universal y los ajustes razonables¹².

Por el primero consiste en concebir o proyectar, desde el origen, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, dispositivos o herramientas que puedan ser utilizados por todas las personas. El diseño universal está previsto para permitir la realización de la accesibilidad universal.

Por los ajustes razonables se refiere a medidas que permitan adaptar el entorno a las necesidades específicas de las personas y que les permitan a éstas actuar en igualdad de condiciones con las demás. En definitiva, la accesibilidad universal es una condición que se encuentra implícita y es necesaria para el ejercicio de cualquier derecho.

El art.37 del Código indica que el juez en su sentencia (entre otros recaudos) debe establecer un régimen de protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible (art. 37 letra d).

También las medidas de apoyo deben promover la autonomía del sujeto (art.43).

IV EL EXAMEN INTERDISCIPLINARIO

En su oportunidad la ley 26.657 había incorporado el art. 152 ter al Código de Vélez. Según aquel dispositivo la sentencia en éste tipo de procesos debe fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias.

12 KRAUT, Alfredo en Lorenzetti, Ricardo: *Código Comentado*, p. 167, comentario art. 35 recordando, a su vez, que dispositivos semejantes se encuentran en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y en las Reglas de Brasilia. En tal sentido es interesante recordar lo que dispone el art. 9 de la CDPD. Por el mismo, las medidas de accesibilidad tienen como fin que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida. La adopción de tales medidas tienden a procurar la igualdad de las condiciones de vida con las demás personas. Están referidas al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y tecnologías, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales, y son medidas que tienden a la eliminación de obstáculos y barreras de acceso.

V UNA NUEVA PERSPECTIVA A LA TRADICIONAL PROBLEMÁTICA

En efecto, una nueva estimativa de la problemática jurídica exige adecuarse a la casuística concreta, y así por ejemplo, debe contemplarse la participación en la toma de decisiones de los enfermos con deficiencia mental, como así, se debe apuntar al involucramiento del sujeto en relación sus cuidados personales, y en la mayor medida de lo posible, considerando la satisfacción de sus propios deseos, favoreciendo la libre expresión de los sentimientos y considerar la posibilidad de que su familia sirva como grupo de apoyo.

Promover la autonomía del sujeto implica que el decisorio no puede permanecer desajustado de las necesidades espirituales de aquel respetando sus valores y creencias.

En éste sentido y ante ese análisis, los aportes científicos de la Neurociencia pueden ser significativos. No se olvide que si bien ésta se ocupa de explicar en términos neurales el funcionamiento cerebral y su incidencia en el comportamiento humano; también analiza en términos de interacción, y ello, valorando aspectos biológicos, psicológicos y sociales ya que todo conduce a valorar la integridad de la persona.

En éste sentido la Neurociencia comprende básicamente el conocimiento de la Anatomía normal y de la Fisiología del cerebro haciendo posible identificar dónde se ubican las anomalías psíquicas, estructural y funcionalmente.

Sin embargo hoy no se puede negar el enfoque sintético e integrador de todas aquellas ciencias dedicadas al estudio del sistema nervioso central y patológico. Tiene una visión interdisciplinar pues los diferentes puntos de vista pueden cooperar y hacer progresar el conocimiento biológico y médico

Y también la Neurociencia ayuda a explicar las redes neurales que generan funciones cognitivas. El saber cómo funciona el encéfalo es decir cómo se procesa la información más allá de las áreas afectadas¹³

La plasticidad del cerebro es una característica de las células nerviosas debido a que pueden reaccionar a los estímulos, cesar de reaccionar o ser capaces de modificar su funcionamiento. En definitiva, el cerebro puede reorganizarse respondiendo a influencias externas o regenerándose si es posible.

De esa forma toda decisión debe mensurarse al compás de la nueva casuística que alcance a poner el problema en su justa extensión y bajo la visión integradora de un equipo interdisciplinario

Bajo ésta última égida, un aspecto de la Neurociencia que también se está desarrollando en los últimos años es su relación con la práctica legal siendo Stephen Morse (profesor de Derecho, Psicología y Psiquiatría en la *Law School*

De esa decisión dependerá las condiciones de validez del acto ya que las mismas variarán según que se requiera un (más o menos) celoso asesoramiento o un control exhaustivo del acto realizado por el sujeto con capacidad restringida.

En lo viable, es el sujeto enfermo quien toma las decisiones y con el cual se debe interactuar, y ello, a fin de que acaezca en la especie la posibilidad de verse consustanciado y contenido por el entorno, sin afectar la toma propia de decisiones (autonomía personal) y de ese modo, respetando las preferencias de la persona protegida.

Es una medida que resulta de evaluar la concreta problemática del enfermo de allí que traduce una limitación o restricción de la capacidad para determinados actos, lo que justifica los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias puntuales de la persona (art.32 Código de marras).

Es uno de los ejes medulares que exige una reformulación de los viejos sistemas jurídicos de protección basados en la representación y asistencia referida ésta y por el viejo Código a la realización de actos jurídicos (conf. arts. 101 c- y 102 Cód. Civil y Comercial).

Siguiendo a Shallock la evaluación del tipo y la intensidad de las necesidades de apoyo es un aspecto nuclear de la problemática, y que se hace extensivo a la hora de dimensionar las directivas legales del nuevo ordenamiento respecto al remedio por excelencia en materia de capacidad restringida.

El modelo de apoyo comprende cuatro componentes: los recursos, las funciones de apoyo, la intensidad de los apoyos y los resultados deseables.

Los recursos de apoyo conducen a evaluar al individuo, a otras personas, la tecnología y servicios. Y a su vez, las funciones de apoyo sopesan los niveles de enseñanza, ayuda, asistencia, recursos.

Debe auscultarse la casuística en función de la intensidad de los apoyos: intermitente en la medida en que lo requiera las necesidades, o bien, episódicos o a plazo. Limitados en el tiempo, amplio o generalizados (sujetos a mayor o menor intensidad).

Los resultados deseados se basan en aumentar el nivel de las conductas adaptativas, medir las capacidades funcionales, favorecer la consecución de metas relacionadas con el bienestar físico, psicológico o funcional, promover aspectos ambientales y la implicación de la persona con el entorno.

No se excluyen a las organizaciones civiles del Tercer Sector –ONG- que con diferentes objetivos pueden contribuir a una mejor calidad de vida, optimizando su nivel de gestión, diseñando estrategias y servicios en forma eficiente, aplicando sus técnicas y desde luego su filosofía de gestión.

