

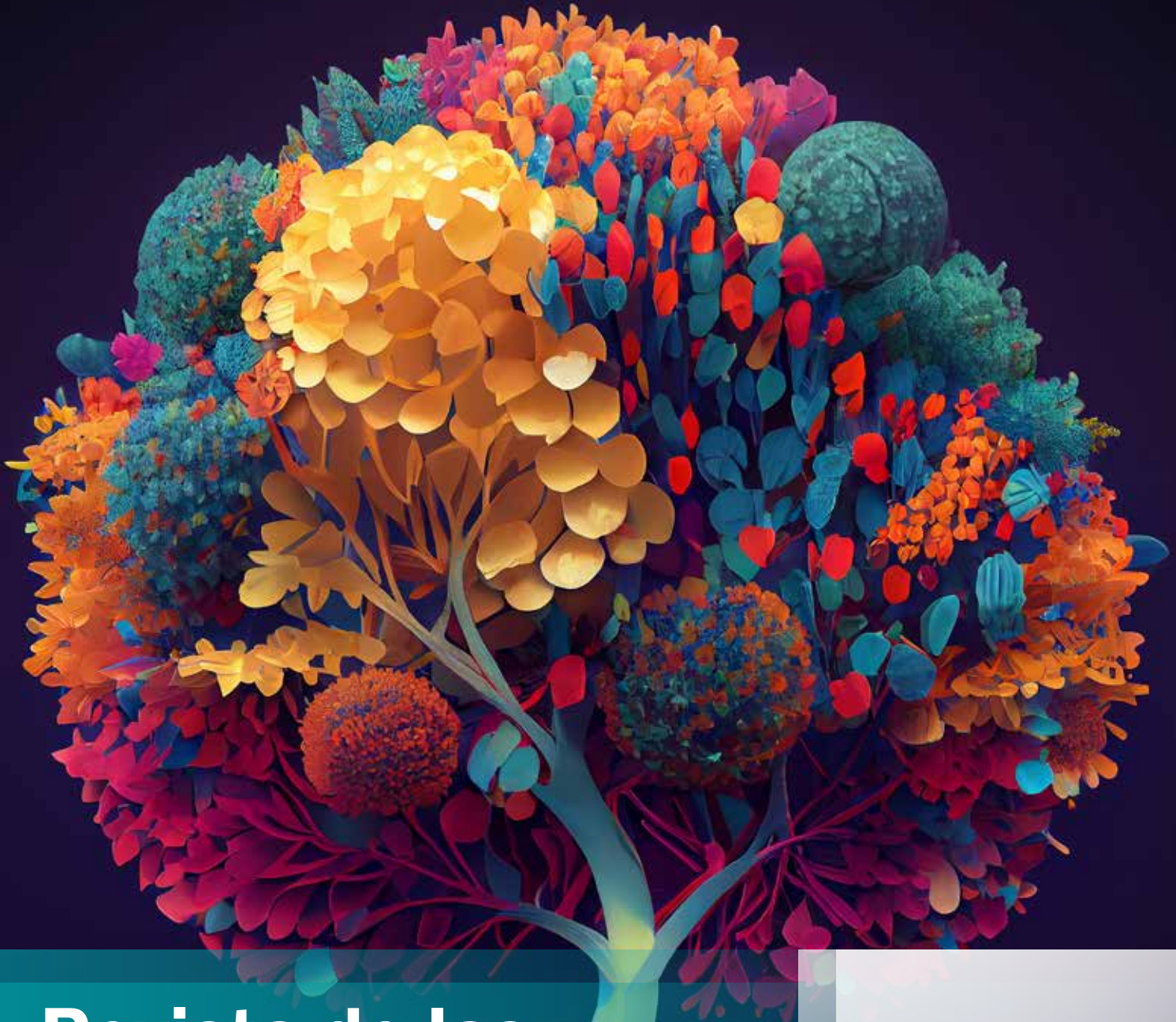


REDPO

Reunión Especializada
de Defensores
Públicos Oficiales



Ministerio Público
de la Defensa
República Argentina



Revista de las Defensorías Públicas del MERCOSUR

Acceso a la Justicia
de Personas con
Discapacidad
Psicosocial

Revista de las Defensorías Públicas del MERCOSUR (Revista Das
Defensorías Públicas do MERCOSUL)
Nº10. Marzo 2023

Defensora General de la Nación Argentina
Stella Maris Martínez

Directora de la Revista
Julieta Di Corleto

Consejo Editorial
Argentina

Julieta Di Corleto

Silvia Martínez

Brasil

César de Oliveira Gomes

Gustavo de Oliveira Quandt

Chile

Sofía Libedinsky Ventura

Paraguay

Aníbal Insfrán

Raquel Rivaldi Robertti

Uruguay

Sebastián Gastelú

2023

Publicación anual de la Reunión Especializada
de Defensores Públicos Oficiales del Mercosur
Acceso libre

ISSN 2953-4992

Defensoría General de la Nación Argentina
Av. Callao 970
Ciudad de Buenos Aires

© 2023 Defensoría General de la Nación
Todos los derechos reservados.

Distribución gratuita. Prohibida su venta. Se
permite la reproducción total o parcial de esta
obra, sin fines comerciales, si se cita la fuente.

Defensoría General de la Nación Argentina

Secretaría General de Capacitación y
Jurisprudencia

Sitio web: repositorio.mpd.gov.ar

Correo electrónico: capacitacion@mpd.gov.ar

Unidad de Relaciones Institucionales en el
Ámbito Internacional

Sitio web: [www.mpd.gov.ar/index.php/
internacional-2](http://www.mpd.gov.ar/index.php/internacional-2)

Correo electrónico: internacional@mpd.gov.ar

Subdirección de Comunicación Institucional

Correo electrónico: [comunicacioninstitucional@
mpd.gov.ar](mailto:comunicacioninstitucional@mpd.gov.ar)

El contenido y opiniones vertidas en los artículos
de esta revista son de exclusiva responsabilidad
de sus autores.

Reunión Especializada de Defensores Públicos
Oficiales del MERCOSUR (REDPO)
www.redpo.mercosur.int



REDPO
Reunión Especializada
de Defensores
Públicos Oficiales



Ministerio Público
de la Defensa
República Argentina

Contenido

Prólogo	6
<i>Prefácio</i>	6

ARGENTINA

La intervención de la unidad de letrados de personas menores de edad como garantía del acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes que se encuentran internados por salud mental en la Ciudad de Buenos Aires	8
--	----------

A intervenção da unidade de advogados de menores como garantia de acesso à justiça para crianças e adolescentes internados por saúde mental na Cidade de Buenos Aires

The intervention of the unit of lawyers for minor persons as a guarantee of access to justice for children and adolescents who are interned for mental health reasons in the City of Buenos Aires

Autores: María Laura Folgar y Rosalía Muñoz Genestoux

Sin justicia ni derechos: El caso “SAF” y la imposibilidad de ejecutar decisiones judiciales en el ámbito interno	18
--	-----------

Sem justiça nem direitos:

O caso “SAF” e a impossibilidade de execução decisões judiciais no âmbito interno

Without justice or rights:

The “SAF” case and the impossibility of executing judicial decisions at a national level

Autor: Pablo Hernán Gianella

Acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual. La declaración de inimputabilidad y la participación en el proceso desde el paradigma de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad	27
--	-----------

Acesso à justiça para pessoas com deficiência intelectual.

A declaração de não imputabilidade e participação no processo a partir do paradigma da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência

Access to justice for people with intellectual disabilities. The declaration of non-imputability and participation in the process from the paradigm of the Convention on the rights of persons with disabilities

Autores: María Florencia Hegglin y Ezequiel Mercurio

La actuación de la unidad de letrados de salud mental: la defensa pública en 28 mil casos y el acceso a la justicia en las internaciones involuntarias **47**

A atuação da unidade de advogados de saúde mental: defesa pública em 28 mil casos e acesso à justiça nas internações involuntárias

The performance of the mental health lawyers unit: public defense in 28 thousand cases and access to justice in compulsive hospitalizations

Autores: Mariano Laufer Cabrera y María Magdalena Pavicic

Acceso a la justicia, capacidad jurídica y derechos personalísimos: 63 derechos sexuales y (no) reproductivos- responsabilidad parental de las personas con discapacidad psicosocial

Acesso à justiça, capacidade jurídica e direitos personalíssimos: direitos sexuais e (não) reprodutivos - responsabilidade parental de pessoas com deficiência psicossocial

Access to justice, legal capacity and personal rights: sexual and (non) reproductive rights- parental responsibility of people with psychosocial disabilities

Autores: Florencia Molina Chávez y Mercedes Robba Toribio

Acceso a la justicia para personas con discapacidad psicosocial y derecho penal. La figura de inimputabilidad y las medidas de seguridad en América Latina **80**

Acesso à justiça para pessoas com deficiência psicossocial e direito penal. A inimputabilidade e as medidas de segurança na América Latina

Access to justice for people with psychosocial disability and legal rights.

The non-imputability figure and security measures in Latin-America

Autor: Mariano Andrés Poblet Machado

BRASIL

A deficiência como causa de incapacidade jurídica e o novo paradigma trazido pela Convenção das Nações Unidas sobre o direito das pessoas com deficiência de 2007 **96**

La discapacidad como causa de la incapacidad jurídica y el nuevo paradigma que trae la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2007

Disability as a cause of legal incapacity and the new paradigm brought by the 2007 United Nations Convention on the rights of persons with disabilities

Autora: Daniela Corrêa Jacques Brauner

Breves reflexões sobre o acesso à justiça no Brasil para os direitos humanos das pessoas com incapacidade à luz da lei 14.331/2022

106

Breves reflexiones sobre el acceso a la justicia en Brasil para los derechos humanos de las personas con discapacidad a la luz de la ley 14.331/2022

Brief reflections on access to justice in Brazil for the human rights of persons with disabilities in the light of law 14.331/2022

Autora: Denise Tanaka dos Santos

PARAGUAY

Conflictos normativos entre el derecho a la igualdad y la capacidad de las personas con discapacidad psicosocial y sus consecuencias

116

Conflitos regulamentares entre o direito à igualdade e a capacidade das pessoas com deficiência psicossocial e suas consequências

Regulatory conflicts between the right to equality and the capacity of people with psychosocial disabilities and their consequences

Autora: Alba Mariela Giménez De Vera.

El desafío de la armonización normativa en la legislación paraguaya para proteger los derechos de las personas con discapacidad psicosocial

126

O desafio da harmonização normativa na legislação paraguaia para proteger os direitos das pessoas com deficiência psicossocial

The challenge of regulatory harmonization in Paraguayan legislation to protect the rights of persons with psychosocial disabilities

Autores: Carla Mariela Mazó Benítez, Yolanda Analía Yinde Martínez y M. Raquel Rivaldi Robertti

Anexos

143

Prólogo

Desde su creación en el año 2004, la Reunión Especializada de Defensores Públicos Oficiales del MERCOSUR (REDPO) ha tenido como objetivo generar espacios de coordinación y colaboración para promover el fortalecimiento institucional de las Defensorías Públicas de la región. En este contexto, es un honor inaugurar un nuevo número de la Revista de la REDPO, un instrumento clave para difundir buenas prácticas y afianzar la búsqueda por la plena vigencia, en nuestra región, de los derechos humanos y garantías reconocidos en los tratados internacionales.

Esta décima edición de la Revista está dedicada a la temática de “Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad Psicosocial”. Como denotan los trabajos incluidos en la publicación, a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no todas las leyes de nuestros países franquean exitosamente un control de convencionalidad. En efecto, en la región aún persisten leyes o reglamentos que, en una u otra medida, están a contravía del modelo social y de derechos humanos que pregona la Convención.

A partir de esta coyuntura, no es extraño que aún estemos lejos de erradicar todas las prácticas discriminatorias. De allí que sea importante auspiciar la publicación de textos que, además de ser la expresión de nuestras realidades en su contexto social, cultural y judicial, pretenden contribuir con la discusión técnica y científica de cuestiones jurídicas relevantes a la actuación de los defensores y defensoras públicas del MERCOSUR. En este sentido, se presentan artículos referentes a la armonización normativa de la Convención con la legislación interna, así como a las formas de intervención de las defensorías públicas y discusiones relativas a la capacidad jurídica y a las internaciones involuntarias de personas con discapacidad psicosocial.

Desde la REDPO, esperamos que estos aportes ayuden a difundir las mejores prácticas a favor de la vigencia del modelo social de discapacidad que cobija la Convención.

Dada la gran labor implicada para la publicación de esta edición de la Revista de las Defensorías Públicas del MERCOSUR, cabe resaltar los esfuerzos, no sólo de quienes sometieron sus artículos para análisis, sino también de los miembros del Consejo Editorial de la Revista, y de la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, del Área de Relaciones Institucionales en el Ámbito Internacional y de la sub-dirección de Comunicación Institucional de la Defensoría General de la Nación de Argentina. Un particular agradecimiento a la Secretaria General de Capacitación y Jurisprudencia y Directora de la Revista, Julieta Di Corleto, y a María Luz Ramírez, integrante del Área de Relaciones Institucionales en el Ámbito Internacional de la Defensoría General de la Nación, por su valioso trabajo de compilación y edición.

La tarea de difusión que emprende la Revista de la REDPO representa un fuerte compromiso con la implementación efectiva de los estándares internacionales de derechos humanos y un llamado a la acción de la defensa pública que resulta inaplazable. No podemos pregonar la importancia de la vigencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos, sin trabajar intensamente por un litigio que, sin dobleces, esté comprometido con esos valores. Esperamos contribuya eficazmente a la concreción de este objetivo.

Stella Marís Martínez
Defensora General de Argentina

Prefácio

Desde a sua criação em 2004, a Reunião Especializada de Defensores Públicos Oficiais do MERCOSUL (REDPO) tem como objetivo criar espaços de articulação e colaboração para promover o fortalecimento institucional dos Defensores Públicos da região. Nesse contexto, é uma honra inaugurar um novo número da Revista REDPO, instrumento fundamental para a divulgação de boas práticas e fortalecimento da busca pela plena vigência, em nossa região, dos direitos humanos e garantias reconhecidos em tratados internacionais.

Esta décima edição da Revista é dedicada ao tema “Acesso à Justiça para Pessoas com Deficiência Psicossocial”. Como os trabalhos incluídos na publicação denotam, à luz da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, nem todas as leis de nossos países exercem o efetivo controle de convencionalidade. De fato, na região ainda existem leis ou regulamentos que, de uma forma ou de outra, são contrários ao modelo social e de direitos humanos proclamado pela Convenção.

A partir desta conjuntura, não é de se estranhar que ainda estejamos longe de erradicar todas as práticas discriminatórias. Assim, é importante fomentar a publicação de textos que, além de serem a expressão de nossas realidades em seu contexto social, cultural e jurídico, visem contribuir para a discussão técnico-científica de questões jurídicas relevantes para a atuação dos defensores públicos do MERCOSUL. Nesse sentido, são apresentados artigos referentes à harmonização normativa da Convenção com a legislação nacional, bem como as formas de intervenção dos defensores públicos e discussões relacionadas à capacidade jurídica e interações involuntárias de pessoas com deficiência psicossocial. Da REDPO, esperamos que

estas contribuições ajudem a disseminar as melhores práticas em prol da vigência do modelo social da deficiência que abrange a Convenção.

Dado o grande trabalho envolvido na publicação desta edição da Revista dos Defensores Públicos do MERCOSUL, vale destacar o esforço, não só daqueles que submeteram seus artigos para análise, mas também dos membros do Conselho Editorial da Revista, e da Secretaria Geral de Capacitação e Jurisprudência, da Área de Relações Institucionais no Âmbito Internacional e da subdiretoria de Comunicação Institucional da Defensoria Geral da Nação Argentina. Agradecimentos especiais à Secretária Geral de Formação e Jurisprudência e Diretora da Revista, Julieta Di Corleto, e María Luz Ramírez, integrante da Área de Relações Institucionais Internacionais da Defensoria Geral da Nação, por seu valioso trabalho de compilação e edição.

A tarefa de divulgação realizada pela Revista REDPO representa um forte compromisso com a efetiva implementação das normas internacionais de direitos humanos e um apelo à ação da defesa pública que não pode ser adiado. Não podemos proclamar a importância da vigência dos instrumentos internacionais de direitos humanos, sem trabalhar intensamente por um litígio que, sem duplicidade, esteja comprometido com esses valores. Esperamos que contribua efetivamente para a concretização desse objetivo.

Stella Maris Martínez
Defensora Geral da Argentina

La intervención de la Unidad de letrados de personas menores de edad como garantía del acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes que se encuentran internados por salud mental en la Ciudad de Buenos Aires

A intervenção da unidade de advogados de menores como garantia de acesso à justiça para crianças e adolescentes internados por saúde mental na Cidade de Buenos Aires

The intervention of the unit of lawyers for minor persons as a guarantee of access to justice for children and adolescents who are interned for mental health reasons in the City of Buenos Aires

María Laura Folgar

Abogada, Universidad de Buenos Aires, Doctoranda en Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Magistratura de la Universidad de Buenos Aires. Secretaria Letrada de la Defensoría General de la Nación, Coordinadora de la Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad Art. 22 Ley 26.657 de la Defensoría General de la Nación. Argentina. e-mail: mfolgar@mpd.gov.ar

Rosalía Muñoz Genestoux

Abogada, Universidad de Buenos Aires, Especialista en Derecho de Familia de la Universidad de Buenos Aires. Secretaria de 1ra instancia. Integrante de la Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad Art. 22 Ley 26.657 de la Defensoría General de la Nación. Argentina. e-mail: rmunozgenestoux@mpd.gov.ar

Resumen

En este trabajo abordaremos desde la normativa nacional e internacional las internaciones por problemática de salud mental de niñas, niños y adolescentes en Argentina. Particularmente, explicaremos la función de la Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad Art. 22 Ley 26.657 que ejerce la defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes internados/as en establecimientos públicos y privados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y haremos hincapié en la importancia de esta intervención para el acceso a la justicia de este colectivo.

Palabras claves: Salud Mental. Acceso a la justicia. Defensa técnica. Niños, niñas y adolescentes.

Resumo

Neste trabalho abordaremos a partir das regulamentações nacionais e internacionais as internações por problemas de saúde mental de crianças e adolescentes na Argentina. Em particular, explicaremos a função da Unidade de Advogados da Pessoa Idosa Art. 22 Lei 26.657, que exerce a defesa técnica de crianças e adolescentes internados em estabelecimentos públicos e privados da Cidade Autônoma de Buenos Aires, e enfatizaremos a importância desta intervenção para o acesso à justiça para este grupo.

Palavras-chave: Saúde Mental. Acesso à justiça. Defesa técnica. Crianças e adolescentes.

Abstract

In this work we will approach from the national and international regulations the hospitalizations for mental health problems of children and adolescents in Argentina. In particular, we will explain the function of the Unit of Lawyers for Elderly Nero People Art. 22 Law 26,657, which exercises the technical defense of children and adolescents interned in public and private establishments in the Autonomous City of Buenos Aires, and we will emphasize the importance of this intervention for access to justice for this group.

Keywords: Mental Health. Access to justice. Technical defense. Children and adolescents.

Sumario

Introducción. 1.Internaciones por salud mental en la normativa argentina. La intervención de la Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad Art. 22 Ley 26.657 de la Defensoría General de la Nación. 2.Ejercicio de la defensa técnica. La experiencia de la Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad Art. 22 Ley 26.657 de la Defensoría General de la Nación. 3. El acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes internados por salud mental. Conclusiones.

Introducción

El presente trabajo tiene por objeto acercar la experiencia recabada a lo largo del tiempo en la intervención de las Letradas y Letrados integrantes de la Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad Art. 22 Ley 26.657 (en adelante U.L.M) de la Defensoría General de la Nación (en adelante D.G.N) como garantes del acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes internados por problemáticas de salud mental en hospitales generales, clínicas privadas, comunidades terapéuticas y hospitales monovalentes de la Ciudad de Buenos Aires.

La Unidad entra en funciones en el año 2012, cumpliéndose el pasado julio de 2022 diez años de actividad ininterrumpida en el ejercicio de la defensa técnica de NNyA, período que analizamos en este trabajo. Por otra parte, nuestra experiencia desde la coordinación de la Unidad, llevada adelante desde el año 2016 por la Dra. María Laura Folgar y como letrada de la Dra. Rosalía Muñoz Genestoux, nos provee una síntesis entre los aspectos relacionados con los objetivos más amplios o generales y una vista más cercana, enriquecida por la posibilidad de captar los detalles, procesos, dificultades y resoluciones prácticas y concretas surgidas en el ejercicio cotidiano de nuestras intervenciones.

Explicaremos las funciones de la Unidad y la particular tarea defensorista que se desarrolla en el contexto de internación de personas menores de edad en el marco de la Ley Nacional de Salud Mental 26.657 (en adelante LNSM)¹. Por otra parte, expondremos de qué modo esta función implica para niños, niñas y adolescentes un plus respecto del acceso a la justicia de otros grupos en condición de vulnerabilidad.

En dicho sentido, la intervención de los profesionales de la citada Unidad pretende un abordaje holístico y desde la interseccionalidad, que contemple el contexto particular que atraviesan los niños, niñas y adolescentes en esa instancia del tratamiento terapéutico que requieren.

1 Ley 26.657 disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/175977/norma.htm> Última compulsada 2/02/2023.

1. Internaciones por salud mental en la legislación argentina – la intervención de la Unidad de letrados de personas menores de edad art. 22 ley 26.657 de la Defensoría General de la Nación

La Ley 26.657 (LNSM) fue sancionada en Argentina en el año 2010². Sus lineamientos principales están en consonancia con lo dispuesto por la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convención (en adelante CDPD)³ que años más tarde -el 12 de diciembre del 2014- mediante Ley Nacional N° 27.044 adquirió jerarquía constitucional en nuestro país⁴.

La CDPD es un instrumento de gran relevancia tanto en el ámbito nacional como internacional. Entre los principios que surgen de su art. 3 podemos destacar: el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer.

En el año 2012, a instancias de la legislación nacional e internacional vigente en materia de salud mental, la Sra. Defensora General de la Nación Dra. Stella Maris Martínez dispuso por Resolución D.G.N N° 516/2012⁵ la creación

2 Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/175977/norma.htm> , última compulsada 21/08/2022.

3 En el año 2008 Argentina ratificó la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo mediante Ley 26.678 disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141317/norma.htm>, última compulsada 21/08/2022.

4 Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27044-239860/texto> última compulsada 3/02/2023.

5 Disponible en https://www.mpd.gov.ar/uploads/res%20DGN%200516_2012.PDF última compulsada 3/02/2023.

de una Unidad especializada en salud mental e infancias a fin de asumir la intervención como defensoras y defensores técnicos de los niños, niñas y adolescentes en los términos de los arts. 22 y 26 de la LNSM.

La defensa técnica consiste en el derecho de la persona -en este caso, de la persona menor de edad-, de ser asistido/a por un o una defensor/a letrada durante el tiempo en el que permanece en condición de internación.

Esta experiencia de defensa se inició en el año 2011 con la creación de una Unidad de similares características para la defensa técnica de personas mayores de edad internadas en forma involuntaria. Este compromiso asumido por la Defensoría General de la Nación tuvo como norte garantizar los derechos humanos de quienes son internados/as y efectivizar de este modo el acceso a la justicia de forma gratuita, especializada, posibilitando el contacto periódico con las/os defendidas/os y trasladando su voluntad y preferencias al expediente judicial iniciado ante la Justicia Nacional en lo Civil con competencia en familia.

Cabe señalar que la LNSM ha definido la internación involuntaria previendo el mecanismo de control por parte del juez de aquella medida (arts. 20 a 26). En el mismo sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN)⁶ que entró en vigencia el 1 de agosto del año 2015, hizo eco a los cambios normativos, disponiendo en el art. 41⁷ el

6 Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm> última compulsada 3/02/2023.

7 Art 41 CCyCN: La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección. En particular: a) debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad; b) sólo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros; c) es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente; d) debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica; e) la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión. Toda persona con padecimientos mentales se encuentre o no internada, goza de los derechos fundamentales y sus extensiones.

control judicial inmediato de las internaciones involuntarias, y estableciendo las garantías de debido proceso y derecho de defensa para la persona internada, examinando que las internaciones involuntarias respeten los recaudos de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad; e imponiendo que la mismas sean revisadas periódicamente.

Ello, dado que el instituto de la internación si bien trata de una medida de salud legítima, aun cuando sea involuntaria mientras dure el criterio de riesgo cierto e inminente⁸, no deja de ser una privación de la libertad, “bien jurídico del que sólo podrán ser privados los sufrientes mentales cuando se den las circunstancias excepcionales (medida terapéutica restrictiva) y con el debido control judicial para su imposición y mantenimiento”.⁹

Nuestra función es ejercer la defensa técnica y especializada prevista en los arts. 22 y 26 de la LNSM¹⁰ de los niños, niñas y adolescentes que en su calidad de usuarios del servicio de salud mental atraviesan una internación (por salud mental o consumo problemático) en instituciones públicas y privadas (hospital monovalente, general, clínica, sanatorio o comunidad terapéutica) en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹¹. Trabajamos con aproximadamente 40 instituciones.

8 Conforme la reglamentación del art. 20, debe entenderse como riesgo cierto e inminente “a aquella contingencia o proximidad de un daño que ya es conocido como verdadero, seguro e indubitable que amenace o cause perjuicio a la vida o a la integridad física de la persona o de terceros”.

9 Galende Emiliano y Kraut Alfredo Jorge. “La intervención Estatal en defensa del paciente” Revista del MPD N° 11, pág., 8/9.

10 Art. 26 Ley 26.657: En caso de internación de personas menores de edad o declaradas incapaces, se debe proceder de acuerdo con lo establecido por los artículos 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de la presente ley. En el caso de niños, niñas y adolescentes, además se procederá de acuerdo con la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos.

11 La competencia del control de internación lo determina la jurisdicción donde se encuentra internada la persona, tal como lo señaló la CSJN en *Tufano, R.A. s/ internación* (C.1511.XL.COM. fallo 328:4832; del 27/12/05) -entre otros- en que dispuso “el juez del lugar donde se encuentre el centro de internación es el más indicado para adoptar las medidas urgentes necesarias para dar legalidad y contralor de las condiciones en el que el tratamiento de internación de desarrolla”.

El art. 22 de la LNSM dispone que *“la persona internada involuntariamente o su representante legal tiene derecho a designar un abogado. Si no lo hiciera, el Estado debe proporcionarle uno desde el momento de la internación”*. Cabe destacar que, en virtud de lo dispuesto en el citado artículo nuestra intervención es de carácter subsidiaria, es decir si el niño, niña o adolescente decide designar a otro/a profesional letrado/a a esos efectos, no corresponde la intervención de la Unidad.

Es preciso destacar que la LNSM en su art. 26 establece que, a diferencia de las internaciones por salud mental de adultos, todas las internaciones de niños, niñas y adolescentes revisten carácter involuntario, permitiendo de este modo un mayor contralor de la medida de salud y brindando mejores garantías durante el proceso. Es que la ley ha tenido la clara intención de brindar mayores garantías y especial protección a los niños, niñas y adolescentes, en atención a la sumatoria de vulnerabilidad que presenta por su edad – que supone una relativa inmadurez-, su padecimiento mental sumado al contexto de encierro, entre otros. No obstante, cabe aclarar que el carácter involuntario de la internación no exime de la obligación de poner a disposición el consentimiento informado, extremo específicamente previsto en la reglamentación de la LNSM.¹²

Asimismo, la LNSM prevé que para las internaciones de personas menores de edad el abogado defensor previsto en el artículo 22 deberá estar preferentemente especializado en los términos del artículo 27 inciso c) de la Ley N° 26.061¹³, esto es a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia.

¹² Decreto 603/13, art. 26; art. 59 CCyCN y Ley 26.529 de derechos del paciente, Reglamentación 1089/12 y sus modificaciones.

¹³ Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm> última compulsa 3/02/2023.

2. Ejercicio de la defensa técnica. La experiencia de la Unidad de letrados de personas menores de edad art. 22 ley 26.657 de la Defensoría General de la Nación

La Unidad de Letrados toma intervención una vez que es anunciada de la internación de niños, niñas y adolescentes a través de la comunicación que realizan las instituciones (esto es por los hospitales, sanatorios, clínicas y comunidades terapéuticas). Cada una de dichas instituciones, contando con un equipo técnico interdisciplinario conformado de acuerdo a lo establecido en el art. 16¹⁴ inc. a) de la LNSM, realiza la correspondiente evaluación de la situación de salud de los/as usuarios/as a partir de lo cual se toma la decisión de internación por salud mental. Así, a partir de criterios específicos, se llega a determinar que este recurso terapéutico es de carácter necesario y que es la única y mejor alternativa para ese momento, por lo que se decide la internación la que es comunicada en el plazo de 10 horas al mail institucional y/o por medio de aviso telefónico a la ULM.

A partir de allí, en el plazo de 24 a 72 horas, un letrado/a se constituye en la institución para tomar contacto personal con nuestro/a defendido/a, teniendo como norte, desde el inicio, poner al niño, niña o adolescente en conocimiento de sus derechos y de la información que requiera; procurar que reciba el tratamiento que necesite, el más conveniente, que sea el menos restrictivo de sus derechos y en condiciones adecuadas;

¹⁴ Art. 16 Ley 26.657: Toda disposición de internación, dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas, debe cumplir con los siguientes requisitos:

a) Evaluación, diagnóstico interdisciplinario e integral y motivos que justifican la internación, con la firma de al menos dos profesionales del servicio asistencial donde se realice la internación, uno de los cuales debe ser necesariamente psicólogo o médico psiquiatra;

b) Búsqueda de datos disponibles acerca de la identidad y el entorno familiar;

c) Consentimiento informado de la persona o del representante legal cuando corresponda. Sólo se considera válido el consentimiento cuando se presta en estado de lucidez y con comprensión de la situación, y se considerará invalidado si durante el transcurso de la internación dicho estado se pierde, ya sea por el estado de salud de la persona o por efecto de los medicamentos o terapéuticas aplicadas. En tal caso deberá procederse como si se tratase de una internación involuntaria.

relevar su historia clínica –a saber, que se encuentre unificada, foliada, que las intervenciones del equipo tratante se registren a diario y que obre el consentimiento informado, etc.–; que la internación no se prolongue innecesariamente y obtener la pronta externación sustentable del niño, niña o adolescente, de ser posible regresando al domicilio familiar, en caso contrario al dispositivo adecuado para su alojamiento (hogar convivencial; hogar de atención especializada u hogar terapéutico); y propiciar su integración comunitaria; se consulta la historia clínica, donde siempre dejamos constancias de la intervención de la Unidad y accesible la información de contacto.

Fundamentalmente, se escucha al niño, niña o adolescente y su voz es llevada al juez que controla esa internación en un expediente. Las visitas a los establecimientos de internación se realizan periódicamente, efectuando un seguimiento del proceso terapéutico de asistidos/as. Se mantienen entrevistas semanales con los niños, niñas y adolescentes, intercambios presenciales y/o telefónicos con familiares o referentes afectivos y con el equipo que lleva adelante el tratamiento terapéutico. En este sentido es ilustrativo lo señalado en el fallo *Ximenes Lopes vs. Brasil* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando señala:

La Corte considera que todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas. El Tribunal reconoce que este último principio no es absoluto, ya que la necesidad misma del paciente puede requerir algunas veces la adopción de medidas sin contar con su consentimiento. No obstante, la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado. (...).¹⁵

Si bien la función de los/as Letrados/as se basa en intervenir en el expediente de control de internación de la persona menor de edad que se inicia ante los juzgados de familia, dado que se ejerce la función desde un rol activo gran parte del trabajo que realizamos es extrajudicial, intersectorial e interdisciplinario.

Es que el trabajo cotidiano que se desarrolla a partir de las visitas a las instituciones donde se encuentran alojados/as nuestros asistidos/as, el contacto asiduo y personal, genera un conocimiento más profundo de las necesidades y vicisitudes que los niños, niñas y adolescentes y sus familiares atraviesan y que repercuten de forma directa en su salud psicofísica. Por ejemplo, se advierte la necesidad de tramitar documentación de identidad (por extravió o porque a la familia le fue imposible realizar los trámites para su renovación) o el Certificado Único de Discapacidad y se gestiona en consecuencia; o cuando la familia carece de recursos económicos para realizar arreglos o mejoras en su vivienda que permitan a nuestros/as asistidos/as tener una mejor calidad de vida y desde la Unidad coadyuvamos a través de derivaciones, oficios requiriendo subsidios o algún recurso en particular; o cuando articulamos con escuelas para facilitar el acceso y/o la continuidad escolar; entre otros.

Generalmente, se realiza un arduo trabajo para la obtención de recursos terapéuticos (tratamientos psicológicos, psiquiátricos, acompañamiento terapéutico, hospital de día, centro de día, etc.) que permitan una externación sustentable de niños, niñas y adolescentes. Estas gestiones se realizan con obras sociales, prepagas y con la Dirección de Salud Mental de la jurisdicción donde los niños, niñas y adolescentes tienen su centro de vida, procurando que el tratamiento terapéutico sea adecuado y cercano a su domicilio para, de este modo, facilitar su continuidad.

En relación a las medidas judiciales que se realizan desde la Unidad, en primer término, podemos señalar la presentación de escritos en los expedientes judiciales con peticiones y/o requerimiento de medidas de protección diversas, litigando en todas las instancias a fin de obtener los recursos necesarios para nuestros/as defendidos/as. Asimismo, también en el marco del expediente judicial

15 Corte IDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, párr. 130. Sentencia de 4 julio de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 149 Disponible en

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=319 ultima compulsa 21/08/2022.

se solicitan audiencias judiciales a fin de aunar criterios con los organismos intervinientes para la obtención del tratamiento o recurso más adecuado en la internación, como así también los más adecuados para la externación.

Por otra parte, el trabajo interdisciplinario es fundamental en el ejercicio de la defensa técnica. En efecto, la Unidad cuenta con un equipo compuesto por profesionales psicóloga, psiquiatra infanto juvenil y trabajadora social, de conformidad con el art. 47 h) de la ley 27.149¹⁶ y arts. 41 y 61 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad que apoya la defensa técnica; permite pensar las mejores estrategias con la mirada de distintos saberes; cuestionar el tratamiento, la medicación y las prácticas, en pos de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes; confeccionan evaluaciones interdisciplinarias; intervienen en la entrevista con el niño, niña o adolescente, particularmente, cuando esta resulta dificultosa por el padecimiento que atraviesa o por su edad, pudiendo llevarse a cabo la entrevista a través del juego, y no sólo a través de la palabra.

El límite de nuestra intervención está dado por el alta médica y externación de nuestro defendido/a; el abandono de tratamiento; el traslado a otra institución ubicada en otra jurisdicción fuera de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- constatando previamente la intervención de un nuevo juzgado para su control-; la designación de un abogado particular por parte del niño, niña o adolescente o su representante legal; y al cumplirse la mayoría de edad, que en caso de continuar la internación de carácter involuntario -ver art. 18 LNSM¹⁷- corresponde la actuación

16 Art. 47 h) Ley 27.149: Personas internadas en forma involuntaria por motivos de salud mental. Los integrantes del Ministerio Público de la Defensa que determine el Defensor General de la Nación deben ejercer la asistencia técnica de las personas involuntariamente internadas por motivos de salud mental, de acuerdo a la normativa específica y la que surge de la naturaleza de la función. Tienen los siguientes deberes y atribuciones: h) Contar con el apoyo del equipo interdisciplinario necesario para brindar defensa técnica especializada.

17 Art. 18 Ley 26.657: La persona internada bajo su consentimiento podrá en cualquier momento decidir por sí misma el abandono de la internación. En todos los casos en que las internaciones voluntarias se prolonguen por más de SESENTA (60) días corridos, el equipo de salud a cargo debe comunicarlo al órgano de revisión creado en el artículo 38

de la Unidad de Letrados art. 22 Ley 26.657 que interviene en la defensa de personas adultas mayores de edad.

3. El acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes internados por salud mental

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en diversos precedentes jurisprudenciales ha abordado los principios de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, especialmente la garantía de acceso a la justicia atendiendo para aquellos grupos desventajados como los niñas, niños y adolescentes, mujeres, personas con discapacidad, personas internadas por padecimientos de salud mental y consumo problemático de sustancias psicoactivas, entre otros. (a modo de ejemplo podemos citar CSJN, “*Tufano, Ricardo Alberto s/ Internación*”, sent. del 27-12-05; “*Mendoza, Beatriz y ots. c/ Estado Nacional y ots. s/Daños y perjuicios*”, especialmente sentencias del 20/06/06, Fallos 329:2316, y del 08/07/08, Fallos 331:1622; “*PADEC c/ Swiss Medical s/ Nulidad de cláusulas contractuales*”, sentencia del 21/08/13, causa P.361.XLIII; “*Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Amparo*”, sent. del 10-02-15, entre otras.

La doctrina entiende que:

el acceso a la justicia; derecho humano fundamental (...) comprende al derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, que en rigor supone el compromiso del Estado de Derecho de garantizar a todas las personas la intervención de la justicia ante cualquier conflicto de intereses tutelados por el ordenamiento jurídico. Desde una perspectiva de derechos humanos, este derecho supone la obligación del Estado de contrarrestar todas

y al juez. El juez debe evaluar, en un plazo no mayor de CINCO (5) días de ser notificado, si la internación continúa teniendo carácter voluntario o si la misma debe pasar a considerarse involuntaria, con los requisitos y garantías establecidos para esta última situación. En caso de que la prolongación de la internación fuese por problemáticas de orden social, el juez deberá ordenar al órgano administrativo correspondiente la inclusión en programas sociales y dispositivos específicos y la externación a la mayor brevedad posible, comunicando dicha situación al órgano de revisión creado por esta ley.

aquellas circunstancias sociales, económicas, personales, y de cualquier otro tipo que pudieran, en la práctica, dificultar o impedir a las personas acceder al amparo de la justicia. De este modo, es posible identificar una doble dimensión. Por un lado, es un derecho autónomo, cuyo contenido esencial engloba el acceso efectivo de las personas a los sistemas, procedimientos, información y lugares utilizados por la administración de justicia. Pero a la vez es un derecho instrumental, necesario para la realización del resto de derechos.¹⁸

En este escenario, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad resultan imprescindibles para el ejercicio de la defensa pública, sobre todo teniendo en cuenta la recomendación 29 de la que surge la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de los derechos, no sólo en el ámbito penal, sino también en todos los órdenes jurisdiccionales.

En este sentido, se ha sostenido que el Ministerio Público de la Defensa es una “pieza vital en el reconocimiento efectivo del acceso a la justicia... dentro del sistema de justicia para la firme protección de los derechos de las personas”.¹⁹

Esta recomendación ha sido traducida al momento de la creación de las Unidades, toda vez que garantizan a quienes se encuentran en extrema situación de vulnerabilidad - en virtud de su edad, su condición de salud, la discapacidad, la situación de pobreza, en muchas oportunidades la situación de persona migrante- el acceso a la justicia a través de su participación en el proceso de control de internación con asistencia técnica especializada y gratuita.

Señalan las Reglas de Brasilia en su recomendación 5

18 Defensoría General de la Nación, (2014, septiembre). Manual de buenas prácticas en el acceso a la justicia para garantizar el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. Argentina: Eurosocia, 29

19 Instituto Interamericano de Derechos Humanos Módulo de acceso a la justicia y derechos humanos en Argentina / Instituto Interamericano de derechos humanos; Víctor Rodríguez Rescia, consultor. – San José, C.R.: IIDH, 2011, Pág. 62.

que: todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia prestando consideración a su desarrollo evolutivo. Se ha sostenido que “la administración de justicia debe actuar como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. A los fines de arribar a la satisfacción de esta exigencia, es un requisito fundamental arbitrar mecanismos idóneos de acceso a la justicia sin los cuales la consagración de sus derechos carecería de vigencia práctica.”²⁰

Ahora bien, la intervención de la Unidad garantiza el acceso a la justicia y enarbola la exigibilidad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que transitan una internación de salud mental en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Hemos tenido ocasión de actuar en más de 10.000 internaciones por salud mental de personas menores de edad de las cuáles, el más pequeño, fue un niño de 4 años; aunque, mayormente, se trata de adolescentes de 14 a 17 años.

La función de esta defensa se encuentra orientada a garantizar el derecho a la salud de dicha población como así también a que sea oído en el proceso que los involucra. En este sentido, se escucha al niño, niña o adolescente y se lo visita periódicamente. Su voz,- cuando ello es posible-, sus deseos y preferencias son puestas en conocimiento del juez que controla su internación mediante un expediente judicial. De ser posible se adjunta acta suscripta por nuestro/a defendido/a en el expediente.

Asimismo, en el ejercicio activo de la defensa, indagamos y cuestionamos -de entenderlo pertinente- el tratamiento que reciben; las condiciones (la habitabilidad del dispositivo de internación, alimentación, vestimenta, intimidación, higiene, preservación de lazos afectivos, sociales y/o comunitarios, entre otros), solicitando en su caso el cese de situaciones irregulares o medidas que importen la vulneración de derechos (vgr. falta de control o seguimiento del equipo profesional; falta de contacto con familiares; falta de contención y acompañamiento del personal de enfermería, situaciones de maltrato y/o contención física, que compartan espacio junto a personas adultas, traslados a otros dispositivos; falta de permisos de salidas, etc.). En

20 IIDH, (2011) Modulo de acceso a la justicia y derechos humanos en Argentina, 31.

este sentido es clara la Corte IDH en el fallo *Furlan vs. Argentina*:

(...) toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. Respecto del interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En este sentido, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o la niña.²¹

Conclusión

En síntesis, podemos afirmar a más de 10 años de la puesta en funcionamiento de la Unidad que el trabajo de la Unidad de Letrados garantiza el acceso a la justicia y la exigibilidad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que transitan una internación de salud mental en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y garantiza a las personas menores de edad su calidad de parte en el proceso de control de internación.

Resultan imprescindibles la intersectorialidad y el trabajo articulado de los distintos operadores intervinientes con el objeto de que cada niño, niña o adolescente reciba el tratamiento que resulte más conveniente; que se mantengan las internaciones por salud mental o consumo problemático durante el menor tiempo posible,

garantizando al egreso, los tratamientos y/o recursos que cada niño, niña y adolescente requiera, en su zona de residencia y de manera sustentable.

Aún con los avances señalados, se advierte que queda mucho camino por recorrer y en ese sentido nos proponemos seguir removiendo los obstáculos que impiden el efectivo goce de derechos de niños, niñas y adolescentes.

Referencias

Código Civil y Comercial de la Nación (2014, octubre 1)
Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006, diciembre 13).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012, agosto 31). *Caso Furlán y familiares v. Argentina*.

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de Agosto de 2012, San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006, julio 4). *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de Julio de 2006. San José, Costa Rica.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Amparo, sentencia del 10-02-15

Corte Suprema de la Justicia de la Nación, Mendoza, Beatriz y o/s. c/ Estado Nacional y o/s. s/ Daños y perjuicios, especialmente sentencias del 20/06/06, Fallos 329:2316, y del 08/07/08, Fallos 331:1622.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, PADEC c/ Swiss Medical s/ Nulidad de cláusulas contractuales, sentencia del 21/08/13, causa P.361.XLIII.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Tufano, Ricardo Alberto s/ Internación, sent. del 27-12-05.

Defensoría General de la Nación, (2014, septiembre). *Manual de buenas prácticas en el acceso a la justicia para garantizar el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial*. Argentina: Eurosocial, 29

²¹ Corte IDH, *Caso Furlán y familiares v. Argentina*, párr. 126. sentencia del 31 de agosto del 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Serie C No. 246 Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdfultima compulsa 21/08/2022.

Galende E. y Kraut A. J. (2016, diciembre). La intervención Estatal en defensa del paciente. Revista del Ministerio Publico de la Defensa N° 11, 8/9.

IIDH, Modulo de acceso a la justicia y derechos humanos en Argentina, 2011, p.3.

Ley N° 26.061 (2005, septiembre 28). Ley de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Ley N° 26.529 (2009, octubre 21). Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y su Regl. 1089/12 y modif.

Ley N° 26.657 y su Dec. N° 603/12 (2010, noviembre 25). Derecho a la Protección de la Salud Mental. Disposiciones complementarias. Derógase la Ley N° 22.914.

Ley N° 27.044 (2014, noviembre 19). Otórgase jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Ley N° 27.149 (2015, junio 10). Ley orgánica del ministerio público de la defensa de la nación.

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad (2008, marzo 4 a 6).

Sin justicia ni derechos: El caso “SAF” y la imposibilidad de ejecutar decisiones judiciales en el ámbito interno

Sem justiça nem direitos:

O caso “SAF” e a impossibilidade de execução decisões judiciais no âmbito interno

Without justice or rights:

The “SAF” case and the impossibility of executing judicial decisions at a national level

Pablo Hernán Gianella

Abogado, Universidad de Buenos Aires. Integrante de la Defensoría Pública Curaduría N°18 del Ministerio Público de la Defensa de Argentina.

Resumen

En el presente artículo se expondrá el que probablemente sea el caso más importante a nivel institucional en la República Argentina, en materia de derechos fundamentales de personas internadas en hospitales monovalentes en condiciones de externación. El proceso, si bien cuenta con sentencia firme en primera y segunda instancia, a la fecha se encuentra pendiente de ejecución pese al agotamiento de la vía recursiva y de numerosas gestiones extrajudiciales impulsadas por las Defensorías actuantes. Entendiendo el acceso a la justicia en forma amplia, como derecho que se extiende a la etapa de ejecución de la sentencia, pretendemos abrir el interrogante sobre si los amparistas -y todas las personas que se encuentran en idéntica situación- tienen actualmente garantizado tal derecho en el ámbito interno.

Palabras claves: Amparo. Internación. Ejecución. Sentencia. Acceso a la justicia.

Resumo

Este artigo apresentará o que provavelmente é o caso mais importante, na República Argentina, em matéria de direitos fundamentais das pessoas internadas em hospitais monovalentes em condições de alta. O processo, embora tenha sentença transitada em julgado em primeira e segunda instância, até o presente momento encontrase pendente de execução apesar do esgotamento da via recursiva e das inúmeras diligências extrajudiciais promovidas pelas defensorias atuantes. Compreendendo o acesso à justiça de forma ampla, como um direito que se estende até a fase de execução da pena, pretendemos abrir a questão se os demandantes -e todas as pessoas que se encontram na mesma situação- têm atualmente garantida tal direito no âmbito interno.

Palavras-chave: Amparo. Internamento. Execução. Sentença. Acesso à justiça.

Abstract

This article will present what is probably the most important case at the institutional level in the Argentine Republic, regarding the fundamental rights of people admitted to monovalent hospitals under outpatient conditions. The process, although it has a final judgment in the first and second instance, to date is pending execution despite the exhaustion of the recursive route and numerous extrajudicial steps promoted by the Public Defenders. Understanding access to justice in a broad sense, as a right that extends to the stage of execution of the sentence, we intend to open the question as to whether the plaintiffs -and all people who are in the same situation- are currently guaranteed such a right at a national level.

Keywords: Amparo. Internment. Execution. Judgment. Access to justice.

Sumario

Introducción. 1 Sentencias en primera y segunda instancia. 2 Intervención de otros actores de la sociedad civil. 3 Obstáculos en la ejecución de la sentencia. 4 Medidas desplegadas. 5 Deberes y facultades judiciales. 6 ¿Acceso a la Justicia? 7 Conclusiones. 8 Epílogo.

*“¿Quién me protege a mí de todos estos locos que pueblan la ciudad fuera del manicomio?”
– Loquero¹*

Introducción

En el año 2014, las Dras. Soledad Fernández Mele y Adelina Navarro Lahitte Santamaría, titulares de las Defensorías Públicas Curadurías n°17 y n°18 respectivamente, iniciaron una acción de amparo en representación de cuatro personas alojadas en hospitales neuropsiquiátricos² a fin de que el Gobierno Nacional y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires otorgasen los dispositivos comunitarios a cuya provisión se encuentran obligados por el ordenamiento constitucional, convencional y legal (“S., A. F. y otros c/Estado Nacional- Ministerio de Salud y otros s/ amparo Ley 16.986”, Expte. N° 74.516/2014). La denuncia se radicó en el Juzgado Contencioso y Administrativo Federal n°9 con miras a lograr que su proyección alcanzara a todas las personas internadas por problemas de salud mental en condiciones de ser externadas según la Ley Nacional de Salud Mental N°26.657. La Justicia Nacional hizo lugar a la acción judicial e intimó a los ministerios nacional y local a adoptar las medidas necesarias para cumplir con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo y lo previsto por la Ley Nacional de Salud Mental, proveyendo dispositivos comunitarios aptos para la continuación del tratamiento de los actores, así como de todas las personas que se encuentren en su misma situación y lo acrediten. Sin embargo, a la fecha el cumplimiento de la sentencia a través de la creación de los mentados dispositivos se encuentra pendiente. Como consecuencia, la efectivización de los derechos involucrados -en lo que respecta al pronunciamiento- ha quedado en la entelequia, sin perjuicio de las estrategias de externación implementadas que se mencionan al final del artículo.

¹ Grupo musical oriundo de la Ciudad de Mar del Plata, conocido por ofrecer shows en centros psiquiátricos y relacionarse con los internos. La cita pertenece a un fragmento de la canción “Días de Roche”, incluido en el disco “Consuelo” (2003, X el Cambio Records)

² S., A. F.; S., M. L.; P., H. N. y S., S. K

1. Sentencias en primera y segunda instancia

Como se adelantaba, se dictaron sentencias favorables en primera y segunda instancia. La sentencia del Juez de grado estableció una orden de hacer dirigida al Ministerio de Salud de la Nación y al Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fin de que

(...) en el ámbito de sus respectivas competencias y atribuciones constitucionales adopten las medidas necesarias a efectos de dar efectivo cumplimiento con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (Ley 26.378), así como lo previsto por la Ley 26.657, de Salud Mental de la Nación, proveyendo, en particular, dispositivos comunitarios aptos.

A su turno, la Sala V de la Cámara de Apelaciones resolvió, en el considerando IX del decisorio:

Que, en virtud de lo expuesto, el Ministerio de Salud de la Nación y el de la Ciudad de Buenos Aires deben poner de inmediato a disposición de los cuatro pacientes individualizados en la demanda los dispositivos alternativos denominados ‘casas de medio camino³’ o ‘residencias protegidas’, para que puedan recibir el tratamiento con la modalidad menos restrictiva de su libertad a la que tienen derecho según la ley.

Más Adelante, la Cámara declaró,

(...) el derecho de las demandantes y de todas las personas que están en idéntica situación, y así lo acrediten, a recibir el tratamiento de salud mental en las condiciones previstas en la sentencia apelada. A tal efecto, ese magistrado podrá disponer que las

³ Podemos tomar como definición de este tipo de dispositivos la que fuera plasmada en la Resolución 2265/S.E.S. de la Secretaría de Estado de Salud del Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Provincia de Río Negro el 22 de julio de 2002: “Institución destinada a personas con sufrimiento mental que han perdido los vínculos socio-familiares y requieren cuidados y contención para poder desarrollar progresivos grados de autonomía que les permita reincluirse en el menor tiempo posible en la red social a la que pertenecen”.

autoridades demandadas presenten, dentro de un plazo razonablemente breve, un informe circunstanciado relacionado con la ejecución práctica de los programas, planes y directrices, con las estimaciones de costos y las previsiones presupuestarias necesarias para afrontar las prestaciones del tipo de las que aquí se trata.

Esto quiere decir que se condenó al Ministerio de Salud del GCBA y al Ministerio de Salud de la Nación a brindar vacantes en dispositivos adecuados para externar a los cuatro amparistas y a todas aquellas personas que se encuentren en la misma condición (consid. XIII de sentencia de 1ª instancia y consid. IX de sentencia de 2ª instancia).

Atento a lo requerido por las Magistradas, se dotó a la sentencia de efecto expansivo y se dispuso su inscripción en el Registro de Sentencias Colectivas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reglamentado mediante la Ac.32/14 del Máximo Tribunal argentino.

2. Intervención de otros actores de la sociedad civil

Un dato relevante a mencionar es que luego de que se dictó la sentencia de primera instancia, se presentaron espontáneamente dos organizaciones de la sociedad civil: ACIJ (Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia) y REDI (Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad), esta última con mucha trayectoria en el ámbito de la discapacidad y la primera con trayectoria en la defensa de diversos grupos vulnerables⁴.

Estas ONG solicitaron intervenir en el proceso en carácter de terceros (art. 90, inc. 2°, CPCCN) para coadyuvar a la parte actora e intervienen desde que fueron admitidas al tiempo de dictarse la sentencia de segunda instancia.

3. Obstáculos en la ejecución de la sentencia

Al comienzo de la etapa de ejecución, la respuesta del Juzgado fue positiva para la pretensión de los amparistas y para la clase. La resolución del 12 de julio de 2016

dejó en claro que la sentencia beneficiaba a todas las personas que estuvieran en condiciones de externarse de neuropsiquiátricos públicos.

Cuando las demandadas no presentaron ninguna propuesta viable para los amparistas, en el año 2016 se solicitó que abonasen tres dispositivos de salud mental privados. Ello de conformidad con lo previsto en el art. 513 CPCCN). En aquel momento, el costo mensual por persona rondaba los \$80.000 por mes⁵.

Ante esta petición se verificó un cambio de postura en el Juzgado. No ordenó que las demandadas asuman ese costo y por ello los amparistas continuaron internados varios años, hasta que se logró la externación de P., H., S., K. y S., M. a los dispositivos menos restrictivos que eran adecuados para cada uno de ellos.

Con respecto al efecto colectivo, el Juzgado no tomó ninguna medida para contrarrestar las reiteradas evasivas de las demandadas. Si bien se hicieron intimaciones y las demandadas presentaron gran cantidad de documentos, en los hechos, nada cambió.

No se abrió ni un solo dispositivo comunitario.

Resulta muy ilustrativo que el Juez nunca participó de una audiencia, no conoce ni conoció a los amparistas, ni visitó los neuropsiquiátricos donde continúan internadas centenares de personas en forma indebida. Solo fijó una multa diaria de \$200⁶ para persuadir a las demandadas a que cubran prestaciones que, en ese momento, rondaba los \$94.000⁷ por mes (prestación cuyo precio es fijado por el Nomenclador de la Agencia Nacional de Discapacidad). Esta multa fue cuestionada por las Defensoras Públicas Curadoras por su bajo monto y la Cámara de Apelaciones la elevó el 19 de junio de 2018 a \$1.000 diarios⁸.

⁵ Aproximadamente unos U\$S 6.200 (seis mil doscientos dólares estadounidenses).

⁶ Resolución del 11/10/2017. El monto equivalía aproximadamente a unos U\$S 11,40 (once dólares estadounidenses con cuarenta centavos)

⁷ Aproximadamente U\$S 5.370 (cinco mil trescientos setenta dólares estadounidenses).

⁸ Aproximadamente U\$S 23 (veintitrés dólares estadounidenses)

⁴ Para más información sobre estas organizaciones pueden visitarse los sitios web <https://acij.org.ar/> y <http://redi.org.ar/>

La decisión de la Cámara también fue recurrida mediante recurso extraordinario federal y luego queja por recurso extraordinario federal denegado. La Corte Suprema de Justicia de la Nación no admitió el recurso y por tanto la multa vigente es sumamente exigua. Máxime cuando los montos liquidados terminan siendo satisfechos en el ejercicio fiscal del año siguiente conforme lo establecido en el art. 20 de la ley 24.624 y 22 de la ley 23.982.

4. Medidas desplegadas

Ante la falta de acatamiento de la sentencia, fueron accionados todos los resortes institucionales disponibles, a saber:

Audiencias de conciliación: se realizaron dos audiencias a pedido de las Defensorías, con la participación de los equipos de letrados de las dos demandadas y la Procuración de la Ciudad de Buenos Aires.

Se solicitó la imposición de astreintes y se instó su ejecución por vía incidental.

Se solicitó audiencia pública, petición desestimada por el Juzgado interviniente y por el voto mayoritario de la Cámara de Apelaciones –el Dr. Gallegos Fedriani apoyó el planteo en minoría–.

Fueron interpuestos recursos de apelación en numerosas oportunidades.

Se formuló una denuncia por retardo de justicia ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por la demora en la resolución de un recurso de apelación.

Se interpusieron dos recursos extraordinarios federales y dos quejas por denegación de dicho remedio.

Se promovieron siete incidentes de ejecución, representando a otros afectados que no participaron de la acción principal.

En el ámbito interno del Ministerio Público de la Defensa, se dio difusión al caso a fin de que pueda ser aprovechado por otros Defensores Públicos. Se mantuvo contacto con el Órgano de Revisión y la Unidad de Letrados del art. 22, Ley 26.657.

Se solicitó la intervención del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Defensoría General de la Nación, la cual produjo un dictamen que fue presentado en el proceso de amparo.

Se mantuvo contacto con el Dr. Mariano Fernández Valle, integrante del Programa para la Aplicación de Instrumentos de Derechos Humanos. El caso “SAF” fue incluido en el informe confeccionado por el Ministerio Público de la Defensa que se presentó en 2018 ante el Comité DESC.

Para colaborar con la difusión del caso, las Defensoras participaron de entrevistas en medios gráficos y televisivos.⁹

El caso fue incluido en un informe alternativo que la sociedad civil presentó ante el Comité de seguimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El Estado Argentino tendrá que responder qué hizo al respecto. Otro documento donde se mencionó este caso es un proyecto de ley presentado por la UCA y la Defensoría del Pueblo para crear un “Programa para la Integración de las Personas en situación de externación”.

También fue mencionado expresamente por la Defensora General de la Nación en el informe anual elevado al Congreso de la Nación (Informe Anual 2017 de la Defensoría General de la Nación, página 285) y en el informe que presentó ante el Comité DESCA.

En febrero de 2019 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos convocó al Estado Argentino para dar explicaciones sobre la situación de las personas internadas en hospitales neuropsiquiátricos.

En esa audiencia se mencionó el caso de autos¹⁰. El Estado reconoció que la lógica manicomial aún perdura y que existen menos dispositivos intermedios de los necesarios.

⁹ Para ver la última nota televisiva se puede visitar el siguiente enlace: <https://youtu.be/qSdRoccy0OY>. También es recomendable la lectura de la siguiente nota publicada en La Nación el 21 de julio 2016, que resulta ilustrativa de la problemática que aborda el amparo: <https://www.lanacion.com.ar/1920297-sin-salida-tienen-su-alta-medica-pero-igual-viven-en-neuropsiquiatricos>

¹⁰ <https://www.youtube.com/watch?v=rv6UQede9zQ>

El representante del Estado Argentino, Luciano Carlos Grasso –Director Nacional de Salud Mental-, esbozó una idea que compartimos plenamente: “nadie debe vivir en un hospital”. Sin embargo, muchísimas personas residen allí sin criterio médico que avale su permanencia.

Ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se sostuvo claramente una idea que aquí no ha prendido aún. Se solicitó por ello que V.S. adopte medidas concretas para instar a las demandadas a cumplir la sentencia y lograr, de ese modo, la externación de los amparistas que continúan internados.

La situación de autos reviste gravedad institucional por cuanto existe una sentencia firme, dictada hace más de tres años, no existe un atisbo de cumplimiento de la misma y la causa ya es debatida en instancias internacionales.

Recientemente las Defensoras compulsaron el informe técnico elaborado por el titular de la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones, dependiente del Ministerio de Salud de la Nación, Dr. Héctor Hugo Barrionuevo. En él se plasmaron los resultados del Primer Censo Nacional de Personas Internadas por Motivos de Salud Mental, realizado en 2018/19. Los datos son verdaderamente preocupantes.

Se atendió a la situación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que es donde residen las personas representadas en el amparo. De un total de 1752 personas, 517 se encuentran internadas en instituciones del sector privado y 1235 en instituciones del sector público, lo cual nos muestra la relevancia de los hospitales monovalentes de esta ciudad respecto de los cuales tantas veces se ha requerido información.

De las personas internadas, 586 tienen obra social, 130 personas tienen prepaga por obra social, 173 personas tienen sólo prepaga, 344 tienen cobertura por planes sociales, 434 tienen cobertura pública, 33 personas tienen cobertura en trámite y sobre 52 personas no se informó por falta de datos.

Si sumamos las personas que tienen obra social o prepaga en forma directa o por su obra social, tenemos un total de 889 personas con ese tipo de cobertura, en tanto que 778 personas reciben cobertura pública, sea a través de planes sociales o directamente a través del sistema público de salud.

En punto a la permanencia de las personas que fueron censadas, 627 permanecen internadas más de 25 meses. Este es el mayor número registrado en esa tabla, lo cual muestra que las internaciones suelen ser prologadas.

Gracias al Censo sabemos que en esta ciudad en 2015/2019 había 1752 personas internadas en el sector público y privado. Gran parte de esas personas tiene cobertura pública, es decir que depende de las instituciones del servicio público de salud o de programas estatales. Esos grupos deben ser atendidos por los servicios que presta la demandada (Ministerio de Salud GCBA) y los que tienen el programa Incluir Salud, por la codemandada (Ministerio de Salud de la Nación).

El único atisbo de cumplimiento es una casa de medio camino desarrollada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires cuya terminación se proyecta para enero de 2023 y que tiene tan sólo siete plazas.

Este panorama indujo a las Defensoras a solicitar el patrocinio internacional de la Defensoría General de la Nación, alternativa que en febrero de 2022 fue aprobada por la Defensora General de la Nación.

5. Deberes y facultades judiciales

El obrar de la judicatura en punto a la aplicación de sanciones conminatorias merece tratamiento aparte. Como se dijo, las multas impuestas resultaron insignificantes a la hora de vencer la resistencia de la obligada. Entendemos que el fracaso en la ejecución de la sentencia se encuentra directamente relacionado con este factor. El Juez tenía el deber de ejecutar la sentencia, valiéndose para ello de ciertas facultades.

Sobre el deber de ejecutar lo resuelto, dice Alvarado Velloso que “constituye una simple consecuencia del deber de fallar en función de la razón de ser del proceso. Se trata, en suma, de recomponer la paz alterada por la existencia del conflicto que derivó en proceso” (“Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Segunda Parte”, Alvarado Velloso, Adolfo, RubinzalCulzoni Editores Reimpresión, 2005, pág. 57.).

A su vez, el autor citado refiere que muchos códigos aceptan que las facultades conminatorias con que cuenta el juez son una “natural consecuencia de la aceptación del deber

judicial de ejecutar lo decidido en la sentencia respecto del litigio”. Y luego aclara que “de nada valdría la sustitución intelectual que efectúa un juez para heterocomponer un litigio si el derecho declarado quedare líricamente estampado en una hoja de papel sin posibilidad alguna de coaccionar su cumplimiento por el deudor renuente.” (Op. Cit., pág.61)

Pues bien, para ello existe precisamente el instituto de las astreintes, “mediante el cual se encuentra facultado para imponer una sanción pecuniaria y progresiva tendiente a lograr que, en algún momento, el incumplido acate el mandato judicial.” (Op. Cit., pág.62)

Y por sobre todo rescatamos la siguiente reflexión:

No se trata aquí de imponer una simple multa por el incumplimiento sino de lograr el cumplimiento de la obligación. De ahí que la multa no debe ser acumulativa (como lo señala importante doctrina en la Argentina, donde casi todos los códigos prevén la vigencia del instituto) -que puede quedar en puro lirismo en una economía altamente inflacionaria- sino que debe ser progresiva en orden a que no exista fortuna que pueda soportar su pago. A este efecto, el juez debe partir de una unidad cualquiera y, en progresión geométrica, doblarla cada tanto tiempo (un día, una semana, un mes, etcétera): si el deudor es solvente cumplirá la obligación adeudada pues llegará un momento en el que comprometerá todo su patrimonio.

Pues bien, lo que a nuestro entender resulta especialmente grave en este caso es que la actuación judicial incluso favoreció el mantenimiento de tal estado de cosas. En ese sentido, resulta destacable lo dictaminado por las Defensoras actuantes el 09 de octubre del 2018. En dicha oportunidad, las Magistradas sostuvieron que

Frente al burdo incumplimiento y la circunstancia no menor de que el proceso involucra a personas con discapacidad privadas de libertad, es indispensable que se adopten temperamentos que generen un cambio de conducta.

S.S. ha intimado reiteradamente a las demandadas para que cumplan la sentencia. Lo que ha faltado en todas las oportunidades es la fijación de astreintes elevadas que venzan la renuencia de las accionadas. Han existido mandatos desprovistos de consecuencias persuasivas que compelan al cumplimiento.

Desde un punto de vista lógico, el efecto causado es exactamente contrario pues refuerza en las demandadas la idea de que es mucho más conveniente no cumplir.(...) Esto es claro si tenemos en cuenta los montos de las astreintes devengadas hasta la fecha y los montos millonarios (1092vta.) que manejan las demandadas en sus respectivos presupuestos.

6. ¿Acceso a la justicia?

Teniendo en cuenta lo expuesto, cabría preguntarse si efectivamente puede decirse que los actores de este proceso tengan garantizado el acceso a la justicia. Adelanto mi criterio en sentido negativo.

Veamos. Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad establecen algunas pautas a los fines de garantizar el acceso a la justicia de los sectores vulnerables de la sociedad. Así, la regla n° 25 dispone que “se promoverán las condiciones necesarias **para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva**, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad.”

A su turno, la regla n° 26 dice: “**Se promoverán** actuaciones destinadas a proporcionar información básica sobre sus derechos, así como los **procedimientos y requisitos para garantizar un efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.**”

Si bien las reglas revisten carácter de *soft law* y por ende, no vinculantes, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que constituyen “una valiosa herramienta en un aspecto merecedor de particular atención en materia de acceso a la justicia”, y que, por lo tanto, “deben ser seguidas –en cuanto resulte procedente– como guía en los asuntos a que se refieren” (Acordada n°5/2009, CSJN).

Y es que, tal como lo expresó la relatora de Naciones Unidas para la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos:

“El acceso a la justicia es un derecho fundamental en sí mismo, imprescindible para proteger y promover todos los demás derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. **Sin un acceso a la justicia efectivo y asequible**,

a las personas que viven en la pobreza se les niega la oportunidad de hacer valer sus derechos o luchar contra la delincuencia, los malos tratos o las violaciones de los derechos humanos de que sean víctimas. La Relatora Especial subraya que para mejorar el acceso a la justicia de las personas que viven en la pobreza es necesario intentar derribar una serie de obstáculos, de naturaleza jurídica y no jurídica, que están presentes tanto en el sistema formal de justicia como fuera de él, entre los que se encuentran obstáculos de tipo social, económico y estructural.”(ONU. Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, A/67/278, 9 de agosto de 2012)

Por su parte, recuérdese que el acceso a la justicia, entendido en un sentido amplio

(...)no se agota con el ingreso a la instancia judicial, sino que **se extiende a lo largo de todo el proceso**, que debe sustanciarse de conformidad a los principios que sustentan el estado de derecho (juicio justo, garantías procesales, etc.) **y se prolonga hasta la ejecución de la sentencia**. Ello implica que el principio de igualdad, y las condiciones de accesibilidad y efectividad que deben reunir los medios establecidos para el tratamiento de las controversias deben darse no sólo al inicio sino a lo largo de todo el proceso de resolución de las mismas. **La ausencia de medios idóneos de acceso a la justicia, en última instancia, priva a las personas del “derecho al derecho”, al negarle los medios reales para su efectivo ejercicio** (Despouy, Leandro, 2011, p.115).

Siguiendo este razonamiento, el fallo “Vrtar v. Croacia”, del 7 de enero 2016, sienta una doctrina que entendemos plenamente aplicable al caso “SAF”. Allí, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dijo que

“...el Artículo 6 inc. 1 de la CEDH, entre otras cosas, protege las implementaciones de las sentencias judiciales definitivas y vinculantes que, en un Estado de Derecho, no pueden permanecer ineficaces en detrimento de una de las partes. En consecuencia, **la ejecución de una decisión judicial no puede ser prevenida, invalidada o excesivamente retrasada. [...] El Estado tiene una obligación de organizar un sistema para la ejecución de los juicios que resulte eficaz tanto en la ley como en la práctica**” (“Vrtar v. Croacia”, TEDH, párr. 95).

Además, remarcó que “**...los procesos ejecutivos, por su naturaleza, deben ser tratados expeditivamente**” (“Vrtar v. Croacia”, TEDH, párr. 97).

Por todo lo expuesto, estamos en condiciones de afirmar que sin una efectiva y adecuada ejecución de las decisiones judiciales, el acceso real a la justicia no se cristaliza por cuanto los derechos que se pretenden realizar, y que son el motor que activa el aparato jurisdiccional, quedan en el limbo. Eso es lo que acontece en caso “SAF”, en el cual el poder judicial no tomó las medidas necesarias -a nuestro entender, mediante la aplicación de una sanción pecuniaria de suficiente entidad- para vencer la resistencia de las demandadas. Precisamente por ello, tal como expresó el Dr. Sebastián Tedeschi en el dictamen del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

“(...)a tres años del dictado de la resolución, no se han ejecutado avances materiales tendientes a cambiar la realidad en el sentido que la misma prescribe. Las medidas enderezadas de algún modo a lograr ese propósito parecen habitar, aún, en el mundo de las ideas.”

7. Conclusiones

Este litigio constituye un hito importante en el ámbito de la salud mental porque: a) generó obligaciones tanto para el Estado Nacional como local; b) ordenó la creación de dispositivos comunitarios de salud mental, alternativos al esquema manicomial; c) tiene alcance colectivo en tanto aprovecha a todas las personas que hoy están internadas en neuropsiquiátricos, en condiciones de ser externadas.

Sin perjuicio de ello, cabe reflexionar sobre el fracaso del proceso de amparo como medio de protección frente a las omisiones de autoridades públicas que en forma actual lesionan en forma sistemática derechos fundamentales de los ciudadanos.

La afectación de derechos de los amparistas y de todas las personas que integran la clase obedece a la falta de cumplimiento de la sentencia por parte de las demandadas, pero también a la nula efectividad del proceso judicial como mecanismo para corregir la violación de derechos.

Tal como dijo la Cámara de Apelaciones,

En rigor, en el caso no se trata de una sola “omisión lesiva” de los derechos de los demandantes, sino de una serie concatenada de omisiones sucesivas de parte de los órganos de las diversas jurisdicciones, de sus estamentos, y de las dependencias que componen la burocracia estatal, que culmina en la lesión de sus derechos fundamentales de los pacientes. Así como resulta claro que el sistema tradicional de asistencia a la salud mental no puede cambiar de un día para el otro, también lo está que el mantenimiento indefinido del “statu quo” resulta manifiestamente lesivo de los derechos invocados en la demanda.

Por otra parte, como se mencionó en el punto 5, en este proceso no sólo existieron omisiones lesivas, sino que el propio aparato judicial acompañó con su accionar ese mantenimiento del status quo. Podemos decir entonces que la instancia judicial se convirtió en un ámbito que favoreció la continua vulneración de derechos llevada a cabo por las demandadas, en detrimento de los sectores más vulnerables.

Sirva lo dicho como un llamado de atención para todos los operadores judiciales. En ese sentido, garantizar el acceso a la justicia debe ser el ideal que nos impulse y exija esfuerzos cada vez mayores a fin de no caer en eslóganes carentes de contenido. Pero ello debe ocurrir hoy. La población cuya defensa se nos encomienda no puede esperar.

8. Epílogo: la situación de los actores en la actualidad

A la fecha, una de las amparistas continúa internada en el Hospital Braulio Moyano, mientras que los otros tres lograron ser externados y residir en dispositivos comunitarios de salud mental.

Las externaciones no se lograron por medidas del Juzgado Contencioso Administrativo Federal interviniente, sino porque ante la inacción de la judicatura se efectuaron peticiones en los Juzgados de Familia donde tramitan los procesos de determinación de la capacidad y las defensoras diseñaron alternativas de externación a medida¹¹.

11 Desde el punto de vista colectivo, las demandadas tenían la obligación de dar una solución estructural, abriendo las puertas de una diversa gama de dispositivos comunitario. Resulta de suma importancia que esta variedad exista porque no todas las personas tienen el mismo

Cabe mencionar que con los dispositivos implementados los asistidos vieron incrementada su calidad de vida como no habían experimentado en años de prolongada internación. Sin embargo, el atraso en los pagos por parte del programa Incluir Salud -cobertura de salud de los beneficiarios de pensiones no contributivas por invalidez- generó una deuda millonaria que el prestador no pudo soportar, lo que llevó a la disolución de los dispositivos comunitarios. Actualmente, las Defensorías actuantes se encuentran monitoreando el proceso de reubicación de los asistidos, velando porque no se vea comprometido el progreso por ellos alcanzado.

Referencias

Normativa nacional:

Acordada n°5/2009, Corte Suprema de Justicia de la Nación (2009). Recuperado de https://www.mpba.gov.ar/files/documents/Reglas_Brasilia_Corte.pdf

Acordada n°32/2014, Corte Suprema de Justicia de la Nación (2014). Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/acordada-32-2014-237649/texto>

Ley n° 17.454 (1981). Código procesal civil y comercial de la nación. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm#2>

Ley n° 26.657 (2010) Ley Nacional de Salud Mental. Buenos Aires. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/175977/norma.htm>

Ley n° 26.994 (2014). Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

Normativa internacional:

100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

padecimiento y nivel de autonomía. En la demanda se hizo hincapié en ello y en que la situación de los cuatro amparistas era diferente, pero todos ellos necesitaban egresar del neuropsiquiátrico y continuar su tratamiento en dispositivos menos restrictivos.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2006). Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos. Recuperado de <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>.

Jurisprudencia:

“S., A. F. y otros c/Estado Nacional- Ministerio de Salud y otros s/amparo Ley 16.986”, Expte. N° 74.516/2014. Sentencias del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Federal n°9 del 15 de abril de 2015 y de la Sala V de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Federal del 21 de diciembre de 2015.

“Vrtar v. Croacia”. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 7 de enero de 2016. Recuperado de <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Vrtar%20v.%20Croacia.pdf>

Doctrina:

“Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Segunda Parte”, Alvarado Velloso, Adolfo, Rubinzal Culzoni Editores, Reimpresión, 2005.

Documentos de internet:

Despouy, Leandro, “Acceso a la justicia: impacto de la pobreza sobre los derechos humanos”. Publicado por el Ministerio Público de la Defensa en “Defensa Pública: Garantía de Acceso a la Justicia” Octubre de 2011. Recuperado de <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/017%20Defensa%20Publica.pdf>

Informe Anual de la Defensoría General de la Nación ante el Congreso de la Nación, año 2017. Recuperado de <https://www.mpd.gov.ar/pdf/Informe%20Anual%202017%20Libro%20con%20Tapa.compressed.pdf>

Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Organización de las Naciones Unidas, A/67/278, 9 de agosto de 2012. Recuperado de https://www.ohchr.org/A_HRC_25_35_SPA

Primer Censo Nacional de Personas Internadas por Motivos de Salud Mental. <https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2020-01/primer-censo->

[nacional-personas-internadas-por-motivos-de-salud-mental-2019.pdf](https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2020-01/primer-censo-nacional-personas-internadas-por-motivos-de-salud-mental-2019.pdf)

Artículos periodísticos:

“Sin salida: tienen su alta médica, pero igual viven en neuropsiquiátricos”, nota publicada en La Nación el 21 de julio de 2016. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/1920297-sin-salida-tienen-su-alta-medica-pero-igual-viven-en-neuropsiquiatricos>

Videos:

Informe especial: Manicomios, primera parte. Publicado en el canal de Youtube de Televisión Pública Noticias, 2018 <https://youtu.be/gSdRoccy00Y>

Audiencias públicas ante la CIDH. Intervención de Celeste Fernández de ACIJ en la sesión “Argentina: Hospitales psiquiátricos” de la CIDH, publicado en el canal de Youtube del Canal ACIJ, 2019 <https://www.youtube.com/watch?v=rv6UQede9zQ>

Audio:

Album musical “Consuelo”, del grupo Loquero, año 2003, X el Cambio Records

Acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual. La declaración de inimputabilidad y la participación en el proceso desde el paradigma de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

Acesso à justiça para pessoas com deficiência intelectual. A declaração de não imputabilidade e participação no processo a partir do paradigma da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência

Access to justice for people with intellectual disabilities. The declaration of non-imputability and participation in the process from the paradigm of the convention on the rights of persons with disabilities

María Florencia Hegglin

Defensora Pública Oficial interinamente a cargo de la Defensoría Nro. 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal de la República Argentina.

Ezequiel Mercurio

Jefe de Departamento de Psiquiatría del Cuerpo de Peritos, Consultores Técnicos e Investigadores de la Defensoría General de la Nación de la República Argentina.

Resumen

La incorporación del modelo social y de derechos humanos por la Convención de los Derechos de Personas con Discapacidad implicó un cambio de paradigma para las personas con discapacidad psicosocial e intelectual. Este cambio de paradigma no sólo ha motivado reformas legislativas en el ámbito civil de la Argentina dirigidas a un pleno reconocimiento de su capacidad jurídica, sino que además impacta en el sistema de justicia penal y obliga a reflexionar sobre sus institutos normativos y las prácticas judiciales. A partir de un fallo reciente de la Cámara Federal de Casación Penal de la República Argentina se exponen los avances que se han ido desarrollando para garantizar el cumplimiento de los estándares fijados por la Convención en materia de acceso a justicia de las personas con discapacidad intelectual que son acusadas de cometer un delito y se analiza, desde una perspectiva crítica, el debate internacional sobre la declaración de inimputabilidad en el marco de lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la Convención.

Palabras claves: Personas con discapacidad intelectual. Capacidad jurídica. Inimputabilidad. Participación en el proceso. Acceso a la justicia.

Resumo

A adoção do modelo social e de direitos humanos a partir da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência implicou uma mudança de paradigma para as pessoas com deficiência psicossocial e intelectual. Esta mudança de paradigma não só motivou reformas legislativas na esfera civil na Argentina, voltadas para um pleno reconhecimento da capacidade jurídica, mas também teve impacto no sistema de justiça criminal e nos obriga a refletir sobre seus institutos reguladores e práticas judiciais. Com base em uma recente decisão do Tribunal Federal de Cassação Penal da República Argentina, expõem-se os avanços que têm sido desenvolvidos para garantir o cumprimento das normas estabelecidas pela Convenção em matéria de acesso à justiça das pessoas com deficiência intelectual acusadas da prática de um crime e analisa, de uma perspectiva crítica, o debate internacional sobre a declaração de inimputabilidade no âmbito das disposições dos artigos 12º e 13º da Convenção.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência intelectual. Capacidade jurídica. Imputabilidade. Participação no processo. Acesso à justiça.

Abstract

The adoption of the social and human rights model from the Convention on the Rights of Persons with Disabilities resulted in a paradigm shift for persons with psychosocial and intellectual disabilities. This paradigm shift has not only encouraged civil legislative reforms in Argentina regarding a full acknowledgment of their legal capacity, but it also had an impact on the criminal justice system, leading to a necessary rethinking of our normative institutions and judicial practices. Therefore, in order to ensure compliance with the standards set by the Convention, in terms of access to justice for persons with intellectual disabilities accused of committing a crime, advances have been developed. These advances are presented through a recent decision of the Federal Chamber of Criminal Cassation of the Argentine Republic. Moreover, the international debate on the “no guilty by reasons of insanity” plea in the framework of the provisions of Articles 12 and 13 of the Convention, is analyzed from a critical perspective.

Keywords: People with intellectual disabilities. Juridical capacity. Imputability. Participation in the process. Access to justice.

Sumario

1. Presentación de los ejes de reflexión. 2. La declaración de inimputabilidad. 3. La participación plena en el proceso penal. 4. Reflexiones finales

1. Presentación de los ejes de reflexión

El 19 de agosto de 2020, la Cámara Federal de Casación Penal de la República Argentina¹, mediante integración unipersonal, hizo lugar a la impugnación de la defensa contra la sentencia que condenó a N.M.S. por el delito de transporte de estupefacientes a la pena de 4 años de prisión y redujo en un año la pena impuesta. Fundó esa decisión en las reglas incluidas en el Código Procesal Penal Federal en cuanto imponen a los jueces un límite infranqueable frente al acuerdo arribado entre el representante del Ministerio Público Fiscal -en este caso, el Fiscal ante la instancia de Casación- y la defensa respecto del juicio de mensuración de pena.

La defensa oficial había impugnado la pena de 4 años por considerarla desproporcionada teniendo en cuenta que en el juicio se había demostrado que N.M.S. había actuado bajo un supuesto de inimputabilidad disminuida que obligaba a los jueces a apartarse, por debajo, del mínimo legal en función del principio de culpabilidad como límite máximo de la pena. En consecuencia, había solicitado la aplicación de una pena de ejecución condicional y, en subsidio, una pena de 3 años de prisión con ejecución en su domicilio -conforme había cumplido la prisión preventiva-. La fiscalía ante la Cámara coincidió con la pretensión subsidiaria de la defensa. Estuvo a los informes psiquiátricos y psicológicos en cuanto referían que N.M.S. “había comprendido en un sentido superficial lo que está prohibido y lo que no se debe hacer, sin tener una dimensión de lo que significa realmente... que tiene culpabilidad, pero su nivel de inteligencia es inferior al normal, una imputabilidad disminuida que requiere tratamiento psicológico”. Pero, en sentido diferente al de la defensa, la fiscalía concluyó que su situación no podía analizarse desde el prisma de la inimputabilidad disminuida porque el Código Penal no la incluye, “como lo hacen otros códigos más modernos, como el Código Penal Alemán” y encauzó su situación individual bajo las reglas de un error de prohibición evitable “al entender que S. comprendió, pero no lo suficiente y debió haberse informado más antes de cometer el hecho”. Tras ello, coincidió con la defensa en que la pena que le correspondía no podía superar los 3 años de prisión.

La sentencia tiene por virtud que, con sus afirmaciones y omisiones, provoca preguntas sobre distintos institutos

incorporados al derecho penal y al procesal penal a los que se recurre con frecuencia y que involucran directamente derechos y garantías incorporadas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que pese a su jerarquía constitucional², no fue siquiera mencionada por la jueza de casación que intervino. Sobre estos institutos se focalizará esta presentación.

En primer lugar, su lectura introduce la pregunta sobre el alcance que se debe reconocer a la declaración de inimputabilidad que está prevista en el art. 34, inc. 1 del Código Penal bajo una fórmula³ que cumplió más de cien años con una limitada perspectiva de cambio si atendemos a los proyectos de reforma impulsados en los últimos años (MERCURIO & SCHWEIZER: 2013: 262). Una fórmula que, con muy pocas diferencias, se incluyó en la mayor parte de los códigos de Latinoamérica (MERCURIO & SCHWEIZER: 2013: 272-274) como forma de expresar los principios de culpabilidad y de igualdad en un derecho penal que se autoinhibe en la imposición de castigo cuando la persona acusada no pudo comprender la criminalidad de su conducta o dirigir sus acciones por efecto de una discapacidad psicosocial o intelectual.

Los argumentos empleados por la jueza de casación, que remiten a criterios que se sustentan en apreciaciones biológicas de la inimputabilidad, serán disparadores para reflexionar sobre la capacidad del concepto de imputabilidad previsto en el Código Penal de incluir en su ámbito de aplicación supuestos como el del señor S. con una discapacidad intelectual fácilmente reconocida que

² Ley 27.044.

³ Art. 34 del Código Penal argentino: No son punibles: 1° El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo. En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso”.

¹ Sentencia Registro 16/2020, publicada en www.cij.gov.ar

comete un delito cuasi burdo si se presta atención, como se desarrollará, a las condiciones en que lo llevó adelante y fue descubierto. En esa misma línea, se analizará, además, la incidencia del principio de inocencia y del in dubio pro reo en la evaluación sobre la capacidad de culpabilidad. La pregunta apuntará a determinar si la duda sobre si se configura (o no) la imputabilidad podría habilitar -de aplicarse los principios mencionados- la exención de responsabilidad en más casos. No será una discusión de derecho penal sustantivo, sino de orden procesal.

Ahora bien, ninguna de estas discusiones puede abstraerse de un debate que se introduce con la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el que, aun cuando complejo e incipiente, debe tenerse presente por resultar dirimente y de orden convencional. A partir del modelo social que introduce la Convención para el tratamiento de la discapacidad y de un nuevo paradigma en el que atribuye a las personas con discapacidad psicosocial e intelectual el pleno reconocimiento de su capacidad jurídica, organismos internacionales vinculados a garantizar el cumplimiento de ese instrumento internacional se han pronunciado a favor de la supresión del ordenamiento jurídico de la declaración de inimputabilidad o *insanity defense*, según se trate del sistema continental o del anglosajón, con fuertes repercusiones, tanto a favor como en contra, en el mundo académico anglosajón. Sobre este debate y sus implicancias debe hacerse referencia si se piensa en un concepto de imputabilidad ajustado al paradigma de la Convención.

Por otro lado, los organismos vinculados al cumplimiento de la Convención han prestado también atención, con una marcada toma de postura y mayor consenso, sobre el derecho de toda persona acusada de cometer un delito con discapacidad psicosocial o intelectual de participar en el proceso penal en igualdad de condiciones con las demás personas. Para ello, han insistido en la obligación del Estado de proporcionarles el apoyo y los ajustes necesarios para facilitarles su defensa y garantizarles el acceso a justicia, y en la prohibición del Estado de negar a la persona acusada su capacidad de participar en el proceso.

Comoseverá, lamayoraceptación de estas recomendaciones en el mundo internacional se ha proyectado sobre el nuevo

Código Procesal Penal Federal⁴ e incluso, en compromisos de capacitación y sensibilización de operadores judiciales que el Estado argentino ha asumido cumplir ante al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.⁵

Pese a ello, a la luz de la sentencia, las prácticas judiciales no parecen estar todavía en consonancia. No surge de su contenido que la discapacidad intelectual de N.M.S. haya generado una discusión sobre las barreras que debió superar para participar en el proceso en igualdad de condiciones con las demás personas ni de las necesidades de contar con apoyos y ajustes de procedimiento. La confesión prestada inmediatamente después de ser descubierto, la que, como se expuso, fue utilizada por los jueces y fiscales para condenar, habla de la necesidad de llevar adelante una identificación temprana de la discapacidad que suponga asignar, con celeridad, apoyos, así como de avanzar en ajustes del procedimiento para que cualquiera sea su declaración sea consecuencia de una decisión tomada con todas las herramientas y de manera adecuada. De ello también se hablará a continuación.

4 Código Procesal Penal Federal (Argentina) ARTÍCULO 68.- Padecimiento mental sobreviniente. Si durante el proceso sobreviniere un padecimiento mental que restringiere la capacidad del imputado, el juez establecerá los apoyos y los ajustes razonables que sean necesarios, incluyendo el establecimiento de plazos especiales para el desarrollo del proceso, según el momento en que se produzca, sin perjuicio de que se lleven a cabo los actos para la averiguación del hecho que no requieran su presencia o se prosiga aquél contra los demás imputados.

Se comunicará al juez en lo civil y al defensor particular o, en su defecto, al defensor público, la situación del imputado, a fin de que, en caso de ser necesario, se resuelva sobre las medidas de protección de derechos que correspondan de acuerdo a la legislación específica.

5 Ante la denuncia presentada ante el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por la Defensoría General de la Nación, en representación del señor Raúl Roberto Cardozo Subía, por afectación de derechos en su condición de persona con discapacidad intelectual mientras permaneció detenido en prisión preventiva, el Estado argentino reconoció, el 13 de abril de 2022, su responsabilidad internacional en el caso y entre las medidas de no repetición acordadas, asumió la capacitación y sensibilización de autoridades y agentes del sistema penitenciario federal y operadores del poder judicial y del ministerio público sobre estándares internacionales de protección de derechos humanos en personas con discapacidad, con énfasis en discapacidad intelectual.

2. La declaración de inimputabilidad

a. El debate internacional sobre la declaración de inimputabilidad y la CDPD

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con jerarquía constitucional en la Argentina, ha ido más allá del reconocimiento de derechos fundamentales de las personas con discapacidad, en tanto ha impuesto un verdadero cambio de paradigma en el que se reemplaza el modelo médico de la discapacidad en general, y en particular de la discapacidad intelectual y psicosocial, por un modelo social. Se incluye bajo el término persona con discapacidad “a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (art. 1). La discapacidad resulta entonces de la interacción entre las personas con las barreras generadas por la actitud y el entorno, y sus causas ya no son ni científicas, ni médicas, sino preponderantemente sociales.

Desde esta perspectiva, la Convención propone cambios estructurales en distintos ámbitos, que están dirigidos a eliminar la discriminación. Uno de esos ámbitos se concentra en establecer el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica, condición indispensable para asegurar el goce y el ejercicio de todos los derechos, en igualdad de oportunidades (art. 12); ello sobre la convicción de que las personas con discapacidad no tienen disminuida dicha capacidad sino que en ciertas ocasiones, requieren de apoyo o de salvaguardas a los fines de ejercitarla sin discriminación. Se abandona el modelo tutelar de incapacitación que sustituye a las personas con discapacidad intelectual en la toma de decisiones y se incorpora un sistema de toma de decisiones con apoyo.

Esta nueva toma de posición jurídica sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad ha determinado la obligación de los Estados que suscribieron la Convención de reformar sus leyes y modificar sus prácticas judiciales⁶. En ese proceso, distintos organismos internacionales vinculados a promover su cumplimiento han ido elaborando, de manera sostenida, documentos con recomendaciones y

6 En el campo civil Argentina, Perú, Costa Rica y Colombia modificaron sus regímenes de determinación de la capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención.

observaciones generales que precisan los alcances de cada uno de los principios, mandatos y obligaciones que están contenidos en la Convención.

En el año 2009, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas se refirió a la declaración de inimputabilidad o *insanity defense*, tal como es conocida en el derecho penal anglosajón, de un modo que ha sido calificado por los expertos internacionales como “controversial” (GOODING & BENNET: 2018:142). En concreto, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas recomendó la supresión de esa declaración eximente de la responsabilidad penal fundada en la discapacidad mental o intelectual. El análisis del delito, dijo, “debe prescindir de la discapacidad”.⁷ En igual sentido, en el año 2015, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha establecido que las declaraciones de incapacidad para ser juzgado/a o de no responsabilidad en los sistemas de justicia penal y la detención⁸ de personas sobre la base de esas declaraciones son contrarias al artículo 14 de la Convención, “ya que privan a la persona de su derecho al debido proceso y a las garantías que son aplicables a todo acusado”. El Comité también ha pedido a los Estados partes que “eliminen esas declaraciones del sistema de justicia penal”⁹.

7 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, A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009, párrafo 47.

8 El término original empleado es *detention* que debe ser traducido como detención. Sin perjuicio de ello, se debe aclarar que el alcance de esa expresión no parecería ceñirse a una privación de carácter exclusivamente penal o penitenciario, sino que también debería alcanzar una internación en un centro de salud mental, hospital general o comunidad terapéutica puesto que la Convención prohíbe toda restricción de la libertad que se imponga con motivo una discapacidad psicosocial o intelectual a menos que se cuente con la expresa conformidad de la persona. A los efectos de poder prestar ese consentimiento la persona cuenta con el derecho a que se le brinden apoyos y ajustes razonables, pero de ninguna manera su voluntad podrá ser sustituida por la de un tercero ya sea familiar, persona de confianza, policía o juez. Si así se procede, se quebrantan los arts. 5, 12 y 14 de la CDPD. Confr. Párrafos 11 a 14 del mismo documento y Resolución de la CortelDH “Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador”, del 26 marzo de 2021, párrs. 119-139.

9 Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with

Estas recomendaciones han encontrado tan duros críticos como enérgicos adeptos. Como señalan Gooding y Bennet (2018:148), la *insanity defense*¹⁰, como razón que exime de responsabilidad penal, ha sido entendida, para unos, como una medida para mejorar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad y, para otros, como un vestigio de la discriminación por discapacidad que reduce la personalidad jurídica de los “actores no racionales”. Más allá de esas radicales diferencias, como se expondrá, tantos unos y otros fundaron su posición en normas de la Convención.

Las posturas a favor de la eliminación de la declaración de inimputabilidad estuvieron históricamente enmarcadas en discursos de seguridad en los que la discapacidad psicosocial o intelectual era vista como una vía inaceptable, en una sociedad que defendía el orden y la paz social, para eludir la condena y el castigo frente a conductas graves y socialmente dañosas. Hoy, desde la perspectiva de la Convención, son otras las razones que permiten arribar a la misma conclusión.

Tina Minkowitz¹¹ (2014) sostiene que la obligación de responder penalmente por los daños causados a otros o a la comunidad es directa consecuencia de la capacidad jurídica de ejercer derechos, contraer obligaciones y establecer relaciones jurídicas, que se debe reconocer a las personas con discapacidad en los términos del art. 12 de la Convención. Literalmente dice: “Si una persona con discapacidad tiene la capacidad legal de actuar en las mismas condiciones que las demás personas, esa capacidad se extiende a todos los aspectos de su vida en los que sus decisiones tengan consecuencias, lo que genera como corolario la responsabilidad legal por sus consecuencias en las mismas condiciones que los demás”.

Disabilities. The right to liberty and security of persons with disabilities adoptadas en la Sesión 14 del Comité, en septiembre de 2015, párrafo 16. Traducción propia.

¹⁰ Los autores que se citarán a continuación son anglosajones y se refieren en todos sus trabajos a la *insanity defense*, que es asimilable a la declaración de inimputabilidad del sistema jurídico continental.

¹¹ Minkowitz es Presidenta y Fundadora del Centro de Derechos Humanos de los Usuarios y Sobrevivientes de la Psiquiatría y representante de ese colectivo en el proceso de redacción de la Convención.

Sin embargo, esta posición no le impide ponderar las circunstancias fácticas que se vinculan con la discapacidad en el análisis que se practique para evaluar la configuración de otras categorías del delito que incluyen elementos subjetivos, pero que no contemplan en el análisis de sus consecuencias una medida restrictiva de la libertad o tratamientos compulsivos. Ese tipo de evaluación, agrega, no sería distinto del que se realiza con las demás personas y conjuraría además el riesgo de identificar la razón de un mal comportamiento con la discapacidad psicosocial o intelectual. Estas identificaciones que explican la causa del delito en la discapacidad psicosocial o intelectual han contribuido -apunta- a alimentar los prejuicios que han sostenido el vínculo de la discapacidad psicosocial con la peligrosidad y en función de éste, han justificado largas o indefinidas internaciones restrictivas de la libertad. Además, califica a la declaración de inimputabilidad como un instituto engañoso en tanto se exime a la persona de responsabilidad penal pero se la mantiene igualmente privada de su libertad bajo indefinidas internaciones compulsivas.

Minkowitz cita en respaldo de su posición a Christopher Slobogin (2015)¹² quien tras analizar la recomendación de Naciones Unidas del año 2009 concluyó que ésta se ajustaba a su modelo “integracionista” de aproximación al derecho penal, en el que debe garantizarse a las personas con discapacidad todas las defensas que están a disposición de las personas acusadas de cometer delito, sin discapacidad. Este autor propone evitar el análisis del impacto de la discapacidad en el plano de la culpabilidad y en su lugar, apela a defensas más neutrales en las que la discapacidad es considerada como una circunstancia más en las restantes categorías del delito que se aplican a todas las personas por igual. En nuestro sistema penal básicamente estas categorías serían: a) los elementos subjetivos que integran el tipo penal, b) la creencia de que se han configurado circunstancias objetivas de una causa de justificación, c) la creencia de que media un supuesto de coacción o miedo insuperable, siempre que la persona acusada no haya contribuido a generar el estado mental que generó esa errada percepción de los hechos. Bajo un error sobre los elementos objetivos del tipo (*mistake of fact*) el autor propone, por ejemplo, la absolución de

¹² Slobogin es profesor de Vanderbilt University Law School, Estados Unidos.

quien alega haber matado a una persona bajo la creencia delirante de que estaba disparando contra un árbol. Como ventaja de su posición también señala que ya no habría directa identificación entre la discapacidad psicosocial como causa del delito, la que ha estigmatizado y servido a lo largo de la historia para marginalizar indefinidamente a las personas con discapacidad.

En sentido contrario, Perlin¹³ (2017) critica enfáticamente la posición abolicionista del Alto Comisionado y del Comité. En primer lugar, con base en bibliografía que analiza el proceso de redacción y aprobación de la Convención, señala que la situación de las personas con discapacidad psicosocial e intelectual que son acusadas de cometer un delito no fue puntualmente atendida en las discusiones y en las negociaciones que la precedieron. El más severo aislamiento al que se enfrentan las personas con discapacidad psicosocial que se encuentran en prisión por estar acusadas de cometer un delito fue, en sus palabras, ignorado en esa instancia de elaboración (PERLIN: 2017:477). En segundo lugar, destaca que la lectura que estos organismos hacen de la Convención es indiferente a cómo la sociedad, en los años pasados, ha tratado a las personas con severas discapacidades mentales en el sistema de justicia penal, a quienes, pese a que no estaban en condiciones de abstenerse de actuar, igualmente las condenaban y trasladaban a cárceles donde eran con frecuencia sometidas a situaciones de abuso físico y psíquico por parte del resto de la población y de los agentes de custodia (PERLIN: 2017:481). En tercer lugar, califica de sesgada la lectura que se hace de la Convención en tanto desatiende otras disposiciones que, en contra de lo que se afirma, obligan a mantener la declaración de inimputabilidad *-insanity defense-* como supuesto de exención de responsabilidad. Cita el artículo 4.4. en tanto aclara que nada de lo previsto en la Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos, ni restringirá ni derogará ninguno de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos o existentes en los Estados, el art. 16 en cuanto impone a los Estados la obligación de adoptar medidas que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad contra todas las formas de explotación,

violencia y abuso y el art. 17 que garantiza el derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás (PERLIN: 2017:482 y 506). Sin la exención de responsabilidad la persona resultaría condenada de manera injusta en tanto no habría tenido opción de actuar de un modo diferente al que lo hizo y resultaría sometida a situaciones de abuso en prisión.

Respecto de las propuestas de Minkowitz y Slobogin advierte que reconocer la discapacidad psicosocial o intelectual en otras categorías del delito para evitar la imposición de castigo no hace mayor diferencia, puesto que en cualquier caso la absolución estará justificada en el modo en que la discapacidad comprometió la capacidad de conocer o de comprender cuestiones fácticas o jurídicas o de dirigir sus acciones (PERLIN: 2017:499).

Por otro lado, si bien coincide con los autores en que el uso de la inimputabilidad ha contribuido a reforzar prejuicios entre discapacidad y peligrosidad y sobre ellos, privaciones de la libertad, entiende que esos prejuicios no son una razón para eliminar el instituto porque el argumento se hace eco de afirmaciones sin sustento empírico pues no hay prueba de que la inimputabilidad sólo aplique en casos de violencia; por otro lado, porque la inimputabilidad no obliga a una institucionalización de largo término. Sin perjuicio de ello, da razón a Minkowitz en que las absoluciones por inimputabilidad no implican que la persona vaya a recuperar la libertad puesto que puede ocurrir que la persona sea derivada a establecimientos de salud por un tiempo mayor del que le habría correspondido de haber sido condenada. Pero, advierte, no puede afirmarse que estas realidades deban conducir a la supresión del instituto puesto que bajo este propósito se estaría sacrificando lo positivo de su aplicación por lo negativo que genera una práctica inadecuada. No es la inimputabilidad lo que genera eventuales abusos sino la administración que se hace de las consecuencias que pueden seguir a la absolución y de la institución que se aplica en consecuencia. Es ahí donde la atención debe ser puesta. (PERLIN: 2017:499-504).

Otros autores como Peay¹⁴ (2015:26) también han calificado de “contraituiva” la propuesta de erradicar

13 Perlin es Profesor de la Escuela de Leyes de New York y ex Defensor Público de New Jersey.

14 Peay es profesor del Departamento de Leyes, de London School of Economics and Political Science, Londres, Reino Unido.

la exención de responsabilidad penal por discapacidad psicosocial o intelectual. Según afirma, aumentaría aún más la sobrerrepresentación que las personas con ese tipo de discapacidad tienen en las cárceles la que exige mayor atención, servicios adecuados, capacitación y sensibilización de los operadores en su identificación y abordaje. La privación de libertad de personas con discapacidad psicosocial en prisión aumentará los riesgos de suicidio y autolesión, así como situaciones de abusos en perjuicio del derecho a la vida y la integridad física en contradicción con el art. 2 de la Convención.

Es interesante la evaluación que Peay hace de la propuesta “integracionista” de abordar las deficiencias en otras categorías del delito. Por un lado, destaca las limitaciones que debe superar esta propuesta puesto que el conocimiento o la creencia sobre los elementos de la antijuridicidad se mide en función de estándares de razonabilidad objetivos -propios del hombre medio- que no atienden a las circunstancias especiales del autor. De allí que esas cuestiones hayan sido históricamente canalizadas en la culpabilidad, a través de la *insanity defense*. Por el otro, con referencia a precedentes judiciales ingleses, demuestra que en los pocos casos en los que se reconoció ponderar las deficiencias mentales en la antijuridicidad, la persona se encontraba afectada a una medida de tratamiento psiquiátrico. En otras palabras, la discapacidad psicosocial igualmente determinó que se impusiera la medida restrictiva que se busca evitar con la supresión de la *insanity defense*.

El relevamiento del debate demuestra que en ambas posturas se apela a fundadas y bien intencionadas razones que apuntan a evitar que (i) las personas con discapacidad psicosocial o intelectual no se vean condenadas al estigma de la deficiencia mental que puede provocar una declaración de inimputabilidad que encuentra en esa deficiencia su causa, (ii) la doble identificación discapacidad psicosocial o intelectual/delito y discapacidad psicosocial o intelectual/peligrosidad, como también (iii) a evitar la prisión o privaciones de libertad que bajo un ropaje terapéutico puedan resultar igualmente compulsivas, indefinidas y lesivas de los derechos a la libertad y a la integridad.

Por otro lado, tampoco parece haber interés en los críticos de las recomendaciones del Alto Comisionado y del Comité en mantener el instituto de la *insanity defense* como una

manera de socavar, por falta de coherencia del sistema jurídico, una de las más importantes conquistas de la Convención: el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Es el reconocimiento de este modelo social, en el que se reconoce a la persona con discapacidad el derecho de tomar sus propias decisiones, el que les garantiza el ejercicio de sus derechos civiles y políticos, así como contraer obligaciones y establecer relaciones jurídicas. No buscan cancelar el paradigma de la Convención; por el contrario, los críticos de la posición abolicionista, aquí relevados, la definen como “el documento internacional de derechos humanos más revolucionario jamás creado que se aplica a las personas con discapacidad. Impulsa el enfoque de derechos humanos de la discapacidad y reconoce el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad en casi todos los aspectos de la vida. Apoya firmemente un modelo social de la discapacidad -un repudio claro y directo del modelo médico que tradicionalmente formaba parte de la legislación sobre discapacidad mental” (PERLIN: 2017:485).

En un derecho penal de culpabilidad como es el derecho penal argentino, la deficiencia psicosocial o intelectual debe ser atendida en tanto expresa una diferencia en la persona que le podría impedir que se comporte en igualdad de condiciones con los demás. La declaración de inimputabilidad, en contradicción con los supuestos de restricción de la capacidad jurídica, no parece ser utilizado como un argumento para restringir el ejercicio de sus derechos, sino como un instrumento que expresa las diferencias y las barreras que motivadas en la actitud y el entorno evitan la participación plena y efectiva en la sociedad. En efecto, lejos de restringir derechos o libertades fundamentales, la declaración de inimputabilidad evita que, al ser ignorada la deficiencia psicosocial, intelectual o también sensorial, ésta opere en perjuicio de quien la padece haciendo recaer sobre su persona, su libertad y su integridad física el poder del derecho penal que se vale del aparato estatal como oponente y de la prisión como medida de su poder.

Negar la diferencia que media entre quienes cometen una conducta ilícita, sin una plena valoración de ésta, por efecto de una deficiencia mental o intelectual y quienes los hacen por mero desprecio al orden jurídico e imponerles, por igual, una pena de prisión expresaría una intervención estatal abusiva e injusta en tanto desprecia las diferencias. No parece haber sido ese el espíritu de la Convención.

Bajo la perspectiva del modelo social, las personas con discapacidad intelectual o psicosocial que actúan sin ajustes ni apoyos, podrían, según las circunstancias del caso en concreto -como se verá a continuación-, tener limitaciones para la toma de decisiones y de ser así, no estarían actuando en igualdad de condiciones con las demás. En tal sentido, la inimputabilidad vendría a dar respuesta a esas situaciones en las cuales la conducta ilícita expresa una decisión tomada por una persona con deficiencias mentales o intelectuales, sin la garantía de equidad que proporciona en los términos de la Convención la asignación de apoyos y los ajustes y que, además, no comprende por efecto de esas deficiencias la criminalidad de esa decisión ni controla la acción. Y así, la persona resultaría declarada inimputable por expresar en su conducta una decisión antijurídica, tal como ocurriría, en el sistema penal argentino, con quienes actúan sin capacidad de comprensión de la criminalidad de su decisión o de tener su control, por efecto de una perturbación severa de la conciencia, por ejemplo, por el consumo de alcohol o de estupefacientes¹⁵. Es por ello que la inimputabilidad es entendida como una categoría que no solo se aplica a las personas con discapacidad, sino a diversas situaciones que conllevan una imposibilidad para comprender o dirigir las acciones.

Sin perjuicio de estas reflexiones y propuestas, está claro que este debate deja importantes advertencias. Por un lado, la cautela de no identificar declaración de inimputabilidad con discapacidad psicosocial o intelectual y ésta con la peligrosidad. Como se verá a continuación, no sólo la declaración de inimputabilidad no debe reducirse

15 Si bien excede el objeto de este trabajo, debe señalarse que en sentido similar, podría sostenerse el tipo penal de "circunvención de un incapaz" que reprime a quien aprovechándose de una persona con discapacidad intelectual o psicosocial, entre otras condiciones, la induce a realizar un acto jurídico en perjuicio de ella u otras personas. En el marco de la Convención, en el que toda persona con discapacidad cuenta con capacidad jurídica, parecería que la aplicación de esta figura penal resultaría, en principio, cancelada puesto que ya no podría ser la discapacidad por sí la razón del engaño. Sin embargo, esa figura penal debería ser revisada y limitarse a aquellos casos en que la persona con discapacidad actúa por intervención de un tercero (el autor del delito), en su perjuicio, sin contar con apoyos ni ajustes que le permitan tomar una decisión en igualdad de condiciones con los demás. Para esos casos, la figura de circunvención se comportaría como un mecanismo de salvaguarda.

ni identificarse con el diagnóstico de la deficiencia psicosocial de la persona sino que además tampoco debe acompañarla, cual estigma, de por vida y respecto de cuanta conducta criminal la persona cometa. Tampoco la declaración de inimputabilidad se debe vincular necesariamente a conductas violentas que contribuyan al prejuicio de identificarla con un juicio de peligrosidad. El caso que se analiza es la muestra: un hecho muy burdo sin víctimas ni violencia ni uso de la fuerza. Por el otro, el debate previene sobre la obligación de no identificar la declaración de inimputabilidad con privación de libertad o tratamiento coactivo. Puede mediar declaración de inimputabilidad, sin que se imponga una medida restrictiva de libertad en consecuencia; como, por el contrario, puede suprimirse la declaración de inimputabilidad e imponerse igualmente a la persona condenada o a la persona absuelta por un error motivado en la deficiencia psicosocial o intelectual, una restricción de libertad compulsiva que tenga por objeto el tratamiento de la discapacidad.

Por último, no se puede dejar de mencionar que si bien el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la última recomendación del año 2015 promueve que los Estados eliminen las declaraciones de no responsabilidad en los sistemas de justicia penal no lo hace con la contundencia del Alto Comisionado de Naciones Unidas en el año 2009. Si bien recomienda la eliminación de la declaración de no responsabilidad en los sistemas de justicia penal, lo hace en la medida que priven a la persona de su derecho al debido proceso y a las garantías que son aplicables a todo acusado. Ahora, volvamos al caso.

b. Hechos cometidos por personas con discapacidad intelectual y la fórmula del art. 34 inc. 1 CPA. El estándar de prueba en la ponderación de la inimputabilidad

En el proceso de N.M.S., la discusión sobre la imputabilidad no se produjo respecto de una conducta violenta de la que se haya inferido "peligrosidad" -en los términos del Código Penal- y que pueda en consecuencia, generar debate sobre los criterios a seguir en su diagnóstico o las eventuales consecuencias a considerar -medidas de seguridad, por ejemplo- para contrarrestarla. Sin embargo, sí se produjo en un hecho de los que abultan las estadísticas sobre investigaciones en narco criminalidad en la zona de frontera de la Argentina y en los que suelen verse involucradas personas en situación de vulnerabilidad por toda una vida en la pobreza. Se condenó a N.M.S. por haber llevado

consigo en su mochila y bajo una faja a la altura de su abdomen paquetes, que contenían un kilo y medio de cocaína, mientras viajaba en un colectivo de transporte de pasajeros, desde la ciudad de Orán hasta Salta. Fue descubierto en un control que hizo Gendarmería de todos los pasajeros del vehículo y de sus objetos personales, sin que mediara de parte de N.M.S ninguna objeción a ser revisado. Por el contrario, “desde un primer momento N.M.S. reconoció su responsabilidad en el hecho y manifestó en forma espontánea que durante el viaje cambiaba la droga de un lugar a otro, a veces en la faja y a veces en la mochila y que sabía que se trataba de cocaína”¹⁶.

Por otro lado, el imputado es una persona con una discapacidad intelectual que fue advertida por todos los operadores del proceso y que reconoce a las carencias nutricionales en la primera edad, como un factor causal¹⁷. Como señaló el Fiscal y surge de la sentencia, N.M.S era una persona de 24 años, con antecedentes de consumo de marihuana en forma sostenida, que había cursado una meningitis¹⁸ a los ocho meses por falta de la vacunación correspondiente, con carencias económicas y afectivas y que había atravesado con dificultades su escolaridad por problemas de concentración, de aprendizaje y de contacto con sus pares por tartamudez. Había repetido los grados de escolaridad primaria varias veces hasta abandonar y pasar a trabajar en tareas mal remuneradas y ocasionales. Los test practicados por los psicólogos habían determinado un “nivel de inteligencia inferior” con un “proceso de pensamiento básico y primario” y que carecía de una inteligencia abstracta, lógica y organizada. Se lo caracterizó como una persona que “puede hacer mandados, pero no puede liderar o encarar proyectos con mayor despliegue ni manejar distintos aspectos y hacer organización”, que a la hora de actuar, se dijo, primero hacía y luego valoraba su conducta. El psiquiatra de la unidad donde había estado detenido también se refirió a una “personalidad precaria” con un caudal de ideas o de

pensamiento pobre, con una “velocidad de entendimiento” disminuida y con una personalidad “influenciable”.

Sin perjuicio de ello, los peritos habrían expresado, según surge de la sentencia, que N.M.S podía distinguir el bien del mal, dirigir sus acciones y comprender lo que es un delito y valorar su conducta. Ese juicio de peritos determinó que la jueza descartara estar en presencia de una persona sin capacidad de culpabilidad por resultar inimputable del delito atribuido y luego, que la jueza de casación ratificara esa conclusión.

Por su parte, la jueza de casación se refirió a la imputabilidad disminuida. Se remontó al origen del término de 1906 y a la definición que en esos años le otorgó el psiquiatra francés Grasset en cuanto sostuvo que “hay sujetos lo insuficientemente enfermos del psiquismo para no ser declarados normales y completamente responsable, pero que tampoco son suficientemente enfermos para ser declarados irresponsables y a los que por lo tanto hay que declararlos semirresponsables”. Tras ello, excluyó la imputabilidad del análisis de la culpabilidad y caracterizó aquella como una “condición biológica...una especie de enfermedad mental” y “carecerá de ella ... quien padezca insuficiencia de sus facultades mentales, alteración morbosa de ellas o estado de inconsciencia”. Finalmente, con palabras de Cabello, calificó la inimputabilidad disminuida como el “comodín de la incertidumbre y la fácil solución jurídica de todos aquellos border line clases lindantes entre la culpabilidad y la peligrosidad” y concluyó que la posibilidad de disminuir la pena en esos casos era inviable por falta de disposición legal que la habilite.

Estas apreciaciones parten de premisas erradas y parecen dar razón a las prevenciones y a los temores que surgieron del debate antes trabajado.

En primer lugar, en el derecho penal argentino, la culpabilidad ha sido definida como “el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto con su autor y de este modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste” (ZAFFARONI&ALAGIA&SLOKAR: 2000:620). El objeto del juicio de culpabilidad es el hecho antijurídico atendiendo a la actitud interna y jurídicamente desaprobada que en él se actualiza, en otras palabras, “el objeto del juicio de culpabilidad es la falta de actitud jurídica en el autor” (JESCHECK: 1993: 385).

¹⁶ Ver sentencia.

¹⁷ Organización Mundial de la Salud (2011) Informe mundial de la Discapacidad, pág. 44.

¹⁸ La meningitis está descripta como una de las posibles causas de discapacidad intelectual. Lee, K., Cascella, M., & Marwaha, R. (2022). Intellectual Disability. In StatPearls. StatPearls Publishing.

La imputabilidad es la capacidad de culpabilidad y el primero de los elementos sobre los que descansa el juicio de culpabilidad. La capacidad de culpabilidad, dice Jescheck, debe concurrir para que la diferencia en la actitud interna frente al derecho, de la que ha nacido la decisión de cometer el hecho, pueda resultar, en definitiva, censurable. Y esta conecta, por de pronto, con la edad. Antes de cerrarse el proceso de maduración reflejado en la edad, no puede formularse en modo alguno el reproche de culpabilidad (menores no punibles) o este requiere la constatación de que el autor alcanzó un grado de desarrollo intelectual y madurez que justifique, desde los fines de readaptación social de la pena, formular un juicio de reproche y de imposición de pena (menores punibles). Además, la capacidad de culpabilidad se encuentra en relación con deficiencias psicosociales o intelectuales que comprometan su capacidad de comprender lo ilícito del hecho o de actuar conforme a esa comprensión (JESCHECK: 1993:395).

La imputabilidad es un juicio que vincula el estado psíquico del agente y un hecho determinado, en términos de comprensión y dirección del mismo. No se trata de una condición inherente al sujeto, no se trata de una cualidad ontológica, una condición que emana de él. En tal sentido la imputabilidad/inimputabilidad será para un hecho determinado, en un momento determinado.

Tal como ha señalado históricamente la doctrina argentina (FONTAN BALESTRA: 1998:485), “la imputabilidad es un concepto jurídico que se nutre de hechos psiquiátricos”.

Entonces, en tanto la imputabilidad es la capacidad de culpabilidad, en contra de cuanto dijo la jueza, la evaluación de aquélla impacta sobre la medida en que la culpabilidad se configura. A menor capacidad de culpabilidad, en función de una edad más próxima al límite de la no punibilidad (16 años en Argentina), por ejemplo, menor deberá ser el juicio de reproche que sobre la persona recaiga. O cuanto más afectada se encuentre su capacidad de culpabilidad por el consumo de sustancias o por otra razón que afecte la suficiencia de sus facultades, menor la posibilidad de reprochar a la persona el hecho punible y menor también la pena a imponer.

Por otro lado, también es desacertado afirmar que el juicio de imputabilidad sea de orden biológico.

Existen tres tipos de fórmulas jurídicas en las que se estructura la imputabilidad. La fórmula denominada tipo biológica, o psiquiátrica pura, la fórmula psicológica pura y la pluridemencional o biopsicosocial. En la fórmula biológica o psiquiátrica la inimputabilidad y el padecimiento mental son sinónimos. Si hay una discapacidad psicosocial habrá exclusión de la responsabilidad criminal. Esta fórmula tiene sus orígenes en el antiguo artículo 64 del Código Penal¹⁹. Sin embargo son pocos los Códigos Penales en América Latina que mantienen dicha redacción²⁰.

En la fórmula psicológica, la inimputabilidad se determina por la incapacidad para comprender o dirigir las acciones, independientemente de la causa que la dio origen. Si bien dicha fórmula podría hallarse en la redacción del artículo 85 del Código Penal Italiano que se señala que es imputable quien tuvo la capacidad de entender y querer, en el artículo 88, señala que será inimputable quien al momento del hecho no haya podido entender y querer como consecuencia de haber presentado una enfermedad mental. Es decir, el Código Penal Italiano mantiene una fórmula mixta.

La fórmula mixta también opera en su versión más moderna (MARTINEZ SANCHEZ: 2009: 113), bajo el supuesto fundamental de que la determinación de la imputabilidad no se entronca exclusivamente en el estudio de los aspectos bio-psicológicos del comportamiento humano, sino que requiere, así mismo, de un juicio de adecuación de la conducta a un conjunto de criterios normativos existentes. A partir de este enfoque, la determinación de la capacidad de culpabilidad depende de un juicio que es al mismo tiempo empírico y valorativo, el cual se encuentra metodológicamente estructurado en dos “pisos”: i) en un primer nivel corresponde realizar el estudio empírico sobre las condiciones bio-psicológicas del sujeto, en orden a establecer si padece de alguna condición que afecte su normal capacidad de comprensión o de autodeterminación; ii) y luego, ya en un segundo nivel, procede realizar un juicio valorativo tendiente a determinar si, y en caso afirmativo con

19 Artículo 64: No hay crimen ni delito, cuando el acusado se haya encontrado en estado de demencia al tiempo de la acción, o cuando haya sido obligado por una fuerza á que no haya podido resistir.

20 Puede citarse como ejemplo el artículo 10 inciso 1 del Código Penal de Chile.

qué intensidad, aquella condición bio-psicológica realmente afecta su capacidad para comprender el sentido reprochable del específico comportamiento que se le imputa, o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión.

De acuerdo con lo anterior, la aplicación del método mixto conduce en la práctica “a un reparto de funciones entre el experto y el juez, de modo que el perito constata los estados o diagnósticos de conexión biológicos-psicológicos, mientras que el juez extrae de ahí conclusiones para la capacidad de comprensión o de inhibición por la vía de un proceso valorativo”. De este modo, la determinación de la imputabilidad se convierte en el producto de un proceso de cooperación entre el perito y el juez, a través del cual se articula la interdisciplinariedad que demanda esta perspectiva del problema entre la psicología, la psiquiatría y el derecho penal.

Pero en ese proceso, una vez rendido el dictamen psiquiátrico, y luego de que se haya surtido su controversia mediante las ampliaciones, correcciones u objeciones propuestas por los sujetos procesales, corresponde al juez o al jurado abordar el segundo nivel metodológico de determinación, mediante la valoración del informe o informes periciales rendidos en la actuación. Para tal efecto, el juez tiene la potestad de valorar las pruebas apelando a la sana crítica y conforme a su íntima convicción.

Bajo esos lineamientos, los jueces no podían conformarse con el método biológico, como erradamente señaló la jueza, sino que debían analizar si el señor N.M.S. había podido introyectar valores, no sólo si conocía la diferencia entre lo bueno y lo malo. “Conocer” o “entender” la diferencia entre lo bueno y lo malo, no es lo mismo que “comprender” o “vivenciar” lo injusto de esa conducta (MERCURIO: 2012). El conocimiento se adquiere a través de una operación puramente intelectual o racional; en cambio, la comprensión implica la posibilidad de captar o aprehender el valor mediante la esfera afectiva (ZAFFARONI&ALAGIA&SLOKAR: 2000:620).

De tal modo, cuando los jueces atribuyen a N.M.S. la realización de conductas racionales que daban cuenta de que llevaba cocaína y que por ello conocía su condición de sustancia prohibida, nada dicen en punto a que haya comprendido o le fuera exigible comprender la criminalidad del acto por el que la condenaron: el transporte de estupefacientes. Es

decir, no bastaba con que N.M.S. supiera que la cocaína es una sustancia prohibida por la ley, sino también que conocía que su intervención se inserta en una cadena de tráfico y que había podido captar o aprender el valor negativo de esa conducta mediante la esfera afectiva.

Lejos de ello en el presente caso, los informes médicos obrantes en la causa fueron tomados por las juezas no como criterios de información respecto de la personalidad de mi asistido, sino como la solución al problema de su imputabilidad.

Pero la arbitrariedad del razonamiento de los jueces tuvo también otras aristas. La jueza de casación, para desechar la deficiencia intelectual como un motivo a tener en cuenta en la evaluación del juicio de inimputabilidad, con cita de Cabello (2005:131), se ciñó a las premisas de la tesis alienista, conforme la cual “lo que no es alienación queda fuera del apartado biológico del art. 34”. De tal modo, el juicio de imputabilidad se vio reemplazado por un criterio estrictamente médico expresado en los informes de los peritos.

La gran mayoría de los Códigos Penales Latinoamericanos no restringen ni delimitan de manera específica las posibles causas psiquiátricas que podrían acarrear la inimputabilidad²¹; hacen referencias a denominaciones amplias como: alteración morbosa, insuficiencia de las facultades, trastorno mental, desarrollo mental retardado, inmadurez psicológica. Alguna de estas no remite de manera directa a ningún cuadro psicopatológico, sino que se trata de categorías amplias.

En este sentido, desde el campo de la psicopatología forense han existido diversas formas de interpretar las categorías alteración morbosa, insuficiencia de las facultades, o trastorno mental. Dos corrientes de pensamiento se han destacado. Una de ellas con orígenes en el alienismo

21 Como excepción puede citarse el Código Penal del Estado de Nuevo León que en su Artículo 22 señala: No es imputable quien, en el momento de la acción u omisión, **por causa de psicosis o retraso mental probado** o por ser sordomudo, carezca de la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, así como quien carezca de la capacidad de comprender la conducta que se le atribuye por padecer un estado de psicosis o retraso mental incurable durante el procedimiento. Nota: el resaltado nos corresponde.

francés del siglo XIX, con una mirada restrictiva y la otra con una perspectiva más amplia.

La corriente alienista sostiene que la alteración morbosa de las facultades o el trastorno mental, dependiendo del código penal que se analice, debe ser interpretada únicamente como cuadros de psicosis -alienación o enajenación mental de las denominaciones antiguas- y la insuficiencia de las facultades o el desarrollo mental retardado, como lo cuadros de discapacidad intelectual de grado moderado, severo y profundo, excluyendo a los cuadros leves.

Para el alienismo, inimputabilidad y padecimiento mental son sinónimos (ZAZZALI: 2009:61)²². En tanto que la corriente no alienista señala que dichas categorías no remiten a priori a cuadros psicopatológicos específicos, motivo por el cual no es posible restringir ni excluir ningún cuadro (MERCURIO: 2022:213). Bajo esta perspectiva, los cuadros de discapacidad intelectual, en cualquiera de sus niveles de severidad y necesidades de apoyo, podrían ser encuadrados dentro de las categorías de insuficiencia de las facultades (MERCURIO: 2016:101-110), sin que medie ninguna restricción legal que lo impida. Sin embargo, en el caso se excluyó que N.M.S presentara una insuficiencia de las facultades aún cuando se admitiera una disminución en su funcionamiento intelectual. Es decir, se mantuvo a lo largo del análisis del caso una perspectiva alienista, recortando de manera arbitraria la categoría de “insuficiencia de las facultades”.

Por último, resta referirse a la supuesta inimputabilidad disminuida. Es cierto que no hay en el sistema penal vigente en Argentina (de adultos, al menos) una solución legal que admita una solución intermedia entre la absolucón y la absolucón por inimputabilidad o de inimputabilidad disminuida, como se menciona en la sentencia. El mínimo de la escala penal traduce el juicio de reproche

²² Zazzali señala: “como se decía en tiempos pasados, si hay demencia no hay crimen. Y existen muchos estados mentales que significan demencia (enajenación). Hay ausencia de capacidad para entender y para decidir en la psicosis esquizofrénica, en estado de brote” (Zazzali, 2009:61); Ohman y Fantini (2016), explican que solo existen dos posibilidades cuando se analiza la inimputabilidad, por un lado tenemos el sujeto normal (desde el punta da vista jurídico) e imputable y por el otro un sujeto anormal e inimputable.

correspondiente a la capacidad de culpabilidad que se precisa para sostener una condena.

Al respecto, la jueza de casación, nuevamente con cita de Cabello (2005:131) advirtió que “El riesgo médico forense de la imputabilidad disminuida consiste en que se convierta en el gran recipiente de las dudas diagnósticas donde irían a parar todos los casos de indefinida filiación psicopatológica: sería el comodín de la incertidumbre y la fácil solución jurídica de todos aquellos border line cases lindantes entre la culpabilidad y la peligrosidad”.

Pero si había existido alguna duda respecto del grado de comprensión que N.M.S pudo tener, los interrogantes debieron desplazarse hacia la posibilidad de aplicar (o de no aplicar, ya se verá) el principio de in dubio pro reo, pero no esconderse esa duda en una imputabilidad disminuida sin reconocimiento legal.

En la actualidad, el grueso de las legislaciones europeas y latinoamericanas parten “de la base de que el adulto que realiza el injusto jurídico-penal normalmente es imputable” (ROXIN: 1997:822, ZAFFARONI: 2000:729), y por ello, se ha preferido la opción de regular las condiciones en que esa capacidad se pierde, esto es, los presupuestos que hacen a un sujeto inimputable.

Bajo esa premisa, la ausencia de capacidad de culpabilidad no excluye la posibilidad de calificar el suceso como una acción en sentido técnico-jurídico; tampoco elimina la posibilidad de imputar al sujeto su autoría, y menos aun la posibilidad de adecuar esa acción a alguno de los tipos penales previstos en la parte especial de manera antijurídica. Por su naturaleza, las normas que contienen los presupuestos de inimputabilidad son reglas de atribución de responsabilidad, las cuales sólo limitan la posibilidad de asignar al sujeto la consecuencia que a título de sanción está prevista en la norma (MARTÍNEZ SANCHEZ: 2009:110).

Ahora bien, desde esta perspectiva, ¿cómo pueden resolverse las dudas sobre la imputabilidad a favor de la persona acusada, si el sistema jurídico presupone por principio que el procesado reúne todas las cualidades para ser declarado responsable, incluidas la capacidad de comprensión y autodeterminación? Esta pregunta, que se formula Martínez Sánchez en el derecho español, toma aún

más fuerza en el marco de los principios fundamentales de la Convención en el que la capacidad es la regla de oro.

Por esta razón, señala el autor (MARTINEZ SANCHEZ: 2009:110 y ss), se podría pensar que el hecho de que el sistema jurídico presuponga de manera general las capacidades de comprensión y autodeterminación en el procesado, tiene como consecuencia que en presencia de dudas acerca de la posibilidad de atribuir dichas capacidades, el juez debería optar por atribuir las. Después de todo, si el propio sistema jurídico presupone esas capacidades y no se ha desvirtuado esa presuposición, el juez debería mantenerla. Sin embargo, advierte, si el principio in dubio pro reo obligara al juez a declarar al procesado imputable o inimputable, lo estaría induciendo a realizar una afirmación que no puede sustentarse racionalmente pues justamente lo que caracteriza a los casos difíciles es que en ellos hay buenas razones tanto para una como para otra alternativa de decisión, y por eso no hay argumentos para admitir uno de los dos extremos del código y rechazar el otro. De tal manera una declaración de imputabilidad o de inimputabilidad, en un caso en el que hay dudas razonables, será una declaratoria que carece de fundamento racional. Por otro lado, si la aplicación del principio in dubio pro reo condujera a una decisión en alguno de los dos sentidos del código, se llegaría al error de fundamentar la declaración sobre la imputabilidad en una duda sobre la imputabilidad. No es racional que el juez emita una declaración sobre la imputabilidad en alguno de los sentidos del código, aduciendo como fundamento de su elección, precisamente, el hecho de que tiene dudas sobre cuál de las dos alternativas es correcta.

En estricto rigor jurídico, el in dubio pro reo es un principio que orienta al juez acerca de qué decisión debe adoptar sobre la responsabilidad penal, en caso de que existan dudas razonables sobre alguno de los elementos constitutivos de ésta. Esto significa que el principio in dubio pro reo no le indica al juez qué decisión debe tomar frente a la imputabilidad, sino qué decisión debe tomar frente a la responsabilidad en caso de duda sobre la imputabilidad. El in dubio pro reo no le indica al juez qué decisión debe tomar frente a la imputabilidad, en caso de duda sobre la posibilidad de atribuir al procesado la capacidad de comprender el sentido de su conducta y/o de autodeterminarse conforme a dicha comprensión. Este principio sólo le indica al juez que en caso de duda sobre la imputabilidad, debe emitir una sentencia absolutoria. O sea, que en caso de duda sobre

la imputabilidad debe absolver de responsabilidad penal al procesado, y abstenerse de imponerle una pena. Dicho en pocas palabras, el principio in dubio pro reo no le dice al juez cómo debe decidir sobre la imputabilidad cuando hay duda sobre la imputabilidad, sino cómo debe decidir sobre la responsabilidad cuando hay duda sobre la imputabilidad.

Por esta razón, concluye Martínez Sánchez, la aplicación del principio in dubio pro reo no sólo no implica un pronunciamiento sobre la imputabilidad, sino que de hecho se fundamenta en la imposibilidad de emitir tal pronunciamiento. Es decir, le señala al juez que en caso de duda sobre la imputabilidad del procesado, debe absolverlo de responsabilidad y abstenerse de imponerle una pena.

3. La participación plena en el proceso penal

a. Ajustes al procedimiento y apoyos para las personas con discapacidad intelectual en la justicia penal.

En el 2020 producto de un trabajo conjunto entre la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Discapacidad Accesibilidad se lanzaron los “Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad” (en adelante los Principios y directrices). Estos principios son herramientas indispensables para analizar las relaciones entre los artículos 12 -capacidad jurídica-, 13 -acceso a la justicia- de la Convención y la capacidad para estar en proceso.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha venido señalando la necesidad de evitar normativas, legislaciones y prácticas basadas en la incapacidad de las personas con discapacidad para defenderse de cargos criminales -incapacidad para estar en proceso-²³. Asimismo, destacó que tanto las figuras legales de “incapacidad para estar en juicio”, “incapacidad para estar en proceso”, “incapacidad sobreviniente” son

²³ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2013), Observaciones finales sobre el informe inicial de Australia, CRPD/C/AUS/CO/1, parr. 30 y 32b

contrarias al artículo 14 -derecho a la libertad-²⁴ y deben garantizarse los ajustes de procedimiento y los apoyos para garantizar una plena participación²⁵. Por último, en lo que a este punto interesa, se ha expresado en contra de la privación de libertad indeterminada basada en la incapacidad para ser juzgado²⁶.

En un mismo sentido los Principios y directrices señalan que los Estados deberán derogar aquellas legislaciones, prácticas, o normativas, que establezcan o apliquen conceptos como “no apto para ser juzgado” e “incapaz de defenderse” (principio 1.2 inciso e).

Minkowitz (2014) señala que no debería haber, bajo el paradigma de la Convención, declaraciones de incapacidad para estar en proceso o para ser juzgado, ni evaluaciones que afirmen que una persona no es competente para estar en juicio ya que todas las personas tienen el mismo derecho a participar en su propia defensa, sin discriminaciones sobre su condición o sobre habilidades para toma de decisiones. Para ello deberían proveerse todos los ajustes al procedimiento y los apoyos que sean necesarios a lo largo de todo el proceso.

En un reciente caso en el que se sancionó a México, el Comité resaltó que los Estados tienen la “obligación de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, en todos los procedimientos judiciales”²⁷.

24 Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 2015, párrafo 16

25 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2013, párr. 32, b; Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 2015, parr. 16

26 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2013, párr. 31.

27 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2019, Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación 32/2015, CRPD/C/22/D/32/2015 párr. 10.7

En definitiva, los ajustes al procedimiento surgen como la garantía para el ejercicio del derecho a ser oído y de poder defenderse.

Los Principios y directrices definen como ajustes de procedimiento a “todas las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas en el contexto del acceso a la justicia, cuando se requieran en un caso determinado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”.

A su vez, diferencia los ajustes de procedimiento de los ajustes razonables, ya que los primeros no están limitados por el concepto de «carga desproporcionada o indebida»²⁸ y señala que los ajustes y los apoyos deben ser diseñados de manera individualizada. Los ajustes de procedimiento deberían establecerse antes del inicio del proceso. Dentro de los ajustes de procedimiento se destacan la accesibilidad arquitectónica, cognitiva y la participación de intermediarios o facilitadores de justicia, terceros intervinientes independientes a las partes.

Los facilitadores, o intermediarios, tienen la función de evaluar de forma individualizada las necesidades de comunicación que puedan existir, determinar los tipos de ajustes y de apoyos que pueda requerir la persona. En nuestra región existen, al menos, dos iniciativas de intermediarios de justicia. En Argentina el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS) que depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos lleva diez años de actividad. En México la organización civil Documenta de México, lleva adelante un programa sobre facilitadores en el sistema de justicia (Victor Lizama y Diana Sheinbaum, 2020).

México y Argentina han incorporado en sus Códigos Procesales Penales los ajustes y apoyos²⁹. Se trata de

28 Se considera carga desproporcionada aquellas modificaciones y cambios impliquen impone una carga financiera, organizativa, o un esfuerzo excesivo, o que compromete su capacidad para cumplir su cometido

29 Art. 68 del Código Procesal Penal Federal (Argentina) citado en nota 4. El Código de Procedimientos Penales de México hace referencias a los ajustes al procedimiento y los ajustes razonables en diversos artículos, artículos 10, 181, 414, 416, 417. Particularmente el Artículo 416 señala:

importantes iniciativas para incorporar la perspectiva de la Convención en el ámbito de la justicia criminal, aun cuando existan algunas críticas a cómo estos se han incorporado. En este sentido, una de las críticas principales a la eliminación de la figura de incapacidad para poder estar en juicio o incapacidad para declarar atiende a la imposibilidad de garantizar el derecho a un juicio justo cuando a pesar de implementar todos los ajustes y apoyos no se pudieran garantizar la expresión y determinación de la voluntad y de las preferencias de la persona imputada (PERLIN: 2017: 487; PEAY:2015:29, Mercurio, en prensa).

En este sentido, debe tenerse presente que la Observación General Nro. 1 del Comité sobre capacidad jurídica ha señalado que cuando se han realizado esfuerzos considerables para determinar la voluntad y las preferencias y esto no fuera posible, “el interés superior” debe ser reemplazado por la “mejor interpretación posible de la voluntad y preferencias”. Esa necesidad de buscar alternativas para conocer la voluntad de la persona da cuenta de que se reconocen las dificultades concretas que se presentan en la práctica y de un interés por encontrar posible solución según el contexto. Sin embargo, esta solución en el campo de la justicia penal no resultaría adecuada si ponderamos que es la persona acusada la única persona en condiciones de aportar información sobre el hecho, los testigos, la prueba y en definitiva sobre su defensa. Reconstruir cuál sería su defensa material -distinta de la defensa técnica- genera el riesgo cierto de equivocarse y de contribuir al máximo error posible en el sistema de justicia penal: la condena de una persona inocente. Se erosionaría, así, la garantía del derecho defensa material, el derecho a ser oído y a un juicio justo.

Más allá de ello y sin llegar a tal extremo, es cierto que existen numerosos casos en los que la asignación de

Ajustes al procedimiento. Si se determina el estado de inimputabilidad del sujeto, el procedimiento ordinario se aplicará observando las reglas generales del debido proceso con los ajustes del procedimiento que en el caso concreto acuerde el Juez de control, escuchando al Ministerio Público y al Defensor, con el objeto de acreditar la participación de la persona inimputable en el hecho atribuido y, en su caso, determinar la aplicación de las medidas de seguridad que se estimen pertinentes.

En caso de que el estado de inimputabilidad cese, se continuará con el procedimiento ordinario sin los ajustes respectivos.

apoyos y de ajustes razonables facilitarán a la persona con discapacidad una mayor intervención en el proceso y le asegurarán acceso a justicia en igualdad de condiciones con las demás personas. En los casos de discapacidad intelectual, sin duda, será un avance en el reconocimiento y en el ejercicio de sus derechos, así como que asegurará una mayor garantía de verdad en la solución a la que se arribe.

b. La falta de una adecuada identificación de la discapacidad

Del relato de cómo se produjo la detención de N.M.S. surge que los agentes de seguridad no se habrían percatado de su discapacidad intelectual. Fue en ese contexto, recién detenido, en que reconoció abiertamente cómo habría llevado consigo la mercadería que él espontáneamente describió como cocaína. Una confesión que luego fue usada para fundar su condena.

Esta intervención es elocuente del primer obstáculo con el que se enfrentan las personas con discapacidad intelectual acusadas de un delito para acceder a la justicia en igual de condiciones: la falta de una adecuada identificación de la discapacidad. La literatura internacional ha reportado que las personas con discapacidad intelectual se encuentran sobre representadas en el ámbito de la justicia penal. Sin embargo la prevalencia de personas con discapacidad intelectual en prisión es muy amplia. Algunos estudios han hallado menos del 1% mientras que otros casi el 70% (MUÑOZ GARCIA LAGO & MARTI AGUSTI & MARTIN FUMADO & GOMEZ DURAN: 2020). En nuestra de 220 personas detenidas en la Ciudad de Buenos Aires se halló que el 16% presentaba una discapacidad intelectual.

Investigaciones realizadas en nuestra región muestran que la mayoría de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial pasan desapercibidas durante gran parte del proceso motivo por el cual no se realizan ajustes al procedimiento. Un estudio reciente que comparó las tasas de identificación de personas con discapacidad intelectual y psicosocial en la Ciudad de México y la Ciudad de Buenos Aires, halló muy bajos niveles de detección (20% para el caso de la Ciudad de México y 0 para la Ciudad de Buenos Aires) (BERNARDINI & MERCURIO & SHEINBAUM: 2018). Otro estudio realizado en Buenos Aires reportó una tasa de identificación del 8% de personas con discapacidad intelectual y psicosocial (MERCURIO: 2021). Específicamente con relación a las personas con

discapacidad intelectual se ha reportado que en una muestra de 112 personas detenidas en la Ciudad de Buenos Aires, la identificación por parte de los profesionales de salud de la policía fue del 4% 8) (MERCURIO:2021).

Las falencias en la identificación temprana de personas con discapacidad intelectual y psicosocial es preocupante, ya que gran parte de las personas -mas del 45%- ha recibido el diagnóstico previo a la detención. Asimismo, se ha reportado que entre el 20 y el 30% tenía un certificado de discapacidad (MERCURIO: 2021). Es decir, al momento de la detención existían indicadores muy robustos para sospechar que la persona tenía una discapacidad intelectual y psicosocial.

Como se ha señalado previamente la falta de identificación temprana y oportuna de la discapacidad se presenta como la barrera para el acceso a la justicia. En tres trabajos de investigación realizados en la Ciudad de Buenos Aires, no se estableció ningún ajuste ni apoyo en las primeras etapas del proceso.

Teniendo en cuenta la evidencia disponible sobre las fallas en la identificación temprana de personas con discapacidad intelectual en las primeras etapas del proceso penal la Defensoría General de la Nación (Argentina) desarrolló, a través de su área de Capacitación, actividades específicas de formación y sensibilización sobre la importancia de la detección temprana de personas con discapacidad intelectual en el ámbito de la justicia penal para defensores y defensoras públicos. En ese contexto, se desarrolló un programa piloto con Defensores y Defensoras que actúan en el proceso de flagrancia y se brindó una guía de preguntas que se recomiendan realizar durante las entrevistas con las personas privadas de libertad con el objetivo de obtener datos que puedan orientar a una sospecha fundada de que una persona puede tener una discapacidad intelectual. Los resultados del programa han sido exitosos. Las personas defensoras que transcurrieron dicho programa mejoraron su nivel de sospecha y detección de personas con discapacidad intelectual (MERCURIO: 2021). Esta iniciativa se encuentra en línea con experiencias previas realizadas en España por Plena Inclusión (2018:108).

4. Reflexiones finales

El propósito de esta presentación fue instalar los avances que se han ido desarrollando para garantizar el

cumplimiento de los estándares fijados por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en materia de acceso a justicia de las personas con discapacidad intelectual que son acusadas de cometer un delito. El caso de N.M.S. y las prácticas policiales y judiciales que dejó en evidencia fue un disparador de dudas y reflexiones sobre dos aspectos cruciales a la hora de garantizar acceso a justicia en el sistema de justicia penal: la declaración de inimputabilidad y la participación de la persona con discapacidad en el proceso.

La discusión internacional sobre la declaración de inimputabilidad en el marco de la Convención da cuenta de la complejidad del problema en el cual la persona con discapacidad y el reconocimiento de sus derechos fundamentales deben orientar la reflexión y la solución que en definitiva se adopte. De igual manera, deben reducirse los riesgos de dictarse sentencias erradas por las cuales una persona inocente termine condenada o cumpliendo penas de prisión o internaciones compulsivas respecto de supuestos hechos criminales que no se llegaron a demostrar o de los que la persona con discapacidad no se pudo defender en igualdad de condiciones con los demás.

Más allá de ello, está claro que el proceso de detección de la discapacidad intelectual y de provisión de apoyos y ajustes procesales es un proceso incipiente, pero nada impide anticipar que una mayor participación de la persona en el proceso garantizará un análisis más acabado de los hechos y a través de este, la posibilidad de resolver la acusación y de alcanzar una absolución por otros motivos distintos de la discapacidad intelectual. Una mayor intervención de la persona acusada evitará el reduccionismo de utilizar su discapacidad intelectual para dar por zanjado el proceso, ya sea a través de una suspensión del proceso por discapacidad o a través de la declaración de inimputabilidad -muchas veces, presentadas en conjunto-, privándose a la persona de demostrar su inocencia porque del hecho no participó o actuó bajo una causa de justificación o situación de exculpación en la que la discapacidad no tuvo incidencia.

Referencias

BERNARDINI, L., MERCURIO, E., SHEINBAUM, D. (2018). Los retos en el acceso de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en el ámbito penal. Estudio comparativo de México y Buenos Aires. *Revista*

Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos, 2(2), pp. 51-73

CABELLO, V. (2005) "Psiquiatría forense", Bs. As., Hammurabi, tomo I.

FONTAN BALESTRA, C. (1998) Derecho Penal. Introducción y parte general. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

GOODING, P. y BENNET, T. (2018) The abolition of the insanity defense in Sweden and the United Nations Convention on the Rights of Persons with disabilities: Human Rights Brinkmanship or Evidence it does not work?. *New Criminal Law Review*, vol. 21, N° 1, <https://doi.org/10.1525/nclr.2018.21.1.141> Traducción propia.

JESCHECK, H. (1993) Tratado de derecho penal. Parte General. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Granada. Comares.

MARTINEZ SÁNCHEZ, W. A. (2009) La inimputabilidad por trastorno mental. Un estudio de su determinación a partir de la racionalidad comunicativa y la teoría de los sistemas. tesis doctoral Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. Tesis dirigida por Prof. Dr. Jesús María Silva Sánchez y Prof. Dr. Ramón Ragués i Vallés, pág. 113. Versión on line <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7319/twms.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

MERCURIO, E. (2012) Sobre *l'illusion des sosie* y la comprensión de la criminalidad del acto. *Revista de Derecho Penal y procesal Penal*, nro. 4, abril, pp. 644-649

MERCURIO, E. (2016) Personas con discapacidad intelectual en el sistema penal. Del proceso de normalización a la discriminación. *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación* 11, 101-110.

MERCURIO, E. (2016) Pobreza y discapacidad intelectual en el sistema penal: los invisibles. *Vertex. Rev. Arg. De Psiquiat.*, Vol. XXVII: 197-207

MERCURIO, E. (2021). Dificultades para la detección de personas con discapacidad intelectual y psicosocial detenidas por la policía en la Ciudad de Buenos Aires. *Revista Española de Discapacidad* 9(1), pp. 121-140

MERCURIO, E. (2021). falencias en la detección de personas con discapacidad intelectual detenidas en la Ciudad de Buenos Aires (2018-2021)" V Congreso de Ciencia Forense, 8 de octubre de 2021, Universidad Autónoma de México.

MERCURIO, E. (2021). La falta de detección de las personas con discapacidad intelectual en el ámbito de la justicia penal en Brogna, Patricia et al., "Adajus, a 10 años de su creación," *Biblioteca Digital*, consulta 29 de diciembre de 2021, <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2742>.

MERCURIO, E. (2022). La alienación mental no caducado en la legislación argentina LALEY aR/DOC/1803/2022

MERCURIO, E. & SCHWEIZER, V.A. (2013) Vientos de cambio. Comentarios en torno al proyecto de modificación del art. 34, inc. 1° del Código Penal Argentino. *Revista Derecho Penal*. Año II, N° 5. Ediciones Infojus, 259-283

MERCURIO, E. (En prensa). La incapacidad para ser juzgado y el modelo social de la discapacidad. Retos, desafíos y tensiones para el derecho penal latinoamericano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.

MINKOWITZ, T. (2014) Rethinking criminal responsibility from a critical disability perspective: the abolition of insanity/incapacity acquittals and unfitness to plead, and beyond. *Griffith Law Review* 23 (4). <https://search.informit.org/doi/10.3316/agispt.20151811> Traducción propia.

Muñoz García-Largo, L., Martí-Agustí, G., Martín-Fumadó, C., & Gómez-Durán, E. L. (2020). Intellectual disability rates among male prison inmates. *International journal of law and psychiatry*, 70, 101566. <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2020.101566>

OHMAN, L. & FANTINI, A., (2016) "Imputabilidad disminuida", *Vertex-Revista Argentina de Psiquiatría*, 127 [27] 208-212

PEAY, J. Mental incapacity and criminal liability: redrawing the fault lines?. *International Journal of Law and Psychiatry* 40 (2015), págs. 25-35. Traducción propia.

PERLIN M. (2017) "God said to Abraham/kill me a son": why the insanity defense and the incompetency status are compatible with and required by the Convention on the

Rights of Persons with disabilities and basic principles of therapeutic jurisprudence. *American Criminal Law Review*. volume 54:477. pags. 477-519. Traducción propia.

Plena Inclusión (2018). Acceso a la justicia: ajustes de procedimiento para las personas con discapacidad y del desarrollo. Plena Inclusión.

ROXIN, C. (1997) Derecho penal. Parte General. Tomo I. Traducción de la 2da. Edición alemana por Luzón Peña y otros. Madrid. Civitas.

SLOBOGIN, Christopher (2015) Eliminating mental disability as a legal criterion in deprivation of liberty cases: The impact of the Convention on the Rights of Persons with disabilities on the insanity defense, civil commitment, and competency law. *International Journal of Law and Psychiatry*, 40 (2015) 36-42. Traducción propia

ZAFFARONI, R. & ALAGIA, A. & SLOKAR, A. (2000). Buenos Aires. Ediar.

ZAZZALI, J. (2009) Introducción a la psiquiatría forense. Buenos Aires. La Roca.

La actuación de la unidad de letrados de salud mental: la defensa pública en 28 mil casos y el acceso a la justicia en las internaciones involuntarias

A atuação da unidade de advogados de saúde mental: defesa pública em 28 mil casos e acesso à justiça nas internações involuntárias

The performance of the mental health lawyers unit: public defense in 28 thousand cases and access to justice in compulsive hospitalizations

Mariano Laufer Cabrera

Abogado, UBA. Posgrado en derecho civil constitucionalizado en la Universidad de Palermo (UP). Defensor Público Coadyuvante. Coordinador de la Unidad de Letrados de Salud Mental de la Defensoría General de la Nación.

María Magdalena Pavicic

Abogada, UBA. Defensora Pública Coadyuvante en la Unidad de Letrados de Salud Mental de la Defensoría General de la Nación.

Resumen

En el presente artículo reseñamos la experiencia recabada por la Unidad de Letrados de Salud Mental de la Defensoría General de la Nación de Argentina, a 11 años de su creación, y en la prestación del servicio gratuito de defensa técnica especializada e interdisciplinaria, para que las personas con discapacidad psicosocial que atraviesan internaciones compulsivas de salud mental puedan acceder a la justicia. En particular, ahondaremos el análisis en el trabajo desarrollado -incluyendo las dificultades sorteadas ante la emergencia sanitaria generada por la pandemia de COVID-19- en intervenciones que requieren acciones específicas, entre ellas, internaciones prolongadas por problemáticas sociales y habitacionales, convergencia negativa entre competencias civiles y penales durante las internaciones involuntarias, derecho al sufragio, personas domiciliadas en extraña jurisdicción, y especiales situaciones de vulnerabilidad, tales como cuestiones de género, internaciones de personas migrantes y adultos mayores.

Palabras Clave: defensa pública. Internaciones. Salud mental. Discapacidad. Ley 26.657

Resumo

Neste artigo, revisamos a experiência acumulada pela Unidade de Advogados de Saúde Mental da Defensoria Geral da Nação Argentina, 11 (onze) anos após sua criação, e na prestação do serviço gratuito de defesa técnica especializada e interdisciplinar, para que as pessoas com deficiência psicossocial que passam por internações compulsórias de saúde mental podem ter acesso à justiça. Em particular, aprofundaremos a análise do trabalho realizado -incluindo as dificuldades enfrentadas diante da emergência sanitária gerada pela pandemia do COVID-19- em intervenções que requerem ações específicas, dentre elas, internações prolongadas por problemas sociais e habitacionais, convergência negativa entre poderes civis e penalidades em internações involuntárias, direito de voto, pessoas domiciliadas em jurisdição estrangeira e situações especiais de vulnerabilidade, como questões de gênero, internações de migrantes e idosos.

Palabras Chave: Defesa pública. Internações. Saúde mental. Incapacidade. Lei 26.657

Abstract

In this article, we review the experience gathered by the Mental Health Lawyers Unit of Argentine Public Defense Bureau, 11 years after its creation, and in the provision of the free specialized and interdisciplinary technical defense service, so that people with psychosocial disabilities who go through compulsory mental health hospitalizations can access to justice. In particular, we will deepen the analysis of the work carried out -including the difficulties faced during health emergency generated by COVID-19- in interventions that require specific actions, among them, longterm hospitalizations due to social and housing problems, negative convergence between civil and penal jurisdiction during involuntary hospitalizations, the right to vote, people domiciled in a foreign jurisdiction, and special situations of vulnerability, such as gender issues, hospitalizations of migrants and the elderly.

Keywords: Public defense. Hospitalizations. Mental health. Disability. Law 26.657

Sumario

Introducción. 1. Rol de la unidad de letrados de salud mental: conformación y abordaje. 2. Intervención ante la emergencia sanitaria generada por la pandemia del COVID-19 en argentina. 3. Intervenciones específicas: 3.1. Internaciones prolongadas por problemáticas sociales y habitacionales. 3.2. Internaciones en la Ciudad de Buenos Aires de personas domiciliadas en extraña jurisdicción. 3.3. Convergencia de competencias entre la justicia penal y la justicia civil. 3.4. Derecho al voto. 3.5. Especiales situaciones de vulnerabilidad: iones de género, adultos mayores, migrantes. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

En el presente artículo realizaremos un recorrido sobre la experiencia recabada por la Unidad de Letrados art. 22 Ley 26.657, creada en el marco de la Defensoría General de la Nación en el año 2011 para ejercer la defensa técnica de personas mayores de 18 años de edad internadas involuntariamente por motivos de salud mental y/o adicciones en el ámbito Ciudad de Buenos Aires (CABA), sin cuestionamiento de su capacidad jurídica; competencia posteriormente ampliada también a internaciones fuera de dicha jurisdicción en aquellos supuestos en los que persista transitoriamente la competencia de la justicia nacional civil. La defensa de las personas internadas involuntariamente por razones de salud mental ha sido expresamente contemplada dentro de las funciones del Ministerio Público en el art. 47 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa, 27.149¹.

El objetivo de este trabajo es contar con una herramienta para reseñar el impacto que ha tenido la creación de esta dependencia en el goce efectivo de los derechos de las personas con discapacidad psicosocial, así como también realizar desde la experiencia en la labor un diagnóstico sobre los obstáculos y desafíos que aún persisten para el pleno ejercicio de los derechos de las personas con padecimientos en su salud mental que atraviesan internaciones compulsivas.

La Ley Nacional de Salud Mental 26.657 (LNSM)², sancionada en 2010, generó un cambio de paradigma con

1 El presente artículo toma como base la reseña institucional originalmente publicada en “La experiencia de la Unidad de Letrados de Salud Mental: 5 años, 12 mil defensas, y la amplificación del derecho a ser oído en las internaciones forzosas”, Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, N° 11, Diciembre 2016, disponible en <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/publicaciones-seriadas/5213-revista-del-ministerio-publico-de-la-defensa-n-11>. En la presente actualización hemos complementado la información allí sistematizada, con la experiencia de la labor desarrollada durante los siguientes 6 años de trabajo -desde aquella publicación- así como con otros documentos y con la información pertinente de los informes anuales publicados por la Defensoría General de la Nación, en especial el “Informe Anual 2020”, pág. 113 a 117, y el “Informe Anual 2021”, pág. 94 a 99, disponibles en <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/memoria-institucional>

2 La ley 26.657 fue promulgada el 2 de diciembre de 2010 y reglamentada por Decreto 603/13, el 28 de mayo de 2013.

relación al tratamiento de la salud mental y de los derechos humanos de las personas con padecimientos mentales, garantizando no sólo un control jurisdiccional sobre las internaciones involuntarias sino también consagrando el derecho de defensa de las personas que las atraviesan. Con posterioridad, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación³ ratificó y profundizó los postulados de la LNSM en cuanto al tratamiento jurídico de situaciones que involucren a personas con padecimientos mentales, en especial en lo concerniente a las medidas internación y a las restricciones a la capacidad jurídica.

A partir de la LNSM, toda persona internada sin su consentimiento por razones de salud mental o adicciones tiene derecho a contar con un/a abogado/a que procure hacer efectivos sus deseos, preferencias, requerimientos y voluntad. Así, el art. 22 de la normativa citada dispone que: “La persona internada involuntariamente o su representante legal, tiene derecho a designar un abogado. Si no lo hiciera, el Estado debe proporcionarle uno desde el momento de la internación. El defensor podrá oponerse a la internación y solicitar la externación en cualquier momento. El juzgado deberá permitir al defensor el control de las actuaciones en todo momento”. Dicha intervención tiene como fin velar por el efectivo respeto de los derechos humanos de las personas internadas -contemplados en el art. 7 y cc. de la LNSM- y ejercer una defensa técnica eficaz, siempre en base a la voluntad expresada por quien está en situación de internación involuntaria⁴.

La Unidad de Letrados art. 22 Ley 26.657 provee asistencia jurídica gratuita, especializada y subsidiaria a personas mayores de edad internadas en forma involuntaria. Así, a través del contacto rápido y directo con el defensor/a, se materializa el derecho de toda persona internada contra su

3 El Código Civil y Comercial de la Nación fue sancionado el 1° de octubre de 2014, entrando en vigencia el 01/08/15.

4 Las competencias de la defensa técnica quedaron establecidas en un primer momento por el Decreto 603/13, reglamentario de ley 26.657. Posteriormente, la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa (27.149), en su artículo 47, delimitó las facultades de los integrantes del Ministerio Público que ejerzan la defensa prevista en el art. 22 de la ley 26.657.

voluntad a ser escuchada y a poder acceder a la justicia⁵.

A más de once años desde su creación, esta Unidad ha ejercido la defensa en casi 28.000 internaciones. Actualmente, se interviene en más de 35 establecimientos sanitarios tanto del sector público como privado (hospitales monovalentes y generales, clínicas psiquiátricas, sanatorios privados, comunidades terapéuticas, geriátricos, gerontopsiquiátricos, y otros dispositivos). No obstante el tiempo transcurrido desde la sanción de la LNSM, que en sus artículos 27 y 28 plasmó el compromiso estatal para sustituir las internaciones en instituciones psiquiátricas monovalentes con el objetivo de crear un sistema de atención comunitaria de la salud mental, conforme al último relevamiento realizado por esta dependencia -años 2020/2021-, el 62% de las internaciones correspondientes al sector público pertenecen a los hospitales monovalentes y el 38% a hospitales generales.⁶

A lo largo de este trabajo se desarrollará el abordaje realizado por la defensa, haciendo hincapié en las situaciones de intervención específicas. Particularmente nos detendremos sobre intervenciones realizadas en el contexto de la emergencias sanitaria generada por la pandemia del COVID-19 en Argentina, internaciones prolongadas por problemáticas sociales y habitacionales, dificultades para el tratamiento por salud mental en el ámbito comunitario ante internaciones en extraña jurisdicción, convergencia de competencias entre la justicia penal y la justicia civil, derecho al sufragio de personas internadas compulsivamente y especiales situaciones de vulnerabilidad (en especial, cuestiones de género,

adultos mayores, migrantes); para finalizar con un balance respecto de los resultados de nuestra actuación y desafíos a enfrentar.

1. Rol de la Unidad de letrados de salud mental: conformación y abordaje

La Unidad se encuentra conformada por abogados y abogadas y un equipo interdisciplinario integrado por profesionales de psicología, psiquiatría y trabajo social. La presencia de la interdisciplina no es azarosa, sino que responde a reconocer que el discurso jurídico resulta insuficiente para enfocar las intervenciones en salud mental (LNSM, art. 3)⁷. Ello resulta concordante con las reglas 41 y 64 de las '100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad'. Específicamente, la regla 41 destaca la importancia de los equipos multidisciplinares, para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia de una persona en condición de vulnerabilidad; mientras que la regla 64 dispone la "asistencia por personal especializado (profesionales en Psicología, Trabajo Social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios)".

Y es que, la presencia de diversas disciplinas genera nuevas miradas y posibilidades de abordaje, además de resultar necesaria para la efectiva comprensión integral de la problemática que atraviesa la persona internada. El apoyo de un equipo interdisciplinario deviene así un requisito relevante e indispensable para una defensa técnica especializada, logrando su consagración normativa definitiva en la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa 27149 (art. 47 inc. h), y en el propio Código Civil y Comercial de la Nación (art. 31, inc. c).

La inmediatez en el abordaje es una de las premisas del modelo de intervención. A partir de la LNSM y de su decreto reglamentario, cada vez que se indica y concreta una internación involuntaria, las instituciones de salud se encuentran compelidas a informar dicha circunstancia de

5 Para más información sobre esta temática, consultar BARCALA, Alejandra, CAPURRO ROBLES, Facundo, y LAUFER CABRERA, Mariano. 2014. "Unidad de Letrados Artículo 22, Ley 26.657, Defensoría General de la Nación". En *Prácticas Inclusivas en Salud Mental y Adicciones con enfoque de Derechos Humanos*; p. 237-244, Bs. As.: Ed. INADI. O también ver BARCALA, Alejandra, y LAUFER CABRERA, Mariano. 2015. "La Ley Nacional de Salud Mental y su enfoque de derechos humanos: la interdisciplina y el nuevo rol de la defensa pública". En *Determinantes de la Salud Mental en Ciencias Sociales. Actores, conceptualizaciones, políticas y prácticas en el marco de la Ley 26.657*, p. 79-87 Bs As.: Ed. Facultad Ciencias Sociales UBA.

6 "Informe Anual 2021", Op. Cit. 1

7 Ello, conforme la definición ampliada de la salud mental, conforme lo dispone el art. 3 LNSM: "En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, 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...".

inmediato al juzgado competente, al Órgano de Revisión de Salud Mental, y a la Unidad de Letrados de la DGN. En efecto, la inmediatez como premisa a partir de la cual se aborda el trabajo de la Unidad es posible toda vez que la mayoría de las notificaciones de internación involuntaria provienen directamente de los establecimientos de salud; mientras que en un pequeño porcentaje son comunicadas únicamente desde los juzgados.

Recibida la comunicación, la Unidad encomienda a un abogado/a la defensa técnica para que, en los días subsiguientes, concurra al establecimiento sanitario a conocer la situación integral de la persona defendida y tomar contacto directo con ella, debiendo a tales fines ingresar al lugar de internación, relevar la historia clínica, velar por el cumplimiento de las condiciones generales de internación y alojamiento, y correlativos derechos del paciente, dialogar con los profesionales tratantes, y mantener una entrevista privada y confidencial con la persona defendida (claro está, siempre que se encuentre en condiciones para ello). En el primer encuentro se explicitan las funciones y atribuciones de la defensa técnica, proporcionándose datos de contacto.

La voluntad de la persona internada es el mandato que intenta hacerse efectivo desde la defensa. Siendo menester que el curso de acción sea consensuado con la persona internada -como sujeto de derechos y no objeto de protección-, quien será directamente afectada por la estrategia que se despliegue.

Así, se incorpora al abordaje terapéutico y al expediente judicial la voz activa de la persona con padecimiento psíquico. Si bien esto parece elemental, con anterioridad a la sanción de la LNSM, la participación de toda persona capaz en su tratamiento de salud mental se encontraba subsumida -en general- a factores externos, como indicaciones y opiniones del equipo tratante, demandas familiares y disponibilidad de recursos.

El contacto directo y continuo de la defensa técnica con la persona defendida en la institución no sólo implica oír su palabra, canalizar sus peticiones y preferencias con la mayor celeridad y eficacia posible (preferencias que pueden verse modificadas a lo largo de la internación). También, interpela las prácticas de los servicios de salud mental. Por ese motivo, la búsqueda de un vínculo fluido con los equipos de salud es una pieza central del modelo

de intervención, dado que precisamente quienes tienen a su cargo el tratamiento son quienes pueden dar una respuesta más rápida y efectiva a los requerimientos de las personas defendidas, sin que deba trasladarse cada cuestión al Juzgado a cargo del control de la internación.

La mayoría de las peticiones de personas defendidas se logran responder de manera extrajudicial, gracias a la presencia periódica de los/as integrantes de la Unidad en los establecimientos de internación, quienes canalizan consultas y peticiones concretas concernientes a las condiciones de internación, e impulsan la gestión de derivaciones y/u obtención de otros dispositivos de tratamiento en inclusión comunitaria y territorial, en cooperación con familiares, organizaciones y equipos sanitarios, lo que resulta esencial para prevenir la institucionalización.

Tras el contacto directo con las personas defendidas, y para aquellos casos en los que las gestiones en la institución de salud no puedan brindar una solución, el equipo de defensa se aboca a la canalización de las demandas por vía judicial. Habida cuenta de que los tiempos judiciales siempre serán más laxos que la inmediatez del equipo tratante, se maneja esta opción cuando las posibilidades de acuerdo con estos últimos hayan sido infructuosas, o bien cuando, por distintos motivos, la comunicación se hubiera visto impedida.

En la gran mayoría de los casos, se plantean a los profesionales tratantes las peticiones de la persona defendida para que, en lo posible, de cumplimiento al derecho de toda persona a tomar decisiones respecto de su tratamiento. Al encontrar fundamento jurídico e interlocutor profesional, la voz de la persona internada pasa a ser valorada de otra manera por la institución sanitaria.

Por otro lado, cuando se constatan abordajes que restringen derechos, se realizan actos defensivos propiamente dichos en las sedes de las instituciones. Por ejemplo, si la institución pretende aplicar tratamientos alteradores e irreversibles sin el consentimiento de la persona, ante contenciones físicas o existencia de cuartos de aislamiento, abuso de medicación, prohibición de contactos con familiares y allegados, negación de permisos de salida, falta de condiciones mínimas de seguridad y habitabilidad en las instalaciones. En estos casos se hace saber al efector y al juzgado interviniente la voluntad de

la persona defendida y su disconformidad con el abordaje implementado; solicitando se expliciten los fundamentos terapéuticos de la medida adoptada, y su cese cuando no se encuentra debidamente justificada. Se exige el cumplimiento de estándares establecidos por el marco normativo vigente y la adopción de todos los controles requeridos, con informes y reevaluación periódica. Es habitual en estos casos solicitar la intervención del equipo interdisciplinario de la Unidad de Letrados.

Como fuera expuesto, son múltiples las acciones judiciales y extrajudiciales encaradas por la defensa desde que se toma conocimiento de la internación forzosa, según las necesidades y urgencias de cada caso en concreto, entre ellas: ingreso a los establecimientos en los cuales se realicen internaciones por cuestiones de salud mental sin necesidad de autorización previa por parte de los efectores de salud ni de ninguna otra autoridad; presentaciones judiciales y/o extrajudiciales, respetando en todo momento los deseos y las preferencias de la persona internada (cf. art. 12.4 y 13 de la CDPD), pudiendo labrarse actas en donde conste la voluntad de los usuarios defendidos cuando ello fuere necesario de acuerdo a la estrategia de defensa planteada; comunicación con defendidos en cualquier momento, en forma visual, personal, telefónica, medios digitales, o a través de los equipos interdisciplinarios para mantener entrevistas individuales o grupales, en un ámbito de privacidad y confidencialidad que facilite la libre expresión de las personas defendidas; intervención activa, en todo momento, en el efectivo control de las condiciones de internación; oposición a la internación, solicitudes de externación, requerimientos de mejoras en las condiciones de internación y tratamiento; y velar por que las condiciones generales de la internación respeten los estándares mínimos exigidas por la legislación.

Cabe destacar que en la mayoría de los casos, las internaciones involuntarias cesaron principalmente por acciones y acuerdos de externación formulados extrajudicialmente. Otros supuestos de cese de la internación forzosa se logran mediante internaciones que adquieren carácter voluntario, por cesar la situación de riesgo cierto e inminente y por alcanzarse la posibilidad del consentimiento informado de la persona; o por traslados a dispositivos terapéuticos y/o habitacionales menos restrictivos de la libertad ambulatoria.

Por otra parte, consideramos que resulta de gran utilidad la formulación de acuerdos de intervención y articulaciones interinstitucionales, situaciones que en la práctica pueden impactar en las estrategias de egreso que se trabajan. A lo largo de nuestra labor, se han realizado articulaciones específicas con diferentes organismos: la Agencia Nacional de Discapacidad (ANDIS), el Programa Federal Incluir Salud, la Oficina de Derechos Humanos y Salud Mental de la Asesoría General Tutelar (AGT), la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS), el Registro Nacional de las Personas (RENAPER), Programa de Atención Médico Integral (PAMI), Administración Nacional de Seguridad Social (ANSES), Ministerio de Trabajo, Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidades de la Nación, Defensoría del Pueblo de la CABA, entre tantos otros. En igual sentido, tanto a los fines consultivos como de intervención, se ha trabajado dentro del ministerio con otros programas y comisiones, tales como, Defensoría Públicas Oficiales civiles y penales, Comisión sobre Temáticas de Género, Comisión del Migrantes, Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio, Programa sobre Temáticas de Salud, Discapacidad y Adultos Mayores, Programa contra la Violencia Institucional, Órgano de Revisión de Salud Mental, Defensorías Públicas Curadurías y Defensorías de Menores e Incapaces.

2. Intervenciones ante la emergencia sanitaria generada por la pandemia del COVID-19 en argentina

Durante la situación de emergencia sanitaria por motivo de la pandemia por COVID-19, se realizaron múltiples esfuerzos a los fines de garantizar la continuidad y calidad del servicio de defensa pública a través de distintas estrategias de intervención.⁸ Se ejerció la defensa técnica de personas internadas involuntariamente de forma ininterrumpida, de

⁸ En el sitio oficial del MPD se ha publicado información sobre el trabajo de las unidades de letrados durante el ASPO, que se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/noticias-feed/4980-las-unidades-de-letrados-de-salud-mental-continuan-ejerciendo-la-defensa-de-personas-internadas-durante-el-aislamiento-obligatorio> (consultado el 02/09/2022).

manera remota, a través de comunicaciones telefónicas, por video llamada y/o medios virtuales, tanto con personas defendidas como con familiares, allegados, equipos tratantes, organismos y otras instituciones intervinientes, entre otros múltiples actores.

Los canales de comunicación de la Unidad se mantuvieron abiertos y fueron publicitados y dados a conocer a las personas defendidas, establecimientos de internación, juzgados y demás organismos pertinentes. Las líneas telefónicas habituales de la oficina se vincularon a un celular institucional para recibir llamados y mensajes de WhatsApp. Además, se contó con las casillas de correo electrónico institucional de la dependencia, y adicionalmente de cada defensor/a, así como de los integrantes del equipo interdisciplinario de apoyo, para recibir comunicaciones referidas a las situaciones de internación.

Sin perjuicio de las restricciones generales a la circulación y visitas presenciales dispuestas en el país a partir del 16/03/20, y en el propio poder judicial y Ministerio Público, el 04/6/2020 se comenzó a combinar un sistema mixto, remoto prioritariamente, pero también sumando visitas presenciales excepcionales por parte del personal letrado y del equipo técnico interdisciplinario de la dependencia, a fin de tomar contacto personal con las personas defendidas, en situaciones puntuales.

La presencia de la defensa fue garantizándose de manera progresiva durante este período, de acuerdo con la evolución de la situación epidemiológica y con un estricto cumplimiento de los protocolos sanitarios respectivos. Así, de manera coordinada con las instituciones, los encuentros se llevaron a cabo en espacios determinados donde pudieran cumplirse las medidas del protocolo sanitario, pasando al ingreso por una zona de *triage*, con control de temperatura, mantenimiento de las distancias y uso de barbijos y mascarillas. En efecto, se han concretado desde el inicio de la pandemia más de 950 visitas presenciales a establecimientos sanitarios y un aproximado de 5200 entrevistas personales presenciales de personas internadas en sus lugares de alojamiento⁹.

También, como parte de la labor desempeñada, se

mantuvieron reuniones interinstitucionales y audiencias judiciales a través de plataformas virtuales. Asimismo, se realizaron múltiples peticiones judiciales y extrajudiciales pertinentes a cada caso ante juzgados civiles que controlan internaciones, autoridades gubernamentales, efectores sanitarios, organismos e instituciones a través de los sistemas informáticos y correos institucionales correspondientes (incluyendo comunicaciones formalmente cursadas a la Secretaría Ejecutiva del Órgano de Revisión).

Como resultado, entre otros, se obtuvieron intimaciones judiciales dirigidas a los establecimientos sanitarios para que garanticen la comunicación entre las personas usuarias y sus familiares y allegados, y la defensa técnica en un marco adecuado de privacidad e intimidad, vía teléfonos fijos y celulares; requerimientos a efectores sanitarios y autoridades de gobierno para que adopten medidas de prevención y cuidado extraordinarias en atención a la pandemia de COVID-19, como la realización de testeos diagnósticos en casos sospechosos y la provisión de elementos de limpieza, higiene y cuidado para personas internadas, referentes familiares y afectivos que acompañan el ingreso; declaración de responsabilidad de organismos gubernamentales en la provisión de vacantes en dispositivos de alojamientos (hogares para tercera edad, hogares para mujeres con problemáticas de salud mental y sus hijos/as); órdenes judiciales para que diversas entidades bancarias emitan y remitan las tarjetas de débito a los hospitales para que las personas internadas puedan cobrar sus pensiones por cajero (con entrega personal y con la protección para prevención covid); órdenes judiciales de afiliaciones (obras sociales, PAMI, monotributistas, etc.); órdenes judiciales para el otorgamiento de prestaciones sociales por parte del gobierno (en particular, beneficios sociales tales como, tarjetas alimentarios y subsidios habitacionales); órdenes judiciales para que los organismos gubernamentales pertinentes procedan al pago de pensiones; entre otras.

Específicamente, se realizaron gestiones -extrajudiciales y judiciales- a fin de promover la pronta inmunización de las personas internadas de manera involuntaria en establecimientos de salud mental, mediante la aplicación de vacunas contra el COVID-19. En esta línea, se concretaron articulaciones con el Órgano de Revisión Nacional de Salud Mental y consultas con distintas áreas del Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad de Buenos

⁹ Relevamiento desde el 19/03/2020 al 01/09/2022.

Aires. En especial, cabe destacar que desde la coordinación de esta Unidad se realizó una presentación colectiva ante el Tribunal de Superintendencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a fin de requerir la adopción de medidas necesarias para impulsar lo antes posible el proceso de inmunización colectivo, mediante la aplicación de vacunas contra el COVID-19, a las personas internadas involuntariamente por motivos de salud mental, y de conformidad con su voluntad individual. En la petición se tomó en consideración que “las personas con padecimiento psíquico internadas en efectores de salud mental se encuentran en una situación de vulnerabilidad psicosocial, actualmente agravada por la pandemia por COVID-19”. En tal sentido, sostuvo que los Estados se encuentran obligados a priorizar las acciones de prevención y la atención sanitaria dirigida a los grupos de mayor riesgo. Como resultado, la justicia civil de segunda instancia requirió a los Ministerios de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) y de la Nación arbitrar los medios necesarios para inmunizar contra el COVID-19 a todas las personas internadas involuntariamente por motivos de salud mental en CABA, tanto en el sector público como en el privado, salvo indicación médica en contrario en el caso concreto, o cuando medie negativa de la persona interesada.

Previamente, se había obtenido también una resolución colectiva del Tribunal de Superintendencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por la que se solicitó al Ministerio de Salud y a la Dirección de Salud Mental de GCBA que informaran los resultados de los testeos de todas las personas internadas en los Hospitales monovalentes -Borda, Moyano, Tobar García y Alvear-; nómina de personas contagiadas, individualizados por nombre, apellido, DNI y juzgado a cargo de controlar la internación. Asimismo, se requirió que informen las medidas adoptadas para garantizar a las personas internadas en dichos nosocomios su derecho a la comunicación con allegados; y especialmente con operadores del sistema de justicia; y si contaban con un plan para implementar a corto y mediano plazo, externaciones sustentables con apoyo, a domicilios propios o de familiares.

Por otro lado, junto con el Programa sobre Temáticas de Salud, Discapacidad y Adultos Mayores de este Ministerio, se articuló con ANDIS la gestión y renovación del certificado único de discapacidad (CUD) en favor de personas internadas involuntariamente, logrando

ajustes razonables en el proceso para facilitar tanto la entrega virtual de la documentación como entrevistas de evaluación por parte de la junta médica a distancia por medios electrónicos; ajustes que han resultando fundamentales particularmente durante el periodo de aislamiento social preventivo y obligatorio.

3. Intervenciones específicas

3.1. Internaciones prolongadas por problemáticas sociales y habitacionales

Como problemática estructural, preocupa la persistencia de internaciones prolongadas principalmente en hospitales monovalentes del sector público por obstáculos económicos, habitacionales y sociales (cf. artículos 15 y 18 LNSM). Se trata de una dificultad que se mantiene en el tiempo e incide en la actuación de la defensa. Estas internaciones prolongadas, muchas veces superiores al año de duración y que se extienden por varios años o incluso décadas en ciertos casos, se concentran mayoritariamente en los tres grandes hospitales psiquiátricos de la CABA (Hospitales Borda, Moyano y Htal. Alvear).

Comúnmente se hace referencia a este grupo como ‘pacientes sociales’, es decir, personas que pudieron ingresar a la internación por una crisis de salud mental pero que, al compensarse del cuadro agudo, permanecieron en los nosocomios, sin riesgo cierto e inminente, debido a su alta vulnerabilidad socioeconómica y falta de acceso a recursos básicos (vivienda, empleo, cobertura sanitaria y/o social). Entonces, por carencia de apoyos y lazos suficientes de índole familiar, social, comunitario, del respaldo estatal y de políticas públicas suficientes (falta de creación de dispositivos comunitarios tales como casas de medio camino, acompañantes terapéuticos, residencias protegidas, módulos de integración comunitaria, etc.), se ha prolongado su internación en dichas instituciones¹⁰, sumando problemas adicionales de pérdida de

¹⁰ En la misma línea se ha expedido el Órgano de Revisión de Salud Mental en la temática: Además, constatamos que los dispositivos de atención intermedios como casas de medio camino, servicios de atención domiciliaria supervisada u otros dispositivos de apoyo son absolutamente deficitarios y ello conlleva la prolongación innecesaria de las internaciones. Cfr. Resolución SE N° 2/2020 “A diez años de la Ley Nacional de Salud Mental: Posicionamiento del Órgano de Revisión de Salud Mental”, disponible en <https://www.mpd.gov.ar/pdf/RESO10ORN.pdf>

autonomía y otros efectos no deseados producto de la institucionalización prolongada.

Es dable señalar que la LNSM prohíbe expresamente la permanencia en instituciones por motivos sociales y exige al equipo tratante un rol activo en la búsqueda de un dispositivo que pueda brindar un marco adecuado de contención en el momento del alta. Específicamente, el artículo 15 de la LNSM dispone que “en ningún caso la internación puede ser (...) prolongada para resolver problemáticas sociales o de vivienda, para lo cual el Estado debe proveer los recursos adecuados a través de los organismos públicos competentes”; y el art. 18 de la normativa citada reza que “...en caso de que la prolongación de la internación fuese por problemáticas de orden social, el juez deberá ordenar al órgano administrativo correspondiente la inclusión en programas sociales y dispositivos específicos y la externación a la mayor brevedad posible, comunicando dicha situación al Órgano de Revisión”.

Resulta innegable lo perjudicial de mantener una hospitalización a largo plazo, la que no sólo puede acentuar el deterioro y la cronicidad del padecimiento mental, sino que también impacta negativamente en todos los aspectos de la vida de una persona: su recuperación temprana, su proyecto de vida, su dignidad, su libertad y su integración comunitaria. Y es que, “Al ser separadas de la sociedad, las personas pierden los lazos que las unen a su familia, amigos y comunidades de referencia. Las personas quedan sometidas al régimen custodial de las instituciones psiquiátricas, y pierden habilidades de vida esenciales que necesitan para sobrevivir en comunidad, lo que impide su rehabilitación”¹¹.

En la práctica, advertimos durante nuestra intervención que en algunos establecimientos de internación persiste la idea de que las personas con padecimiento en su salud mental pueden residir en hospitales, particularmente si se trata de personas que llevan años de institucionalización y no cuentan con familias continentales. Como consecuencia, se omite el diseño de estrategias adecuadas de egreso, obviándose también acciones positivas para promover su autonomía.

11 (Derechos Humanos y Salud Mental. Vidas Arrasadas. La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos. CELS. Siglo XXI editores, pág. 12).

Cabe graficar lo explicitado precedentemente con algunos datos cuantitativos. Así, conforme los datos arrojados por el Primer Censo Nacional de Personas Internadas por Motivos de Salud Mental (2019)¹², todavía habría en Argentina más de 12.000 personas internadas con un promedio de duración de 8,2 años y una mediana de 2; y seis de cada diez personas permanecen internadas un año o más.

Como corolario, creemos que la labor de la Unidad ha generado cierto impacto en el marco de internaciones prolongadas por problemáticas sociales -amén de los obstáculos que aún persisten, particularmente ante la falta de políticas públicas para contrarrestar el déficit de recursos sociosanitarios para la atención de este grupo-, visibilizando la problemática e impulsando judicialmente en cada caso en concreto medidas y peticiones de recursos, instando a su vez a la actividad jurisdiccional activa y oportuna. Específicamente, se requiere a los juzgados encargados del contralor la calificación expresa de estas internaciones como ‘internaciones voluntarias prolongadas por problemáticas sociales’ (cfr. arts. 15 y 18 LNSM), propendiendo así a la asunción de un rol judicial procesal de oficio que se oriente a exigir al Estado como garante del servicio de salud -y otros organismos, tales como obras sociales- que provea los recursos sociosanitarios adecuados a través de los organismos competentes y promueva simultáneamente la necesaria intervención activa del Órgano de Revisión Nacional Ley (art. 7 h, LNSM), acompañándose para tales fines una evaluación interdisciplinaria confeccionada por el equipo técnico de la dependencia, que describa la situación de internación prolongada y sugerencias para la concreción de un egreso sustentable.¹³

3.2. Dificultades ante internaciones en la CABA de personas con domicilio en extraña jurisdicción

En los últimos relevamientos se ha advertido que un

12 Disponible en: <https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2020-01/primer-censo-nacional-personas-internadas-por-motivos-de-salud-mental-2019.pdf>

13 El criterio de los juzgados ante estos casos es aún diverso y no consolidado en una línea doctrinaria uniforme, por cuanto tradicionalmente se tendió a considerar que solo había dos tipos de internaciones (voluntarias o involuntarias), y no se visualizó la existencia de esta tercera categoría legal y la consecuente necesidad de mayor actividad jurisdiccional de estos casos que presentan mayor vulnerabilidad.

porcentaje relevante de intervenciones corresponden a personas con domicilio en la provincia de Buenos Aires (PBA), cursando internaciones en la CABA, lo que en la práctica puede generar mayor aislamiento de la persona internada con sus vínculos afectivos y comunitarios.

Ello debe ser advertido desde el momento en que se produce la internación, considerando también que para alcanzar una externación oportuna y sustentable resultará necesario garantizar la continuidad del tratamiento al alta en su ámbito comunitario, lo que impactará en la adherencia y sostenimiento de dicho tratamiento: así las personas que deben atravesar largas distancias para acceder a tratamientos ambulatorios tienen una mayor probabilidad de abandono.

Desde la creación de la Unidad se ha dado especial relevancia a la búsqueda activa de recursos en salud mental dentro del ámbito comunitario de las personas defendidas, de conformidad con el artículo 7 inciso d y artículo 30 LNSM, de acuerdo con su voluntad y preferencias. A tales fines, se impulsan de manera judicial y extrajudicial derivaciones y altas, articulando con familiares y allegados, coberturas de salud y/o distintos organismos estatales (tales como órganos provinciales de revisión LNSM, direcciones o áreas de discapacidad, salud mental y adicciones, entre otros).

Creemos que resulta fundamental entablar y sostener canales de comunicación con los organismos locales correspondientes para el armado de proyectos de externación oportunos, duraderos y sustentables. En este sentido, se han concretado reuniones de articulación con la Dirección Provincial de Salud Mental y Consumos Problemáticos, con el área de Acceso a Derechos e Inclusión del Ministerio de Salud y con integrantes de distintas regiones sanitarias y de Centros de Atención Primaria de la Provincia de Buenos Aires a fin de colaborar con la obtención de recursos cercanos a los lugares de residencia de personas defendidas y programas de ayuda para familiares.

3.3. Convergencia de competencias entre la justicia penal y la justicia civil

Otra problemática específica que cabe reseñar es la convergencia entre los conflictos negativos de competencia entre los juzgados civiles y penales ante la disposición de medidas de seguridad o alojamiento de personas en

el dispositivo Programa Interministerial de Salud Mental Argentina (PRISMA), del Servicio Penitenciario Federal (SPF). Cuando la persona imputada en el marco de una causa penal es declarada inimputable y, al mismo tiempo, se evalúa una situación de peligrosidad o riesgo cierto e inminente por salud mental, la mayoría de los juzgados penales con los que se ha tomado contacto adoptan el criterio en torno a que la internación (involuntaria) consecuente se produzca en un hospital (ordenando el traslado respectivo desde el lugar de detención hacia el nosocomio), y que la justicia civil sea quien ejerza su control jurisdiccional, bajo el encuadre de la LNSM.

Sin embargo, en otros casos, los juzgados penales imponen medidas de seguridad para ser cumplidas en el ámbito penitenciario (PRISMA) o en efectores sanitarios, y cesan abruptamente su intervención en el caso, poniendo el control de dicha medida de coerción penal en cabeza de la justicia civil nacional, incluso sin disponer que el SPF efectúe el traslado de la persona a un hospital.

Al respecto, cabe tener presente que, tal como sostiene la doctrina especializada, la concepción tradicional del art. 34 inc.) 1 del Código Penal y la imposición de medidas de seguridad resultan en crisis respecto de los estándares jurídicos vigentes, al enmarcarse en un 'modelo médico positivista que puso su atención en la anormalidad de la persona que era absuelta de la comisión de un delito por padecer una enfermedad mental y que, en consecuencia, debía ser privada de libertad no sólo en miras a su propia rehabilitación o curación, sino también de cara a neutralizar la peligrosidad para sí o para terceros que desde la psiquiatría se entendía posible de demostrar y conjurar'¹⁴.

Al respecto, el Órgano de Revisión de Salud Mental ha concluido que el alojamiento en prisión de las de las personas con discapacidad psicosocial o intelectual declaradas inimputables resulta contrario a las normas y

¹⁴ HEGGLIN, F. Las medidas de seguridad en el sistema penal argentino: su contradicción con principios fundamentales del Derecho penal y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Inimputabilidad y Medidas de Seguridad a Debate: reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad. Documenta, Análisis y acción para la justicia social. Ubijus Editorial S.A. de C.V. 2017, ps. 46.

estándares jurídicos vigentes y que tanto el ordenamiento nacional como internacional de derechos humanos ya no respalda el criterio de 'peligrosidad' sostenido históricamente para justificar la aplicación de las medidas de seguridad. El único fundamento válido para disponer una privación de libertad por razones de salud mental es el 'riesgo cierto e inminente', definido por la LNSM y su decreto reglamentario, el cual debe determinarse en base a una evaluación interdisciplinaria¹⁵.

Esas decisiones han causado diversos problemas en el ejercicio del control de la internación, sobre la base de declaraciones de incompetencia material y territorial, renuencia para autorizar salidas terapéuticas y altas, duplicidad de jurisdicciones con diferencias de criterios, confusión en los efectores sanitarios y en los equipos, falta de órdenes claras al SPF, situaciones de indefinición respecto de traslados, etc. En estos supuestos problemáticos, desde la Unidad procede a la urgente articulación con las defensorías penales preintervinientes para la adopción de medidas de corrección de la situación, agotamiento de vías recursivas y solicitud de medidas precautorias de oficio a los jueces civiles, para lograr lo antes posible una situación de certidumbre jurídica para estas personas que las ponga en pie de igualdad con el resto de los defendidos internados por motivos de salud mental.

3.4. Derecho al voto

Desde la Unidad se impulsan diversas acciones con el objetivo de visibilizar la importancia del derecho al sufragio por parte de las personas internadas involuntariamente, y lograr que la mayor cantidad posible -siempre que ello resulte conteste a su voluntad- pueda efectivamente ejercer su derecho ante un acto eleccionario¹⁶.

15 Informe de Gestión Órgano de Revisión de Salud Mental Año 2016 disponible en https://www.mpd.gov.ar/pdf/saludmental/INFORME%20ANUAL%20ORN_2016_PDF.pdf

16 Para más información sobre el trabajo de la Unidad de Letrados de salud Mental de la DGN sobre la temática de derecho al voto, consultar "Manual de Buenas Prácticas en el acceso a la justicia para garantizar el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial", elaborado por la DGN, Ed. Programa EUROsocial, Madrid, 2014, pág. 127-139, disponible en <http://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/032%20manual%20dcho%20voto.pdf>. También sobre el posicionamiento del Órgano de Revisión de Salud Mental en la temática,

Se pretende así asegurar que las personas internadas puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública, y hacer valer su condición de sujetos de derecho en el proceso de toma de decisiones, máxime considerando -como fuera expuesto precedentemente- que una gran cantidad de usuarios permanecen internados por problemáticas socio-habitacionales y no por un padecimiento agudo en su salud mental que pudiere imposibilitar transitoriamente su participación en los actos eleccionarios.

En parte, ello se debe a que diversas modificaciones normativas habilitaron a ejercer el derecho al sufragio activo a las personas internadas a causa de un padecimiento mental¹⁷.

Las gestiones que emprendemos desde la Unidad respecto de la temática incluyen por un lado, acciones de promoción de derechos, tales como participación en talleres, campañas y capacitaciones para personas internadas y profesionales de los equipos de salud en los hospitales, intervención en simulacros del ejercicio del voto, información a asociaciones de personas con discapacidad psicosocial, organizaciones no gubernamentales y colectivos de personas con discapacidad, y áreas de servicio social de los establecimientos. Por otro lado, se encaran labores específicas, entre ellas, remisión de oficios dirigidos a establecimientos en donde ejercemos la defensa técnica de personas internadas involuntariamente a fin de solicitar que arbitren las medidas necesarias tendientes a hacer efectivo el derecho al voto de las personas defendidas (entre ellas, revisar documentación personal que habilite al ejercicio de voto y estado de empadronamiento, brindar información sobre el proceso, contacto con los familiares y allegados,

consultas Res. SE ORSM N° 2/2021 "Documento sobre derecho al voto de las personas internadas en establecimientos de salud mental", disponible en: https://www.mpd.gov.ar/pdf/Resolucion_SE_02_2021_Recomendacion_derecho_a_voto.pdf

17 Entre la normativa aplicable a la temática puede citarse: el art. 3 del Código Nacional Electoral (modificado por ley 26.571); art. 37 de la Constitución Nacional, arts. 3 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); arts. 1, 2, 3 incs. a), b), c), d), e) y f), 4 incs. a), b), c) y d), 5, 9, 12, 19, 29 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD); artículos, 5, 7 incs. i), j), l), n) de la Ley 26.657 (LNSM) y Dto. PEN 603/13.

recabar la voluntad de las personas internadas), solicitudes concretas a instituciones sanitarias requiriendo información sobre las acciones efectivamente emprendidas para la viabilización de este derecho. A su vez, en los casos que sea menester, se realizan peticiones concretas ante los juzgados a cargo del control de las internaciones.

Cabe reseñar que en algunos actos eleccionarios integrantes de la Unidad brindaron acompañamiento personal y asesoramiento jurídico a nuestros defendidos el día de las votaciones, en articulación y cooperación con otros organismos estatales, como la Defensoría del Pueblo de la CABA, el Órgano de Revisión de Salud Mental y el Ex Consejo Nacional de las Mujeres. Ello, a modo de ajuste, a efectos de sortear los obstáculos que pudieran afectar a las personas internadas para el traslado y acompañamiento hacia los establecimientos de votación cuando no contaban con redes sociofamiliares de apoyo.

Si bien dichas acciones fueron provechosas, consideramos que es necesario reforzarlas a los fines de continuar visibilizando las dificultades y obstáculos que persisten, y promover el efectivo ejercicio del derecho al voto de las personas internadas involuntariamente por razones de salud mental.

3.5. Especiales situaciones de vulnerabilidad: cuestiones de género, adultos mayores y migrantes

La situación de vulnerabilidad de las personas que cursan internaciones por motivos de salud mental no solo responde a la internación; sino que, en muchas ocasiones, se profundiza por otros factores de vulnerabilidad, creando escenarios de profunda complejidad en la vida de las personas asistidas. Así, cabe reseñar algunas situaciones especiales que requieren un abordaje específico e integral por parte de la defensa pública; incluyendo la coordinación con diferentes programas y comisiones de la DGN y de otros organismos estatales.

Cuestiones de Género

La Unidad actúa ante un amplio marco de situaciones en las que la internación involuntaria por salud mental se entrecruza con cuestiones de género, entre ellas, la violencia contra las mujeres en el ámbito intrafamiliar, la separación de mujeres que atraviesan internaciones de sus hijas/os, defensa técnica de personas del colectivo LGBTIQ+.

En los casos en los que la internación involuntaria por salud mental se encuentra atravesada por situaciones de violencia de género, se interviene de manera articulada con los equipos de salud acerca de cómo vehicular denuncias y otras acciones. Asimismo, se asesora a las mujeres defendidas sobre sus derechos, y se trabaja de manera coordinada con el Patrocinio Jurídico Gratuito para Víctimas de Violencia de Género de la DGN, con la Dirección General de Acompañamiento y Orientación y Protección a las Víctimas (DOVIC) y la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM), ambas de la Procuración General de la Nación. También se ha articulado el accionar con organismos específicos de la administración pública (Nación, CABA y PBA) para derivaciones, adopción de medidas y prestación de patrocinio, en la jurisdicción de que se trate.

Es habitual, por otra parte canalizar consultas y solicitar el asesoramiento especializado en casos particulares ante la Comisión sobre Temáticas de Género de la DGN.

En los casos de mujeres internadas que refieren haber sido víctimas de abusos sexuales, se constata como primera medida que desde el establecimiento sanitario se de inmediato cumplimiento con el 'Protocolo para Atención Integral de Personas Víctimas de Violaciones Sexuales' del Ministerio de Salud de la Nación¹⁸, incluyendo la profilaxis correspondiente y la posibilidad de radicación de la denuncia respectiva. Se destaca la necesidad de priorizar la presencia de personal femenino en las instituciones que alojan mujeres víctimas de violencia, especialmente de violencia sexual.

Existen también otros supuestos vinculados a la problemática de género, en los que se pone en juego el derecho de las mujeres a la maternidad y el derecho de las infancias a la preservación de la vida familiar. La internación por salud mental de una mujer que es madre o que atraviesa el embarazo puede tener como correlato, en algunos casos, la futura separación y/o institucionalización transitoria de sus hijos o hijas. El bienestar de estos niños/as y la consolidación y preservación o restitución del vínculo materno-filial se convierte muchas veces en una preocupación central de la mujer internada. En

¹⁸ Resolución N° 2003/2021 del Ministerio de Salud de la Nación.

estos casos, resulta indispensable la articulación con los organismos competentes para que se contemplen los derechos de las asistidas y su voluntad de crianza, y que se favorezca el contacto inmediato y frecuente de la madre con sus hijo/as, así como mecanismos de revinculación mientras dure la internación.

Observamos con preocupación las decisiones de los organismos administrativos de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, y de operadores judiciales sobre separación de hijos/as, sobre la base de estereotipos que niegan cualquier capacidad de materner a mujeres con discapacidad psicosocial y/o padecimientos de salud mental. En igual sentido, persisten dificultades para garantizar el contacto materno-filial y trabajar vinculaciones, aun cuando la mujer se encuentra compensada de su cuadro de salud mental y cuenta con recomendación terapéutica de su equipo tratante de recomponer el vínculo filial (en general, por oposición de los organismos específicos de niñez).

Por otra parte, si se apunta concretar el egreso del niño o niña del hogar junto a su madre, en muchas situaciones en las que la persona defendida no cuenta con continencia socio familiar, será necesaria la gestión de dispositivos de alojamiento que puedan albergar a ambos y que trabajen para favorecer el fortalecimiento de la autonomía y maternaje. En estos casos es necesario peticionar a los juzgados encargados del contralor de las internaciones que exijan al Estado la provisión de dispositivos convivenciales para la mujer con sus hijos e hijas, así como todo otro recurso sociosanitario que resulte necesario¹⁹. En estas situaciones, desde la Unidad

¹⁹ En los casos en que se toman medidas de separación y se inician expedientes judiciales de control de legalidad, se procura coadyuvar a estas mujeres para que accedan a la defensa técnica específica en dichos juicios y para que su voluntad, deseos y preferencias puedan ser oídos. Generalmente, la derivación para el patrocinio jurídico se realiza a las defensorías públicas oficiales. Sin embargo, en ocasiones no resulta sencillo cuando la mujer internada no cuenta con la autonomía personal para desplazarse sola desde el hospital hasta las defensorías. En esos supuestos, si la mujer no cuenta con una red continente de lazos familiares o sociales (y/o de acompañamiento terapéutico) que pueda acompañarla, se dificulta que pueda sostener el patrocinio en el tiempo y, por tanto, la defensa de sus intereses. Una dificultad adicional se constata al tener en cuenta que si existen varios expedientes judiciales simultáneos (control

también se promueve la temprana intervención del Órgano de Revisión de Salud Mental, para que puedan impulsarse medidas que coadyuven a garantizar los derechos de las mujeres asistidas, ya que esta temática constituye una línea de trabajo específica de dicho organismo, habiéndose sancionado la Recomendación SE N° 3/2019 sobre “Derechos sexuales y reproductivos. Derecho al maternaje de las mujeres y otras personas gestantes con discapacidad mental alojadas en establecimientos de salud mental”, con la pretensión de que sea aplicada por el poder judicial y la defensa pública, entre otros actores.

Un tercer grupo, se configura por personas del colectivo LGBTIQ+ que atraviesan internaciones por salud mental. En estos casos, se observa a menudo la patologización de la identidad de género dentro del diagnóstico de salud mental; en contradicción con la Ley 26.743 -que define a la identidad de género como ‘...la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento...’-, y con el art. 3 de la LNMS, el que dispone que en ningún caso se realizará un diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de la orientación sexual o la identidad de género auto percibida de la persona.

Con relación a este grupo, se ha trabajado en brindar información oportuna y adecuada a las personas internadas y equipos de salud tratantes a fin de que se respeten los derechos reconocidos en la ley de identidad de género, incluyendo el registro respetuoso en bases de datos de las instituciones, historia clínica y trato por parte de los y las profesionales de salud tratantes; asesoramiento y articulación en caso de que la persona requiera modificación de su documentación personal; rectificación de carátulas de los expedientes judiciales, entre otros. Entendemos relevante que nuestra intervención se oriente no sólo a garantizar cuestiones de tratamiento adecuadas, sino también las condiciones de alojamiento respetuosas que preserven simultáneamente la integridad psicofísica.

de internación, violencia de género, control de legalidad, etc.) la defensa técnica podría encontrarse eventualmente a cargo de diferentes áreas, lo que exige profundizar la articulación, cooperación y los ajustes razonables del servicio de acceso a la justicia que debe brindarse, a efectos de no perjudicar a la mujer que atraviesa estas múltiples vulnerabilidades.

En estos casos, también se realizan articulaciones con organismos y con asociaciones de la sociedad civil para obtener recursos específicos y acompañamiento (Programa Derecho a la Identidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación, Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual, de la Provincia de Buenos Aires, entre otros).

Adultos Mayores

En cuanto a los derechos específicos de personas adultas mayores, desde la Unidad se interviene en dos grandes grupos: personas mayores que transitan internaciones involuntarias en establecimientos sanitarios, e intervenciones precautorias con personas que, luego de haber cursado una internación por razones de salud mental, fueron trasladadas a dispositivos geriátricos o gerontopsiquiátricos.

Resulta primordial señalar que en muchos casos se constata que durante la internación psiquiátrica inicial no se recaba la voluntad de la persona para ser trasladada a un establecimiento residencial para personas mayores, ni tampoco, efectuado dicho traslado, se verifica que en las residencias se recabe la voluntad de la persona para permanecer allí (siendo habitualmente suplida por sus familiares o allegados). A su vez, en algunas ocasiones los dispositivos de alojamiento para personas mayores con atención psiquiátrica pueden resultar asimilables a internaciones por salud mental en lo que respecta a las condiciones de alojamiento (por ejemplo, restringiéndose salidas o supeditándolas a la voluntad de terceros).

En los casos en que la cobertura sanitaria deriva a la persona a una residencia geriátrica a los fines de alojarse allí de modo prolongado o permanente, en principio cesa el control judicial civil en los términos de la LNSM. Se trata de personas que no logran retornar a su entorno comunitario; ello, sumado al hecho de que algunos tampoco cuentan con familiares o referentes afectivos que los visiten y, de algún modo, visualicen las condiciones generales de alojamiento de la residencia nos persuade de que debe existir un estricto control por parte del Estado con relación a este grupo en especial situación de vulnerabilidad. Entendemos que debe garantizarse judicialmente este control, al menos dentro de la supervisión de tipo administrativo que el Estado sobre las instituciones geriátricas (por ejemplo, a

través de las áreas vinculadas a adultos mayores de los poderes ejecutivos respectivos, así como de las defensorías del pueblo y secretarías de derechos humanos).

Las situaciones que determinan el traslado de un adulto mayor a una institución geriátrica pueden ser diversas, y en función de ello se orienta la actuación de la Unidad.

Así, en aquellos casos en los que la persona cuente con vivienda, la labor de la defensa está orientada a asesorar a las personas defendidas y sus familiares en la gestión de los recursos pertinentes para viabilizar el retorno al domicilio siempre que ello resulte posible: provisión de cuidadores domiciliarios, asistentes personales, enfermeros, entre otros; pudiendo ante la falta de respuesta instar su obtención a través de la intervención judicial (habitualmente, a través de intimaciones a las coberturas de salud y obras sociales).

Cuando la persona no cuente con referentes continentes, se trabaja -conforme las preferencias de la persona internada- en la obtención de los recursos necesarios a su cobertura u otros organismos del Estado, para hacer efectiva su voluntad de vivir en su comunidad, o en su defecto, vivir en un dispositivo menos restrictivo que le permita mayores libertades de circulación o contacto con terceros que una internación por salud mental.

Migrantes

Otro grupo específico de complejidades se ve en casos de personas migrantes o refugiadas. Dicha condición suma a la internación por salud mental una serie de obstáculos y condicionamientos adicionales, por problemas de documentación, barreras idiomáticas y culturales, mayor aislamiento afectivo, precariedad socioeconómica, exclusión social y discriminación.

Por ello, estas situaciones específicas se articulan con organismos especializados, tales como la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio y la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio (CONARE), cuando corresponda; la Comisión del Migrante de la DGN y la Defensoría del Pueblo de la CABA (área de Migrantes), ello, a los fines de la regularización de la situación migratoria de personas migrantes internadas involuntariamente. Asimismo, como garantía de debido proceso, se articula

el accionar con diversas representaciones diplomáticas y consulares, en pos de garantizar la debida asistencia consular, identificar a la persona internada, suministrar documentación, restablecer lazos de defendidos con sus familias, trabajar en conjunto -siempre en consonancia con la voluntad de la persona defendida- en su repatriación. Se solicita también la intervención y colaboración de diversas Defensorías Públicas Oficiales del Mercosur en el marco del 'Mecanismo Directo de colaboración y asistencia recíproca entre las Defensorías Públicas Oficiales de los Estados parte', a diversos efectos, tales como localización y contacto del grupo familiar y allegados, obtención recursos sociosanitarios y profesionales de salud para concretar el retorno al país de origen.

Otro punto a destacar es la articulación con la Unidad de Letrados Móviles ante el Fuero de Seguridad Social por casos de personas migrantes que no cumplen con los requisitos temporales exigidos por la normativa interna para acceder a beneficios previsionales y no contributivos. Específicamente, se realizan derivaciones ante el requisito de 20 años previsto por la reglamentación vigente para requerir a ANSES y ANDIS que habilite el inicio de la pensión no contributiva por discapacidad y el pedido de afiliación provisoria al Programa Federal de Incluir Salud.

Conclusiones

La sanción de la Ley Nacional de Salud Mental implicó un punto de inflexión en el cambio de paradigma basado en un sistema tutelar, entre cuyas consecuencias, podían contarse el abandono, la estigmatización y segregación de las personas usuarias de los servicios de salud mental, incluyendo la sustitución de su voluntad.

A 11 años de la creación de la Unidad de Letrados de Salud Mental de la Defensoría General de la Nación de la República Argentina, y tras haber garantizado más de 28 mil defensas técnicas individuales, consideramos que la presencia de la defensa pública se ha consolidado como un actor necesario en el marco de internaciones las involuntarias y ha implicado una protección más extendida de los derechos humanos de las personas con discapacidad psicosocial, en particular, en lo que respecta al acceso a la justicia y a su derecho a ser oídas tanto por el sistema judicial como por el propio sistema sanitario.

Así, la presencia regular e inmediata de la defensa pública en los establecimientos sanitarios donde se concretan internaciones involuntarias ha posibilitado un proceso de reforma que redundó en la mayor participación de las personas en sus tratamientos sanitarios (en particular, el derecho a ser informados del tratamiento que se implementa y adoptar decisiones inherentes a su salud), bregando por tiempos más breves de internación y evitando abusos y cronificación de internaciones.

Sin embargo, entendemos que aún resta un largo camino por recorrer en el reconocimiento de los derechos de las personas con padecimientos mentales internadas involuntariamente.

Si bien se han producido importantes cambios desde la sanción de la LNSM, la internación involuntaria continúa siendo una herramienta utilizada en forma extendida. Particularmente, la persistencia y aumento de internaciones innecesariamente prolongadas por problemáticas sociales y habitacionales constituye, no sólo un problema sanitario, sino fundamentalmente, un déficit estructural de igualdad, no discriminación y derechos humanos.

Finalmente, consideramos que la creación de unidades de defensa pública especializada que brindan patrocinio legal, respetan la autonomía de la voluntad y no sustituyen a las personas en la toma de decisiones, constituye un reconocimiento de la condición de sujetos de derechos de las personas internadas involuntariamente e impacta en su posibilidad efectiva de ser oídas y acceder a la justicia.

Referencias

BARCALA, Alejandra, CAPURRO ROBLES, Facundo, y LAUFER CABRERA, Mariano (2014). *Unidad de Letrados Artículo 22, Ley 26.657, Defensoría General de la Nación*. En *Prácticas Inclusivas en Salud Mental y Adicciones con enfoque de Derechos Humanos*; pág. 237-244, Bs. As: Ed. INADI.

BARCALA, Alejandra, y LAUFER CABRERA, Mariano. 2015. *La Ley Nacional de Salud Mental y su enfoque de derechos humanos: la interdisciplina y el nuevo rol de la defensa pública*. En *Determinantes de la Salud Mental en Ciencias Sociales. Actores, conceptualizaciones, políticas y prácticas en el marco de la Ley 26.657*, p. 79-87 Bs As.: Ed. Facultad Ciencias Sociales UBA.

CELS. *Vidas Arrasadas* (2007). La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos. Siglo XXI editores. Recuperado en: Microsoft Word - MDRI_CELS.doc

Decreto Reglamentario 603/13 (2013). Recuperado: Decreto Reglamentario 603/2013 | Argentina.gob.ar

Defensoría General de la Nación (2014). Manual de Buenas Prácticas en el acceso a la justicia para garantizar el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, Ed. Programa EUROsociAL, Madrid, pág. 127-139. Recuperado en: <http://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/032%20manual%20dcho%20voto.pdf>.

HEGGLIN, F. (2017). Las medidas de seguridad en el sistema penal argentino: su contradicción con principios fundamentales del Derecho penal y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Inimputabilidad y Medidas de Seguridad a Debate: reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad. Documenta, Análisis y acción para la justicia social. Ubijus Editorial S.A. de C.V., pág. 46 y ss.

Laufer Cabrera, Mariano – Capurro Robles, Facundo (2016). La experiencia de la *Unidad de Letrados de Salud Mental*: 5 años, 12 mil defensas, y la amplificación del derecho a ser oído en las internaciones forzosas. Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, N° 11. Recuperado en: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/publicaciones-seriadas/5213-revista-del-ministerio-publico-de-la-defensa-n-11>

Ley 26.657 (2010). Ley Nacional de Salud Mental. Recuperado en Ley simple: Salud mental | Argentina.gob.ar

Ministerio Público de la Defensa. Informe Anual 2020 (pág. 113 a 117) e Informe Anual 2021 (pág. 94 a 99). Disponible en <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/memoria-institucional>

Órgano de Revisión de Salud Mental (2016). Recuperado en: https://www.mpd.gov.ar/pdf/saludmental/INFORME%20ANUAL%20ORN_2016_PDF.pdf

Acceso a la justicia, capacidad jurídica y derechos personalísimos: derechos sexuales y (no) reproductivos- responsabilidad parental de las personas con discapacidad psicosocial

Acesso à justiça, capacidade jurídica e direitos personalíssimos: direitos sexuais e (não) reprodutivos - responsabilidade parental de pessoas com deficiência psicossocial

Access to justice, legal capacity and personal rights: sexual and (non) reproductive rights- parental responsibility of people with psychosocial disabilities

Florencia Molina Chávez

Abogada (UBA, Argentina). Maestranda en Derechos Humanos y Políticas Públicas (UNLA, Argentina). Docente UNDAV, Argentina. Se desempeña en la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación, Argentina. Correo electrónico: florenmolina3@gmail.com

Mercedes Robba Toribio

Abogada y Especialista en derecho de familia (UBA, Argentina). Defensora Pública Curadora (Defensoría General de la Nación, Argentina). Especialista en géneros y bioética (Universidad de Champagnat, Argentina). Docente UBA – UNPAZ, Argentina. Correo electrónico: mercedesrobba@gmail.com

Resumen

En el presente trabajo abordamos la normativa nacional e internacional sobre discapacidad en Argentina. En particular, describimos la regulación sobre los procesos de determinación de la capacidad jurídica y el rol de la defensa pública en estos casos. Analizaremos las situaciones de desigualdades de género y los obstáculos para garantizar el ejercicio de los derechos sexuales y (no) reproductivos y de la responsabilidad parental de las personas con discapacidad psicosocial. Finalmente, exponemos la necesidad de abordajes de estos procesos desde una perspectiva de discapacidad, interseccional y de género.

Palabras clave: Acceso a la justicia. Mujeres. Derechos personalísimos. Discapacidad psicosocial. Capacidad jurídica.

Resumo

Neste artigo abordamos as regulamentações nacionais e internacionais sobre deficiência na Argentina. Em particular, descrevemos o regulamento sobre os processos de determinação da capacidade jurídica e o papel da defesa pública nestes casos. Analisaremos as situações de desigualdades de gênero e os obstáculos para garantir o exercício dos direitos sexuais e (não) reprodutivos e da responsabilidade parental de pessoas com deficiência psicossocial. Por fim, expomos a necessidade de abordar esses processos a partir de uma perspectiva de deficiência, interseccional e de gênero.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Mulheres. Direitos Personalíssimos. Deficiência psicossocial. Capacidade jurídica.

Abstract

In this paper we address the national and international regulations on disability in Argentina. In particular, we describe the regulation on the processes for determining legal capacity and the role of public defense in these cases. We will analyze the situations of gender inequalities and the obstacles to guarantee the exercise of sexual and (non) reproductive rights and parental responsibility of people with psychosocial disabilities. Finally, we expose the need to approach these processes from a disability, intersectional and gender perspective.

Keywords: Access to justice. Women. Very personal rights. Psychosocial disability. Juridical capacity.

Sumario

Introducción. 1. Acceso a la justicia de las personas con discapacidad psicossocial. 2. La efectivización de los derechos sexuales y (no) reproductivos y los derechos/deberes de la responsabilidad parental en los procesos de determinación de la capacidad jurídica. 2.1. Conceptos. Contenido. Normativa internacional. 2.2. Derechos personalísimos en los procesos de determinación de la capacidad jurídica en Argentina. Reflexiones finales.

Introducción

En el presente trabajo abordaremos el derecho de las personas con discapacidad psicosocial¹, en especial las mujeres, a ejercer los derechos sexuales y (no) reproductivos. Para ello, analizaremos los obstáculos que impiden, de manera directa o indirecta, el acceso a la justicia de estas mujeres. Y el tratamiento que en los procesos de determinación de la capacidad jurídica se ha dado al ejercicio de estos derechos. ¿Es posible restringir el derecho a la sexualidad?, ¿y el derecho a decidir o no ser madre? ¿tener una discapacidad psicosocial es una condición suficiente para cuestionar el ejercicio de todos estos derechos? Éstas son algunas de las preguntas que intentaremos responder analizando los casos desde la perspectiva de discapacidad, de género y desde un abordaje interseccional que tenga en cuenta las situaciones de exclusión y discriminación de las que han sido objeto históricamente las mujeres con discapacidad psicosocial.

1. El acceso a la justicia de personas con discapacidad psicosocial desde el modelo social de la discapacidad

La Real Academia Española define el término “acceso” (del latín *accessus*), como:

“1. m. Acción de llegar o acercarse. 2. m. Entrada o paso”.

Es decir que, de acuerdo con estas definiciones, podemos identificar un adentro y un afuera. Hablar de acceso implica reconocer la existencia de personas que están afuera, o, mejor dicho, que existen obstáculos lo suficientemente poderosos para impedirles entrar. Y lo que impiden es el acceso a un aspecto central de la existencia humana: la justicia².

En el presente artículo intentaremos enfatizar en la necesidad e importancia de desarrollar estrategias que permitan que en algún momento ya no exista ese afuera en materia de justicia. Mientras tanto, mientras tengamos que convivir con la idea de acceso, habremos de entenderla como la vía que permita la realización material

y efectiva de la justicia respecto de los derechos humanos fundamentales de todas las personas, y en particular de aquellos grupos históricamente vulnerabilizados. Entre estos últimos, nos ocuparemos de las personas con discapacidad psicosocial, en especial las mujeres, y el ejercicio de sus derechos sexuales y (no) reproductivos³.

Indudablemente es insuficiente acotar el concepto de acceso a la justicia al de “acceso a la jurisdicción”. En sentido amplio, la noción de acceso a la justicia reconoce la relación entre los aspectos económicos, sociales y legales asociados con la administración de justicia y su impacto en el ejercicio efectivo de los derechos de los individuos. Podría decirse que la noción misma de acceso a la justicia supone como contrapartida el reconocimiento implícito de ciertos impedimentos, barreras, distorsiones o discrecionalidades, que posicionan a determinados individuos o sectores de la población de manera desigual en lo que refiere a la tutela efectiva de sus derechos, situación que atenta, o al menos relativiza, el principio de igualdad ante la ley, pilar fundamental del Estado de derecho.

En el derecho internacional existen múltiples normas que hacen referencia expresa a la igualdad ante la ley de todos los individuos y a las garantías del debido proceso, entre ellas podemos mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art 8 y 10), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. XXIV, XXV y XXVI), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 8 y 25) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 2º Inc.3). En el plano local, con anterioridad a la reforma de 1994, la Constitución no contenía ninguna norma expresa sobre el derecho de acceso a la justicia, pero se consideraba implícito en varias de sus disposiciones. Con la reforma, en virtud de lo establecido en el artículo 75 inciso 22, se otorgó jerarquía constitucional a algunos tratados de derechos humanos que se refieren a la obligación de los Estados de garantizar el acceso a la justicia.

1 Término abarcativo de la discapacidad psicosocial o intelectual.

2 El acceso a la justicia como política pública de alcance universal, acceso a la justicia para todos. Dirección Nacional de Promoción y Fortalecimiento para el Acceso a la Justicia. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Infojus, Buenos Aires, 2012, p. 37.

3 En el presente artículo utilizamos la expresión “derechos (no) reproductivos” puesto que incluye tanto el concepto de derechos reproductivos (la decisión de tener hijos/as, el intervalo entre ellos/as, etc.) como así también de los derechos no reproductivos (la decisión de no tener hijos/as, las prácticas contraconceptivas, etc.).

Por su parte, si de acceso a la justicia hablamos, debemos mencionar la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que tuvo lugar en Brasilia en 2008 y elaboró las “100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad”. Estas reglas son una premisa importante para entender qué es el acceso a la justicia. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina a través de la Acordada 5/2009 adhirió a estas Reglas indicando que las mismas deben ser seguidas, en cuanto resulte procedente, como guía en los asuntos a que se refieren.

Según estas reglas, puede constituir causa de vulnerabilidad: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

En la exposición de motivos el documento resalta que “el sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho (...)”. Luego se establece que las Reglas tienen como objetivo:

garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

Asimismo, y en relación con las personas con discapacidad, la Regla 8 dispone el compromiso de:

establecer las condiciones necesarias de accesibilidad para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen igualdad de trato, reconocimiento como persona ante la ley, respeto de su autonomía, capacidad de actuar, seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación, sea ésta a través de cualquier medio tecnológico que requiera, atendiendo la brecha digital y cultural.

Dichas Reglas también entienden al género como un obstáculo para el acceso a la justicia y, en consonancia con lo dispuesto en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW siglas en inglés)⁴, entiende por discriminación contra la mujer:

toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Por ello, la situación de desigualdad estructural en que se encuentran las mujeres con discapacidad psicosocial y los obstáculos que deben enfrentar en el ejercicio de sus derechos sexuales y (no) reproductivos exige por parte del Poder Judicial una actuación más intensa para reducir la discriminación a la que se ven expuestas. En este punto, la doctrina ha señalado que:

los mandatos que las normas constitucionales y la legislación vinculada a la protección de la persona discapacitada, no se dirigen exclusivamente al legislador o quien se halle a cargo de la Administración, sino también al juez, constituyéndose en verdaderos principios jurídicos aplicables a los casos sometidos a su conocimiento y decisión. Así, las acciones positivas que, en virtud de los principios que de ellos derivan el Estado debe llevar adelante, no se ejercen exclusivamente a través de leyes o actos administrativos, sino también por medio de sentencias. En tal contexto, y en ejercicio de la jurisdicción, compete al Poder Judicial adoptar las decisiones más idóneas para asegurar la efectividad de los derechos de los accionantes en las causas sometidas a su decisión. De ningún modo puede verse en ello un propósito de sustituir a los otros poderes del Estado en la definición, programación y ejecución de las políticas públicas, ni tomarse su decisión como una valoración o emisión de juicio general respecto de situaciones cuyo gobierno le son ajenas⁵.

4 Ratificada por Argentina el 15 de julio de 1985 y con jerarquía constitucional desde la reforma de la Carta Magna en el año 1994.

5 Juzgado Cont. Adm. N° 4 La Plata, 17/04/2020, “Asociación Azul c.

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), la cual fue ratificada por nuestro país en el año 2008⁶, y desde el año 2014, tiene jerarquía constitucional⁷, en su art. 12 trae una de las disposiciones más innovadoras al receptor el modelo social de la discapacidad. Como señala Palacios:

el nuevo paradigma que impone en materia de capacidad jurídica la CDPD deriva de una nueva concepción que trasciende la idea de discapacidad como problema individual de una persona para entenderla como el resultado de la interacción entre una condición de la persona, y las barreras sociales (Palacios, 2017:23).

Así, la capacidad jurídica se convierte en la puerta de acceso para el efectivo goce y ejercicio de los derechos (Palacios, 2017:29). Lo dicho no es menor dado que en este punto lo que el “modelo social de la discapacidad” propone es la necesidad de un cambio social que comprenda que la persona con discapacidad debe ser tratada como sujeto pleno de derechos, con igual dignidad y valor que las demás, y que debe reconocerse su titularidad en todos los derechos, pero también, y fundamentalmente, su capacidad plena de ejercerlos por sí misma. También, se sostiene que lo que puedan aportar a la sociedad las personas con discapacidad se encuentra íntimamente relacionado con la inclusión y la aceptación de la diferencia (Molina Chávez y Valente, 2018:183).

Habitamos un mundo pensado para personas sin discapacidad, por lo que son muchos las barreras (actitudinales, arquitectónicas, comunicacionales, etc.) que deben enfrentar las personas con discapacidad para el ejercicio de sus derechos. Por ello es por lo que la CDPD establece como garantía la “accesibilidad universal” para el ejercicio de derechos, a fin de que todas las personas “puedan, accedan, participen” (Palacios, 2017:29).

Ahora bien, cuando en el caso concreto para el ejercicio

IOMA y otro/a s/ pretensión restablecimiento o reconoc. de derechos - otros juicios”, RDF 2020-VI-27, AR/JUR/11976/2020.

6 Mediante Ley 26.378.

7 Mediante Ley 27.044.

de derechos no es posible garantizar la accesibilidad, la CDPD trae dos figuras que se encuentran en total consonancia con el paradigma que plantea el modelo social de la discapacidad, a saber: los ajustes razonables -cfr. art. 2, CDPD- y los apoyos -cfr. art 12, CDPD- para el goce y ejercicio de los derechos. En este sentido, se constituyen en elementos imprescindibles para evitar decisiones sustitutivas de la voluntad, y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos por parte de las personas con discapacidad.

Por ello, para garantizar el acceso a la justicia durante el proceso judicial de determinación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad psicosocial es fundamental que se realicen los ajustes razonables y se otorguen los apoyos que la persona puede requerir no solo en la sentencia sino también durante su tramitación.

Tal como señala Cisternas, la noción de acceso a la justicia del art. 13 de la CDPD se proyecta en tres dimensiones: legal, física y comunicacional (Fernández, 2020:487). En consecuencia, los Estados deben realizar todo lo necesario para que las personas con discapacidad puedan acceder a las distintas fases de conocimiento, consideración y juzgamiento que envuelve un proceso judicial, lo que obliga a eliminar los distintos obstáculos que impidan el ejercicio de derechos.

En este sentido, Silvia Fernández resalta la relación que existe entre la adopción de ajustes razonables y el principio de igualdad y no discriminación que postula la CDPD, indicando que se trata de realizar los ajustes “a la medida” de la persona, dirigido a que pueda ejercer sus derechos en igualdad de condiciones. Es decir, que en aquellos casos en que el diseño universal, que es la regla marco en materia de discapacidad, no ha podido ser prevista, deberá adaptarse los procesos y diseñar aquellos ajustes de procedimiento que resulte necesario para que la persona con discapacidad pueda participar y ejercer sus derechos (Fernández, 2020:488). Y para ello es necesario que la persona con discapacidad comprenda la información que se brinde a fin de que pueda ejercer su derecho de defensa y se garantice su participación en condiciones de igual con el resto de las personas.

2. La efectivización de los derechos sexuales y (no) reproductivos y los derechos/deberes de la responsabilidad parental en los procesos de determinación de la capacidad jurídica

2.1. Conceptos. Contenido. Normativa internacional

Los derechos sexuales y los derechos reproductivos son parte de los derechos humanos básicos. Son derechos tan importantes como el derecho a la vida, a la salud y a la libertad, con los que están directamente relacionados.

Los derechos sexuales se refieren a poder decidir cuándo, cómo y con quién tener relaciones sexuales, a vivir la sexualidad sin presiones ni violencia, a que se respete la orientación sexual y la identidad de género sin discriminación, a acceder a información sobre cómo cuidarse, y disfrutar del cuerpo y de la intimidad con otras personas, al erotismo y el placer. Todas las personas tenemos derecho a disfrutar de una vida sexual elegida libremente, sin violencia, riesgos ni discriminación⁸.

De lo que se trata es de la libertad de las personas para ejercer su sexualidad de manera saludable, sin ningún tipo de abuso, coerción, violencia o discriminación. La sexualidad se establece por la interacción de factores biológicos, psicológicos, sociales, económicos, políticos, culturales, éticos, legales, históricos, religiosos y espirituales y se experimenta y expresa a través de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, comportamientos, prácticas y relaciones.

En relación con los derechos (no) reproductivos todas las personas tenemos derecho a decidir en forma autónoma y sin discriminación si tener o no tener hijas/os, con quién, cuántos y cada cuánto tiempo. También son derechos recibir información sobre los diferentes métodos anticonceptivos, y el acceso gratuito al método elegido en forma autónoma.

La atención de la salud respetuosa y de calidad durante el embarazo, el parto y el posparto, así como en situaciones de post aborto, también están contempladas dentro de los derechos reproductivos. Es también un derecho el acceso

a la interrupción del embarazo en las situaciones previstas por la legislación nacional y el asesoramiento sobre las opciones en todos los casos.

Los derechos sexuales y reproductivos buscan garantizar que las personas puedan tomar decisiones sobre su vida sexual y reproductiva con libertad, confianza y seguridad, de acuerdo a su vivencia interna (asociada al cuerpo, la mente, la espiritualidad, las emociones y la salud) y externa (asociada al contexto social, histórico, político y cultural)⁹.

El derecho a la salud sexual y reproductiva está reconocido en: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XI Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 25 y 30, Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador", art. 10 Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, arts. 12 y 15.1.b) Convención contra la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), art. 16, inc. e); y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU, art. 23 y 25.

La ONU entiende a la salud reproductiva como un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos (ONU, Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, 1994).

La salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual¹⁰.

⁸ Cfr. <https://www.argentina.gob.ar/salud/sexual/derechos#:~:text=Derechos%20sexuales%3A%20se%20refieren%20a,cuerpo%20y%20de%20la%20intimidad>. Consultado el 30/08/2022.

⁹ Cfr. [https://www.huesped.org.ar/informacion/derechos-sexuales-y-reproductivos/tus-derechos/que-son-y-cuales-son/#:~:text=Los%20Derechos%20Sexuales%20y%20Reproductivos%20buscan%20garantizar%20que%20las%20personas,externa%20\(asociada%20al%20contexto%20social%20C](https://www.huesped.org.ar/informacion/derechos-sexuales-y-reproductivos/tus-derechos/que-son-y-cuales-son/#:~:text=Los%20Derechos%20Sexuales%20y%20Reproductivos%20buscan%20garantizar%20que%20las%20personas,externa%20(asociada%20al%20contexto%20social%20C). Consultado el 30/08/2022.

¹⁰ Cfr. <https://www.unfpa.org/es/salud-sexual-y-reproductiva#readmore->

Según UNIFEM, FNUAP, CEPAL, OMS y otros, los problemas relacionados con la salud reproductiva siguen siendo la principal causa de muerte y mala salud de las mujeres en edad reproductiva en todo el mundo. Las mujeres pobres, sufren desproporcionalmente los embarazos no deseados, la violencia de género, la muerte materna, y otros problemas relacionados con su sistema reproductivo y su conducta sexual (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008).

Si bien es cierto que los hombres jóvenes tampoco tienen acceso a una buena información sobre su sexualidad, no sufren de la misma manera su paternidad involuntaria tanto por razones biológicas como por la construcción social del género. Para la teoría de los derechos humanos, no importa si las diferencias entre los sexos se deban a factores biológicos o sociales, porque sea por una u otra razón el Estado está en la obligación de garantizar que ambos gocen de los derechos humanos sin importar su sexo, raza o cualquier otra condición natural o social. Esta es otra razón por la cual es tan importante entender los derechos reproductivos como derechos humanos (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008).

Ahora bien, “dentro de los derechos personalísimos la CDPD brinda especial protección tanto a la integridad personal como a los derechos sexuales y reproductivos” (Palacios, 2020: 515). En este sentido, el art. 6, CDPD establece que:

Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, y tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la Convención.

En este mismo sentido, las Normas Uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad establecen la necesidad de prestar especial atención a las mujeres, al considerarlas un grupo vulnerable.

Asimismo, la CDPD, en su art. 23 consagra los derechos reproductivos y a formar una familia. En ese sentido dispone que:

Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: (...) b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos; c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.

Por su parte, el art. 25, CDPD garantiza el derecho a la salud sexual y reproductiva al establecer que:

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población; Los Estados deben promover la plena participación de las personas con discapacidad en la vida en familia. Deben promover su derecho a la integridad personal y velar por que la legislación no establezca discriminaciones contra las personas con discapacidad en lo que se refiere a las relaciones sexuales, el matrimonio y la procreación. 2. Las personas con discapacidad no deben ser privadas de la oportunidad de experimentar su sexualidad, tener relaciones sexuales o tener hijos. Teniendo en cuenta que las personas con

discapacidad pueden tropezar con dificultades para casarse y para fundar una familia, los Estados deben promover el establecimiento de servicios de orientación apropiados. Las personas con discapacidad deben tener el mismo acceso que las demás a los métodos de planificación de la familia, así como a información accesible sobre el funcionamiento sexual de su cuerpo.

3. Los Estados deben promover medidas encaminadas a modificar las actitudes negativas ante el matrimonio, la sexualidad y la paternidad o maternidad de las personas con discapacidad, en especial de las jóvenes y las mujeres con discapacidad, que aún siguen prevaleciendo en la sociedad. Se debe exhortar a los medios de información a que desempeñen un papel importante en la eliminación de las mencionadas actitudes negativas.

El ejercicio de estos derechos personalísimos por parte de las mujeres con discapacidad psicosocial requiere perspectiva de género y de discapacidad, con una mirada desde y hacia los derechos humanos. Un análisis desde la interseccionalidad nos permitirá comprender como los distintos factores de opresión (género, discapacidad, pobreza, etc.) se conectan provocando una nueva y diferente forma de discriminación hacia estas mujeres, colocándolas en una especial situación de desigualdad (Palacios, 2020:501).

2.2. Derechos personalísimos en los procesos de determinación de la capacidad jurídica en argentina

Como punto de partida para abordar los procesos de determinación de la capacidad jurídica en Argentina debemos estar a la normativa internacional, y por ello a la CDPD la cual:

asume el modelo social y sitúa la discapacidad en el discurso de los derechos humanos. Ello implica, entre muchas otras cuestiones, reconocer a la persona con discapacidad como sujeto de derecho, dejando atrás su consideración como “objeto” de políticas asistenciales. Significa, asimismo, abordar la discapacidad desde la idea de dignidad humana y sus valores y principios derivados. Implica, también, reconocer y respetar la discapacidad de una persona como un elemento natural de la diversidad humana, en el mismo sentido que la raza o el género, y abordar desde dicho reconocimiento los perjuicios específicos de la discapacidad, las actitudes y demás barreras para el disfrute de los derechos

humanos. Y asimismo significa ser conscientes de que la responsabilidad de asegurar que los derechos sean ejercidos sin discriminación por motivo de discapacidad, es deber del Estado y de la sociedad. En materia de derechos sexuales y reproductivos la mirada que asumamos será fundamental a la hora de elegir potenciar o anular su ejercicio. La primera de dichas miradas será hacia la persona –con su condición o condiciones-, y su contexto (Palacios, 2020:504).

Sumado a lo anterior, debe meritarse que

la CDPD reemplaza en materia de capacidad jurídica el “modelo de sustitución en la toma de decisiones” por el “modelo de apoyo en la toma de decisiones”. Impone la cláusula de igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica, garantizando los apoyos necesarios frente a situaciones en las que las personas requieren asistencia para la toma de decisiones (Palacios, 2020:509).

En este sentido, la normativa nacional vigente en Argentina, desde el año 2015, reconoce, en el art. 31 inc. a) del Código Civil y Comercial de la Nación -en adelante, CCyCN-, que se debe partir de la presunción de la capacidad general de ejercicio de toda persona humana.

Por su parte, el art. 32, párr. 1°, de la mentada norma habilita al juez a restringir la capacidad jurídica para determinados actos de la persona mayor de 13 años, frente a las situaciones allí descriptas, siempre que estime que del pleno ejercicio de la misma pueda resultar en un daño a su persona o a sus bienes. Con relación a tales actos, la norma dispone la consecuente designación de un apoyo o varios, de conformidad con los arts. 43 CCyCN y 12 de la CDPD.

Asimismo, el art. 32, último párrafo, del CCyCN prevé el supuesto excepcional que faculta al juez a declarar la incapacidad de la persona y designar un Curador, cuando se encontrare absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz.

En concordancia con lo anterior, el art. 38 del CCyCN prescribe que la sentencia debe determinar la extensión y los alcances de la restricción y especificar las funciones

y actos que se limitan, en procura de que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. A su vez, la disposición precitada estipula que la sentencia debe contener la designación de una o más personas de apoyo y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a restricción con indicación de la/s persona/s interviniente/s y la modalidad de su actuación.

Los apoyos que se designen en la sentencia que se dicta en estos procesos de determinación de la capacidad jurídica deben ser apoyos jurídicos, es decir, que deben ser designados respecto de actos jurídicos o ejercicio de derechos.

Agustina Palacios sostiene en este sentido que “los apoyos podrán ser: aquellos que se requieran para la celebración de determinados actos formales; y aquellos que se requieran para realizar actividades de la vida cotidiana, que bien podrían denominarse también “apoyos para la vida independiente” (Palacios, 2016). Los primeros son regulados en el art. 12 y los segundos en el art. 19, ambos de la CDPD.

Los apoyos informales/extrajudiciales o para la vida independiente (es decir, que no involucran actos jurídicos sino actos de la vida diaria) no deben estar abarcados por la sentencia y no deberían ser sometidos a la jurisdicción. Sin embargo, en la práctica muchas veces, a modo de colaboración y para superar los obstáculos que se dan en los ámbitos administrativos, los/as jueces/as requieren la designación de apoyos informales (cuidadores, acompañamientos terapéuticos, etc.).

En este sentido se ha sostenido:

hay situaciones que requieren contar con apoyos formales que garanticen la celebración de un acto jurídico. Otras, que solo requieren apoyo informal, una mera asistencia, de un amigo, un allegado, un familiar, un par, una ONG... Queda claro entonces que, en la red de apoyos informales, la persona no requiere de jurisdicción, no se controvierte su autonomía para la vida, los apoyos son parte de la decisión, de la concreción de actos que se realizan dentro de la vida activa de una persona (Iglesias, 2014:73).

Finalmente, es importante señalar que “dentro de los actos formales o jurídicos se hallan los actos donde están en juego los denominados “derechos personalísimos”, esto

es, los referidos al nombre, estado civil, responsabilidad parental, consentimiento informado, etcétera (Frías, 2020).

Sobre ello, el Comité ha sido contundente, señalando en su primera observación general que:

[e]l apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio, o a establecer una unión civil, y a fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general 1, 2014: 29).

Teniendo en cuenta lo anterior, para cuestiones de orden personalísimo, el apoyo, en su caso, sólo podrá tener facultades de asistencia -cfr. art. 102, CCyCN-, nunca de representación.

Ahora bien,

la discriminación hacia las mujeres con discapacidad tiene un impacto especialmente significativo en su derecho a la salud sexual y reproductiva. Es cotidiana la existencia de múltiples barreras de acceso a la información, comunicación, educación y conocimiento que impiden que las personas con discapacidad ejerzan plenamente sus derechos sexuales y reproductivos. Desconocimiento, prejuicios, mitos y estereotipos suelen dificultar el acceso a servicios de anticoncepción, prevención y atención oportuna y de calidad. La creencia sobre la hipersexualidad o la falta de control sexual de personas con discapacidades intelectuales [y psicosociales¹¹] o, por el contrario, la idea de que son asexuales y no sienten deseo sexual genera que usualmente las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial sean concebidas como sujetos pasivos frente a su sexualidad. En particular este colectivo enfrenta innumerables barreras en el acceso a la información, bienes y servicios de anticoncepción que, entre otras cuestiones, le impiden poder tomar decisiones autónomas en la materia porque su consentimiento está basado en

¹¹ El agregado nos pertenece.

información errónea o sesgada en virtud de estereotipos y prejuicios. Es sabido asimismo que las mujeres con discapacidad son sometidas a prácticas de contracepción quirúrgica o abortos sin su consentimiento –que debe ser libre, informado y participado- (Palacios, 2020: 515).

Vinculado con lo anterior, advertimos que muchas veces se limitan y restringen los derechos sexuales y (no) reproductivos de personas con discapacidad psicosocial en el marco de procesos de determinación de la capacidad jurídica, en clara violación a la normativa internacional vigente en la materia. Se trata de derechos personalísimos de las personas con discapacidad psicosocial, es decir, “...aquellos derechos de la personalidad, que están tan íntimamente unidos a la persona, que nacen con ella, y no pueden separarse en toda su existencia, a riesgo de perderla o denigrarla” (Palacios, 2020: 514).

Respecto de los derechos sexuales y reproductivos, traemos a colación un fallo dictado en el año 2017 por la Cámara de Curuzú Cuatiá, Corrientes, Argentina¹². En dicha resolución, el tribunal sostiene que:

las particulares circunstancias existenciales de A. requiere se indague mediante la evaluación del equipo interdisciplinario, cuáles son los recursos personales, familiares, sociales e institucionales, con que cuenta A. para ejercer sin restricciones, su libertad reproductiva, sin riesgo de padecer abusos, provocar embarazos no deseados o infectarse con enfermedades de transmisión sexual. En otras palabras, en razón de su retraso madurativo cognitivo –situación de vulnerabilidad–, está en condiciones A. de decidir cuándo y con quién mantener relaciones sexuales y cuándo y con quien procrear, sin riesgo de contraer enfermedades de transmisión sexual, o requiere de asistencia para ejercer sus derechos de libertad sexual y procreativa. En este caso, observamos que el padre del hijo de A. –que vive en zona rural– sería oriundo de Misiones quien no se habría hecho cargo de la situación no manteniendo contacto ni con A. ni con el niño.

En relación con ello, nos preguntamos: ¿es adecuado ordenar

una evaluación interdisciplinaria o resulta una medida discriminatoria en los términos de la CDPD?. En lugar de ordenarse una evaluación interdisciplinaria, ¿no sería más propicio poner a disposición de la mujer los ámbitos sanitarios a los cuales pueda acudir para obtener información necesaria para ejercer su sexualidad y su libertad reproductiva, en igualdad de condiciones con las demás personas? A lo sumo, ¿no sería adecuado en el caso ordenar al ámbito sanitario que adopte los ajustes razonables para que la mujer acceda a información sexual y reproductiva integral que le facilite la toma de decisiones al respecto?¹³.

Entendemos que un abordaje adecuado y respetuoso de los derechos sexuales y (no) reproductivos de las personas con discapacidad psicosocial requiere, en su caso, de la adopción de ajustes razonables para el acceso a la información sexual y reproductiva y para superar las barreras que pudieran existir. En este punto debe tenerse en cuenta que, la denegación de ajustes razonables implica un supuesto de “discriminación por motivos de discapacidad”, en los términos del artículo 2, CDPD.

Lo anterior nos permite sostener que respecto de los derechos sexuales y (no) reproductivos no corresponde la designación de apoyos jurídicos en el marco de los procesos de determinación de la capacidad jurídica, en tanto derechos personalísimos y en virtud de ser derechos que deben garantizarse en igualdad de condiciones con todos/as los/as ciudadanos/as.

En cuanto a las barreras comunicacionales y actitudinales, en vinculación con los artículos 25 y 26 de la CDPD, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, sostuvo:

Las mujeres con discapacidad se enfrentan con obstáculos para acceder a los servicios de salud y rehabilitación. Entre ellos cabe mencionar: la falta de educación e información sobre la salud y los derechos sexuales y reproductivos; las barreras físicas a los servicios de ginecología, obstetricia y oncología; y las barreras debidas a la actitud respecto de la fecundidad y los tratamientos hormonales. También

12 Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Curuzú Cuatiá, 20/09/2017, “R., L. A. s/ restricción de capacidad (R., A. A.)”. Publicado en: La Ley Online. Cita: TR LALEY AR/JUR/105498/2017.

13 Cabe señalar que Argentina cuenta con dos leyes nacionales al respecto: la Ley 25.673 que crea el Programa Nacional de Salud sexual y Procreación responsable y la Ley 26.150 que establece el Programa Nacional de Educación sexual integral.

es posible que los servicios de rehabilitación física y psicológica, incluido el asesoramiento en caso de actos de violencia de género, no sean accesibles, inclusivos o no tengan en cuenta el género y la edad (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, observación general 3, 2016: 57).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que:

el reconocimiento del derecho en igualdad de condiciones que las demás se traduce en que el ejercicio de la capacidad jurídica no puede ser limitado ni restringido por motivo de género ni de discapacidad. Y para ello, esto es, para asegurar la no discriminación por motivo de género y/o de discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica, la mujer deberá tener garantizada la perspectiva de género, la accesibilidad universal y los ajustes razonables. Aquí entra a jugar el sistema de apoyos. Como parte de la accesibilidad universal (en el caso de que puedan ser previstos de manera previa) y de ajustes razonables (en el caso de que no hubieran podido ser previstos con anterioridad). De la mano de dicha obligación, el inciso 4 del artículo 12 [CDPD] prevé el deber de establecer un sistema de salvaguardias para prevenir el abuso con relación a las medidas que pudieran ser adoptadas en el marco de dicho apoyo. Ello tiene vital importancia en la vida de las mujeres con discapacidad, quienes sufren abusos y violencia en mayor medida que los hombres, y cuyos actos provienen en muchas ocasiones de quienes se suponen deberían ejercer el apoyo (Palacios, 2020: 511).

Por otra parte, en relación con la ligadura de trompas que implica el ejercicio de un derecho no reproductivo, cabe señalar que la ley nacional argentina 26.130¹⁴ fue modificada recientemente en el año 2021. Y actualmente, en su artículo 2 dispone que:

las prácticas médicas (denominadas “ligadura de trompas de Falopio” y “ligadura de conductos deferentes o vasectomía”) están autorizadas para toda persona mayor de edad que lo requiera formalmente, siendo requisito previo inexcusable que otorgue su consentimiento informado. No se requiere consentimiento del cónyuge o

conviviente ni autorización judicial. Para el ejercicio del derecho que otorga la presente ley, las personas tienen derecho a acceder a información objetiva, pertinente, precisa, confiable, accesible y actualizada, de conformidad con lo previsto en la ley 26.529¹⁵.

Asimismo, en su artículo 3 establece que:

todas las personas con discapacidad, sin excepción, tienen derecho a brindar su consentimiento informado para acceder a intervenciones de contracepción quirúrgica, por sí mismas y en igualdad de condiciones con las demás personas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° de la presente ley. En ningún caso se requiere autorización judicial. Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir información sobre las prácticas reguladas en esta ley en medios y formatos accesibles y a solicitar sistemas de apoyo y ajustes razonables que les permitan consentir en forma autónoma. Deben adoptarse salvaguardas para evitar la sustitución en la toma de decisiones. Si se tratara de persona con capacidad restringida por sentencia judicial y la misma no refiere al ejercicio del derecho que otorga la presente ley, ella debe prestar su consentimiento informado sin ningún impedimento. Si la sentencia de restricción a la capacidad designa apoyo para el ejercicio del derecho previsto en la presente ley, el consentimiento informado debe ser prestado por la persona con discapacidad con la asistencia prevista por el sistema de apoyos del artículo 32 del CCyCN.

Es preciso señalar, que antes de la modificación del año 2021, la ley 26.130 en sus artículos 1 y 2 consagraba el acceso directo a la práctica de contracepción en favor de toda persona capaz y mayor de edad que lo requiriera formalmente, siendo requisito previo inexcusable que otorgase su consentimiento informado. No se requería consentimiento del cónyuge o conviviente ni autorización judicial, excepto en los casos contemplados por el artículo 3. Este articulado introducía una regla distinta solo respecto a la persona declarada judicialmente incapaz. En dichos casos era requisito ineludible la autorización judicial solicitada por el representante legal.

14 Cfr. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/119260/texact.htm>. Consultada el 29/08/2022.

15 Ley de derechos del paciente: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/texact.htm>. Consultada el 29/08/2022.

Cabe destacar que el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas en la Observación General al Informe presentado por Argentina en el año 2010 ya había recomendado al Estado parte que modificase el artículo 3 de la Ley 26.130 de Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica, de conformidad con la Convención y tomase medidas para ofrecer apoyos necesarios a las mujeres sometidas a un régimen de tutela o curatela para que sean ellas mismas las que den su consentimiento informado para acceder a la práctica del aborto no punible¹⁶ o esterilización (Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el estado argentino en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD, 2012:31-32).

En este sentido, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes sostuvo:

La esterilización forzada es un acto de violencia y una forma de control social que viola el derecho de las personas a no ser sometidas a tortura y malos tratos. Agregando que (...) a pesar de los derechos fundamentales consagrados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las mujeres y niñas con discapacidad también son particularmente vulnerables a la esterilización forzada y a otras vulneraciones de sus derechos, como la imposición de métodos anticonceptivos y el aborto, especialmente cuando se las clasifica como “incompetentes” y se las coloca bajo tutela (Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes evalúa la aplicabilidad de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el derecho internacional a las experiencias propias de las mujeres, las niñas y las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales, 2016:45).

No quedan dudas que las intervenciones de contracepción quirúrgica involucran derechos personalísimos como lo son los derechos no reproductivos. Por lo tanto, para realizar estas prácticas médicas, el consentimiento informado solo

puede ser brindado por la propia persona, en tanto que la esencia de estos derechos es que son insustituibles en su ejercicio y, en consecuencia, no se pueden designar a tales fines apoyos jurídicos con facultades de representación. Ello, en línea con lo sostenido por el Comité en la Observación General 1, como se mencionó con anterioridad (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general 1, 2014:29).

En este sentido, destacamos un fallo de la Cámara nacional civil argentina del año 2011¹⁷ -que si bien es previo a la modificación del CCyCN del año 2015-, resuelve no autorizar un pedido de ligadura de trompas realizado por la Curadora de una mujer que contaba con una sentencia de inhabilitación en los términos del artículo 152 bis inciso 2 del Código Civil argentino actualmente derogado, respecto de actos jurídicos patrimoniales.

Entre sus fundamentos, el tribunal sostuvo:

La decisión de limitar la procreación es un derecho personalísimo en orden a la procreación responsable, que tiende a la protección de la propia salud y del bienestar del grupo familiar, en el que se debe respetar la decisión personal, el proyecto de vida de cada persona y su situación. Está comprendido dentro de la órbita del art. 19 de la Constitución Nacional en cuanto establece que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.

Finalmente, en relación con esta temática, deben tenerse en cuenta los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [en adelante CortelDH] en el caso IV vs. Bolivia. El tribunal interamericano en dicha sentencia sostuvo:

La Corte ha establecido que los Estados tienen la obligación internacional de asegurar la obtención del consentimiento informado antes de la realización de

16 En el año 2020, Argentina sancionó la Ley 27.610 de interrupción voluntaria del embarazo, que garantiza este derecho a todas las personas gestantes.

17 CNCV - SALA J, Buenos Aires, 12/05/2011, G. N. T. y C. A. E. s/ Autorización. Publicado en: <http://www.derecho.uba.ar/academica/centro-desarrollo-docente/biblioteca-digital-jurisprudencia-sobre-discapacidad/archivos/fallos/pdf/G-N-T-y-C-A-E-s-Autorizacion.pdf>. Consultado el 29/08/2022.

cualquier acto médico, ya que éste se fundamenta principalmente en la autonomía y la autodeterminación del individuo, como parte del respeto y garantía de la dignidad de todo ser humano, así como en su derecho a la libertad. A su vez, esto implica que el individuo pueda actuar conforme a sus deseos, su capacidad para considerar opciones, adoptar decisiones y actuar sin la injerencia arbitraria de terceras personas, todo ello dentro de los límites establecidos en la Convención. Ello es así, especialmente, en casos de esterilizaciones femeninas, por implicar estos procedimientos la pérdida permanente de la capacidad reproductiva. La necesidad de obtención del consentimiento informado protege no sólo el derecho de los pacientes a decidir libremente si desean someterse o no a un acto médico, sino que es un mecanismo fundamental para lograr el respeto y garantía de distintos derechos humanos reconocidos por la Convención Americana, como lo son la dignidad, libertad personal, integridad personal, incluida la atención a la salud y en particular la salud sexual y reproductiva, la vida privada y familiar y a fundar una familia. Asimismo, la Corte estima que la garantía del libre consentimiento y el derecho a la autonomía en la elección de los métodos anticonceptivos permite impedir de manera eficaz, sobre todo para las mujeres, la práctica de las esterilizaciones involuntarias, no consentidas, coercitivas o forzadas¹⁸.

Asimismo, el mencionado tribunal interamericano agregó

La Corte considera que el concepto del consentimiento informado consiste en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo. El consentimiento informado es la decisión positiva de someterse a un acto médico, derivada de un proceso de decisión o elección previo, libre e informado, el cual constituye un mecanismo bidireccional de interacción en la relación médico-paciente, por medio del cual el

paciente participa activamente en la toma de la decisión, alejándose con ello de la visión paternalista de la medicina, centrándose más bien, en la autonomía individual. Esta regla no sólo consiste en un acto de aceptación, sino en el resultado de un proceso en el cual deben cumplirse los siguientes elementos para que sea considerado válido, a saber, que sea previo, libre, pleno e informado. Todos estos elementos se encuentran interrelacionados, ya que no podrá haber un consentimiento libre y pleno si no ha sido adoptado luego de obtener y entender un cúmulo de información integral¹⁹.

En este sentido, resulta fundamental que en su caso se dispongan los apoyos y ajustes razonables necesarios para que la persona con discapacidad psicosocial que lo requiera pueda brindar su consentimiento libre, pleno e informado. Recapitulamos y reiteramos que, desde el modelo social de la discapacidad y la perspectiva de género, en cuanto al ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva por parte de las personas con discapacidad psicosocial, el foco debe estar puesto en las condiciones de accesibilidad, la comunicación y los ajustes razonables para que cuenten con las herramientas necesarias y adecuadas que les facilite la toma de decisiones en respeto de su autonomía y su plan de vida.

Por último, en relación con la responsabilidad parental, a raíz de un caso que tramitó ante la justicia nacional de familia de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, reflexionamos sobre sus alcances e implicancias en vinculación con la capacidad jurídica.

En el año 2019, en el marco de un proceso de determinación de la capacidad jurídica, el tribunal de primera instancia²⁰ resolvió suspender el ejercicio de la responsabilidad parental de una persona respecto de su hijo, de acuerdo con lo previsto por el artículo 702 inciso c, CCyCN que dispone que el ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio.

¹⁹ CorteIDH, IV vs. Bolivia, op. cit, párr. 166.

¹⁸ CorteIDH, IV vs. Bolivia, sentencia del 30 de noviembre de 2016, Serie C 329, párr. 165.

²⁰ Juzgado Nacional en lo Civil N.º 38, “B.M.S. s/ DETERMINACION DE LA CAPACIDAD”, Expte. 13844/2009, 30/4/2019.

Dicha resolución es apelada por la Defensoría Pública Curaduría interviniente de la Defensoría General de la Nación, Argentina. La Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en un fallo del año 2020²¹, revocó la decisión de primera instancia, con fundamento en el informe elaborado por el equipo interdisciplinario en cuanto a que la persona no podría ejercer la responsabilidad parental sola, pero sí asistida por la persona designada como apoyo, así como por el entorno familiar.

Ahora bien, si analizamos el sistema de responsabilidad parental vigente en Argentina desde el año 2015, en primer lugar, advertimos que el CCyCN, en su artículo 638, define a la responsabilidad parental como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea una persona menor de edad y no se haya emancipado.

Luego, en el artículo 640, menciona las figuras legales derivadas de la responsabilidad parental: a) la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental; b) el cuidado personal del hijo por los progenitores; c) la guarda otorgada por el juez a un tercero.

Para lo que aquí interesa nos centraremos en el ejercicio de la responsabilidad parental y su diferencia con el cuidado personal.

Por un lado, el artículo 641 dispone como principio que -sin importar si los progenitores viven juntos o separados- el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos, y se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro con excepción de los supuestos contemplados en el artículo 645, el cual regula los actos que requieren el consentimiento expreso de ambos progenitores (por ejemplo, autorización para salir del país). Asimismo, dispone la facultad del juez/a de resolver en los casos en que uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo.

El artículo 642 establece que, en caso de desacuerdo

entre los progenitores en el ejercicio de la responsabilidad parental, deberá resolver el/la juez/a.

En relación con el cuidado personal, el artículo 649 refiere que se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo. Luego, en los artículos 649 y siguientes, describe las clases y modalidades del cuidado personal que se refieren al lugar de residencia del niño/a y a las tareas de cuidado y crianza.

Antes de la modificación del CCyCN (previo al año 2015):

el Código Civil derogado [unificaba] bajo el término de “tenencia” lo relativo a la atribución del ejercicio de derechos y deberes, así como el elemento material, la guarda o cuidado del hijo. Así, aquel progenitor con quien el hijo convivía, y en quien se concentraba el ejercicio de la responsabilidad parental, era el que ejercía la tenencia (Herrera, 2015:629).

Desde el año 2015 y en la actualidad, el CCyCN:

elimina la palabra “tenencia” reemplazándola por “cuidado personal”, aunque no se trata de términos equivalentes, pues en la tenencia la faz material (es decir, la convivencia efectiva) y la faz jurídica (el ejercicio de la patria potestad) quedaban en poder de quien la detentaba. En cambio, en el sistema vigente, se separan ambas fases: a) la material involucra la cotidianeidad y se expresa en el cuidado personal, y b) la jurídica se vincula con potestades que confiere el ejercicio de la responsabilidad parental, que claramente exceden la rutina cotidiana. En consecuencia, y aunque el cuidado del hijo sea unipersonal, ambos pueden tener el ejercicio de la responsabilidad parental. Es decir, se separa cuidado personal de ejercicio de la responsabilidad parental (Código civil y comercial explicado, 2019: 240).

Trazados estos conceptos que sintetizan el sistema normativo de responsabilidad parental vigente en Argentina, en este punto recordamos lo dispuesto por el artículo 702, inciso c CCyCN que se aplica en el caso judicial que mencionáramos en párrafos anteriores: dicha norma establece que el ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio.

²¹ Cámara Nacional en lo Civil, Sala G, “B.M.S. s/ DETERMINACION DE LA CAPACIDAD”, Expte. 13844/2009/CA2, 26/8/2020.

En vinculación con los procesos de determinación de la capacidad jurídica y teniendo en cuenta que las sentencias que allí se dicten solo pueden versar sobre actos jurídicos, sostenemos, en primer lugar, que el cuidado personal involucra las tareas de cuidado y crianza respecto a los actos de la vida cotidiana de hijos e hijas, y que, en consecuencia, no constituyen actos jurídicos, sino que revisten actos de la vida cotidiana. Por lo tanto, una sentencia dictada en un proceso de determinación de la capacidad jurídica no podría restringir o limitar el cuidado personal. A lo sumo, en caso de que el progenitor/a con discapacidad psicosocial lo necesite podrán designarse apoyos informales que lo/a asistan en las tareas de cuidado y crianza (por ejemplo: familiares, referentes afectivos, acompañantes terapéuticos, acompañantes domiciliarios, servicios auxiliares, etc.).

En segundo lugar, si bien el ejercicio de la responsabilidad parental sí involucra actos jurídicos, debe tenerse en cuenta que se trata de un derecho personalísimo y, por lo tanto, insustituibles. Sumado a ello, cabe señalar que el CCyCN establece las reglas de actuación en el propio sistema de responsabilidad parental reseñado, al cual habrá que acudir en caso de personas con discapacidad psicosocial al igual que respecto de cualquier otra persona (artículos 641 y 645 CCyCN). De lo contrario, se incurriría en una decisión judicial discriminatoria en los términos de los artículos 2 y 5, CDPD.

En tercer lugar, no corresponde la designación de apoyos jurídicos con facultades de representación para el ejercicio de la responsabilidad parental puesto que, como se dijo, se trata de un derecho personalísimo. A la vez, habrá que analizar en el caso concreto si amerita la designación de apoyos jurídicos con facultades de asistencia para el ejercicio de la responsabilidad parental. En principio, nos permitimos dudar de dicha necesidad atento las soluciones previstas en el actual sistema normativo de responsabilidad parental (641 y 645 CCyCN).

En cuarto lugar, sostenemos que la prescripción del artículo 702 inciso c del CCyCN no es automática y no procede en abstracto. En el caso en particular deberá meritarse si corresponde suspender el ejercicio de la responsabilidad parental mientras dure la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio, debiendo

tenerse en cuenta, como se dijo, que se trata de un derecho personalísimo que no puede ser ejercido por otra persona en su nombre y que el CCyCN regula un sistema normativo propio de la responsabilidad parental en el que se instituyen las posibles soluciones, por ejemplo: que se atribuya el ejercicio de la responsabilidad parental de manera unilateral (artículo 641 inciso b) o que, ante los desacuerdos de los progenitores, decida el/la juez/a (artículos 642 y 645).

Reflexiones finales

Pese a que existen diferentes normas nacionales e internacionales que garantizan los derechos sexuales y (no) reproductivos de las mujeres con discapacidad psicosocial, el viejo modelo rehabilitador está arraigado en todo lo que tenga que ver con su capacidad para experimentar y disfrutar de su sexualidad y (no) reproducción.

En los párrafos anteriores hemos querido visibilizar la violencia que implica negar el ejercicio de estos derechos personalísimos. A la vez que importa una forma de control estatal, que interviene en sus cuerpos y placeres, excluyéndolas del privilegio de la sexualidad y (no) reproducción.

La CDPD trae distintas herramientas para asegurar el ejercicio autónomo de los derechos por parte de las mujeres con discapacidad. Es precisamente en los casos en que la autonomía pueda verse restringida donde debe resaltarse el rol del Derecho garantizando el desarrollo pleno del grado de autonomía existente (Palacios, 2020: 508).

Los prejuicios y estereotipos que sostienen la imposibilidad de ejercicio de estos derechos por parte de las mujeres con discapacidad psicosocial:

derivan en la sustitución de su voluntad o incluso en medidas previas que impiden que las propias personas puedan descubrir cuáles son sus preferencias y/o cuál es su deseo o voluntad- dado que el ejercicio de la libertad es un aprendizaje al que muchas personas con discapacidad no tienen posibilidad de acceder (Palacios, 2012: 41).

El poder judicial tiene un rol fundamental en garantizar el ejercicio de estos derechos, por ello se requiere que en el proceso judicial de determinación de la capacidad jurídica al que pueden verse sometidas, se aplique una mirada

con perspectiva de discapacidad y de género a fin de que se garantice condiciones de accesibilidad, adopción de ajustes razonables y medidas de apoyo. Sin duda para que los derechos sexuales y (no) reproductivos de las mujeres con discapacidad psicosocial dejen de ser una utopía, es necesario profundizar y fortalecer la toma de conciencia y capacitación de los operadores judiciales.

El acceso a la justicia debe constituir la vía que permita la realización material y efectiva de estos derechos, y así podamos avanzar hacia la construcción de una sociedad más equilibrada, más madura y más justa.

Referencias

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EXPLICADO: Doctrina-jurisprudencia. Derecho de familia: tomo II. Arts. 594 a 723, Herrera, Marisa [et al.], dirigido por Lorenzetti, Ricardo Luis, Herrera, Marisa, 1 edición, revisada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2019.

FERNANDEZ, Silvia E., Salud mental y capacidad. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad a la luz de los derechos humanos, en *Derecho y Salud Mental: una mirada interdisciplinaria*, Kraut, Alfredo Jorge et al, Coordinación general de Sosa, Guillermina Leontina, dirigido por Kraut, Alfredo Jorge, 1 ed revisada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2020.

FRÍAS, Javier I., Pautas para la determinación de sistemas de apoyo en juicios de capacidad jurídica. Primera Parte: Actos, 2020. Cita online: TR LALEY AR/DOC/884/2020

HERRERA, Marisa, Manual de Derecho de las Familias, 1 edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015.

IGLESIAS, María Graciela, “La capacidad jurídica. El modelo de Apoyo en la toma de decisiones”, en *Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica*, Ed. Ad Hoc, 2014.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, Los derechos reproductivos son derechos humanos, San José, C.R. : IIDH, 2008, p. 14/5. https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1826/derechos_reproductivos_ddhh-2008.pdf

MOLINA CHAVEZ, María Florencia y VALENTE, Soledad, “Maternidad y Discapacidad Mental”, *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, Volumen 2, Número 2, Buenos Aires, 2018

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN, “El acceso a la justicia como política pública de alcance universal, acceso a la justicia para todos”. Dirección Nacional de Promoción y Fortalecimiento para el Acceso a la Justicia. Infojus, 2012.

PALACIOS, Agustina, Actos personalísimos y capacidad restringida. El “derecho a tener derechos” cuando se trata de derechos sexuales y reproductivos, en *Derecho y Salud mental: una mirada interdisciplinaria*, Kraut, Alfredo Jorge et al, Coordinación general de Sosa, Guillermina Leontina, dirigido por Kraut, Alfredo Jorge, 1° edición revisada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2020.

PALACIOS, Agustina, El “derecho a tener derechos”. Algunas consideraciones sobre el ejercicio de la capacidad jurídica y la toma de decisiones con apoyo, en *Derecho de las personas con discapacidad*. Ministerio Público de la Defensa, Ciudad de Buenos Aires, 2017.

PALACIOS, Agustina, “La configuración de los sistemas de apoyo en el contexto de la accesibilidad universal y los ajustes razonables”, borrador de trabajo presentado en el Congreso Internacional “Madrid sin barreras: accesibilidad, ajustes y apoyos”, Universidad Carlos III de Madrid (Getafe), en: www.madridsinbarreras.org/la-configuracion-los-sistemas-apoyo-contexto-la-accesibilidad-universal-los-ajustes-razonables/, 2016.

PALACIOS, Agustina, “Género, discapacidad y acceso a la justicia”. *Discapacidad, Justicia y Estado. Acceso a la justicia de las personas con discapacidad*. Ed. Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2012.

100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad

Acordada 5/2009 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general 1, 2014, “Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley”

cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD, CRPD/C/ARG/CO/4; 19/10/2012.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observación general 3, 2016, sobre las mujeres y las niñas con discapacidad

ONU, Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, Capítulo VII (Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva), punto 7.2 y siguientes, El Cairo, 1994.

Constitución de la Nación Argentina

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes evalúa la aplicabilidad de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el derecho internacional a las experiencias propias de las mujeres, las niñas y las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales, A/HRC/31/57; 05/01/2016.

Ley nacional argentina N° 25.673

Ley nacional argentina N° 26.130

Ley nacional argentina N° 26.150

Ley nacional argentina N° 26.378

Ley nacional argentina N° 26.529

Ley nacional argentina N° 27.044

Ley nacional argentina N° 27.610

Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el estado argentino en

Acceso a la justicia para personas con discapacidad psicosocial y derecho penal. La figura de inimputabilidad y las medidas de seguridad en América Latina

Acesso à justiça para pessoas com deficiência psicossocial e direito penal. A inimputabilidade e as medidas de segurança na América Latina

Access to justice for people with psychosocial disability and legal rights. The non-imputability figure and security measures in Latin-America

Mariano Andrés Poblet Machado

Doctor en Salud Mental Comunitaria (Universidad Nacional de Lanús), Mg. en Derechos Humanos (Universidad Nacional de Lanús), Lic. en Trabajo Social (Universidad de Buenos Aires).

Trabajador Social del Cuerpo Interdisciplinario de Ejecución de la Pena - Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos de la Defensoría General de la Nación, Argentina)

Resumen

El presente trabajo consta de un análisis de la figura de la inimputabilidad y las medidas de seguridad para personas con discapacidad mental que se encuentran en conflicto con la ley penal. Para ello, se realiza un análisis en diferentes marcos jurídicos de diferentes países de América Latina, identificando continuidades y diferencias, recuperando elementos conceptuales inherentes a la inimputabilidad y las medidas de seguridad. Por último, se señalan algunos elementos que contiene la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad que posibilitan problematizar ambas figuras, los cuales siguen siendo motivos de discusión en los diferentes países de la región, y que en todos los casos, colocan a las personas con discapacidad psicosocial en una particular condición de vulnerabilidad.

Palabras Claves: Discapacidad psicosocial. Inimputabilidad. Medida de Seguridad

Resumo

O presente trabalho consiste em uma análise da figura da inimputabilidade e das medidas de segurança para pessoas com deficiência mental que estejam em conflito com a lei penal. Para isso, é realizada uma análise em diferentes marcos legais de diferentes países latino-americanos, identificando continuidades e diferenças, recuperando elementos conceituais inerentes à inimputabilidade e medidas de segurança. Finalmente, são apontados alguns elementos contidos na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que permitem problematizar ambas as cifras, que continuam sendo motivo de discussão nos diferentes países da região, e que em todos os casos colocam as pessoas com deficiência psicossocial em uma condição particular de vulnerabilidade.

Palavras chaves: Deficiência psicossocial. Inimputabilidade. Medida de segurança

Abstract

This work is made of an analysis of the non-imputability figure as well as the security measures for people with mental disability who find themselves in conflict with the penal law. In order to accomplish that, an analysis in different judicial frameworks from different countries in Latin-America is made, identifying continuities and differences. The analysis recovers some conceptual elements that are inherent to non-imputability and the security measures. Finally, it points out some elements contained in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities which makes it possible to question and discuss both figures, which are still topic of discussion in the countries of the region, and which, in all cases, give psychosocially disabled people a particular condition of vulnerability.

Keywords: Psychosocial disability. Non-imputability. Security Measures

Sumario

Introducción. 1. El diálogo posible entre el marco normativo sobre salud mental e inimputabilidad. 2. Lectura desde el derecho comparado en Latinoamérica. 3. Inimputabilidad, medidas de seguridad y CDPD. 4. A modo de cierre. 5. Referencias utilizadas.

Introducción

El presente artículo es un desprendimiento de mi tesis correspondiente al Doctorado en Salud Mental Comunitaria de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa) defendida en el año 2021. La misma se denomina “Salud mental, inimputabilidad y medidas de seguridad en Argentina. Trayectorias jurídicas e institucionales a partir de un estudio de un caso (2016 – 2017)”, contando con la dirección de la Dra. Eugenia Bianchi, la codirección de la Esp. María Graciela Iglesias.

En este trabajo, se realiza un breve análisis de las figuras de inimputabilidad y las medidas de seguridad impuestas a personas con discapacidad psicosocial que se les lleva a adelante un proceso penal. Cabe aclarar que este grupo poblacional es reconocido como un grupo en particular condición de vulnerabilidad, y por lo tanto, los Estados tienen la obligatoriedad, no solo de realizar acciones que no restrinjan sus derechos, si no también acciones positivas que permitan ejercerlos y llevarlos a la práctica.

A su vez, analizo como la inimputabilidad y las medidas de seguridad son abordadas en diferentes países de Latinoamérica, para poder identificar puntos en común y diferencias en cada marco normativo.

1. El diálogo posible entre el marco normativo sobre salud mental e inimputabilidad

En Argentina, existe un amplio marco normativo en salud mental, tanto nacional como internacional, el cual dialoga con dificultades con las figuras de inimputabilidad y las medidas de seguridad establecidas en el art. 34 del Código Penal (CP).

A su vez, existen otros instrumentos jurídicos relacionados con la discapacidad psicosocial y la salud mental, que reconocen una multiplicidad de derechos y garantías a este grupo poblacional. Entre ellos, se destacan la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (CDPD), la Ley Nacional de Salud Mental N.º 26.657 (LNSM) y el Código Civil y Comercial (CCC).

En el entrecruzamiento de lo penal y la salud mental, se puede afirmar que

“[...] existen en Argentina en el ámbito del derecho civil

interesantes y promisorios avances tanto legislativos como jurisprudenciales y doctrinarios relacionados con la capacidad jurídica, la autonomía, la implementación de apoyos y el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, en el ámbito del derecho penal no se observan ninguno de estos avances, sino todo lo contrario, la falta de aplicación de la CDPD parece ser la regla” (Bernardini et al., 2018: 54).

1.1. Inimputabilidad Penal

El art. 34 del CP Argentino establece las causas en las que no se puede imponer una pena a una persona que habría cometido un hecho anti jurídico. El mismo indica que “no son punibles: 1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial (...). En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso”.

La redacción del CP retoma elementos propios del momento histórico, social, cultural y político de su sanción, donde se encontraban vigentes concepciones alienistas de la psiquiatría (Martínez, 2015; Sozzo, 2015; Urios et al., 2017)¹.

1.1.1. El modelo mixto de determinación de inimputabilidad Zaffaroni, Alagia y Slokar (2007) plantean esquemáticamente que la fórmula del art. 34, inc. 1º, posee un contenido etiológico y los efectos de éste. Por lo tanto, se excluye el ejercicio del poder punitivo cuando:

- La persona presenta (el contenido etiológico):
 - insuficiencia de las facultades, pudiendo ser una disminución de la conciencia permanente o transitoria;

¹ Para un desarrollo de los antecedentes históricos de la inimputabilidad y las medidas de seguridad en el marco normativo argentino, recomiendo (Martínez, 2015).

- alteraciones morbosas que no implican insuficiencias, si no, aceleración o sobre estimulación;
- estado de inconsciencia, entendida como privación de la actividad consciente. No se trata de una perturbación de la conciencia sino su cancelación, permanente o pasajero.

Y por las razones previas, no haya podido (efectos):

- comprender la criminalidad del acto;
- dirigir sus acciones. Este concepto lo entienden:
 - como imposibilidad de dirección a secas (no puede dirigir las en ningún sentido),
 - como imposibilidad de dirección pese a entender su criminalidad (lo comprende, pero no puede adecuar su acción a esta comprensión).

Pese a esta categorización, lo central para el CP es que la incapacidad de acción se deba a que

“[...] no hay voluntad, y ésta falta por incapacidad para la misma, que por esa razón es posible denominarla involuntabilidad o incapacidad psíquica de acción (en donde) la duda debe resolverse siempre a favor del reo, lo correcto será considerarlos casos de involuntabilidad” (Zaffaroni et al., 2007: 326).

A este modelo se lo denomina “mixto”², ya que implica un análisis de la situación concreta a partir de causas biológicas o psiquiátricas (insuficiencia de las facultades, alteración morbosa o estado de inconsciencia), con sus consecuencias psicológicas (incapacidad para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones), y el posterior análisis valorativo realizado por el juez (Mercurio & Schweizer, 2013).

Para que una persona pueda ser juzgada por la realización de un acto que es plausible de ser penado, deben existir como características que el sujeto posea la capacidad de “comprender la antijuridicidad, y otro que consiste en la capacidad de adecuar la conducta a la comprensión de ésta” (Zaffaroni et al., 2007: 541).

Si una persona no logra comprender lo ilegal de su acto, no habría forma de declararlo culpable. Tampoco podrá ser punible el sujeto que no logra adecuar su accionar, pese a reconocer que está cometiendo un evento al que se lo definió como ilegal. Es necesario aclarar que

“[...] la imputabilidad es una característica del acto, aunque provenga de una capacidad del sujeto. No hay una clasificación de las personas en imputables e inimputables, sino injustos que son imputables y los que no lo son por razones de capacidad psíquica del autor. Esto tiene consecuencias prácticas claras: a una persona puede serle imputable un injusto pero no otro distinto” (Zaffaroni et al., 2007: 540).

Por ello es que la capacidad de culpabilidad de un sujeto debe establecerse para cada hecho concreto. Puede suceder que una persona sea punible para cierto tipo de delitos y no otros, en función de la complejidad y el grado de abstracción que tendría el imputado y de otras circunstancias que rodean el hecho (Hegglin, 2016).

Cabe aclarar que la declaración de inimputabilidad sobre una persona, no impide que haya algún tipo de reacción por parte del Estado. En el mismo art. 34 se establece que “el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial (...) hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso”. De esta manera, se puede encerrar a un sujeto mediante una medida de seguridad, con un supuesto fin “curativo”, hasta que se encuentren superadas las situaciones que lo vuelven “peligroso”.

Las medidas de seguridad, como están planteadas, “implican una privación de libertad por tiempo indeterminado, que no difiere de una pena más que en su carencia de límite máximo y, por ende, por la total desproporción con la magnitud de la lesión jurídica causada” (Zaffaroni et al., 2007: 54).

1.1.2. La peligrosidad futura del inimputable

Uno de los problemas de las medidas de seguridad, es que se establecen considerando la posibilidad y probabilidad que un sujeto cause algún daño a futuro. La reacción penal termina estando referida hacia un potencial delito, basada en la presunción de una posible “antisociabilidad” de la persona declarada inimputable (Paladino & Oñativia, 2016).

² Para una profundización sobre este modelo, como también los biológicos y psicológicos, recomiendo (Mercurio & Schweizer, 2013; Rinaldoni, 2012).

No tanto por la inimputabilidad, sino por la medida de seguridad, es que el art. 34 genera múltiples críticas. Se considera que las medidas de seguridad no son justas, ya que

“[...] declarar la inimputabilidad del sujeto porque no pudo comprender la criminalidad de su acto o no pudo dirigirse conforme esa comprensión responde a la idea de reconocer la diferencia que existe entre las personas y, consecuentemente, a no aplicar un castigo a quien no puede exigírsele un comportamiento conforme a derecho. Luego, no puede imponerse a esta misma persona una sanción penal, llámese pena o medida de seguridad” (Hegglin, 2006: 299).

El art. 34 la otorga a la categoría de peligrosidad una centralidad sobre la decisión de determinar una medida de seguridad. Al momento de legislar sobre la inimputabilidad en el CP, implica que

“[...] la incorporación de las disposiciones que establecieron la reclusión penal para incapaces psíquicos reconoce su origen en la idea de peligrosidad positivista, que no hacía otra cosa que otorgar rango científico al prejuicio público y policial que identifica al loco -y a todo diferente- como peligroso. [...] La razón es que el prejuicio no ha desaparecido en la opinión pública y, por tanto, el poder punitivo -permanentemente comprometido con la generación de ilusiones de seguridad- es puesto en crisis por la absolución de un incapaz psíquico” (Zaffaroni et al., 2007: 703).

Por lo tanto, se puede cuestionar a la peligrosidad

“[...] como fundamento de una restricción de libertad coactiva, por su manifiesta oposición con el límite de la dignidad humana que impide considerar a la persona como un mero medio, como un objeto o como algo que se pueda eliminar o ‘neutralizar’ de cualquier manera para salvaguardar a la sociedad del supuesto peligro que representa, como así también propuestas a focalizar la discusión sobre el juicio de inimputabilidad” (Hegglin, 2006: 299).

Es por ello que se afirma que la única función de la medida de seguridad es la punitiva, ya que mediante el castigo se busca separar a las personas con problemas de salud

mental y/o discapacidad psicosocial del resto del cuerpo social (Hegglin, 2016). Esto se relaciona con la perspectiva criminológica de defensa social (Mouzo, 2010).

Es por ello que se puede afirmar que las medidas de seguridad

“[...] no pueden ser presentadas asépticamente y sin más como medidas ‘benefactoras’ dirigidas a ‘curar’ al peligroso [...]. Por el contrario, debe partirse de que las medidas de seguridad son un instrumento más de control social, que consiste en la limitación de derechos individuales impuesta coactivamente por el Estado, razón más que suficiente para tratarlas como a las penas desde el punto de vista de las garantías” (Muñoz Conde & García Arán, 2010: 588).

Por estos motivos, es factible sostener que las medidas de seguridad en realidad son un tipo diferente de pena para personas que poseen mayores niveles de vulnerabilidad, como quienes poseen problemáticas de salud mental y/o una situación de discapacidad psicosocial.

1.1.3. La indeterminación temporal

En Argentina, como están planteadas, las medidas de seguridad no poseen plazos ni procedimientos específicos para lograr revisarlas y/o finalizarlas. Desde lo teórico,

“[...] no dependen, ni en su forma ni contenido, de la gravedad del ilícito cometido (aunque sí este sea su presupuesto), sino de una condición del autor en cuanto ser ‘anormal’, menor, enfermo habitual, que la ley denomina: ‘peligrosidad’. Esta desaparición de la sanción proporcionada al hecho se produce por el ingreso del concepto de peligrosidad del sujeto. Esta idea otorga una doble variable: por un lado se la utiliza como índice que señala cuándo es necesario para el Derecho Penal imponer una medida de seguridad. Además, funciona como único límite temporal a la medida impuesta” (Irigoyen Testa, 2005: 17).

Esta indeterminación temporal de la medida de seguridad, puede ser entendida como una contradicción del principio de proporcionalidad (Hegglin, 2016), ya que un sujeto podría estar privado de su libertad por más tiempo que le correspondería si fuera condenado. Por otro lado, la Corte

Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “R.J.M.”³ señaló, además de otros aspectos, que

“tanto el principio de proporcionalidad como el propósito de respetar el principio de igualdad, que se buscó con la declaración de inimputabilidad, se ven seriamente comprometidos debido a que se muestra como irrazonable que una persona, a la que el Estado no quiere castigar, se vea afectada en sus derechos en una medida mayor de la que le hubiese correspondido de haber sido eventualmente condenada como autor responsable”.

Es necesario señalar que la peligrosidad para personas imputables fue declarada inconstitucional en el fallo “Gramajo” de la CSJN. Antiguamente, el art. 52 del CP posibilitaba la aplicación de las medidas de seguridad a personas que presentaban múltiples detenciones previas⁴. Por lo tanto, que se mantenga privadas de libertad a personas inimputables, a partir de una supuesta peligrosidad, es contradictorio con los principios de igualdad ante la ley. El padecimiento mental se vuelve la justificación para aplicar una medida de seguridad a una persona.

Teniendo en cuenta dicho fallo, a la luz de la CDPD, la aplicación de las medidas de seguridad a personas con problemáticas de salud mental, implicaría

3 Existe una multiplicidad de fallos y decisiones judiciales referidas a salud mental e inimputabilidad, tanto en el ámbito internacional como nacional, que puede ser fuente de interpretación del derecho. Por cuestiones de espacio, no los abordaré en el presente trabajo, ya que lo he realizado con anterioridad (Poblet Machado, 2021). Sin embargo, se pueden identificar como jurisprudencia internacional aplicables al tema de estudio los casos “Ximenes Lopes c/Brasil” y “Congo c/Ecuador”, “Porco c/Bolivia” y “Medina Vela c/México”. Estos casos fueron abordados por distintos organismos integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que incluye tanto la Corte IDH, como la Comisión IDH. Con respecto a jurisprudencia local, se destacan los fallos “R.J.M.”, “Tufano”, “Antuña” y “C., J.C. c/Ejercito” de la CSJN.

4 Al respecto, se señala que mediante este fallo “se sostiene, en primer lugar que no hay dudas en cuanto a que la reclusión por tiempo indeterminado que establece el art. 52 del CP se trata de una pena de reclusión y no de una medida de seguridad” (M. B. Martínez, 2015: 201).

“[...] un tratamiento jurídico distinto e incluso más severo del que habrían recibido, por exclusivas razones preventivas, las demás personas adultas no afectadas por la discapacidad, en manifiesta contradicción con el mandato de no discriminación por discapacidad mental del art. 5. Y en tanto ese tratamiento jurídico justifica una privación de libertad se quebranta la prohibición del art. 14 de la Convención por la cual la existencia de una discapacidad no debe justificar en ningún caso una privación de la libertad. La persona con discapacidad es privada de su libertad, sin haber quebrantado la ley, por razones preventivas” (Hegglin, 2017: 48).

Es por ello, que se puede afirmar que las medidas de seguridad de las personas inimputables, implican una estrategia del sistema penal para mantener el control sobre ellas. Sin embargo, implicaría consolidar y dotar de legalidad a un tipo de encierro. Plantear la perspectiva de no discriminación que impone la CDPD, permitiría problematizar esa situación, a partir de la evidente contradicción que acarrea (Hegglin, 2017).

1.1.4. Las medidas de seguridad en la práctica judicial

La declaración de inimputabilidad y la imposición de una medida de seguridad suelen definirse en las primeras instancias del proceso judicial, lo cual genera la vulneración a los principios de inocencia y de las reglas del debido proceso. Ello se debe a que es habitual que no se logre definir concretamente todas las características del hecho, su dinámica y la participación del sujeto en el delito imputado. La presunción de inocencia se ve afectada

“[...] en tanto se impone una medida restrictiva de la libertad sin haberse realizado previamente el juicio en resguardo del derecho de defensa y de las garantías del proceso. Por otro lado, la no celebración del juicio y la no comprobación de la participación de la persona en un hecho típico y antijurídico, convierte a la medida de seguridad en una medida predelictual contraria al principio de legalidad” (Hegglin, 2016: 28).

Esta interpretación implica que para que pueda efectivizarse una medida de seguridad, previamente es necesario confirmar la autoría del acto, lo cual solo podría realizarse mediante un juicio en donde se apliquen todas las garantías correspondientes a un proceso judicial. Por ello, para analizar

la imputabilidad del sujeto como primera condición de una medida de seguridad, debe demostrarse:

“[...] 1) la realización de una acción u omisión; 2) que se haya integrado el tipo sistemático. Además de la comisión del hecho previsto en la ley, será necesario que el inimputable haya conocido los elementos del tipo objetivo y querido efectuarlos; 3) la realización del tipo debe ser antijurídica, esto es, no amparada por causas de justificación, y 4) es preciso además, que no hayan mediado otras causas de no culpabilidad (miedo insuperable, coacción, error de prohibición)” (Righi, 1993, citado en Hegglin, 2017: 37).

Otro punto relevante son las dificultades que poseen las personas que fueron declaradas inimputables para que se levante la medida de seguridad impuesta. Para que esto suceda es necesario que se realice un peritaje en donde los profesionales determinen que la persona dejó de ser “peligrosa”. Sin embargo, en las prácticas judiciales concretas esto es todo un desafío. Inclusive, en ocasiones se encuentran “dictámenes periciales [que] recomiendan la externación por inexistencia de peligro actual pero, invocando un peligro eventual, postulan la necesidad de continuidad del tratamiento” (Cesano, 2018: 182).

Las dificultades que conlleva levantar las medidas de seguridad producen que exista

“[...] un tratamiento jurídico más severo para las personas con discapacidad psicosocial que el de por sí a se admite para las demás personas sin discapacidad. Por lo demás, las medidas de seguridad, en tanto no están condicionadas en su cese al dictamen favorable del equipo interdisciplinario tratante sino al criterio judicial, no cumplen la condición de ‘recurso terapéutico de carácter restrictivo’ que ‘sólo puede llevarse a cabo cuando aporta mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar o social’, según establece el artículo 14 de la LNSM” (Hegglin, 2016: 29).

De esta manera, se puede señalar que los obstáculos que se detectan en la práctica judicial para el levantamiento de las medidas de seguridad, implican un tratamiento desigual de las personas con padecimiento mental que se encuentran en conflicto con la ley penal.

2. Lectura desde el derecho comparado en Latinoamérica

La inimputabilidad y las medidas de seguridad son figuras jurídicas comunes a la mayoría de los países de la región. En los diferentes códigos penales también se puede identificar la relación existente entre las categorías y definiciones utilizadas en cada marco normativo con la época en donde fue sancionado.

Precisamente, existe una coincidencia sobre los términos que se utilizan para definir las problemáticas de salud mental. A modo de ejemplo, se puede señalar que en el caso Chile, que es el código penal más antiguo (1874), como también el venezolano, sancionado a principios del siglo XXI (2000), se refieren a “loco” o “demente”⁵. Es de destacar que este último, pese a ser uno de los más modernos del continente, utiliza categorías conceptuales donde se detecta una clara influencia de ideas relacionadas con la anormalidad y el desvío (Foucault, 2000).

Por su parte, en Argentina, el art. 34 del CP previamente citado, las refiere como “insuficiencia”, “alteraciones morbosas”, “inconciencia” y “enajenación”.

El resto de los países, utilizan conceptos relacionados con una perspectiva biologicista del padecimiento mental. Ecuador, Perú, Colombia, Brasil, Uruguay, Paraguay, Bolivia y México, las definen como “trastorno mental”, “enfermedades mentales o psíquicas” o “anomalías psíquicas”⁶. Tampoco existe una correlación directa entre

5 El art. 10 del CP chileno, se indica que “Están exentos de responsabilidad criminal: El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón”.

En el caso de Venezuela, se establece en el art. 62 del CP que “No es punible el que ejecuta la acción hallándose dormido o en estado de enfermedad mental suficiente para privarlo de la conciencia o de la libertad de sus actos. Sin embargo, cuando el loco o demente hubiere ejecutado un hecho que equivalga en un cuerdo a delito grave, el tribunal decretará la reclusión en uno de los hospitales o establecimientos destinados a esta clase de enfermos, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal”.

6 Se establece en el art. 35 del CP de Ecuador, que “no existe responsabilidad penal en el caso de trastorno mental debidamente comprobado”.

el periodo de la sanción de cada código con la terminología utilizada.

2.1. Definición de la inimputabilidad

En general, en los diferentes países analizados, la fórmula de la inimputabilidad retoma el modelo mixto (Zaffaroni et al., 2007), por lo se puede señalar que la “enfermedad / alteración / trastorno / anomalía es necesaria pero no suficiente, requiriéndose que la misma acarree como consecuencia una imposibilidad para comprender la

El Código Penal (1991) de Perú, señala en su art. 20 que están exentos de responsabilidad penal “El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión”.

En Brasil, su Código Penal (sancionado en 1984) define la inimputabilidad en su art 26. Se determina que “quedara exento de pena el agente que, por enfermedad mental o desarrollo mental incompleto o retardado, fuera, en el momento en que actuó u omitió, enteramente incapaz de entender el carácter ilícito del hecho o de determinarse conforme a ese entendimiento”.

Mediante el art. 30, el Código Penal uruguayo (1933) establece que “no es imputable aquél que en el momento que ejecuta el acto por enfermedad física o psíquica, constitucional o adquirida, o por intoxicación, se hallare en tal estado de perturbación moral, que no fuere capaz o sólo lo fuere parcialmente, de apreciar el carácter ilícito del mismo, o de determinarse según su verdadera apreciación”.

En el año 1997, se sancionó en Paraguay su Código Penal. En este instrumento, no existe la definición de inimputabilidad. Sin embargo, en el art. 23 se señala que “no es reprochable el que en el momento de la acción u omisión, por causa de trastorno mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, fuera incapaz de conocer la antijuridicidad del hecho o de determinarse conforme a ese conocimiento”.

En 1997, se sanciona por Ley 1768 el Código Penal de Bolivia. En el art. 17, se establece que “está exento de pena el que en el momento del hecho por enfermedad mental o por grave perturbación de la conciencia o por grave insuficiencia de la inteligencia, no pueda comprender la antijuridicidad de su acción o conducirse de acuerdo a esta comprensión”.

En México, mediante el Código Penal Federal (1931), se establece en el art. 15 que “el delito se excluye cuando al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado”.

norma jurídica” (Mercurio & Schweizer, 2013: 275). La salvedad la realiza Ecuador, donde solo sería necesario que una persona posea “un trastorno mental debidamente comprobado”, para que no exista responsabilidad penal⁷. Esta definición permite interpretar que una persona por habersele asignado un diagnóstico previo el hecho imputado, podría ser considerada inimputable. Se puede afirmar que se vulneraría el principio de igualdad y no discriminación por motivos de discapacidad, reconocido en el art. 5 de la CDPD.

2.2. Medidas de seguridad

Esta figura está contemplada en todos los países de la región, siendo plausibles de aplicar. Pero son obligatorias para las personas inimputables en Brasil y Ecuador⁸. En otros países, son potestad del juez dictaminarlas o no, dependiendo generalmente del estado de la persona, su capacidad de comprensión del acto y el tipo de delito imputado.

7 El art. 35 establece que “la persona que al momento de cometer la infracción no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, en razón del padecimiento de un trastorno mental, no será penalmente responsable. En estos casos la o el juzgador dictará una medida de seguridad”.

8 En el caso ecuatoriano, se establece en el art. 76 que “el internamiento en un hospital psiquiátrico se aplica a la persona inimputable por trastorno mental. Su finalidad es lograr la superación de su perturbación y la inclusión social. Se impone por las o los juzgadores, previo informe psiquiátrico, psicológico y social, que acredite su necesidad y duración”. A partir de su redacción, se puede identificar dos elementos destacables. Por un lado, la inclusión de la dimensión social en el informe confeccionado por los profesionales de salud mental, como así también, el interés de determinar la duración de la medida de seguridad.

Por su parte, el CP de Brasil indica el art. 96, se establece que las medidas de seguridad pueden ser de dos formas: “internación en hospital de custodia o tratamiento psiquiátrico o, en caso de inexistencia de estos centros, en otro establecimiento adecuado; sometimiento a tratamiento ambulatorio”.

A su vez, el art. 97 indica que cuando una persona es declarada inimputable, el Juez determinará su internación, posibilitándolo a autorizar un tratamiento ambulatorio. Es así que el juez posee la potestad de determinar que cambie a modalidad de internación en cualquier momento del tratamiento.

2.2.1. Criterio utilizado

En términos generales, la supuesta “peligrosidad” es el elemento que determina que se dictamine una medida de seguridad. Excepto Colombia (“rehabilitación” – art. 70), Ecuador (“superación de la perturbación” – art. 76) y Uruguay (“tratamiento” – art. 97), el resto de los países analizados directa o indirectamente hacen referencia a la peligrosidad como aspecto clave para establecer la medida de seguridad. En el caso venezolano, se hace referencia solamente a la gravedad del delito imputado⁹.

En ninguno de los casos analizados, se utiliza el criterio del riesgo cierto como argumento para la determinación de la medida de seguridad¹⁰.

La utilización de la categoría de peligrosidad en los distintos códigos penales de la región, da cuenta que utilizan lógicas características del propio campo, los cuales son incompatibles con las CDPD¹¹.

2.2.2. Modalidad

En todos los países analizados se determina que la forma que se llevará a cabo una medida de seguridad es mediante una internación. Ello confirma la existencia de “continuum correccional-custodial”¹² (Sozzo, 2016) para

9 El art. 62 del CP venezolano, se establece que “cuando el loco o demente hubiere ejecutado un hecho que equivalga en un cuerdo a delito grave, el tribunal decretará la reclusión en uno de los hospitales o establecimientos destinados a esta clase de enfermos, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal. Si el delito no fuere grave o si no es el establecimiento adecuado, será entregado a su familia, bajo fianza de custodia, a menos que ella no quiera recibirlo”.

10 Cabe aclarar que según el art. 20 de la LNSM N° 26.657, la existencia de riesgo cierto e inminente para sí y/o para terceros, es la que posibilita una internación involuntaria en caso de personas con una situación de padecimiento mental.

11 Se puede interpretar que la aplicación de una medida de seguridad por una declaración de inimputabilidad, transgrede el art. 13 de la CDPD, relacionado con la igualdad al acceso de la justicia, ya que se encierra solo por poseer una problemática de salud mental, a la cual se la define como el origen de la supuesta “peligrosidad” del sujeto.

12 Este concepto refiere a la existencia de diferentes instituciones de encierro a las que suelen estar sometidas las personas con problemáticas

las personas con padecimiento mental en conflicto con la ley penal.

En Perú (art. 71), Paraguay (art. 77), México (art. 67) y Brasil (arts. 96 y 97), las medidas de seguridad pueden tomar la forma de tratamiento ambulatorio. Dicha situación permite una modalidad menos restrictiva en los derechos de aquellos que deben cumplir estas medidas. Sin embargo, se genera una nueva instancia de control, ya que posibilita que dicho tratamiento ambulatorio sea supervisado por la justicia penal. Ello implica la creación de un procedimiento que posibilita a lo penal extenderse capilarmente a otras áreas de la sociedad, creando nuevas instancias de control social.

2.2.3. Objetivos

Se pueden identificar diferentes propósitos que poseen en los distintos países, que buscarían las medidas de seguridad. Sin embargo, en todos los ordenamientos se busca que cesen o desaparezcan las condiciones que hiciera “peligroso” a un sujeto. Esta forma adopta Argentina (“desaparición de la peligrosidad” – art. 34), Bolivia (“remisión del peligro de daño” – art. 80), Brasil (“cese de la peligrosidad” – art. 97).

Otros países buscan algún tipo de superación de dicha condición, planteando abordajes supuestamente “terapéuticos”. Así lo plantea Colombia (“rehabilitación mental” – art. 70), Ecuador (“superación de su perturbación” – art. 76), México (“necesidades del tratamiento” – art. 67), Paraguay (“tratamiento o cura medica” – art. 73) y Uruguay (“tratamiento adecuado” – art. 97).

En Chile (art. 457 del Código Procesal Penal) y Perú (art. 74), se define que la medida de seguridad tiene como fin la custodia o tratamiento, por lo que se puede indicar que poseen ambos objetivos, tanto terapéutico como tutelar.

En el caso venezolano, se establece en el art. 62 que el motivo que determina la medida de seguridad va a estar

de salud mental que declaradas inimputables. Las mismas van desde un polo judicial (cárcel) a uno terapéutico (manicomio), transformando a la peligrosidad el factor determinante para establecer a qué tipo de establecimiento se encierra al sujeto. Se puede afirmar que dicha estrategia busca mantener el encierro en diferentes tipos de instituciones, como forma de llevar a cabo el control social.

dada por la gravedad del delito imputado, sin hacer referencia a la peligrosidad, siendo el objetivo únicamente la reclusión del sujeto.

Se puede destacar el caso ecuatoriano, ya que se hace referencia a la “inclusión social” (art. 76), como un objetivo de la medida de seguridad, siendo el único país que incorpora esta dimensión.

Sin embargo, pese a que la finalidad de la medida de seguridad puede variar, ello no implica que la peligrosidad deje de ser el criterio para determinarla y sostenerla en el tiempo, como por ejemplo sucede en Chile (art. 455), México (art. 67), Paraguay (art. 73) y Perú (art. 73).

2.2.4. Tipo de institución

Con respecto a los lugares para cumplir la medida de seguridad, no existe una respuesta uniforme, por lo que se establece una multiplicidad de instituciones posibles. Sin embargo, mayoritariamente los países definen que se cumplan en aquellas que tengan características sanitarias.

Dentro de los países que permiten el cumplimiento de las medidas de seguridad en instituciones no penales, se encuentran Brasil (hospital de custodia o tratamiento psiquiátrico, que debe tener “características hospitalarias” – art. 97), Colombia (“establecimiento psiquiátrico” o “clínica adecuada” – art. 69), Ecuador (“internación en hospital psiquiátrico” – art. 76), Paraguay (“hospital psiquiátrico y/o institución con exigencias médicas” – art. 84), Perú (“centro hospitalarios especializados” – art. 74), Venezuela (“hospitales o establecimientos destinados a esta clase de enfermos” – art. 62) y Chile (“establecimiento psiquiátrico” – art. 457).

Existen países que señalan expresamente que la institución debe ser un manicomio, como Bolivia (art. 79) y Uruguay (art. 97).

El caso particular de Bolivia, se aclara que, si no existiese este tipo de institución, la persona podría ser alojado en un lugar que “se aproxime” y en caso que no hubiese, “se lo dejará en poder de su familia” (art. 80). De la ambigua redacción del artículo, no queda claro en qué tipo de institución correspondería ser alojado para cumplir la medida de seguridad. Esta situación podría generar que la persona fuera derivada a aquella a la que se tenga

acceso, pudiendo ser una cárcel común, con la posibilidad que aumenten los niveles de vulneración de los derechos de este sujeto. La posibilidad de “dejarlo en poder de la familia”, puede volverse una decisión que implique el abandono de esta persona, si resultara que necesite algún tipo de tratamiento o abordaje del padecimiento mental que posea una persona.

Algunos países presentan definiciones ambiguas, como en el caso de Argentina (“establecimiento adecuado” – art. 34) y México (“institución correspondiente” – art. 67), los cuales permitiría que estas medidas de seguridad puedan ser llevadas a cabo en cualquier tipo de institución, tanto penal como asistencial o sanitaria. En el caso argentino, pese a que a que no se realiza referencia, “la práctica judicial ha instalado a la institución penitenciaria como el lugar de ejecución de la medida de seguridad” (Hegglin, 2017: 26), pero esto puede variar en función de las políticas públicas, sanitarias y penitenciarias de cada jurisdicción donde se lleva a cabo la causa penal (Poblet Machado, 2021).

Se puede destacar que en el caso chileno se prohíbe expresamente que se aloje a la persona que se le impone una medida de seguridad en una institución carcelaria (art. 457). Otro aspecto importante en este país es la obligatoriedad estatal a supervisar las condiciones de los establecimientos donde se cumplen las medidas de seguridad.

2.2.5. Plazos

La duración de las medidas de seguridad es uno de los aspectos centrales de esta figura. En algunos países se limitan temporalmente a partir del delito imputado, mientras otros quedan indeterminados y dependerá de la evolución del estado de salud mental de la persona declarada inimputable.

En este segundo grupo, se encuentra Argentina (“desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso” – art. 34), Bolivia (“durará todo el tiempo requerido para la seguridad, educación o curación” – art. 80), Brasil (“será por tiempo indeterminado, hasta que no cese la peligrosidad” – art. 96), Colombia (“la persona se encuentra mentalmente rehabilitada” – art. 70), Ecuador (art. 76), Paraguay (art. 73), Uruguay (no poseen “mínimo ni máximo” – art. 94).

En el caso de Brasil, pese a no tener limitación temporal, se establece un lapso mínimo entre uno a tres años (art. 97).

Por su parte, Ecuador señala que el plazo dependerá de un “informe psiquiátrico, psicológico y social, que acredite su necesidad y duración” (art. 76). De esta manera, se puede inferir que se prolongará en función de lo establecido en dicho informe interdisciplinario.

Algunos países determinan un límite temporal sobre la duración de la medida de seguridad, utilizando como parámetro el tipo de pena que se le podría haber impuesto si los sujetos hubieran sido punibles. Dentro de estos se encuentran Chile (“sólo podrán durar mientras subsistieren las condiciones que las hubieren hecho necesarias, y en ningún caso podrán extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponérsele o del tiempo que correspondiere a la pena mínima probable, el que será señalado por el tribunal en su fallo” – art. 481 CPP), México (“no debe durar el máximo de la pena aplicable” – art. 69) y Perú (“no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido” – art. 73).

Venezuela no hace referencia a ninguno de los dos sistemas, pero considero que podría incluirse en el primer grupo, por poseer como objetivo de la medida de seguridad, la mera reclusión.

Es importante señalar que diferentes interpretaciones indican que determinar el plazo de una medida de seguridad a partir del tipo de delito imputado, cuando precisamente se absuelve a la persona, puede ser entendida una práctica discrecional.

2.2.6. Control de la medida de seguridad

Se pueden llevar diferentes formas o estrategias para realizar el control y seguimiento de las medidas de seguridad. Sin embargo, algunos países, como por ejemplo Argentina, Colombia, Ecuador, México, Uruguay y Venezuela, no establecen ningún mecanismo para ello. Esta situación genera que directamente no se lleve a cabo, o en la mejor de las situaciones, dependa de usos y costumbres del ámbito judicial de cada país y jurisdicción local. En la práctica, termina produciendo un aumento de la discrecionalidad y dificultades para establecer procedimientos para la revisión de estas figuras.

En cambio, otros sistemas de justicia establecen mecanismos para la realización del control judicial. Así, se

establecen distintos plazos de la medida de seguridad en Bolivia (dos años – art. 80), Brasil (plazo mínimo entre uno y tres años con revisión anual – art. 97), Chile (seis meses – art. 481 CPP), Paraguay (seis meses – art. 76) y Perú (seis meses – art. 75).

Por otra parte, cuando se establece como medida de seguridad el tratamiento ambulatorio, también se puede determinar un plazo temporal para un control judicial. De esta forma, Brasil establece que se realice como máximo al año (art. 97), mientras que en Colombia dicho control no tiene un plazo máximo (art. 70 y 71).

3. Inimputabilidad, medidas de seguridad y CDPD

Resulta interesante analizar estos diferentes aspectos recopilados sobre la inimputabilidad y las medidas de seguridad a la luz de la CDPD (2006). Este fue el primer tratado internacional específico para dicho colectivo.

Este instrumento dialoga con la LNSM, el CCC y con otras declaraciones, recomendaciones y/o estándares que son realizadas por organismos no vinculantes. Todos ellos permiten dar cuenta de una

“[...] íntima relación del campo de la salud mental con el campo de los derechos humanos. Sin embargo, esto no se agota únicamente en los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, y en este sentido, como GESMyDH consideramos que vincular el campo de la salud mental con los derechos humanos implica posicionamientos epistemológicos, teóricos y políticos, que posibilitan entender la problemática como un espacio de luchas, que conlleva a mejorar las condiciones de vida de las personas usuarias de servicios de salud mental, colectivo al que históricamente se le han sobrevulnerado sus derechos humanos” (Poblet Machado, Oberti, Faraone, & Bianchi, 2021: 227).

Sin ánimo de extenderme en los contenidos del CDPD, resulta importante señalar que sus conceptos y postulados como el de la dignidad inherente de las personas con discapacidad, igualdad y no discriminación (art. 5), igualdad ante la ley (art. 12), garantías de mecanismos de acceso a la justicia (art. 13), libertad y seguridad (art. 14), entre otros, son útiles para problematizar las figuras de inimputabilidad y las medidas de seguridad.

En términos generales, se puede coincidir en señalar que existe una incompatibilidad entre los postulados de la CDPD y lo establecido en el CP, ya que

“[...] el concepto de inimputabilidad y las medidas de seguridad previstas en este cuerpo normativo (art. 34, inc. 1) han quedado atrapados en este contexto de resistencia y oposiciones que priorizan el modelo médico sobre el modelo social de reconocimiento de derechos y de toma de decisiones con apoyo que impone la CDPD” (Hegglin, 2017: 19).

Sin embargo, pese a la jerarquía constitucional que posee la CDPD, Hegglin (2017) afirma que tanto los operadores judiciales como los académicos del derecho penal, no conocen ni aplican este instrumento. La autora indica que la Convención posibilita repensar las diferentes teorías de la pena y el propio concepto de culpabilidad.

Las incompatibilidades del CP con la CDPD llevaron a que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al evaluar la situación de la Argentina en el año 2012, exprese

“[...] su preocupación sobre el hecho de que cuando una persona con discapacidad psicosocial o intelectual es declarada inimputable en un proceso penal, no se aplica procedimiento alguno en el que se respeten las garantías del debido proceso y se le priva inmediatamente de la libertad sin que siquiera se acredite su vinculación con el hecho”.

Por lo tanto, se solicitó al país “la adecuación de la legislación penal a fin de que la imposición de medidas de seguridad sobre las personas que son declaradas inimputables cuente con un proceso en el que se respeten las garantías de defensa y asistencia letrada” (Tiseyra & Duarte Ardo, 2017: 232). Inclusive, este Comité recomendó en 2014

“[...] la eliminación de las medidas de seguridad que involucran restricción de libertad compulsiva en instituciones psiquiátricas, con expresa advertencia y preocupación sobre la indeterminación temporal que las caracteriza y la falta de garantías procesales en el sistema penal que las aplica y regula” (Hegglin, 2017: 50).

Para finalizar, coincido en señalar que el uso de las medidas de

seguridad, se centra más en una estrategia de los funcionarios judiciales de evitar un “escándalo mediático” (por excarcelar a alguna persona declarada inimputable por un delito que haya tenido relevancia social), que en “escándalo jurídico de legislar en abierta y confesa contradicción a una convención sobre derechos humanos que ostenta la más alta jerarquía legislativa” (Hegglin, 2017: 51).

4. A modo de cierre

En este trabajo, se realizó un análisis sobre la inimputabilidad y las medidas de seguridad, tanto en Argentina como en diferentes países de América Latina.

Mediante el análisis comparado sobre los distintos ordenamientos jurídicos, se pudo dar cuenta cómo abordan la problemática de la inimputabilidad y las medidas de seguridad. Se puede determinar que, en su totalidad, estos marcos normativos se encuentran en contradicción con lo estipulado en la CDPD, al igual que el caso argentino.

Sin embargo, es compartido en los distintos países, la centralidad de la categoría peligrosidad como elemento para argumentar las decisiones tomadas por las autoridades judiciales sobre la conveniencia de dictar una medida de seguridad, por lo que, en la totalidad de los países abordados, éstas toman la forma de internación en instituciones cerradas.

En contrapartida, en el marco normativo de salud mental, tanto nacional como internacional, se ha abandonado la categoría de peligrosidad, siendo reemplazada por la categoría de riesgo cierto e inminente. La peligrosidad está referida a la posibilidad de realizar conductas a futuro, algo que es imposible de determinar fehacientemente. En cambio, establecer la existencia de riesgo, implica una evaluación en el momento y lugar concreto, a partir de una evaluación realizada por un equipo interdisciplinario de salud mental. Al respecto, es necesario aclarar que el Decreto Reglamentario de la LNSM 603/2013, establece que “entiéndese por riesgo cierto e inminente a aquella contingencia o proximidad de un daño que ya es conocido como verdadero, seguro e indubitable que amenace o cause perjuicio a la vida o integridad física de la persona o de terceros. Ello deberá ser verificado por medio de una evaluación actual, realizada por el equipo interdisciplinario, cuyo fundamento no deberá reducirse exclusivamente a una clasificación diagnóstica”.

Autores también señalan una situación contradictoria referida a la peligrosidad y las medidas de seguridad. En el caso “Gramajo”, la CSJN estableció que no son constitucionales las medidas de seguridad para personas reincidentes, y por lo tanto, consideradas peligrosas. Sin embargo, se encuentren vigentes en caso de personas con problemáticas de salud mental y/o discapacidad psicosocial que son declaradas inimputables, lo cual implica la violación de una serie de derechos y garantías reconocidas por la CDPD.

Resulta importante señalar la necesidad que el campo penal comience a incorporar la CDPD en lo relacionado a la inimputabilidad y las medidas de seguridad. Coincido con lo planteado por Hegglin, en que su aplicación en este campo, implicaría un cambio sustancial, ya que permite problematizar tanto a esta figura legal, como a las medidas de seguridad. A partir de su uso cotidiano en diferentes juzgados penales, se podrá intentar encontrar una jurisprudencia acorde a los derechos y garantías reconocidos en la Convención, los cuales no son respetados en la actualidad en situaciones de personas declaradas inimputables. Entre ellos, se destacan principios relacionados con la igualdad ante la ley, la no discriminación, el acceso a la justicia, entre otros.

La Convención aporta una serie de elementos jurídicos que posibilitan problematizar la figura de la inimputabilidad y las medidas de seguridad. Se puede señalar entre ellos, el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, la no discriminación, la igualdad ante la ley, el respeto por el debido proceso, etc. La inimputabilidad y las medidas de seguridad, son reconocidas por organismos internacionales como un problema, especialmente a partir del mantenimiento de la categoría de peligrosidad en el campo penal. Sin embargo, y como también ha arrojado esta investigación, esta problemática es transversal a los sistemas jurídicos de los países de Latinoamérica.

Cabe aclarar, que la afectación de los derechos y garantías que reconoce tanto la CDPD como la LNSM en lo relacionado a la inimputabilidad y las medidas de seguridad, se pone de manifiesto en casos concretos de personas con padecimiento mental en conflicto con la ley penal. Es por ello que es pertinente indicar que estas discusiones no son solo teóricas o doctrinarias, sino que se reflejan en una

violación cotidiana de derechos de personas imputadas de delitos a lo largo de todos los países de nuestro continente.

5. Referencias utilizadas

Araque Gallo, F. E., & Reyes Contreras, D. G. (2015). *La inimputabilidad por razones de diversidad sociocultural de los miembros de los pueblos Inga, Iwa y Motilon-Bari en el Municipio de San José de Cucuta*. Universidad Libre de Colombia. Recuperado el 15 de octubre de 2020 de <https://bit.ly/3qWSFmM>

Bernardini, L., Mercurio, E., & Sheinbaum, D. (2018). Los retos en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en el ámbito penal. Estudio comparativo entre la ciudad de México y Buenos Aires. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 2(2), 51-73. Recuperado el 4 de noviembre de 2020 de <https://bit.ly/2SWyMzX>

Cesano, J. D. (2018). Medidas de seguridad respecto de inimputables adultos por incapacidad mental: principios generales y garantías. En A. Rosetti & N. Monasterolo (Eds.), *Salud Mental y Derecho: Derecho Sociales e Intersectorialidad* (pp. 170-191). Córdoba, Argentina: Editorial Espartaco Córdoba.

Código Civil y Comercial de la Nación. Ley N.º 26.994. 01 de octubre de 2014. Argentina. <https://bit.ly/2VBsXc8>.

Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial N.º 180. 10 de febrero de 2014. Ecuador. <https://bit.ly/3kfdFUD>.

Código Penal de la Nación. 29 de octubre de 1921. Argentina. <https://bit.ly/3kcfBx1>.

Código Penal Federal. 14 de agosto de 1931. México. <https://bit.ly/3i1C9hr>.

Código Penal. 28 de marzo de 2000. Venezuela. <https://bit.ly/3e85cyU>.

Código Penal. Decreto Legislativo N.º 635. 08 de abril de 1991. Perú. <https://bit.ly/3ebfaPL>.

Código Penal. Decreto-Ley N.º 2.848. 7 de diciembre de 1940. Brasil. <https://bit.ly/3ebRoDs>.

- Código Penal. Ley 1.160/97. 26 de noviembre de 1997. Paraguay. <https://bit.ly/3ebR4oe>.
- Código Penal. Ley N.º 1.768. 10 de febrero de 1997. Bolivia. <https://bit.ly/3ed7NHH>.
- Código Penal. Ley N.º 2.561. 12 de noviembre de 1874. Chile. <https://bit.ly/3kcFgWy>.
- Código Penal. Ley N.º 599 de 2000. 24 de julio de 2000. Colombia. <https://bit.ly/3iiJ6uT>.
- Código Penal. Ley N.º 9.155. 4 de diciembre de 1933. Uruguay. <https://bit.ly/3kapDih>.
- Código Procesal Penal de Tierra del Fuego – Ley provincial N.º 168 de Tierra del Fuego. 09 de septiembre de 1994. Tierra del Fuego. Argentina. <https://bit.ly/3kbtU52>.
- Código Procesal Penal Federal. Ley N.º 27.063. 04 de diciembre de 2014. Argentina. <https://bit.ly/2TU4xdv>.
- Código Procesal Penal. Ley N.º 19.696. 29 de septiembre de 2000. Chile. <https://bit.ly/3ebGr4K>.
- Código Procesal Penal. Ley N.º 23.984. 21 de agosto de 1991. Argentina. <https://bit.ly/2VvmUFT>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Congo Víctor Rosario vs. Ecuador. Caso 11.427. Informe N.º 63/99. 13 de abril de 1999. <https://bit.ly/3ASHD6J>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Porco Marcela Alejandra vs. Bolivia. Caso 11.426. Informe N.º 8/08. 04 de marzo de 2008. <https://bit.ly/3i5Ew2C>.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU. Medina Vela vs. México. CRPD/C/22/D/32/2015. 06 de septiembre de 2019. <https://bit.ly/3wyzj92>.
- Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2006). Organización de las Naciones Unidas. <https://bit.ly/3eaUBTw>.
- Corte Europea de Derechos Humanos. Shtukaturov vs. Rusia. Solicitud N.º 44009/05. 27 de junio de 2008. <https://bit.ly/3y0cPCn>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ximenes Lopes vs. Brasil. Caso N.º 12.237. Sentencia. 4 de junio de 2006. <https://bit.ly/3AXY1CS>.
- Corte Suprema de la Justicia de la Nación Caso “C., J. C. c/ Ejército”. Causa CAF 9482/2011/2/RH2. Sentencia. 30 de abril de 2020. <https://bit.ly/3e8HBhe>.
- Corte Suprema de la Justicia de la Nación. Caso “Tufano”. Causa sobre Competencia N.º 1511. Sentencia. 27 de diciembre de 2005. <https://bit.ly/3keiugW>.
- Corte Suprema de la Justicia de la Nación. Caso “Antuña”. Causa “Antuña Guillermo Javier s/ causa N.º 12.434”. Sentencia. 13 de noviembre de 2012. <https://bit.ly/3k9FEol>.
- Corte Suprema de la Justicia de la Nación. Caso “R.J.M.”. Causa 1195. 19 de febrero de 2008. <https://bit.ly/3ec7v3J>.
- Declaración de Estambul sobre la utilización y los efectos de la reclusión en régimen de aislamiento. (2007). Organización de las Naciones Unidas. <https://bit.ly/3k8Wa8z>.
- Foucault, M. (2000). *Los Anormales*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- Hegglin, M. F. (2006). *Los enfermos mentales en el derecho penal: contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Hegglin, M. F. (2016). La inconstitucionalidad de las medidas de seguridad impuestas como consecuencia de la suspensión del proceso penal por discapacidad psicosocial del imputado. El caso del señor Acosta. *Revista del Ministerio Público de la Defensa*, 11, 23–49.
- Hegglin, M. F. (2017). Las medidas de seguridad en el sistema penal argentino: su contradicción con principios fundamentales del Derecho penal y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. In Documenta - Análisis y acción para la justicia social (Ed.), *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: Reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad* (pp. 15–52). Ciudad de México, México: Ubijus Editorial. Recuperado de <https://bit.ly/3xvCyzf>

- Irigoyen Testa, L. (2005). *Problemas constitucionales a partir de la indeterminación temporal en la medida de seguridad de reclusión manicomial prevista en el art. 34 inc. 1o del Código Penal Argentino*. Recuperado de <https://bit.ly/3ea6R6Y>
- Ley Nacional de Salud Mental N.º 26.657.. 5 de noviembre de 2010. Argentina. <https://bit.ly/3yH1XpU>.
- Martínez, M. B. (2015). *Derecho y salud mental: historia del tratamiento jurídico de la locura en la República Argentina*. Rosario, Argentina: Editorial Juris.
- Mercurio, E., & Schweizer, V. (2013). Vientos de cambio. Comentarios en torno al Proyecto de modificación del art. 34, inc. 1o del Código Penal Argentino. *Revista Derecho Penal - Ediciones Infojus*, 5(1), 259–283. Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <https://bit.ly/3yQDu1g>
- Monteiro, V. (2015). *Enfermedad mental, crimen y dignidad humana. Un estudio sobre la "medida de seguridad" en Brasil*. (Universidad Andina Simón Bolívar, Ed.). Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Mouzo, K. (2010). *Servicio Penitenciario Federal. Un estudio sobre los modos de objetivación y de subjetivación de los funcionarios penitenciarios en la Argentina actual*. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Ciencias Sociales.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal. Parte general* (Octava edi.). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1976). Organización de las Naciones Unidas. <https://bit.ly/2VA674F>.
- Paladino, M. E., & Oñativia, X. (2016). Medidas de seguridad y peligrosidad. V *Jornadas de Investigación y IV Encuentro de Becarios de Investigación de la Facultad de Psicología. Universidad Nacional de La Plata* (pp. 287–294). Ensenada, Argentina. Recuperado el 20 de diciembre de 2020, de <https://bit.ly/3kanXp5>
- Poblet Machado, M. A. (2021, December 10). *Salud mental, inimputabilidad y medidas de seguridad en Argentina. Trayectorias jurídicas e institucionales a partir de un estudio de un caso (2016 – 2017)* (Doctorado en Salud Mental Comunitaria). Universidad Nacional de Lanús, Remedios de Escalada, Buenos Aires.
- Poblet Machado, M. A., Oberti, M., Faraone, S., & Bianchi, E. (2021). Derribando mitos: Una contribución a la problematización en torno a la Ley Nacional de Salud Mental. *Revista Debate Público. Reflexión de Trabajo Social*, (22), 221–232. Recuperado el 19 de julio de 2022, de <https://bit.ly/3pWQL5Z>
- Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental. (1991). Organización de las Naciones Unidas. <https://bit.ly/3yPuUjn>.
- Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. (2008). Organización de los Estados Americanos. <https://bit.ly/3i5Qbyq>.
- Principios y Directrices Internacionales sobre el Acceso a la Justicia para las Personas con Discapacidad. (2020). Organización de las Naciones Unidas. <https://bit.ly/2TVDs9S>.
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. (2008). Cumbre Judicial Iberoamericana. <https://bit.ly/3eb80ev>.
- Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. (2015). Organización de las Naciones Unidas. <https://bit.ly/3yNcTIS>.
- Rinaldoni, M. C. (2012). Imputabilidad Penal. *In Iure - Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales*, 1(2), 103–155. Recuperado el 5 de noviembre de 2020, de <https://bit.ly/2UExoSX>
- Sozzo, M. (2015). *Locura y crimen: nacimiento de la intersección entre el dispositivo penal y psiquiátrico*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Dibot.
- Sozzo, M. (2016). A manera de epílogo. Cuestiones de responsabilidad entre dispositivo penal y dispositivo psiquiátrico. *Materiales para el debate desde Argentina. Delito y Sociedad*, 1(13), 163–182. Universidad Nacional

del Litoral. Recuperado el 27 de septiembre de 2020, de <https://bit.ly/3xBwkOp>

Tiseyra, M. V., & Duarte Ardoy, G. J. (2017). El Derecho Penal Argentino en el Modelo Social de Discapacidad. Rol de la defensa pública en casos de medidas de seguridad e internación. In Ministerio Público de la Defensa (Ed.), *Derechos de las Personas con Discapacidad* (pp. 225–234). Buenos Aires, Argentina: Defensoría General de la Nación.

Ulloa Eyzaguirre, T. (2017). Evolución de las medidas de seguridad aplicables a los inimputables por enajenación mental en el ordenamiento jurídico chileno. Análisis crítico de Derecho Comparado. *Revista De Derecho, Ciencias Sociales Y Políticas*, 23, 46–118. Santiago, Chile. Recuperado de <https://bit.ly/2TUhxjl>

Urios, R. A., Bajar, M., Galeano, M., Kaufmann, F., D'Ovidio, A. C., & Oñativia, X. (2017). Peligrosidad: Cambalache “problemático y febril”. Notas acerca del concepto de peligrosidad aplicado en casos de medidas de seguridad impuestas a personas con padecimiento mental. VI Congreso Internacional de Investigación de la Facultad de Psicología - Universidad Nacional de La Plata (pp. 344–351). La Plata, Argentina.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2007). *Manual de Derecho Penal. Parte general* (Segunda Ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediar.

A deficiência como causa de incapacidade jurídica e o novo paradigma trazido pela convenção das nações unidas sobre o direito das pessoas com deficiência de 2007

La discapacidad como causa de la incapacidad jurídica y el nuevo paradigma que trae la convención de las naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2007

Disability as a cause of legal incapacity and the new paradigm brought by the 2007 united nations convention on the rights of persons with disabilities

Daniela Corrêa Jacques Brauner

*Doutora em Direito pela UFRGS/Brasil. Professora de Direitos Humanos e Direito Civil Faculdade Atitus Porto Alegre/RS. Defensora Pública Federal
daniela.jacques@dpu.def.br*

Resumo

O presente artigo pretende discutir o conceito de deficiência trazido pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência de Nova York de 2007 que rompeu com um modelo de capacidade jurídica clássico dos Códigos Civis de tradição europeia. Procura apontar que a deficiência não é um conceito médico apenas e que a sociedade deve buscar integrar a pessoa com deficiência e não a afastar da realização de negócios e da participação na vida social. Assim, apresenta uma mudança na incapacidade civil que não engloba mais a pessoa com deficiência. A curatela pode ser determinada apenas na medida da necessidade de proteção da pessoa. Conclui no sentido de comemorar as alterações legislativas para a promoção de maior integração e igualdade da pessoa com deficiência na sociedade.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência. Incapacidade civil. Convenção de Nova York sobre o Direito das Pessoas com Deficiência de 2007.

Resumen

Este artículo se propone discutir el concepto de personas con discapacidad traído por la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York de 2007, que rompió con un modelo clásico de capacidad jurídica de los Códigos Civiles de tradición europea. Se busca señalar que la discapacidad no es solo un concepto médico y que la sociedad debe buscar integrar las personas con discapacidad y no alejarlas de hacer negocios y participar en la vida social. Así, presenta un cambio en la incapacidad civil que ya no engloba a la persona con discapacidad. La curatela sólo puede determinarse en la medida de la necesidad de protección de la persona. Concluye en el sentido de conmemorar los cambios legislativos para promover una mayor integración e igualdad de las personas con discapacidad en la sociedad.

Palabras-clave: Persona con discapacidad. Incapacidad civil. Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2007.

Abstract

This article aims to discuss the concept of people with disability betrayed by 2007 United Nation Convention on the Rights of Persons with Disabilities. This new concept broke with a classic model of legal capacity included in the European Civil Codes. It seeks to signal that disability is not just a medical concept and that society should seek to integrate people with disability and allow them to do business and participate in social life. Therefore, it presents a change in the legal capacity that does not include the person with disability. The curatorship can only be determined as it is needed to protect people. It concludes in the sense of commemorating legislative changes toward to promote social integration and equality for people with disability.

Keywords: Person with disabilities, Legal capacity. The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities

Sumário

Introdução. 2. Conceito de deficiência e os novos direitos trazidos pela convenção de nova york 2. Do abandono da incapacidade civil da pessoa com deficiência. Considerações finais. Referências.

Introdução

Os Códigos Civis latinos seguindo a tradição europeia traziam a figura dos “loucos de todo o gênero” para se referir às pessoas que não possuíam capacidade civil. Na época, havia uma dificuldade muito grande de classificar aqueles que não poderiam exprimir a sua vontade em razão de problemas psíquicos. Essa dificuldade de abranger em uma só expressão toda a larga escala dos estados psicopatológicos e psiquiátricos provocou discussão sem fim no momento da escolha da linguagem que o legislador deveria usar na designação da incapacidade por insanidade mental (SANTOS, 1980, p. 254). Segundo aponta a doutrina, a referência à loucura, não queria limitar àqueles casos de distúrbio mental que faziam do enfermo um furioso, mas a toda espécie de desequilíbrio das funções cerebrais, sejam as que provinham de uma qualquer malformação congênita, sejam as que fossem subsequentes a uma enfermidade geral ou específica, sejam as que decorressem de um acidente (PEREIRA, 2009, p. 236).

Interessante observar como os autores da época discutiam as diversas patologias mentais e comportamentais no rol das incapacidades. Santos traz a exame a figura dos alienados, das “aberrações de espírito, extravagâncias e excentricidades de caráter,” dos moribundos, dentre outros (SANTOS, 1980, p. 252). Em obra dedicada exclusivamente ao tema, Molinas, em 1948, advertia: *“Podemos decir con verdad que, no hay código que no sea criticado por la forma en que en él, se legisla la materia que atañe a las personas faltas de normal sanidad mental.”* É sempre enfatizado pelos autores o critério unicamente biológico para a aferição da insanidade, tratando-se de uma “questão médica que incumbe ao perito esclarecer” (MOLINAS, 1948, p. 15).

Esse exame médico para definir a loucura coincide com o período da Renascença em que “a loucura torna-se uma forma relativa à razão ou melhor, loucura e razão entram numa relação eternamente reversível que faz com que toda loucura tenha sua razão que a julga e controla e toda razão sua loucura na qual ela encontra sua verdade irrisória.” (FOUCAULT, 2017, p. 30). O Iluminismo “medicalizou” e cientificou a loucura, cujo papel anterior cumpria à religião, prescindindo das pessoas com deficiência seja por um modelo eugenésico (Grécia e Roma) ou um modelo de marginalização (Idade Média), no qual a exclusão das pessoas tidas como “diferentes” era a única resposta social aceitável.

No século XVII, criaram-se vastas casas de internato, destinados aos loucos, mas também aos pobres, desempregados, correccionários, insanos. A loucura é percebida como impossibilidade de integrar-se no grupo; momento em que começa a inserir-se no texto dos problemas da cidade. (FOUCAULT, 2017, p. 132). A internação passa a ser local natural para aqueles desprovidos da razão, acabando por influenciar a condição jurídica do sujeito incapaz, fazendo da interdição a exigência indispensável para todo o internamento.

No século XIX, a medicina e a psicologia dedicavam-se, cada vez com mais aprofundamento científico, ao estudo da loucura, definindo os critérios daqueles que estariam com plenas faculdades mentais: “Desde o século XIX, foram os médicos que se encarregaram de vigiar a fronteira e montar guarda na cancela. Afixaram o rótulo ‘doença mental’, indicação que vale como internação.” (FOUCAULT, 2017, p. 132) Na literatura, Machado de Assis muito bem descreve o poder que o personagem alienista, Dr. Bacamarte, dedicado ao estudo da mente humana, exercia na cidade de Itaguaí, determinando os cidadãos que, por ele diagnosticados, deveriam ser encaminhados ao manicômio Casa Verde.

Os diagnósticos médicos foram tantos que, em 1851, foi proposto pelo dr. Cartwright, na Louisiana, a referência à drapetomania, termo advindo do grego drapetes que significa fugitivo, mania de fuga, em alusão a um mal que acometia os escravos negros que insistiam em escapar das fazendas escravocratas do sul dos Estados Unidos (SCLIAR, 2010).

No Brasil, em 1852, é criado, no Rio de Janeiro, o primeiro Hospital Público (Pedro II), inaugurando-se aí a política oficial de tutela e segregação do doente mental no país. O modelo médico buscou a reabilitação/cura do indivíduo na sociedade. A filosofia de segregação vigorou até a década de 1940, em que tais pessoas eram consideradas inválidas e socialmente inúteis. A partir da Primeira Guerra Mundial, com um grande contingente de pessoas feridas/mutiladas, a deficiência começou a ser definida como uma falta, uma insuficiência, que necessitava de reparação. Por isso, a justificativa para mecanismos próprios de reabilitação, assistência social e locais especializados ou exclusivos como escolas especiais. Caberiam a essas pessoas buscarem se integrar na sociedade, por meio da sua cura ou normalização (BARBOSA-FOHRMANN, 2016).

Apenas no século XX, mais precisamente na década de 1970, dissipou-se o pensamento de necessidade de afastamento das pessoas com transtornos mentais da sociedade com um movimento que ficou conhecido como Reforma Psiquiátrica. A Reforma Psiquiátrica tem como objetivo a inclusão do paciente portador de transtornos mentais na sociedade, assegurar sua igualdade e liberdade (GABLE; VÁSQUEZ; GOSTI; JIMÉNEZ, 2005) sem discriminação nem segregação, que exige ações afirmativas do Estado em prol desse objetivo. A essa altura, os manicômios já teriam demonstrado sua saturação, tendo como exemplo próximo o Instituto São Pedro, na cidade de Porto Alegre (Brasil), que chegou a ter quase 6 mil doentes internados, cinco em cada leito. (SCLIAR, 2010). Importante marco legislativo, nesse sentido, foi a edição da Lei brasileira n. 10.216/01, buscando a desinstitucionalização das pessoas com deficiência mental, passando para um modelo que visa a restringir a internação involuntária.

Esses movimentos foram importantes para uma mudança na concepção da loucura, no reconhecimento de que a razão iluminista é apenas uma das modalidades possíveis de subjetividade (MEDEIROS, 2006). A literatura desenvolvida em torno da doença mental, dentre os quais Foucault, Goffman e Castel, contribuiu para um novo olhar em relação ao tratamento e designação das doenças mentais e para o indivíduo portador de diagnóstico nesse sentido.

A grande mudança só ocorreu de fato com a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Pessoas com Deficiência de 2007 que inspirou o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/2015 que revogou todo o capítulo do Código Civil brasileiro que associava as pessoas deficientes com a incapacidade civil. Por isso, é tão importante investigar as principais alterações de paradigma promovidas por esse novo marco normativo.

1. Conceito de deficiência e os novos direitos trazidos pela convenção de Nova York

A Convenção de Nova York trouxe um novo paradigma de deficiência que não é apenas clínico, mas social (FERRAZ; LEITE, 2015). Reconhece-se a deficiência não unicamente sob o ponto de vista individual, mas no convívio social, como responsabilidade do Estado e da sociedade. A norma determina, nesse sentido, que qualquer avaliação a respeito da deficiência deve ser bio-social e não apenas

médica, levando em conta aspectos de funcionalidade/incapacidade, saúde/doença, aptidões sociais e pessoais. Assim, por exemplo, a eliminação de barreiras arquitetônicas assegura o direito de ir e vir para as pessoas com deficiências físicas; a criação de meios alternativos de comunicação garante o direito de livre expressão para os surdos e cegos; os métodos de educação especial viabilizam o acesso ao conhecimento para qualquer pessoa com deficiência, mental ou sensorial. Não é a pessoa com deficiência que deve se integrar à sociedade, mas a sociedade é que deve buscar meios para a sua inclusão social.

A Convenção reproduz, em grande medida, a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência, assinada na Guatemala, em 1999, cujo texto foi aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro. Conforme o seu preâmbulo, trata-se de um movimento internacional de busca do reconhecimento da deficiência em ambiente não-discriminatório. A Convenção Interamericana não trabalhou, da forma como a Convenção da ONU, o tema das incapacidades.

Nesse instrumento e na Convenção das Nações Unidas, reconhecem-se a necessidade de se promover a igualdade dessas pessoas, estabelecendo como princípios a autonomia, inclusive quanto à liberdade de fazer as próprias escolhas, e respeito pela diferença, com a sua aceitação como parte da diversidade humana. Estipula-se que a interpretação dos dispositivos dirigidos a essas pessoas deve se pautar pelos postulados “*in dubio pro capacitas*” e intervenção mínima (VIVAS-TESSÓN, 2016). Conforme se observa do art. 3º da Convenção das Nações Unidas, a deficiência deve ser tratada como algo inerente à diversidade humana, no sentido de que os “impedimentos” pessoais de caráter físico, mental, intelectual ou sensorial se revelam como atributos pessoais, que, todavia, são fatores de restrição de acesso aos direitos, não pelos efeitos que tais impedimentos produzem em si mesmos, mas, sobretudo, em consequência das barreiras sociais e atitudinais.

É interessante pontuar que a Convenção traz como princípio o respeito pela diferença. Essa perspectiva é importante, pois o modelo social que se deve pautar é um modelo de diversidade, “cuja premissa é tutelar a pessoa com a diferença que a caracteriza, no caso, a diversidade funcional” (MENEZES, 2016, p. 609).

A Convenção trata de diversos direitos, muitos já elencados nas Convenções universais, como o direito à vida, à educação, ao trabalho. No entanto, particulariza no que concerne especificamente à situação das pessoas com deficiência. Por exemplo, em relação ao direito do trabalho, prevê a obrigação de os Estados assegurarem mecanismos de inclusão, o que já vem sendo adotado pelo Brasil na legislação infraconstitucional e constitucional.

Além do aspecto do trabalho, merece ênfase a questão relativa à constituição e proteção da família (art. 23). A Convenção e a legislação interna posterior, nesse tema, pretendem superar o não-reconhecimento judicial, de pronto, em relação ao matrimônio de pessoas com qualquer deficiência. Significa promover a autonomia da pessoa relacionada a aspecto relevante de questões existenciais. Por esse motivo, foi revogado o dispositivo do Código Civil brasileiro (art. 1.548, I), que dispunha ser nulo o casamento do enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil. O Estatuto da Pessoa com Deficiência brasileiro alterou o Código Civil para permitir, em consonância com a Convenção, o casamento da pessoa com deficiência, expressando sua vontade por meio do curador. Nesse ponto, equivocou-se o Estatuto ao possibilitar a manifestação de vontade para o casamento por meio do curador, já que se trata de ato personalíssimo, cujo próprio Estatuto não admite curatela (art. 6º e art. 85).

Na educação, a Convenção das Nações Unidas impõe a obrigação de promover um sistema inclusivo (art. 24.1), obrigação essa acolhida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (art. 27 e 28). O artigo 28, §1º (quanto à obrigação de as escolas receberem alunos com deficiência), foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, sendo que, em decisão de Medida Cautelar, o Min. Fachin afastou qualquer inconstitucionalidade da norma e salientou o compromisso do Estado com a pluralidade adotada pela Constituição. Essa pluralidade analisa as diferenças e se propõe a superá-las sem ignorá-las, mesmo que isso gere custos que não se traduzem em lucros.

Outra questão importante trazida pela Convenção diz respeito à própria nomenclatura ‘pessoa com deficiência’, abandonando a terminologia pessoa portadora de deficiência que se encontra na Constituição Federal brasileira ou portador de necessidades especiais. A alteração pretende afastar a ideia de que a pessoa com

deficiência “porta” sua condição, o que não corresponde à realidade da deficiência *ser*.

2. Do abandono da incapacidade civil da pessoa com deficiência

O art. 12 da Convenção, sob o título “o reconhecimento igual perante a lei”, determina que as pessoas com deficiência gozem de capacidade legal para os diversos aspectos da vida. Essa capacidade legal engloba tanto a capacidade de ser titular de direitos como de exercê-los, segundo repositório elaborado pelo Comitê sobre o Direito das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas. No mesmo sentido, apura Palacios a respeito das discussões sobre a extensão desse termo, concluindo pela referência também à capacidade de exercício e não apenas de gozo (PALACIOS, 2008).

Especificamente, referido art. 12 elenca “o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.” Seguidamente e, em respeito a essa capacidade legal, dispõe que os mecanismos do direito protetivo devam se consubstanciar em apoios e não na substituição de vontade. Embora não defina taxativamente quais sejam os mecanismos de apoio, define as salvaguardas como aquelas cautelas e providências tendentes a evitar que os mecanismos de apoio venham a prejudicar os direitos das pessoas por meio de eventuais abusos, excessos ou ilegalidades.

A Convenção deixa de adotar o regime meramente médico para a definição da deficiência, como apontado, o que afeta o próprio conceito de reabilitação na forma descrita na Constituição Federal brasileira e na legislação infraconstitucional. Não é dirigido à “cura” ou à “normalização” da pessoa deficiente, mas à sua inclusão com respeito às suas peculiaridades, como necessidades inerentes às diferenças de idade e gênero. Percebe-se a reabilitação como um direito da pessoa com deficiência e não como uma medida terapêutica. Aliás, a própria lei determina que o tratamento, quando couber, é um direito e não uma obrigação (art. 11).

Alterando-se o paradigma da deficiência para um

paradigma social, no regime das incapacidades, significará a aplicação da regra da proporcionalidade. Deverá ser proporcional às necessidades da pessoa, sendo que deverá, no mínimo, preservar os atos existenciais, como resta claro na redação do art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência ao relacionar a autonomia para o exercício de constituição de casamento ou união estável, de planejamento familiar e liberdade sexual. Tal disposição vem ao encontro da noção de autonomia privada na legalidade constitucional, a qual necessita de maior liberdade e proteção para as questões de cunho existencial em comparação com as de caráter patrimonial.

Ao revogar os dispositivos do Código Civil que tratam da incapacidade, o Estatuto da Pessoa com Deficiência afastou a existência de deficiência para caracterizar a incapacidade civil. Não é toda a pessoa com deficiência que é incapaz. A incapacidade deixa de ser dirigida a essas pessoas diretamente. O que deve ser aferido, no caso concreto, é a existência, ou não, de discernimento e possibilidade de exprimir vontade. Conforme aponta Menezes, o foco está no discernimento e não no diagnóstico médico MENEZES, 2016), o que deveria contribuir para atenuar a ‘verdade médica’, consubstanciada no prestígio do laudo pericial. (PEREIRA; OLIVEIRA, 2017). E esse discernimento se distingue no que se refere a atos existenciais e a atos patrimoniais, revelando-se mais acessível no que tange aos atos relacionados à vida pessoal, como a escolha de seu parceiro afetivo, onde morar ou mesmo de seu curador em detrimento das compreensões relacionadas a um contrato de compra e venda de imóvel ou administração de uma sociedade civil.

Assim, o fato de um sujeito possuir transtorno mental de qualquer natureza não faz com que ele, automaticamente, se insira no rol dos incapazes. Trata-se de passo importante na busca pela promoção da igualdade dos sujeitos, já que se dissocia a deficiência da necessária incapacidade.

A nova lei brasileira (Estatuto da Pessoa com Deficiência) atribui capacidade a esses sujeitos com um claro recado de igualdade, ao dispor no art. 84: “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.” Denomina o capítulo de “Do reconhecimento igual perante a lei,” como se, por séculos, essas pessoas não fossem

consideradas iguais pelo ordenamento jurídico de forma a não as permitir participar da vida em sociedade.

Não há como não inserir no rol abrangente de pessoas com deficiência ou enfermidade, especificados na Convenção, a referência à prodigalidade, ao uso regular de bebidas alcólicas ou de drogas, já que é causa ou efeito de algum transtorno mental e de comportamento. Também essas pessoas devem ser consideradas a priori capazes, apenas caso a caso, após procedimento judicial, será possível aferir a existência, em razão ou por efeito das causas mencionadas, de comprometimento do discernimento e restrição no âmbito da autonomia privada a situações específicas. Não há espaço para categorias de incapazes, aliás, em relação à prodigalidade e ao abuso de drogas e álcool, somente poderá indicar mácula na capacidade se comprovada alguma enfermidade que impossibilite a prolação de vontade válida.

Nesse sentido, a curatela passa a ter o caráter de medida excepcional, a ser adotada somente quando e, na medida em que, for necessária e pelo menor tempo possível. A curatela apenas ficará restrita aos direitos de natureza patrimonial e negocial, afastando aqueles de natureza existenciais, não alcançando o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Abandona-se o paradigma deficiência/interdição para que se ofereçam instrumentos de auxílio e proteção flexíveis que não necessariamente comportem privações da capacidade de agir da pessoa. A ênfase é dada no bem-estar das pessoas e na defesa da autonomia, ainda que possa afetar uma segurança absoluta, pois abandona-se o sistema do tudo ou nada da capacidade/interdição.

Com razão Rosenvald, quando afirma que o próprio vocábulo interdição é suprimido da ordem infraconstitucional, pois relaciona a curatela a um desproporcional processo de supressão de direitos fundamentais da pessoa, quando na verdade, a curatela está funcionalizada à promoção da autonomia e da valorização das aspirações do sujeito privado total ou parcialmente de sua autodeterminação (ROSENVALD, 2016, p. 97). E continua o jurista, afirmando, com propriedade, que “o termo ‘interdição’ remete a uma sanção civil de natureza punitiva. Observa-se que a Convenção, em nenhum momento, trata da interdição. No artigo 12, que dispõe a respeito justamente da igualdade,

faz menção à possibilidade de salvaguardas que devam ser proporcionais e provisórias, submetidas a uma revisão regular por uma autoridade ou órgão judicial.

Nesse sentido, parte da doutrina teceu críticas quanto às modificações promovidas em relação ao regime de curatela que provocariam uma abertura geral do sistema quando o artigo 84, §1º, que alude à possibilidade de submissão à curatela “quando necessário”, ou mesmo à possibilidade de curatela para a pessoa capaz (SIRENA, 2016). Por outro lado, pode ser interpretado como abandono do regime de curatela apenas no reconhecimento da incapacidade civil. Apenas a decisão judicial irá, ao fixar os limites, definir se se trata de curatela de capaz ou incapaz.

A curatela está dissociada da deficiência e poderá ou não estar atrelada à incapacidade. É possível ser deficiente e não estar submetido a um regime de curatela. Esse é o verdadeiro sentido da revogação do regime de incapacidade civil às pessoas com deficiência. Elas não estão sempre submetidas à curatela; podem estar. Assim, em um caso recente, em que um indivíduo requeria benefício securitário à Justiça Federal, equivocou-se a decisão quanto à necessária interdição do requerente caso a perícia médica for favorável ao seu benefício.¹ Embora a prática judiciária caminhe nesse sentido, revelando mais uma vez que, no que tange à capacidade, qualquer dúvida seria dirimida no sentido

1 Extrato da decisão: “[...]13. Se o laudo pericial concluir que a parte autora está incapacitada para os atos da vida civil, proceda-se à regularização do polo ativo e à inclusão, na lide, do Ministério Público Federal. Nesse caso, intime-se a parte autora para que, em 15 (quinze) dias, indique um familiar para ser nomeado curador especial, na forma do art. 72, I, do Código de Processo Civil, observando-se o rol do art. 1.775 do Código Civil. O curador deverá apresentar comprovante de parentesco, RG e CPF, bem como outorgar procuração a advogado, em nome da parte autora por ele representada. Sua nomeação garante apenas o andamento do processo, de modo que é dever da parte promover a devida interdição, na Justiça Estadual, com comprovação, nos presentes autos, da nomeação do curador provisório/definitivo. Além disso, os valores eventualmente devidos à parte autora, na fase de cumprimento da sentença ou do acordo, serão oportunamente encaminhados ao juízo da interdição, a quem, em última análise, caberá avaliar a necessidade de liberação do dinheiro (art. 1.774 c/c arts. 1.753 e 1.754, todos do Código Civil).” BRASIL, Justiça Federal, Seção Judiciária de Pelotas, Processo nº 50032964420164047110, 3ª Vara Federal de Pelotas, Autor: Luis Adriano Espírito Santo da Silva, Réu: INSS, decisão em 27/06/2006.

da interdição, a legislação é clara quanto a não requerer a interdição para a concessão do benefício assistencial.² Aliás, pesquisa já apontava que muitos dos processos de interdição visavam a obtenção de benefícios securitários, como por exemplo o benefício de prestação continuada destinado a pessoa com deficiência (MEDEIROS, 2006, p. 16). Nesse sentido, importante alteração foi promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência na Lei 8.213/91 que reforça a desnecessidade da exigência de termo de curatela para requerimento de benefícios ao INSS (Instituto Nacional da Seguridade Social).³ A jurisprudência também já assinala, em muitos casos, que o conceito de deficiência, em relação aos efeitos securitários, deve ser aferido de forma ampla e não apenas médica.⁴

Denomina-se personalização da curatela, submetendo as normas infraconstitucionais ao primado da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais incorporados ao bloco de constitucionalidade (ROSENVALD, 2016). Esse caminho já vem sendo perseguido pelos operadores do Direito, como pode ser observado no enunciado 574

2 BRASIL. Decreto n. 6.214, de 26 de setembro de 2007. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm>. Acesso em: 20 ago. 2022. “Art. 18. A concessão do Benefício de Prestação Continuada independe da interdição judicial do idoso ou da pessoa com deficiência.”

3 “Art. 101. A Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações: Art. 110-A. No ato de requerimento de benefícios operacionalizados pelo INSS, não será exigida apresentação de termo de curatela de titular ou de beneficiário com deficiência, observados os procedimentos a serem estabelecidos em regulamento.” BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 23 ago. 2022.

4 BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. “Súmula 80. Enunciado: Nos pedidos de benefício de prestação continuada (LOAS), tendo em vista o advento da Lei 12.470/11, para adequada valoração dos fatores ambientais, sociais, econômicos e pessoais que impactam na participação da pessoa com deficiência na sociedade, é necessária a realização de avaliação social por assistente social ou outras providências aptas a revelar a efetiva condição vivida no meio social pelo requerente.” Data do julgamento 15/04/2015. DOU 24/04/2015, p. 162.

da VI Jornada de Direito Civil:⁵ “A decisão de interdição deverá fixar os limites da curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito (art. 1.772 Código Civil).” A jurisprudência já vinha assinalando no sentido de que a curatela deve atentar para o interesse do incapaz e não na conveniência da família.⁶

Considerações finais

Somente a partir dessa visão humanizada e personalizada da curatela é que o instituto deve ser aplicado no caso concreto. Trata-se, como aponta Abreu, da “curatela sob medida”. (ABREU, 2016, p. 557). A curatela perde fôlego enquanto medida de substituição de vontade e, no seu estabelecimento, passa-se a atribuir maior relevo às circunstâncias pessoais do próprio curatelado,

5 BRASIL. Conselho de Justiça Federal. *IV Jornada de Direito Civil*, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários – CEJ – do Conselho da Justiça Federal – CJF, 2006. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

6 Ementa: “Ação de remoção de curador. Tutela provisória. Cabimento. Evidente ausência de condições da curadora para exercer o encargo. 1. A remoção de curador, para ser determinada, deve estar embasada em elementos de convicção seguros e restar evidenciada situação de risco para o incapaz, situação que restou evidenciada nos autos. 2. A questão da curatela deve ser apreciada no interesse do incapaz, e não no interesse ou conveniência de pessoas da sua família, devendo a escolha do curador atender exclusivamente aos interesses da pessoa incapaz. 3. Como é evidente que a curadora removida não vinha prestando ao curatelado os cuidados mínimos necessários, correta a concessão de tutela provisória de remoção. Recurso desprovido.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento Nº 70073638249, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Recorrente: M. P., Recorrido: M. V. N. G., Julgado em 16/08/2017, Publicado em: 18/08/2017. Vide também precedente do Tribunal de São Paulo: “Interdição - Alzheimer - Estágio Inicial da Doença - Ausência de Incapacidade - Interesse Patrimonial dos filhos Evidente - Negado Provimento ao Recurso.” SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Apelação 0005336-13.2009.8.26.0408; Relator (a): Lucila Toledo; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ourinhos - 3ª. Vara Cível; Recorrente: Gladys Maria de Avila Abdo, Recorrido: Geraldo José Abdo, Data do Julgamento: 05/06/2012; Data de Registro: 30/07/2012.

notadamente às suas preferências, aos seus vínculos de afetividade e aos seus interesses fundamentais. Não é a curatela que se adapta às categorias de capacidade, pois essas deixam de existir enquanto parâmetros estanques. Apenas no caso concreto é que o juiz poderá delimitar a extensão da proteção conferida à pessoa.

O procedimento é claro quanto à restrição aos atos patrimoniais e, apenas excepcionalmente, na leitura do art. 84, § 3º, o juiz poderá fixar a possibilidade de intervenção do curador para decisões a respeito da saúde do curatelado, tratamento médico, quando total impossibilidade de ele prover decisão nesse sentido.

Ao revogar a designação dos grupos sujeitos à incapacidade, não significa que não exista a incapacidade civil dos maiores no ordenamento. Ela simplesmente não está associada a nenhum grupo específico e não pode ser verificada *a priori*. Dependerá do procedimento judicial de curatela que fixará os limites do instituto e reconhecerá, ou não, a capacidade civil do indivíduo, após o devido processo legal. É a sentença que *define* a incapacidade, na forma do § 2º do art. 85. Melhor teria sido a designação utilizada pelo Direito francês ao fazer referência aos maiores protegidos (*majeurs protégés*⁷, ou a nomenclatura de adulto vulnerável, utilizada pela

7 França. *Code Civil, version consolidée au 3 janvier 2018*. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.o?jsessionid=909470F32A263115A2542B6B9ED8FCAE.tplgfr29s_3?idSectionTA=LEGISCTA_00003_1345343&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20170926.

Acesso em: 26 ago. 2022. “Article 415. Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre. Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci. Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique.” Em tradução livre: “As pessoas maiores recebem a proteção à sua pessoa e a seus bens conforme o seu estado ou a situação exigir, segundo as modalidades previstas neste título. Esta proteção é estabelecida e assegurada no respeito das liberdades individuais, dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa. Ela tem por finalidade o interesse da pessoa protegida. Ela deve favorecer, na medida do possível, a autonomia dessa pessoa. Essa proteção é um dever da família e da sociedade.”

Convenção de Haia de Proteção Internacional ao Adulto Vulnerável de 2000.⁸

No entanto, a utilização do termo capacidade poderá ser interessante para a coerência do sistema, principalmente no que se refere às considerações a respeito da prescrição e da invalidade dos negócios jurídicos. Deve-se ter em mente, todavia, que o termo deficiência está atualmente dissociado com a diminuição da capacidade civil e o afastamento do sujeito da participação em sociedade. Por isso, foi tão importante as considerações da Convenção de Nova York a respeito do conceito de deficiência e a expressa menção aos direitos da pessoa com deficiência.

Assim, não há como negar o enorme avanço promovido pela Convenção e o Estatuto das Pessoas com Deficiência no Brasil, tratando de corrigir um grande estigma no regime de incapacidade civil e na história desse grupo na sociedade que era afastado do papel de protagonista (LOBO, 2015), merecendo, uma nova leitura da deficiência a partir desses novos paradigmas.

Referências

ABREU, C.B. (2016) A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC. In: MENEZES (Org.). O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo.

8 CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. *Convention sur la protection internationale des adultes, 2000*. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/ff70a94c-d526-422f-9d4a-23e091c479b5.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2022. No Relatório do Parlamento à Comissão Europeia sobre a importância da Convenção, extrai-se o conceito de adulto vulnerável utilizado: “ K. Considerando que um adulto vulnerável é uma pessoa que atingiu a idade de 18 anos e que, devido a uma alteração ou insuficiência das suas faculdades pessoais, não está em condições de zelar pelos seus próprios interesses (assuntos pessoais e/ou propriedade pessoal) de forma temporária ou permanente;” UNIÃO EUROPEIA. Parlamento. *Relatório que contém recomendações à Comissão Europeia sobre a proteção dos adultos vulneráveis de 3 de abril de 2017*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0152+0+DOC+XML+V0//PT#top>>. Acesso em: 26 ago. 2022.

BARBOSA-FOHRMANN, A.; KIEFER, S. F (2016). Modelo social de abordagem dos direitos humanos as pessoas com deficiência. In: MENEZES. (Org.). O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo.

FERRAZ, C.V; LEITE, G.S (2015). A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. In: _____. (Coord.). Direito à Diversidade. São Paulo: Atlas.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. AMPID – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência. Disponível em <http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/Onu_Ricardo_Fonseca.php>. Acesso em: 19 ago. 2022.

FOUCAULT, M. (2017). História da loucura na idade clássica. Trad.: José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva.

GABLE, L.; VÁSQUEZ, J. GOSTIN, L. O.; JIMÉNEZ, H. (2005). Mental health and due process in the Americas: protecting the human rights of persons involuntarily admitted to and detained in psychiatric institutions. *Revista Panamericana de Salud Pública/Pan Am J Public Health, Washington*, v. 18, n. 4-5, oct./nov. 2005.

LOBO, L.F. (2015) Os infames da história: pobres, escravos e deficientes no Brasil. Rio de Janeiro: Lamparina.

MACHADO DE ASSIS (1998). O alienista. São Paulo: LPM.

MEDEIROS, M.B.M.(2006). Interdição civil: uma exclusão oficializada? *Revista virtual textos & contextos, Florianópolis*, nº 5, nov. 2006, p. 10. Disponível em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/1021/801>. Acesso em 26 de agosto de 2022.

MENEZES, J.B. (2016). O novo instituto da tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/2015). In: _____. (Org.). O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo.

MOLINAS, A. J (1948) Incapacidad civil de los insanos mentales. Tomo I. Buenos Aires: Ediar Editores.

PALACIOS, A. (2008) El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Cinca.

PEREIRA, J.L.; OLIVEIRA, L. Z (2017). A capacidade civil no Estatuto da Pessoa com Deficiência: a quebra da dogmática e o desafio da efetividade. In: TEPEDINO, Gustavo, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). Da dogmática à efetividade do direito civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL. Belo Horizonte: Fórum.

ROSENVALD, N. (2016) O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146/2015. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo.

SCLIAR, M. (2010) Diagnósticos em debate. *Jornal Zero Hora*. Publicado em 21 de outubro de 2010.

SIRENA, H.C. (2016). A incapacidade e a sistemática geral do direito civil sob a égide do novo Estatuto das Pessoas com Deficiência (Lei 13.146/2015). *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 70.

VIVAS-TESSÓN, I (2016). La convención ONU de 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad. La experiencia española. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). O direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo.

Breves reflexões sobre o acesso à justiça no Brasil para os direitos humanos das pessoas com incapacidade à luz da Lei 14.331/2022

Breves reflexiones sobre el acceso a la justicia en Brasil para los derechos humanos de las personas con discapacidad a la luz de la Ley 14.331/2022

Brief reflections on access to justice in Brazil for the human rights of persons with disabilities in the light of Law 14.331/2022

Denise Tanaka dos Santos

Pós-doutoranda em Direito pela USAL e pelo IGC, Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Editora da Revista da DPU, Defensora Pública Federal

Resumo

A partir do debate sobre os direitos humanos das pessoas com incapacidade, especialmente as que não têm condições de garantir a sua própria subsistência e de sua família, o presente artigo tem por objetivo discutir o contexto do acesso à justiça no Brasil contemporâneo, à luz das recentes reformas legislativas: a Lei 14.331/22. Destaque-se que a carência de produção acadêmica sobre o tema justifica a importância deste artigo. Assim, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, o artigo busca problematizar e identificar o que há disponível no ordenamento normativo internacional e brasileiro que fornecem indagações para o debate. Decorre disso a discussão acerca de como essa construção jurídica poderia contribuir para a efetivação do acesso à justiça no Brasil, na direção dos avanços dos Instrumentos internacionais e interamericanos de direitos humanos para as pessoas com incapacidade e vulneráveis.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Incapacidade. Vulnerabilidade. Acesso à Justiça. Lei brasileira 14.331/2022.

Resumen

A partir del debate sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad especialmente aquellas que no pueden garantizar su propio sustento y su familia, este artículo tiene como objetivo discutir el contexto del acceso a la justicia en el Brasil contemporáneo, a la luz de las recientes reformas legislativas: la Ley 14.331/22. Cabe destacar que la falta de producción académica sobre el tema justifica la importancia de este artículo. Así, a partir de la investigación bibliográfica y documental, el artículo busca problematizar e identificar lo que está disponible en el sistema normativo internacional y brasileño que proporciona preguntas para el debate. Esto se basa en la discusión sobre como esta construcción jurídica podría contribuir al acceso efectivo a la justicia en Brasil, hacia los avances de los instrumentos Internacionales e interamericanos de derechos humanos para personas con discapacidad y vulnerables.

Palabras-clave: Derechos humanos. Incapacidad. Vulnerabilidad. Acceso a la justicia. Ley brasileña 14.331/2022.

Abstract

From the debate on the human rights of people with disabilities, especially those who are unable to guarantee their own livelihood and their family, this article aims to discuss the context of access to justice in contemporary Brazil, in the light of recent legislative reforms: Law 14.331/22. It should be highlighted that the lack of academic production on the subject justifies the importance of this article. Thus, from bibliographic and documentar research the article seeks to problematize and identify what is available in the international and Brazilian normative system that provide questions for the debate. This is based on the discussion about how this legal construction could contribute to the effective access to justice in Brazil, towards the advances of international and interamerican human rights instruments for people with disabilities and vulnerable.

Keywords: Human rights. Inability. Vulnerability. Access to justice. Brazilian law 14.331/2022.

Sumário

Introdução. 1. Breve análise sobre instrumentos internacionais e interamericanos dos direitos humanos das pessoas com incapacidade. 1.1. Instrumentos internacionais de Direitos Humanos das pessoas com incapacidade. 1.2. Instrumentos interamericanos de Direitos Humanos das pessoas com incapacidade. 2. Algumas linhas sobre o direito de acesso à justiça. 2.1 O direito de acesso à justiça. 2.2 O direito de acesso à justiça das pessoas com incapacidade no Brasil à luz da Lei 14.331/2022. Considerações finais. Referências.

Introdução

A partir do debate sobre os direitos humanos das pessoas com incapacidade especialmente as que não têm condições de garantir a sua própria subsistência e de sua família, o presente artigo tem por objetivo discutir o contexto do acesso à justiça no Brasil contemporâneo, à luz das recentes reformas legislativas: a Lei 14.331/22.

Destaque-se que a carência de produção acadêmica sobre o tema justifica a importância deste artigo. Assim, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, o artigo busca problematizar e identificar o que há disponível no ordenamento normativo internacional e brasileiro que fornecem indagações para o debate.

Decorre disso a discussão acerca de como essa construção jurídica poderia contribuir para a efetivação do acesso à justiça no Brasil, na direção dos avanços dos Instrumentos internacionais e interamericanos de Direitos Humanos das pessoas com incapacidade.

1. Breve análise sobre instrumentos internacionais e interamericanos dos direitos humanos das pessoas com incapacidade

1.1. Instrumentos internacionais de Direitos Humanos das pessoas com incapacidade

É possível constatar que a pessoa com deficiência tem seus direitos reconhecidos no contexto dos direitos humanos das minorias e dos grupos vulneráveis os quais se tornaram objeto de proteção do direito internacional público para garantir padrões mínimos a serem adotados pelos Estados em seus ordenamentos jurídicos internos.

Nessa linha, os direitos humanos das minorias tratam dos direitos de cidadãos de um determinado Estado que recebem tratamento diferenciado em relação aos demais, seja por discriminação, seja por perseguições históricas derivadas de etnia, religião, nacionalidade entre outros.

Por outro lado, grupos vulneráveis representam uma determinada coletividade de pessoas que demandam proteção especial oriundas de por exemplo de hipossuficiência ou necessidades especiais, tais como as pessoas com deficiência.¹

Em um contexto histórico, afirma-se que a origem do direito internacional dos direitos humanos está ligada à 2ª Guerra Mundial e às atrocidades ocorridas que levaram ao surgimento de dois documentos internacionais importantes tais como a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), com a promoção dos direitos humanos; e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 10 de dezembro de 1948, chamada de Declaração de Paris, como um marco histórico de conquistas da pessoa humana e da humanidade.

A DUDH declara direitos entre eles os dispostos nos arts. 22 e 25. (SENADO FEDERAL, 2013, p. 22).²

Amoroso Lima (1974, *passim*) vislumbra na análise da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, um prenúncio de uma nova era. Sinais estes que descortinaram novas mudanças econômicas, introduzindo transformações sociais e políticas até então desconhecidas. Nessa medida, a Declaração Universal dos Direitos Humanos apresenta-se como um anúncio de um novo período histórico.

Outro Instrumento importante foi a Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu Protocolo Facultativo, inseridos no sistema internacional de

não raramente as minorias estão também em situação de vulnerabilidade. O que interessa, porém, para a proteção internacional dos direitos humanos, é que, seja para uma ou outra categoria, haja instrumentos efetivos de tutela dos direitos que a ordem internacional prevê". Mazzuoli, Valério de Oliveira Curso de direitos humanos. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019. p. 256.

2 ARTIGO XXII Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. ARTIGO XXV 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

¹ Tais conceitos, contudo, muitas vezes se confundem, sendo certo que

proteção dos direitos humanos da pessoa com deficiência, conceituaram a pessoa com deficiência da seguinte forma: Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas (UN, 2022).

Nesse diapasão, a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência conceituou o termo deficiência no art. 1o, parágrafo 1o: significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social (OEA, 2022).

Vale a pena indicar que a Convenção Interamericana considera a deficiência como sendo de natureza permanente ou transitória. De outra banda, a Convenção Internacional onusiana descreve a deficiência como limitações permanentes. Nesse quadro, é possível inferir que a deficiência para a Convenção Interamericana é mais ampla que a Internacional uma vez que faz incluir as deficiências temporárias.

Apenas a título de ilustração, no Brasil, a Constituição Federal de 1988, procurou ajustar vários dispositivos constitucionais ao conceito internacional de pessoa com deficiência, especialmente em conformidade com o art. 5º, caput, da Carta brasileira: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 2022).

Por fim, é interessante frisar o sistema global dos direitos humanos da ONU trata tanto de normas de abrangência temática, em caráter geral, quanto de abrangência específica ou setorial, contidas nas as convenções internacionais que abordam as pessoas com deficiência.

No que tange à evolução normativa ocorrida da pessoa com deficiência desde a Declaração dos Direitos Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de dezembro de 1971: Artigo 1 O deficiente mental deve gozar, no máximo grau possível, os mesmos direitos dos demais seres humanos. (DIREITOS HUMANOS, 2022).³

Outro Instrumento de destaque foi a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo que foram assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. O Congresso Nacional brasileiro aprovou o Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008, sendo que os atos internacionais em análise entraram em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008. A promulgação ocorreu mediante o Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram aprovados na sistemática do § 3º do art. 5º, da Constituição de 1988, ou seja, com status de emenda constitucional.

Sobre alguns dos direitos enumerados da pessoa com deficiência, impende anotar o contido na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD): Art. 1º Propósito O propósito da presente Convenção é o de promover, proteger e assegurar o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade. (UN, 2022).⁴

3 Artigo 2 O deficiente mental tem o direito à atenção médica e ao tratamento físico exigidos pelo seu caso, como também à educação, à capacitação profissional, à reabilitação e à orientação que lhe permitam desenvolver ao máximo suas aptidões e possibilidades Artigo 3 O deficiente mental tem direito à segurança econômica e a um nível de vida condigno. Tem direito, na medida de suas possibilidades, a exercer uma atividade produtiva ou alguma outra ocupação útil.

4 Artigo 28 Padrão de vida e proteção social adequados 1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência. 2.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas

Depreende-se do exposto que a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência prevê que os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como: e) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios assistenciais e previdenciários.

1.2. Instrumentos Interamericanos de Direitos Humanos das pessoas com incapacidade

Após a breve análise de alguns dos Instrumentos internacionais de Direitos Humanos das pessoas com incapacidade, passa-se sucintamente à verificação de alguns destaques referentes aos Instrumentos interamericanos de Direitos Humanos.

É importante verificar que o Tratado de Marraquexe visa a facilitar o acesso a obras publicadas para pessoas cegas com deficiência visual ou outras dificuldades a textos impressos. Por iniciativa do Brasil, Paraguai, Equador, Argentina, México e com apoio de países das Américas celebrou-se no Marrocos, em 28 de junho de 2013, no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), o Tratado de Marraquexe.

Em âmbito de direitos humanos não se pode perder de vista que os direitos das pessoas com deficiência podem ser garantidos por diversos Instrumentos em diversos níveis de proteção e caberá ao sujeito titular de direito internacional escolher o que lhe é mais favorável com fundamento no princípio da primazia da norma mais favorável à pessoa nos termos do art. 29 da DUDH.

Sobre os Instrumentos interamericanos de Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência há que se apontar a Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta da OEA) de 1948, aprovada na 9ª Conferência Interamericana, chamada Carta de Bogotá. Após as ratificações, entrou em vigor em dezembro de 1951. A Carta foi atualizada em vários momentos: em 1967, pelo Protocolo de Buenos

Aires; em 1985, pelo Protocolo de Cartagena das Índias; em 1993, pelo Protocolo de Manágua; e, em 1997, pelo Protocolo de Washington. A OEA conta atualmente com 35 Estados-membros entre eles o Brasil e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Outro Instrumento interamericano que entrou em vigor internacional, em 18 de julho de 1978, foi a Convenção Americana de 1969, com a obtenção de ratificações de Estados-membros da OEA. O Brasil ratificou a citada Convenção com a promulgação do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992, conhecido como Pacto de São José da Costa Rica.

Há também o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Protocolo de San Salvador, que entrou em vigor em novembro de 1999, e tratou dos direitos das pessoas com deficiência no artigo 18: Toda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade (CIDH, 2022).

Os Estados Partes comprometem-se a adotar as medidas necessárias para esse fim e, especialmente, a: a. Executar programas específicos destinados a proporcionar aos deficientes os recursos e o ambiente necessário para alcançar esse objetivo, inclusive programas trabalhistas adequados a suas possibilidades e que deverão ser livremente aceitos por eles ou, se for o caso, por seus representantes legais (OEA, 2022).⁵

A Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, por sua vez, foi assinada na cidade da Guatemala em 7 de junho de 1999 e representa um importante documento para a proteção das pessoas com deficiência no sistema regional interamericano de direitos

apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como: e) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria.

5 b. Proporcionar formação especial às famílias dos deficientes, a fim de ajudá-los a resolver os problemas de convivência e convertê-los em elementos atuantes no desenvolvimento físico, mental e emocional destes; c. Incluir, de maneira prioritária, em seus planos de desenvolvimento urbano a consideração de soluções para os requisitos específicos decorrentes das necessidades deste grupo; d. Promover a formação de organizações sociais nas quais os deficientes possam desenvolver uma vida plena.

humanos. O Congresso Nacional brasileiro aprovou essa Convenção por intermédio do Decreto Legislativo 198, de 13 de junho de 2001 e entrou em vigor, para o Brasil, em 14 de setembro de 2001, com a promulgação pelo Decreto 3.956, de 8 de outubro de 2001.

Nessa medida os Estados-partes se obrigam a tomar as medidas de caráter legislativo, social, educacional, trabalhista, ou de qualquer outra natureza, que sejam necessárias para eliminar a discriminação contra as pessoas com deficiência e proporcionar a sua plena integração à sociedade.

Inserido ainda no sistema interamericano de direitos humanos, impende consignar que esse sistema possui dois Órgãos competentes: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos com função consultiva e a Corte Interamericana de Direitos Humanos com atribuição contenciosa. A sentença da Corte é definitiva e inapelável impondo ao Estado condenado o cumprimento da decisão, nos termos do artigo 68 da Convenção Americana os Estados-parte comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

Nessa medida, não se pode perder de vista que o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana no Caso Ximenes Lopes versus Brasil, com sentença de 4 de julho de 2006, pela incapacidade do Estado em prevenir a tortura e a morte de um rapaz pobre com doença mental e em apurar o caso com a punição dos responsáveis.

Damião Ximenes, após três dias de internação na Casa de Repouso de Guararapes de Sobral no Ceará, pelo Sistema Único de Saúde brasileiro (SUS), quando sua genitora compareceu ao estabelecimento e o encontrou sujo, sangrando e com outras complicações à saúde pessoal de seu filho, os quais culminam no falecimento de Damião (CorteIDH, 2022).

2. Algumas linhas sobre o direito de acesso à justiça

2.1. O direito de acesso à justiça

Para se estudar o direito de acesso à justiça cumpre examinar, ainda que de forma sucinta, as lições sobre a evolução desse conceito, conforme Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 9-12), no que se refere ao processo civil.

Em meados dos séculos XVIII e XIX, os procedimentos litigiosos tratavam de direitos individuais, como direitos formais de acesso à justiça, com atuação negativa do Estado, apenas a prevenção de infração desses direitos por outros.

Por intermédio das transformações sociais conquistadas pela pessoa humana, no período do pós-guerra, consolidase o conceito de direitos humanos, e com ele a necessidade da atuação positiva do Estado, no sentido de assegurar o gozo dos direitos sociais básicos, entre eles o direito de acesso à justiça.

Cappelletti e Garth (1988, p. 31) apontam três posições básicas iniciadas a partir de 1965:

- a) a primeira onda foi a assistência judiciária;
- b) a segunda onda observou as reformas para a representação de interesses difusos, como a proteção ambiental e o consumidor;
- c) a terceira onda contemporânea com enfoque no acesso à justiça.

O direito de acesso à justiça é um direito conquistado também em Instrumentos de direitos humanos, entre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Artigo VIII Toda pessoa tem direito a receber dos tributos nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei (SENADO FEDERAL, 2013, p. 21).

Na mesma linha, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de dezembro de 1966, que determinou no art. 14.º: 3. Qualquer pessoa acusada de uma infração penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: d) A estar presente no processo e a defender-se a si própria ou a ter a assistência de um defensor da sua escolha; se não tiver defensor, a ser informada do seu direito de ter um e, sempre que o interesse da justiça o exigir, a ser-lhe atribuído um defensor oficioso, a título gratuito no caso de não ter meios para o remunerar (UN, 2022).

Oportuno se torna lembrar o Pacto de San Jose da Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

Convém ressaltar também as 100 Regras de Brasília sobre o acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, que foi elaborado por um Grupo de Trabalho constituído na Conferência Judicial Ibero-americana, e aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, na capital do Brasil, Brasília, nos dias 4 a 6 de março de 2008.

Acesso à justiça pelos grupos vulneráveis 9. Convictos da transcendental importância que nas nossas sociedades tem o acesso à justiça, entendido não só como acesso aos tribunais, mas também como o acesso ao exercício pacífico e pleno dos direitos, e, em especial, dos direitos fundamentais, bem como as diversas alternativas para a resolução pacífica dos conflitos (EUROSOCIAL, 2022).

Nessa toada, ressaltam-se os princípios dispostos nas 100 Regras de Brasília: o princípio geral de colaboração e entre os seus destinatários, bem como a participação da sociedade civil para a coesão social; a cooperação internacional com o intercâmbio de experiências entre os diversos países e fixando boas práticas; a investigação e estudos sobre a matéria, com a participação de entidades científicas e acadêmicas; a sensibilização e formação de profissionais que atuem no sistema judicial; a adoção das novas tecnologias, com a finalidade de aprimorar o serviço de acesso à justiça dos menos favorecidos, inclusive com a conscientização da necessidade da cidadania digital, na sociedade globalizada atual; a elaboração de manuais de boas práticas setoriais; a difusão das regras entre os destinatários e a criação de comissões de acompanhamento das regras (EUROSOCIAL, 2022).

2.2. O direito de acesso à justiça das pessoas com incapacidade no Brasil à luz da Lei 14.331/2022

Após a verificação do direito de acesso à justiça, mister ingressar no direito de acesso à justiça das pessoas com incapacidade, no Brasil, à luz da recente Lei 14.331/2022.

O acesso à justiça no Brasil percorreu três momentos distintos:

- a) até a promulgação da lei 1.060/50, que regulamentou pela primeira vez a assistência judiciária;
- b) da década de 50 até a Constituição Federal de 1988, quando a assistência envolvia apenas os atos do processo;
- c) marcado pelas mudanças da Constituição Federal vigente (CUNHA, 2001, p. 155-205).

Sob um ponto de vista histórico, é possível afirmar que as origens da assistência judiciária no Brasil derivam das Ordenações Filipinas de 1823 contidas no Livro III, Título 84, parágrafo 10, que as causas cíveis e criminais dos miseráveis e dos indefesos em juízo seriam representadas por advogados particulares de forma gratuita.

Em nível constitucional, a Constituição brasileira de 1934 dispunha no artigo 113: a Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes, 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos (BRASIL, 2022).

Na mesma toada, a Lei 1.060 de 1950 trouxe delineamentos para a concessão de assistência judiciária aos necessitados: Art. 1º. Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei (BRASIL, 2022).

Já a Constituição Federal brasileira de 1988, seguindo o movimento de acesso à justiça apontado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, determinou, no artigo 5º, como direito fundamental, a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos: Art. 5º, LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (BRASIL, 2022).

Como já visto anteriormente neste trabalho, o Brasil, além de dispor dos direitos e garantias em nível constitucional, ratificou Instrumentos internacionais e interamericanos de direitos humanos, em especial relativos aos direitos humanos das pessoas com incapacidade e vulneráveis, bem como o direito de acesso à justiça.

No que se refere às 100 Regras de Brasília, oportuno se torna detalhar alguns pontos constantes ainda na sua exposição de motivos:

- a) a Conferência Judicial Ibero-americana, dentro do marco dos trabalhos da sua XIV edição, considerou necessária a elaboração de Regras Básicas relativas ao acesso à

justiça das pessoas que se encontram em condição de vulnerabilidade (EUROSOCIAL, 2022).⁶

É precisamente nesse contexto dos Instrumentos internacionais, interamericanos e constitucionais brasileiros que devem ser analisados alguns aspectos trazidos pelas reformas normativas brasileiras, em especial a recente Lei 14.331/2022.

Essa lei alterou a Lei nº 13.876/19 e a Lei nº 8.213/91, para dispor sobre o pagamento de honorários periciais e sobre os requisitos da petição inicial em litígios e em medidas cautelares relativos a benefícios assistenciais e previdenciários por incapacidade.

Já no seu artigo 2º, a Lei 14.331/22 alterou a Lei 13.876/19 que passou a vigorar com a seguinte redação: art. 1º O ônus pelos encargos relativos ao pagamento dos honorários periciais referentes às perícias judiciais realizadas em ações em que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) figure como parte e se discuta a concessão de benefícios assistenciais à pessoa com deficiência ou benefícios previdenciários decorrentes de incapacidade

6 b) o sistema judicial deve configurar-se, e está a configurar-se, como um instrumento para a defesa efetiva dos direitos das pessoas em condição de vulnerabilidade. - Pouca utilidade tem que o Estado reconheça formalmente um direito se o seu titular não pode aceder de forma efetiva ao sistema de justiça para obter a tutela do dito direito; c) incapacidade: entende-se por incapacidade a deficiência física, mental ou sensorial, quer seja de natureza permanente ou temporal, que limite a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, que possa ser causada ou agravada pelo ambiente económico e social; d) procurar-se-á estabelecer as condições necessárias para garantir a acessibilidade ao sistema de justiça das pessoas com incapacidade, incluindo aquelas medidas conducentes a utilizar todos os serviços judiciais exigidos e dispor de todos os recursos que garantam a sua segurança, mobilidade, comodidade, compreensão, privacidade e comunicação; e) destinatários são os atores do sistema de justiça: responsáveis pela concepção, implementação e avaliação de políticas públicas dentro do sistema judicial; os Juizes, Fiscais, Defensores Públicos, Procuradores e demais servidores que laborem no sistema de Administração de Justiça em conformidade com a legislação interna de cada país; c) os Advogados e outros profissionais do Direito, assim como os Colégios e Agrupamentos de Advogados; d) as pessoas que desempenham as suas funções nas instituições de Ombudsman (Provedoria); e) Polícias e serviços penais; f) e, com carácter geral, todos os operadores do sistema judicial e quem intervém de uma ou de outra forma no seu funcionamento.

laboral ficará a cargo do vencido, nos termos da legislação processual civil (BRASIL, 2022).

Demais disso, a Lei 14.331/22 que alterou a Lei 13.876/19, dispõe no art. 2º, § 5º que a partir de 2022, nas ações a que se refere o caput deste artigo, fica invertido o ônus da antecipação da perícia, cabendo ao réu, qualquer que seja o rito ou procedimento adotado, antecipar o pagamento do valor estipulado para a realização da perícia, exceto na hipótese prevista no § 6º deste artigo: os autores de ações judiciais relacionadas a benefícios assistenciais à pessoa com deficiência ou a benefícios previdenciários decorrentes de incapacidade laboral previstas no caput deste artigo que comprovadamente disponham de condição suficiente para arcar com os custos de antecipação das despesas referentes às perícias médicas judiciais deverão antecipar os custos dos encargos relativos ao pagamento dos honorários periciais (BRASIL, 2022).

E continua no artigo acima citado, no § 7º O ônus da antecipação de pagamento da perícia, na forma do § 5º deste artigo, recairá sobre o Poder Executivo federal e será processado da seguinte forma: I – nas ações de competência da Justiça Federal, incluídas as que tramitem na Justiça Estadual por delegação de competência, as dotações orçamentárias para o pagamento de honorários periciais serão descentralizadas pelo órgão central do Sistema de Administração Financeira Federal ao Conselho da Justiça Federal, que se incumbirá de descentralizá-las aos Tribunais Regionais Federais, os quais repassarão os valores aos peritos judiciais após o cumprimento de seu múnus, independentemente do resultado ou da duração da ação, vedada a destinação desses recursos para outros fins (BRASIL, 2022).

E por fim o art. 4º da Lei 14.331/22 determina que a aplicação do disposto no art. 2º desta Lei, que altera o art. 1º da Lei nº 13.876, de 20 de setembro de 2019, fica condicionada à expressa autorização física e financeira na lei orçamentária anual das despesas decorrentes (BRASIL, 2022).

É nesse o contexto legislativo que se encontra o acesso à justiça aos grupos vulneráveis brasileiros, quando dispõe sobre o pagamento de honorários periciais e sobre os requisitos da petição inicial em litígios e em medidas cautelares relativos a benefícios assistenciais e previdenciários por incapacidade.

A questão estrutural que resta é precisamente sobre os destinatários dessa nova regra: o acesso à justiça para os autores vulneráveis de ações relativas a benefícios assistenciais e previdenciários por incapacidade.

Devido às disposições do art. 4º, da Lei 14.331/22, que condiciona à expressa autorização física e financeira na lei orçamentária anual das despesas decorrentes, uma parte do Poder Judiciário brasileiro está requisitando o pagamento das perícias adiantadas dos autores das ações relativas a benefícios assistenciais e previdenciários por incapacidade.

Ocorre que, nos casos concretos, a imensa maioria dos cidadãos brasileiros que demandam benefícios assistenciais e previdenciários por incapacidade vivem em situação de extrema vulnerabilidade e não conseguem pagar pelas perícias médicas adiantadas sem prejuízo de sua própria sobrevivência e de sua família.

Eis, portanto, o dilema do presente caso brasileiro, trazido entre outros pelas reformas normativas, que seria facilmente dirimido com a simples observância e aplicação do direito de acesso à justiça, bem como das normas contidas nos Instrumentos internacionais e interamericanos de direitos humanos, e das disposições constitucionais brasileiras para as pessoas com incapacidade e das pessoas humanas mais vulneráveis.

Considerações finais

É possível constatar que a pessoa com deficiência tem seus direitos reconhecidos no contexto dos direitos humanos das minorias e dos grupos vulneráveis os quais se tornaram objeto de proteção do direito internacional público para garantir padrões mínimos a serem adotados pelos Estados em seus ordenamentos jurídicos internos.

Impende ressaltar que a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência prevê que os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como: e) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios assistenciais e previdenciários.

Nessa medida, não se pode perder de vista que o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana no Caso Ximenes Lopes versus Brasil, com sentença de 4 de julho de 2006, pela incapacidade do Estado em prevenir a tortura e a morte de um rapaz pobre com doença mental e em apurar o caso com a punição dos responsáveis.

O direito de acesso à justiça é um direito conquistado também em Instrumentos de direitos humanos, entre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No que se refere às 100 Regras de Brasília, oportuno se torna detalhar alguns pontos constantes ainda na sua exposição de motivos: e) destinatários são os atores do sistema de justiça: responsáveis pela concepção, implementação e avaliação de políticas públicas dentro do sistema judicial; os Juízes; entre outros atores.

Um ponto relevante a ser destacado recai nos destinatários dessa diretriz tratada neste artigo sobre o acesso à justiça para os autores vulneráveis de ações relativas a benefícios assistenciais e previdenciários por incapacidade.

Essa nova legislação brasileira abordada traz, no dispositivo contido no art. 4º, da Lei 14.331/22, o condicionamento à expressa autorização física e financeira da lei orçamentária anual das despesas decorrentes. A partir daí, uma parte do Poder Judiciário daquele Estado da região passou a requisitar o pagamento das perícias adiantadas dos autores das ações relativas a benefícios assistenciais e previdenciários por incapacidade.

Contudo, é importante apontar que, na vida real, a grande parte dos cidadãos brasileiros que demandam benefícios assistenciais e previdenciários por incapacidade vivem em situação de imensa vulnerabilidade, o que os impede de pagar pelas perícias médicas adiantadas, independentemente da própria sobrevivência e da sua família.

Em virtude dessas razões expostas, aponta-se a questão brasileira concreta, ou seja, o conteúdo das reformas normativas, que deixa de considerar um requisito básico essencial: o direito de acesso à justiça. Para tanto, ratifica-se a importância de todas as normas contidas nos Instrumentos internacionais e interamericanos de direitos humanos, e as disposições constitucionais brasileiras para as pessoas com incapacidade e as pessoas humanas mais vulneráveis.

Referências

- Brasil, Constituição Federal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm
- Brasil, Constituição de 1934. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm
- Brasil, CPC. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm
- Brasil, Lei 1.060/50. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm
- Brasil, Lei 1.3876/19. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13876.htm
- Brasil, Lei 1.4331/22. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14331.htm
- Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant. (1988). Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris.
- CIDH. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm
- CortelDH, Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Ximenes Lopes versus Brasil. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf
- Cunha, Luciana Gross Siqueira. (2001) Acesso à justiça e assistência jurídica em São Paulo. In. Sadek, Maria Tereza. (org.). Acesso à justiça. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer.
- Direitos Humanos. Disponível em <http://dhnet.org.br/direitos/sip/onu/deficiente/lex62.htm>
- Eurosocial. Disponível em <https://eurosocial.eu/en/actualidad/the-100-brasilia-rules-are-being-updated-to-guarantee-effective-access-to-justice-for-people-in-vulnerable-conditions/>
- Lima, Alceu Amoroso. (1974). Os direitos do homem e o homem sem direitos. Rio de Janeiro: Francisco Alves.
- Mazzuoli, Valério de Oliveira. (2019). Curso de direitos humanos. (6a. ed.). Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO.
- OEA Organização dos Estados Americanos. Disponível em <https://oea.org/pt/cidh/mandato/Basicos/discapacidad.pdf>
- OEA Organização dos Estados Americanos. Disponível em <https://oea.org/es/cidh/mandato/Basicos/sansalvadorrat.asp>
- Senado Federal. (2013). Direitos Humanos. (4a ed.). Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas.
- UN United Nations. Disponível em <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>
- UN United Nations. Disponível em <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

Conflictos normativos entre el derecho a la igualdad y la capacidad de las personas con discapacidad psicosocial y sus consecuencias

Conflitos regulamentares entre o direito à igualdade e a capacidade das pessoas com deficiência psicossocial e suas consequências

Regulatory conflicts between the right to equality and the capacity of people with psychosocial disabilities and their consequences

Alba Mariela Giménez De Vera

Aboogada por la Universidad Nacional de Asunción, magíster en Derecho Procesal Civil, por la Universidad Columbia. Defensora Pública - Ministerio de la Defensa Pública del Paraguay.

Resumen

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad prevé la autonomía individual y la libertad de las personas con discapacidad (PcD) en condiciones de igualdad, negando toda privación que constituya un grave atentado contra los derechos humanos; el Código Civil paraguayo, sin embargo, todavía regula criterios para la declaración de interdicción o inhabilitación judicial de personas con discapacidad y con ello la privación de sus capacidades jurídicas.

Este trabajo de investigación estudia la consonancia de la normativa nacional con los estándares convencionales sobre la igualdad y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad psicosocial y presenta datos sobre cantidad de personas que fueron declaradas judicialmente interdictas o inhabilitadas por discapacidad psicosocial, como consecuencia de la existencia de estas normas antagónicas.

Palabras Claves: Discapacidad psicosocial. Capacidad jurídica. Igualdad.

Resumo

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência prevê a autonomia e liberdade individual das pessoas com deficiência (PcD) em condições de igualdade, negando qualquer privação que constitua um grave atentado aos direitos humanos; O Código Civil paraguaio, no entanto, ainda regulamenta critérios para a declaração de interdição ou inabilitação judicial de pessoas com deficiência e, portanto, a privação de suas capacidades jurídicas.

Este trabalho de pesquisa estuda a consonância das regulamentações nacionais com as normas convencionais sobre igualdade e capacidade jurídica das pessoas com deficiência psicossocial e apresenta dados sobre o número de pessoas que foram declaradas judicialmente interdidas ou inválidas por deficiência psicossocial, como consequência da existência dessas normas antagônicas.

Palavras-chave: Deficiência psicossocial. Capacidade jurídica. Igualdade.

Abstract

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities provides for individual autonomy and freedom for persons with disabilities (PcD) in equal conditions, denying any deprivation that constitutes a serious attack on human rights; The Paraguayan Civil Code, however, still regulates criteria for the declaration of judicial interdiction or disqualification of persons with disabilities and with it the deprivation of their legal capacities.

This research work studies the consonance of national regulations with conventional standards on equality and legal capacity of people with psychosocial disabilities and presents data on the number of people who were judicially declared interdicted or disabled due to psychosocial disability, as a consequence of the existence of these conflicting rules.

Keywords: Psychosocial disability. Legal capacity. Equality.

Sumario

Introducción. 1. Desarrollo. 1.1 La igualdad como derecho constitucional de las personas con discapacidad en la Constitución del Paraguay. 1.2 La capacidad jurídica en el código civil paraguayo 1.3 La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. 1.4 Breve reseña del trámite para la privación de la capacidad jurídica en Paraguay. 1.5 La curatela de PcD y código de la niñez y la adolescencia. 1.6 Observación general Nro. 1 del comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU. 1.7 Cambio del paradigma que introduce la convención. 1.8 Discapacidad psicossocial 1.9 consecuencias de la privación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. 1.10 Datos referentes a la discapacidad psicossocial. Conclusiones. Referencias.

Introducción

Actualmente, en Paraguay, nos encontramos ante un choque de posturas normativas que involucran derechos fundamentales como la igualdad y a la capacidad jurídica de las personas. Por un lado, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que todos los seres humanos somos iguales ante ley. Esta igualdad tiene un alcance muy amplio e implica que esta debe trasladarse incluso en todos los aspectos de la vida civil de las personas, ya sea que tengan alguna discapacidad o no.

Más adelante, con la vigencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), las personas con discapacidad (en adelante, PcD) gozan de la misma personalidad jurídica y capacidad jurídica con relación a las demás personas. Esta Convención integra el derecho positivo paraguayo, mediante la Ley 3540/08 que aprueba la CDPD y el Protocolo Facultativo de la CDPD.

Por el contrario, el Código Civil paraguayo sigue manteniendo criterios normativos que generan una marcada desigualdad con relación a las personas con discapacidad, regulando las figuras de la declaración de interdicción o inhabilitación judicial de personas con discapacidad y con ello la privación de sus capacidades jurídicas, pese a que, claramente, la CDPD pregona la autonomía individual y la libertad de las PcD, negando toda privación.

La existencia de estas normas antagónicas genera conflictos sobre el proceder de los órganos judiciales, y esto ocasiona consecuencias jurídicas nefastas que llevan a una involución irreversible del desarrollo de la defensa de los derechos humanos fundamentales.

1. Desarrollo

1.1. La igualdad como derecho constitucional de las personas con discapacidad en la Constitución del Paraguay

En la Constitución de la República del Paraguay de 1992 (en adelante, Constitución), en su Preámbulo, reconoce la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia. Esta igualdad a la que se refiere este apartado de la Constitución no diferencia en lo que respecta a la capacidad jurídica de los «iguales», por lo

tanto, se debe tomar en sentido literal, es decir, todos somos iguales.

Por su parte, el artículo 46 establece que todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y en derechos, y hace referencia a la no admisión de discriminaciones. Igualmente, establece que el Estado es el encargado de remover los obstáculos que mantengan o propicien desigualdades. El cuanto al artículo 48, este habla claramente de la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, marcando que el hombre y la mujer tienen símiles derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. Y una vez más, deja a cargo del Estado la promoción de las condiciones y mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva, allanando los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio y facilitando la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional.

Asimismo, en el artículo 58 de la Constitución, se establecen los derechos de las «Personas Excepcionales», refiriéndose a las personas con discapacidad. Este artículo instituye garantías de acceso a la salud, a la educación, a la recreación y a la formación profesional para una plena integración social. Lo interesante de este artículo es que se ha encargado de fijar los tipos de discapacidades que son objeto de atención por esta Constitución, dividiéndola en tres clases, la física, psíquica y sensoriales.

Las normativas precitadas refieren un amplio camino hacia la igualdad entre todas las personas, con especial atención a las PcD. Sin embargo, en el artículo 153 de la Constitución se puede apreciar como la norma con el mayor rango normativo en nuestro país, hace una excepción cuando se trata de PcD para el ejercicio de la ciudadanía. Y dice: «*De La Suspensión del ejercicio de la Ciudadanía. Se suspende el ejercicio de la ciudadanía: 1. por la adopción de otra nacionalidad, salvo reciprocidad internacional; 2. por incapacidad declarada en juicio, que impida obrar libremente y con discernimiento, y 3. cuando la persona se hallara cumpliendo condena judicial, con pena privativa de libertad. La suspensión de la ciudadanía concluye al cesar legalmente la causa que la determina. La suspensión de la ciudadanía concluye al cesar legalmente la causa que la determina*». Esta normativa no condice con la normativa constitucional que pregona la igualdad entre todas las personas, y, al respecto, se puntúan algunos aspectos antagónicos:

1. La privación de la ciudadanía, la suspensión del carácter de ciudadano paraguayo, implica la pérdida de facultades para el ejercicio de los derechos civiles dentro del territorio nacional. La persona que se encuentra privada de su ciudadanía no puede acceder a otros derechos básicos como la atención sanitaria y la educación. Esta situación se presenta solo en los casos previstos en este artículo, y uno de ellos es la incapacidad de las personas. Entonces, las personas con incapacidad (PcD en lenguaje inclusivo) pierden su ciudadanía porque no son iguales a los demás ciudadanos. Finalmente, no existe igualdad entre los ciudadanos que no cuentan con discapacidad con los que sí la tienen.

2. Para la pérdida de la ciudadanía, la incapacidad declarada en juicio se equipara a la pena privativa de libertad por condena judicial. Es decir, las PcD pueden tener suspendida la ciudadanía porque se encuentran en la misma situación de aquellas personas que se encuentran purgando una pena por la comisión de algún hecho punible.

3. El último párrafo del este artículo 153 menciona que la suspensión de la ciudadanía concluye al cesar legalmente la causa que la determina. Y en este sentido, surge este cuestionamiento. ¿Qué sucede si la condición de la PcD no cesa nunca?, y la respuesta es obvia, estaría viviendo privado de su ciudadanía hasta el último día de su vida.

Este último artículo estudiado hace notar lo antagónico de la Constitución en cuanto a los derechos de las personas con discapacidad, en lo que respecta al derecho a la igualdad y capacidad jurídica.

1.2. La capacidad jurídica en el Código Civil paraguayo

Por otro lado, la Ley 1183/85, Código Civil paraguayo vigente (en adelante C.C.), que entra en vigencia a partir del año 1987, se encuentra muy desfasada con relación a los derechos de las personas con discapacidad. Prueba de ello, la manera en que refieren a los mismos, utilizando términos como: incapaces, enfermos mentales, denunciados, inhabilitados, etc.

El artículo 36, texto modificado y actualizado por el artículo 1° de la Ley N°. 2.169/04, establece sobre los alcances de la capacidad de hecho, y expone que «consiste en la aptitud legal de ejercer uno por sí mismo o por sí solo sus derechos». La norma civil considera capaz a todo ser

humano que haya cumplido dieciocho años de edad y no haya sido declarado incapaz judicialmente. Se observa una clara limitación al ejercicio de la capacidad de hecho por la declaración de incapacidad. Igualmente, en el incisos «c» y «d» del artículo 37, se considera a los enfermos mentales y a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito o por otros medios, absolutamente incapaces de hecho.

Estas normativas reflejan las limitaciones impuestas a las PcD en el ejercicio de la capacidad de hecho. Para que esta limitación surta sus efectos debe de ser declarada judicialmente, mediante la figura de la interdicción e inhabilitación. La interdicción se encuentra prevista en el artículo 73 del Código Civil (en adelante, C.C.), y consiste en la declaración de incapacidad y sujeción al régimen de la curatela de las personas mayores de edad y los menores emancipados que por causa de enfermedad mental no tengan aptitud para cuidar de su persona o administrar sus bienes, así como los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito u otros medios, que se hallen en las mismas circunstancias.

La figura de la inhabilitación, se regula en el artículo 89 del mismo cuerpo legal y establece que «se declarará judicialmente la inhabilitación de quienes, por debilidad de sus facultades mentales, ceguera, debilidad senil, abuso habitual de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, u otros impedimentos psicofísicos, no sean aptos para cuidar de su persona o atender sus intereses».

En los casos de declaración de interdicción o inhabilitación judicial, se deben designar representantes de las personas con discapacidad, el artículo 40 del C.C. detalla que los enfermos mentales sometidos a interdicción, y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito o por otros medios, serán representados por los curadores respectivos; y los inhabilitados judicialmente, por sus curadores designados.

1.3. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

En lo que respecta a la normativa convencional, el Artículo 12 de la CDPD establece el igual reconocimiento ante la ley de todas las personas con discapacidad, y tiene alcance respecto de la personalidad jurídica (numeral 1), capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida (numeral 2),

acceso al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica (numeral 3). En esta convención insta a cambiar los «sistemas sustitutivos de toma de decisiones por medidas de apoyo para tomar decisiones».¹ Al respecto se citan los numerales del artículo 12:

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

1.4. Breve reseña del trámite para la privación de la capacidad jurídica en Paraguay

La interdicción es una figura legal que busca declarar formalmente una condición de incapacidad de actuar de una persona, en el tanto se evidencia una imposibilidad de conocer su pensamiento y voluntad” (p.101). Y luego de tal declaración la persona es sometida a estar bajo custodia de un tercero, que recibe el nombre de tutor o curador, quien será el encargado de su cuidado, la administración de sus bienes y la representación ante cualquier situación jurídica que se necesite (Díaz, 2019).

Históricamente, el proceso de interdicción se remonta a los tiempos del Derecho Romano en donde recibía la denominación de *capitis deminutio* significaba capacidad disminuida, haciendo referencia al actuar jurídico de una persona y en su momento los limitantes estaban relacionada con factores como la edad, el sexo, las enfermedades mentales y el derroche de riquezas (Arroyave, 2018).

En otros países como Chile la interdicción “es una institución jurídica ampliamente utilizada, que tiene por objeto, a través de una declaración judicial, privar de la administración de sus bienes a aquellas personas que se encuentren en un estado habitual de demencia” (Painemal, 2018, p.102).

En nuestro país, para la declaración de interdicción o inhabilitación judicial se presenta una Petición de Curatela de Personas ante un Juzgado de Paz o de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, conforme a lo previsto en el Libro Primero del Capítulo XIII del C.C., específicamente en el artículo 266. Con la declaración se hace el nombramiento del curador de la persona interdicta o inhabilitada.²

Para la privación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, se procede de conformidad al artículo 75 del C.C. en donde el denunciante o peticionante de la acción, debe fundar la incapacidad mental, física, psíquica o sensorial alegada, y esta alegación debe estar respaldada por un dictamen médico de un galeno especialista, y en su defecto, por otras pruebas que funden su pretensión.

2 Artículo 266.- Se nombrará judicialmente curador a las personas interdictas o inhabilitadas. Son aplicables a la curatela, las disposiciones del Código del Menor relativas a la tutela, con las modificaciones establecidas en este Capítulo

1 Comité sobre los Derechos de las personas, 2014.

Una vez recibido el escrito de pedido de interdicción o inhabilitación, el juez tiene que fijar una fecha y hora para que la PcD denunciada, pueda ser entrevistada personalmente y con auxilio de un facultativo especialista o médico forense. En los casos en que sea imposible el traslado de la PcD hasta la sede del juzgado, porque no puede o no quiere concurrir, el juez se trasladará para el efecto a su residencia o alojamiento. En este procedimiento de inspección, el/a Defensor/a de Incapaces debe estar presente, y emitir un dictamen al respecto.

Una vez llevada a cabo la inspección, y admitida la denuncia, el juez debe nombrar un curador provisional a la persona con discapacidad, salvo que no lo considere necesario, atento a las circunstancias, y se sustanciará el juicio en el que serán parte el denunciado, el denunciante, el Defensor de Incapaces y el curador, en su caso, de acuerdo a lo que prescribe el artículo 77 del C.C. Además, se citan otros artículos referentes al proceso de declaración de interdicción o inhabilitación.

Artículo 79.- Cuando apareciendo notoria e indudable la enfermedad mental, resulte urgente la adopción de medidas cautelares, el juez ordenará el inventario de los bienes del denunciado y su entrega a un curador provisional para que los administre.

Artículo 81.- El interdicto no podrá ser trasladado fuera de la República sino con la autorización del juez de la curatela, oído el dictamen de dos o más médicos psiquiatras sobre la necesidad de la medida y el establecimiento en que podría recibir tratamiento adecuado.

1.5. La curatela de PCD y Código de la Niñez y la Adolescencia

De acuerdo a lo señalado por el artículo 266 del C.C., son aplicables a la curatela, las disposiciones del Código del Menor relativas a la tutela. Esta figura de la tutela se encuentra prevista en Ley N° 1.680/01 De la Niñez y la Adolescencia (en adelante, CNyA) en su artículo 110 en la que define a la tutela como una institución que permite a quien la ejerce, representar al niño o adolescente, dirigirlo y administrar sus bienes cuando no esté sometido a la patria potestad. Esta misma norma del CNyA es aplicable a la curatela, proceso que declara interdictas o inhabilitadas a las PcD.

Una vez entendido que toda norma de la Tutela es aplicable a la Curatela, se debe recurrir a la normativa de la niñez

para llenar cualquier vacío en la normativa civil a los requerimientos propios de este proceso. Por ejemplo, en el artículo 111 del CNyA, se establece que cualquier persona que tenga conocimiento del desamparo por orfandad de un niño o adolescente, está obligada a poner en conocimiento de esta situación a cualquier autoridad competente en el término de cuarenta y ocho horas, la que a su vez debe comunicarlo al Juzgado de la Niñez y la Adolescencia. Este mismo artículo debe ser aplicado en los casos en que una persona con discapacidad se encuentre en una situación de desamparo, debiendo procederse de la misma forma ante la instancia del fuero civil y comercial.

Igualmente, en el CNyA se encuentran las formas de conclusión de la Tutela, en su artículo 149, y prevé que la tutela o curatela, en caso de PcD, concluirá por: a) muerte o incapacidad del tutor; b) remoción decretada por el Juez; c) excusación admitida por el Juez; d) fallecimiento del niño o adolescente, haber llegado a la mayoría de edad o por emancipación; e) cesación de la incapacidad de los padres o por haber sido éstos reintegrados al ejercicio de la Patria Potestad; y, f) por el reconocimiento voluntario de hijos extramatrimoniales hecho con posterioridad a la designación del tutor. Todos estos incisos son aplicables al momento de considerar el levantamiento de la curatela, que priva la capacidad jurídica de las personas.

1.6 Observación General Número 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dependiente de la ONU (en adelante, Comité), en el año 2014, dicta la Observación General N° 1 (en adelante, Observación), que se encarga de aclarar algunas cuestiones relativas a los alcances del artículo 12 de la CDPC. Utiliza términos muy sencillos que hacen comprensible la aclaración.

En lo que respecta al primer párrafo del artículo 12, el Comité explica que las personas con discapacidad tienen derecho a la personalidad jurídica y aclara que *“tener personalidad jurídica significa que la ley te reconoce como una persona y puedes tener derechos y obligaciones. Tener personalidad jurídica es necesario para tener capacidad jurídica. Tener capacidad jurídica significa que tienes derechos y obligaciones ante la ley y que eres responsable de tus actos”*.³

3 (Comité sobre los Derechos de las personas, 2014)

La explicación del segundo párrafo es clave para entender el alcance de la capacidad jurídica y la capacidad mental, ya que son conceptos diferentes. El Comité conceptualiza a la Capacidad jurídica desde dos aristas: 1. Mediante esta, toda persona tiene derechos y obligaciones. 2. Mediante esta, toda persona puede ejercer sus derechos y sus obligaciones por sí mismo, aunque necesite ayuda de otra persona. En cuanto a la capacidad mental, esta es la habilidad para tomar decisiones. No es un concepto objetivo y científico, dice la Comisión. Hay personas que necesitan más ayuda para tomar decisiones que otras. Además, nuestra capacidad mental puede cambiar según los criterios que la valoran. Más allá de esta explicación, lo que la Comisión da a entender es que todas las personas tienen derecho a tener capacidad jurídica, aunque tengan una capacidad mental diferente.

En el tercer párrafo, se hace hincapié a la incorporación de la figura de la «persona de apoyo». Todos los países que han suscrito esta Convención, están obligados a dar los apoyos necesarios para que las PcD puedan ejercer la capacidad jurídica. Estas personas tienen que reconocer que la PcD merece todo el respeto para tomar sus propias decisiones. De acuerdo a la Observación, la persona de apoyo es una persona de confianza que ayuda a tomar decisiones.

En cuanto al apartado quinto, del Artículo 12 de CDPD, se repite que los países deben garantizar el derecho de las personas con discapacidad a tomar decisiones, pero ya en el ámbito económico, lo cual implica la libre adquisición de bienes en las mismas condiciones que las demás personas. Para hacer efectivo este derecho, los Estados partes deben tomar medidas legislativas, administrativas y judiciales, que erradiquen la práctica que impide el goce de este derecho a todas las PcD privadas de sus capacidades jurídicas.

En cuanto a los otros artículos, el Comité ha vinculado el artículo 12 con otros artículos de la CDPD, dando a entender que los demás derechos son inaccesibles si no existe el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica, este es necesario para ejercer otros derechos, y detalla:

- Artículo 5: Igualdad y no discriminación: este artículo no permite que una persona pueda ser objeto de discriminación por tener alguna clase de discapacidad. Discriminar significa impedir que una persona ejerza libremente sus derechos por la ideología que adopta, por la apariencia personal, por la

religión que profesa o por el género que la identifica. Por ello, la discapacidad no es un motivo para negar la capacidad jurídica. Los países pueden negar la capacidad jurídica a las personas, pero los motivos tienen que ser los mismos para todas las personas.

- Artículo 6: Mujeres con discapacidad. Las mujeres tienen los mismos derechos y obligaciones que los hombres, ambos son iguales ante las leyes. Siguiendo esta línea, todas las personas tienen los mismos derechos a la capacidad jurídica, entonces, las mujeres con discapacidad también.

- Artículo 13. Acceso a la justicia. Las personas con discapacidad deben contar con la capacidad jurídica para demandar sus derechos y sus obligaciones ante los tribunales, en las mismas condiciones que las demás personas sin discapacidad. Los países que han suscrito la CDPD deben reconocer la personería o representación legal a las personas con discapacidad. Las denuncias y declaraciones hechas por PcD ante los entes receptores deben ser valoradas, recibidas y canalizadas del mismo modo que para las demás personas.

- Artículos 14 y 25: Libertad, seguridad y consentimiento. El Comité reafirma que el derecho a la capacidad jurídica significa respetar el derecho a la libertad y el derecho a la seguridad de la persona. Parte de la Observación dice que existen personas con discapacidad internadas, privadas de libertad, sin consentimiento debido a que se les ha negado la capacidad jurídica. Los países deben dejar estas prácticas y deben crear medidas para examinar los casos de las personas que ya están internadas.

1.7. Cambio del paradigma que introduce la Convención

Luego de la lectura del artículo 12 de la CDPD y la Observación realizada por el Comité, se puede apreciar el cambio paradigmático que introduce la Convención. Estos cambios resultan muy innovadores ya que, en definitiva, las personas con discapacidad no pueden ser privadas de su capacidad jurídica en ningún sentido y por ningún motivo.

Igualmente, se cambia el modelo protectorio por el de apoyo, en donde la PcD deja de ser objeto de derecho para pasar a ser sujeto de derechos. Todos los países partes deben ajustar sus modelos a este cambio, entendiendo que cualquier norma que no se ajuste a los postulados de la

CDPD estaría atentando directamente contra los derechos fundamentales amparados internacionalmente.

1.8. Discapacidad psicosocial

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) la discapacidad psicosocial se refiere a las “personas con diagnóstico de trastorno mental que han sufrido los efectos de factores sociales negativos, como el estigma, la discriminación y la exclusión.”

En Paraguay, el C.C. no hace una distinción entre una discapacidad mental o intelectual de una psicosocial, simplemente se limita a englobar en una misma categoría a las personas incapaces, enfermos mentales, sordomudos, denunciados, inhabilitados, etc. a diferencia del sistema de Derechos Humanos que considera que la discapacidad psicosocial comprende la intelectual. Hasta antes de la CDPD las personas con deficiencias mentales, eran tenidas por personas con enfermedad mental.

Al respecto, tenemos que, a partir de la CDPD cualquier legislación o política pública que aborde la problemática de las personas con discapacidad mental o psicosocial debe reconocer que el principal obstáculo para el ejercicio de sus derechos y de su plena inclusión social no es la discapacidad en sí, sino los límites que las diferentes culturas y sociedades imponen a la conducta y comportamiento humanos, así como por el estigma social y las consecuentes actitudes y prácticas discriminatorias de que han sido y continúan siendo objeto (Fernández, 2010).

1.9. Consecuencias de la privación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad

Durante el desarrollo de este artículo, se ha visto cómo la norma nacional se encuentra enfrentada al momento de juzgar la capacidad jurídica de las PcD mediante el proceso de curatela. Esta declaración implica la privación de ciertos derechos que generan efectos sociales negativos hacia las PcD, entre ellos:

- La persona con discapacidad declarada judicialmente tiene suspendido el ejercicio de la ciudadanía (Art. 153 de la Constitución).
- La persona que haya sido declarada interdicta o inhabilitada no podrá disponer de sus bienes ni gravarlos, tampoco podrá estar en juicio, celebrar transacciones, recibir pagos, recibir ni dar dinero en préstamo, ni realizar

acto alguno que no sea de simple administración, sin la autorización del curador que será nombrado por el juez. (Artículo 90 del C.C.)

- Todos los actos ejecutados por personas sujetas a interdicción o inhabilitación se tendrán por ejecutados sin discernimiento. (Artículo 278 del C.C.) Esto implica que ningún acto llevado a cabo por las PcD podrá surtir sus efectos jurídicos.

- Todos los actos que conlleven la modificación de algún derecho de las PcD, requerirán autorización judicial. El artículo 144 del CNyA establece los casos en los que se requiere autorización del juez:

- a) enajenar el ganado de propiedad incluyendo la producción anual del rebaño;
- b) pagar deudas que no sean las ordinarias de la administración o del sostenimiento;
- c) todos los gastos extraordinarios que no sean de reparación o conservación de bienes;
- d) repudiar herencias, legados o donaciones;
- e) hacer transacciones o compromisos;
- f) tomar en arrendamiento bienes raíces que no fuesen la casa habitación;
- g) remitir créditos a favor de la PcD, aunque el deudor sea insolvente;
- h) comprar inmuebles para la PcD, otros objetos de alto valor económico y aquellos que no sean necesarios para su alimento, educación y recreación;
- i) hacer préstamos a nombre PcD;
- j) todo acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés cualquiera de los parientes del tutor hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad o alguno de sus socios comerciales;
- k) continuar o cesar la explotación de los establecimientos comerciales o industriales que la PcD hubiese heredado o en que tuviera parte; y,
- l) hacer arrendamientos de bienes raíces de la PcD, que pasen de cinco años.

Recordemos que la normativa de la niñez y la adolescencia en lo que respecta a la tutela, es aplicable a la curatela de PcD.

- El tutor no podrá, sin autorización judicial, enajenar los bienes que administre ni constituir sobre ellos derechos reales, ni dividir los inmuebles que los pupilos posean en común con otros, salvo que el Juez haya decretado la división con los co-propietarios. (Art. 145 del CNyA).
- El tutor promoverá la venta del bien que pertenezca al niño o adolescente con otros, y la división de la herencia

en que tenga parte, cuando ello fuera conveniente a los intereses del niño o adolescente. Toda partición de muebles, inmuebles o de condominio, deberá ser judicial (Art. 146 del CNyA).

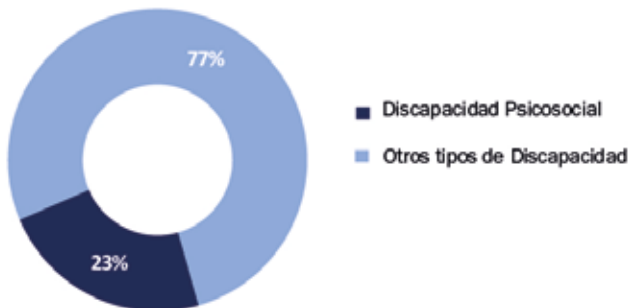
- No pueden contraer matrimonio el interdicto por enfermedad mental, ni el que por cualquier causa hubiere perdido el uso de su razón que le suma en inconciencia, aunque sea pasajera (Art. 143 C.C.).
- Las personas con discapacidad no podrán ejercer el derecho al voto (Art. 91, inc. a y b del Código Electoral Paraguayo).

1.10. Datos referentes a la discapacidad psicosocial

El Ministerio de la Defensa Pública tiene intervención necesaria en representación de las PcD en los juicios en los que pudiera devenir la interdicción o inhabilitación de las personas denunciadas por alguna discapacidad. A continuación, se muestran algunos datos proveídos por la Dirección de Gestión del Área Misional, dependiente del Ministerio de la Defensa Pública, referentes a aquellos juicios que involucran a personas con discapacidad psicosocial, en el año 2021.

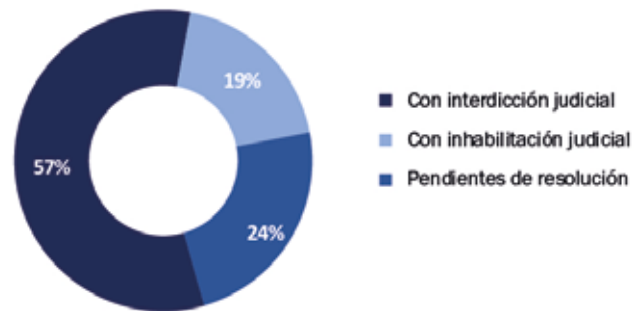
Un total de 904 PcD en juicios relativos a declaración de interdicción o inhabilitación judicial, de enero a junio del año 2021. El 23% (204 personas) por motivos de discapacidad psicosocial, el 77% restante corresponde a otros motivos (discapacidad física-sensorial).

Juicios relativos a declaración de Interdicción o Inhabilitación judicial



La investigación se centra en el 23%, por la dificultad que presenta este tipo de discapacidad para su configuración en la normativa vigente.

204 Personas con Discapacidad Psicosocial



De las 204 personas, 156 cuentan con resolución firme. Total de 117 con interdicción, 39 con inhabilitación judicial y 48 con resolución pendiente.

Según tipo de Discapacidad Psicosocial



Según tipo de discapacidad, de las 204 personas, 83 presentan patología no especificada, 75 con esquizofrenia, 13 con adicción a las drogas, 11 con bipolaridad, 9 con depresión, 7 con alcoholismo y 6 con autismo.

Conclusiones

Ante la existencia de normas antagónicas dentro de nuestro derecho positivo, resulta imperiosa la necesidad de ajustarlas conforme a los nuevos cambios paradigmáticos que se han suscitado, en lo que respecta a los derechos de las personas con discapacidad. El modelo de apoyo debe ser implementado a fin de evitar que las personas pierdan la oportunidad de tomar sus propias decisiones, y así evitar la limitación de numerosos actos jurídicos que son parte de la vida cotidiana de las personas.

La vigencia de las normas que privan las capacidades jurídicas, da pie a una llamada de atención por parte de los

organismos internacionales que protegen estos derechos, ante la evidente desigualdad y profunda discriminación que se permiten, y seguirán permitiendo, mientras no se efectúen los ajustes legislativos. Pese a la CDPD ha sido integrada a nuestro derecho interno, no ha podido derogar aquellas leyes que contradicen sus postulados, por lo que existe un largo camino a la erradicación definitiva de las prácticas tribunales que conllevan la privación de la capacidad jurídica de las personas.

Atendiendo a los compromisos convencionales asumidos por el Paraguay, es necesario un control más riguroso del proceso de declaración de interdicción y/o inhabilitación judicial.

Recomendación: proponer la intervención del sector público para el tratamiento de las personas con discapacidad psicosocial, mediante apoyo interinstitucional y formación de equipos multidisciplinarios en los procesos judiciales, por la gravedad de las consecuencias jurídicas que implican esta privación.

Referencias

Tesis

- Arroyave, A. (2018). La demencia como objeto judicial en Antioquia. La interdicción entre 1886 y 1936. Trabajo de grado en Historia, Universidad de Antioquia. http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/15340/1/ArroyaveAlejandro_2018_DemenciaObjetoJudicial.pdf

Constitución y leyes y otras normas

- Constitución Nacional de la República del Py de 1992.
- Código Civil del Paraguay, 1183/85.
- Código De La Niñez Y La Adolescencia (Ley N° 1.680/01 Y Modificatorias)
- Comité sobre los Derechos de las personas, O. (2014). Observación general Número 1. Obtenido de: https://inclusion-international.org/wp-content/uploads/2016/06/Observaci%C3%B3n-general-N%C2%BA-1-2014_Igualdad-ante-la-ley_LF.pdf
- Fernández, M. T. (2010). La discapacidad mental o psicosocial y la Convención sobre los derechos de las

personas con discapacidad. Revista de derechos humanos - defensor, 10-17.

Revistas

-Díaz, J. R. C. (2019). Capacidad jurídica de las personas con discapacidad: ¿Derecho fundamental absoluto? Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, 10(1), 31-56. Doi 10.7770/rchdycp-v10n1-art1919

- Painemal, V. G. (2018). Interdicción por demencia y otras restricciones a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y mental, bajo la mirada de la CRPD. Revista Solonik, 101. https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/Publicaciones_FunHD/Revista%20Solonik/Revista%20Solonik%20N%C2%B03%20Julio%202018.pdf

El desafío de la armonización normativa en la legislación paraguaya para proteger los derechos de las personas con discapacidad psicosocial

O desafio da harmonização normativa na legislação paraguaia para proteger os direitos das pessoas com deficiência psicossocial

The challenge of regulatory harmonization in Paraguayan legislation to protect the rights of persons with psychosocial disabilities

Carla Mariela Mazó Benítez

Magister en Planificación y Conducción Estratégica Nacional IAEE – Docente de Posgrado en la Universidad Columbia del Paraguay – Defensora Pública Civil

Yolanda Analía Yinde Martínez

Maestranda en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal con énfasis en litigación adversarial en la Universidad Columbia del Paraguay– Defensora Pública Penal y Defensora Pública Interamericana

Resumen

El Estado paraguayo ha asumido obligaciones en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la ratificación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Protocolo Facultativo de la Convención a través de la Ley N° 3540 del año 2008. Sin embargo, el Estado paraguayo aún no

muestra avances importantes en materia de protección de Derechos Humanos de las personas con discapacidad psicosocial. El objetivo de este estudio es realizar una revisión bibliográfica y normativa, desde la experiencia profesional, para conocer cuál es la situación jurídica de las personas con discapacidad y especialmente las personas con discapacidad psicosocial, en los fueros Civil y Penal, desde la mirada de la Defensa Pública. A través de la revisión, se han obtenido datos que indican la falta de adecuación normativa de las leyes nacionales respecto de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Estos resultados indican la necesidad de reforzar la argumentación con perspectiva de Derechos Humanos, exigir el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad psicosocial y la aplicación de ajustes de procedimiento en los procesos que las involucren, pero sobre todo la modificación de normas nacionales para cumplir con la obligación internacional de adecuación normativa que asumió el Estado paraguayo.

Palabras clave: Ajustes de procedimiento. Capacidad jurídica. Discapacidad psicosocial. Armonización. Adecuación normativa.

Resumo

O Estado paraguaio assumiu obrigações no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos com a ratificação da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e o Protocolo Facultativo da Convenção por meio da Lei No. 3540 de 2008. Entretanto, o Estado paraguaio ainda não mostra avanços importantes em matéria de proteção do Direitos Humanos das pessoas com deficiência psicossocial. O objetivo deste estudo é a realização de uma revisão bibliográfica e normativa, a partir da experiência profissional, para conhecer qual é a situação jurídica das pessoas com deficiência e especialmente as pessoas com deficiência psicossocial, nos foros Civil e Penal, sob a ótica da Defesa Pública. Por meio da revisão, obteve-se dados que indicam a falta de adequação normativa das leis nacionais em relação à Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Esses resultados indicam a necessidade de reforçar a argumentação da perspectiva dos Direitos Humanos, exigir o reconhecimento da capacidade jurídica das pessoas com deficiência psicossocial, e a aplicação de ajustes de procedimento nos processos em que participem, mas sobretudo a modificação das normas nacionais para cumprir com a obrigação internacional de adequação da normativa que assumiu o Estado paraguaio.

Palavras chave: Ajustes de procedimento. Capacidade jurídica. Deficiência psicossocial. Harmonização. Adequação normativa.

Abstract

The Paraguayan State has assumed obligations in the field of International Human Rights Law with the ratification of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol through Law No. 3540/2008. However, the Paraguayan State has not yet shown significant progress in terms of protecting the Human Rights of people with psychosocial disabilities. The objective of this article is the bibliographic and normative review to know what the legal situation of people with psychosocial disabilities is, especially in the Civil and Criminal jurisdictions, from the perspective of the Public Defense. Through the review, data have been obtained that indicate the lack of normative adequacy of national laws with respect to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. These results indicate the need to reinforce the argumentation with a Human Rights perspective, to demand the recognition of the legal capacity of people with psychosocial disabilities and the application of procedural adjustments in the processes that involve them, but above all the modification of national norms to comply with the international obligation of normative adequacy assumed by the Paraguayan State.

Keywords: Procedure adjustments. Juridical capacity. Psychosocial disability. Legal harmonization. Required legal modifications.

Sumario

1. Introducción. 2. ¿Cómo hacer efectiva la convención de los derechos de las personas con discapacidad en Paraguay para las personas con discapacidad psicosocial? 3. Realidad de las personas con discapacidad psicosocial dentro del proceso civil paraguayo a la luz de la convención, desde la visión de la defensa pública. 4. Situación de las personas con discapacidad psicosocial dentro del proceso penal paraguayo a la luz de la convención, y desde la visión de la defensa pública. 5. Consideraciones finales. 6. Referencias.

1. Introducción

Este artículo se propone realizar una exploración bibliográfica y normativa, amén de una breve reflexión, en torno al modelo de discapacidad formulado por la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad (en adelante la Convención) y la importancia de los conceptos claves que plantea este modelo para interpretar la Convención.

La pregunta en torno a la cual se desarrollará la revisión, teniendo en consideración el modelo de la discapacidad presentado por la Convención, es la siguiente: ¿Cuáles son las normas del Estado paraguayo – específicamente civiles y penales- que se encuentran en conflicto con las disposiciones de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y qué se puede hacer para resolver el conflicto de normas desde la Defensa Pública?

A continuación de la introducción se hará una exposición teórica con los conceptos pertinentes para el análisis de las condiciones en las que se encuentra el Estado paraguayo con respecto al cumplimiento de las obligaciones internacionales que surgen de la ratificación de la Convención especialmente en lo que respecta a la situación de las personas con discapacidad psicosocial. Seguidamente se explorará la legislación civil del Estado paraguayo con una mirada crítica desde la perspectiva de la Convención y en relación a la función de los defensores públicos que actúan en el ámbito civil. En tercer lugar, se hará la revisión de las disposiciones del Código Penal y el Código Procesal Penal que contienen normas contrarias a las disposiciones de la Convención y se expondrán argumentos sobre la necesidad de adecuación normativa para resolver los problemas que se presentan en la práctica para los defensores públicos que actúan en el ámbito

penal. Finalmente, se intentará responder a la pregunta planteada en unas reflexiones finales.

2. ¿Cómo hacer efectiva la Convención de los derechos de las personas con discapacidad en Paraguay para las personas con discapacidad psicosocial?

El Estado paraguayo introdujo a su ordenamiento jurídico la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Protocolo Facultativo de la Convención a través de la ley 3540 del año 2008, hace poco más de trece años. Se parte de este punto para plantear la pregunta sobre la cual se reflexionará en este apartado. ¿Por qué a más de trece años de haber aprobado la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante la Convención) y el Protocolo Facultativo de la Convención el Estado paraguayo aún no ha hecho las adecuaciones normativas que se requieren para cumplir con las obligaciones internacionales que surgen de estos instrumentos?

Para responder esta pregunta, en primer lugar, se exponen dos conceptos que servirán como marco teórico para ensayar algunas respuestas; en segundo lugar, información de contexto para entender cuáles son las condiciones locales en las que deben efectivizarse estos instrumentos de protección de derechos humanos; y finalmente, imaginar posibles soluciones.

Como se adelantó, primero revisar algunos conceptos. Se trae a colación la investigación denominada *Domestic Implementation of Human Rights Judgments in Europe: Legal Infrastructure and Government Effectiveness Matter* que fue desarrollada por Dia Anagnostou y Alina Mungiu-Pippidi (2014), esta investigación se pregunta por qué las autoridades nacionales de algunos Estados adoptan una actitud más rápida y responsable en la aplicación de decisiones del Tribunal de Estrasburgo, en contraste con otros Estados que posponen o responden forzosamente.

Sobre la base de estudio de una cantidad sentencias del Tribunal de Estrasburgo y una comparación entre nueve Estados, el artículo argumenta que la variación en el desempeño de la implementación estatal está estrechamente vinculada a la capacidad legal general de

la infraestructura y la efectividad gubernamental de un Estado. Propone que cuando dichas capacidades y eficacia son elevadas y difusas, es improbable que los juicios adversos del Tribunal de Estrasburgo sean obstaculizados o ignorados, incluso cuando el gobierno, las élites políticas u otros actores son reacios y no están a favor de remedios sustantivos. También investiga los factores que influyen en la rapidez con que los Estados aplican las sentencias judiciales pertinentes.

Las autoras plantean dos conceptos que se consideran relevantes para el análisis propuesto, estos son los de infraestructura jurídica y eficacia de gobierno; el primero de ellos como las condiciones del sistema jurídico interno propicias para la efectivización de las normas de derecho internacional de derechos humanos, y el segundo, como indicador de la inversión y los esfuerzos traducidos en gasto y desarrollo de políticas públicas para el cumplimiento y aplicación de las normas de derechos humanos (Anagnostou & Mungiu-Pippid, 2014).

En la investigación referida se encontró que la ejecución de las sentencias de derechos humanos es más eficaz en Estados donde los recursos y conocimientos suficientes se asignan para la aplicación de políticas, específicamente mediante la incorporación sustantiva en las distintas políticas de las normas pertinentes de derechos humanos. Además, los países con mejores resultados no sólo se caracterizaron por una sólida protección de los derechos por los tribunales nacionales, sino también por la difusión sustancial e incorporación de conocimiento de los derechos humanos, el seguimiento y asesoramiento especializado a través de la administración del Estado, la legislatura y las ramas del gobierno.

¿Las condiciones del sistema jurídico interno en Paraguay son propicias para la efectivización de las normas de la Convención? ¿Cuánto esfuerzo realiza el Estado paraguayo en términos de gasto y desarrollo de políticas públicas para cumplir con las obligaciones que asumió al ratificar la Convención? Estas preguntas como disparadores para pensar en el contexto, como abordar la problemática general de la Discapacidad en Paraguay excede los propósitos de este artículo, por tanto, el enfoque se dará específicamente a la situación de las personas con discapacidad psicosocial, para ilustrar una porción del problema.

En las Observaciones finales sobre el informe inicial del Paraguay, aprobadas por el Comité en su noveno periodo de sesiones (15 a 19 de abril 2013) el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas urgió al Estado paraguayo en el parágrafo 14 a que tome medidas legislativas y administrativas necesarias para erradicar la discriminación por motivos de discapacidad, con la aprobación de legislación que prohíba la discriminación y que dichas medidas incluyan explícitamente la denegación de ajustes razonables como una de estas formas de discriminación.

Hasta ahora el Estado paraguayo no ha aprobado una ley contra toda forma de discriminación, las organizaciones de sociedad civil llevan varios años recomendando al Estado paraguayo la aprobación del proyecto de Ley Contra toda forma de Discriminación (Ley “Julio Fretes”) medida que fue señalada en el informe referido (CRPD, 2013).

En el Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad sobre su visita al Paraguay del año 2016, específicamente en el parágrafo 54, señala que las personas con discapacidad psicosocial e intelectual son particularmente vulnerables a ser privadas de su capacidad jurídica, lo cual resulta entre otras cosas en la denegación de su derecho a participar en los procesos judiciales, incluso como testigos. La relatora urge que, en un corto plazo, mientras se introducen reformas legales pertinentes, el Estado capacite y sensibilice a los jueces para que se establezca una moratoria y no se declare a estas personas como inhábiles y en su lugar se les otorgue el apoyo necesario para que puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones.

En el citado informe, parágrafo 60, se señala que el acceso de las personas con discapacidad a la justicia en el Paraguay es prácticamente inexistente debido a la falta de accesibilidad, de ajustes de procedimiento adecuados a la edad y de formación adecuada de los funcionarios del sistema judicial y de otros profesionales. La pérdida de la capacidad jurídica es un obstáculo fundamental para el acceso a la justicia, que afecta particularmente a las personas con discapacidad psicosocial e intelectual, señala (Naciones Unidas, 2016).

En el artículo Derechos de las personas con discapacidad: La gran brecha, de los autores Mario Rubén Marecos, Emilio

Pineda y Eva Insfrán (2019), se declaró que el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSPyBS) es el ente ejecutivo que en menor medida se ha adherido al cambio de paradigma que pretende la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aunque exista un eje específico de salud en el Plan de Acción Nacional por los Derechos de Personas con Discapacidad.

De acuerdo a los autores de 168 centros de salud u hospitales distribuidos en el territorio paraguayo, solo 60 contaban con servicios de atención a la salud mental, 20 de estos 60 centros se encuentran en el departamento Central, otros 15 en Asunción y alrededores, que también cuenta con 5 servicios altamente especializados para intervenciones del área de salud mental. Estos datos describen, según los autores, un problema de equidad en cobertura de servicios, especialmente servicios de psiquiatría infanto-juvenil de cualquier modalidad y se agrava por el hecho de que el 30% de la población paraguaya tiene menos de 15 años de edad (Marecos et al, 2019).

En el artículo Una mirada al sistema de salud mental en Paraguay (Centurión & Mereles, 2020), se analiza tres componentes del sistema de salud mental en Paraguay: la Política Nacional de Salud Mental, la unidad móvil de salud mental y los hogares sustitutos. De acuerdo a este trabajo de investigación Paraguay tiene malos antecedentes en cuanto al área de salud mental, refieren un acontecimiento del año 2003 en el cual el *Mental Disability Rights International* (MDRI) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) presentaron una petición de medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para proteger la vida y la salud de 460 personas en condición asilar en el Hospital Neuropsiquiátrico. En ese mismo año la CIDH aceptó la solicitud del otorgamiento de las medidas cautelares y posteriormente, el gobierno paraguayo firmó un acuerdo para reestructurar el sistema de salud mental del país.

Las autoras reportan que, aunque la Política de Salud Mental fue un logro en ese momento, posterior a la primera imposición de medidas cautelares, no se generaron grandes avances. La situación se tornó más grave por lo cual en el año 2008, nuevamente la CIDH impuso medidas cautelares a Paraguay. Como respuesta a esta situación, refieren, el gobierno creó espacios de rehabilitación (hogares sustitutos) y se impulsó el proceso de ampliación

y fortalecimiento de unidades de salud mental (Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, 2011). Finalmente, en el año 2010, la CIDH resolvió levantar las medidas cautelares a Paraguay. Con respecto al presupuesto las autoras señalan:

Con respecto a presupuesto de sistemas de salud, según un informe de la OMS sobre sistemas de salud, el porcentaje del total del presupuesto de salud asignado al presupuesto de salud mental se encuentra en el rango de 0,2 a 7%. Según dicho informe y a nivel de Paraguay y sus países limítrofes el porcentaje en orden creciente es: Bolivia (0,2%) Paraguay (1%), Argentina (2%), Brasil (2,4%) y Uruguay (7%) (Organización Mundial de la Salud, 2013). Ya en el año 2007 estudios indicaban que, si bien el porcentaje aproximado del presupuesto total dirigido a salud mental en Paraguay era aproximadamente del uno por ciento, el 84% de dicho porcentaje era destinado al Hospital Neuropsiquiátrico de Asunción (Torales et al., 2007). Actualmente, Paraguay destina un presupuesto menor al 2% en salud mental (1,8%) (La Nación, 2018). No se visualizaron investigaciones más actuales que indiquen en que porcentaje se destina a prevención y asistencia en hospitales especializados. (Centurión & Mereles, 2020)

En otro punto del artículo las autoras citan otras investigaciones sobre la cuestión de la accesibilidad de los servicios de salud mental, exponen el trabajo realizado por Saavedra Solano et al., (2016), que muestra las pérdidas económicas y sociales ocasionadas por la brecha en el tratamiento de los trastornos mentales. Por otro lado, investigaciones respecto de las personas que no acceden a los servicios de salud por razones geográficas: “estudios recientes en Paraguay han determinado que el porcentaje se encuentra alrededor del 3,5% de la población enferma (respecto a todas las patologías en general) (Casalí et al., 2017) y según los principales resultados del Instrumento de Evaluación para Sistemas de Salud Mental de la OMS (WHO-AIMS) aplicado a Paraguay, “el acceso a los servicios de salud mental es desigual a lo largo del país; los que viven en o cerca de Asunción son más favorecidos” (Organización Panamericana de la Salud, 2006).” (Centurión & Mereles, 2020).

Lo que se acaba de describir nos permite advertir que actualmente las condiciones del sistema jurídico en Paraguay no son propicias para la efectivización de la Convención, es especialmente preocupante que no existan condiciones

para efectivizar el artículo 12 de la Convención y esto es particularmente grave porque la “efectividad progresiva” dispuesta en el párrafo 2 del artículo 4 de la Convención no se aplica a las disposiciones del artículo 12 como lo señala claramente la Observación General N° 1 del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad¹ (2014).

Lo descripto también nos permite observar que el Estado paraguayo ha hecho esfuerzos en temas específicos, el ejemplo citado guarda relación con la adopción de la Política de Salud Mental, sin embargo, se gasta muy poco para ejecutar esa política y algunos autores señalan que el ente que debe ejecutar la política no responde al paradigma de la discapacidad que plantea la Convención. Entonces, ¿cómo usamos los conceptos de infraestructura jurídica y eficacia de gobierno (Anagnostou & Mungiu-Pippid, 2014) para cambiar esta situación?

Llegamos a la tercera parte, donde se propone imaginar posibles soluciones. La respuesta obvia, que se insinuó desde el principio de este apartado, es plantear que el Estado paraguayo debe modificar su infraestructura jurídica, debe difundir e incorporar el conocimiento de los derechos humanos, debe hacer un seguimiento con asesoramiento especializado a través de la administración pública, debe invertir más y mejor en políticas públicas pero debe hacerlo con enfoque de derechos humanos y con asesoramiento especializado, entre otras acciones posibles (esto es más o menos lo que plantean Anagnostou & Mungiu-Pippid). Pero no, no es la intención ir por lo obvio.

La Convención propone un cambio de paradigma con respecto a la discapacidad, este nuevo paradigma plantea algo que no debería ser innovador, pero lo es. Se trata de la revolucionaria idea de que las personas con discapacidad son sujetos titulares de derechos y tienen legitimación para actuar respecto de esos derechos -esto no debe ser puesto

1 En la parte final del párrafo 30 de la Observación General N° 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se lee “La “efectividad progresiva”(art. 4, párr. 2) no se aplica a las disposiciones del artículo 12. Tras la ratificación de la Convención, los Estados partes deben comenzar inmediatamente a adoptar medidas para hacer realidad los derechos consagrados en el artículo 12. Esas medidas deben ser deliberadas, estar bien planificadas e incluir la consulta y la participación real de las personas con discapacidad y de sus organizaciones.”

en duda o negado- y que la discapacidad no está en la persona si no en las barreras del entorno que impiden a una persona participar plena y efectivamente en la sociedad. Este paradigma apunta a la esencia misma de la dignidad humana, la igualdad en derechos.

Abrazar el paradigma que plantea la Convención requiere adoptar un enfoque de derechos humanos y abandonar el enfoque asistencialista-médico, requiere aceptar la diversidad, entender que la discapacidad está en las barreras, en el entorno y no en las personas, que la enfermedad no es determinante sino condicionante, que las personas con discapacidad tienen autonomía, que son sujetos de derecho, que pueden tomar decisiones basadas en su voluntad y su preferencia, que el papel de las demás personas es apoyar sus decisiones y no sustituirles en la toma de decisiones.

El enfoque asistencialista-médico de la discapacidad es aún el paradigma hegemónico en Paraguay. Para efectivizar la Convención es necesario cambiar el enfoque. El Estado paraguayo podría modificar su legislación y armonizarla a la Convención cualquiera de estos días, pero si no cambia la cultura, la visión y la sensibilidad de las personas, especialmente de los agentes estatales que aplican el derecho, las reformas legislativas o la mayor inversión en políticas públicas no serán suficientes para abordar el problema.

3. Realidad de las personas con discapacidad psicosocial dentro del proceso civil paraguayo a la luz de la Convención, desde la visión de la defensa pública

Para empezar a analizar la realidad de los derechos de las personas con discapacidad psicosocial, es necesario traer a colación que la legislación paraguaya prevé dos tipos de capacidades: la de derecho y la de hecho. La capacidad de derecho, la poseen todas las personas desde su concepción, así lo dispone el Código Civil Paraguayo en el artículo 28, que señala: “La persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado (...)”.

Con relación a la capacidad de hecho, el artículo 36 del Código Civil, modificado por Ley N° 2169/03 “Que establece

la mayoría de edad” dispone: “La capacidad de hecho consiste en la aptitud legal de ejercer por uno, por sí mismo o por sí solo sus derechos. Este código reputa plenamente capaz a toda persona que haya cumplido diez y ocho años de edad y no haya sido declarado incapaz judicialmente”. En contraposición a la capacidad existe en el ámbito jurídico, personas a las que la propia legislación señala como carentes de capacidad, haciendo además una diferencia en cuanto a grados y, por ende, las consecuencias son diferentes, según el grado de incapacidad.

En ese orden de ideas, nuestro Código Civil diferencia la incapacidad absoluta de hecho, en el artículo 37 expresando:

“Son absolutamente incapaces de hecho: a) Las personas por nacer; b) Los menores de catorce años de edad; c) Los enfermos mentales; y d) Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito o por otros medios”. El artículo 38 del mismo cuerpo legal, dispone: “Tienen incapacidad de hecho relativa, los menores que hayan cumplido catorce años de edad y las personas inhabilitadas judicialmente”.

De acuerdo con el Código Civil Paraguayo, sancionado en el año 1985, las personas con discapacidad psicosocial (enfermos mentales) o con otro tipo de discapacidad, son absolutamente incapaces de hecho, disponiendo el artículo 40 del mismo cuerpo legal, que son representantes necesarios de los incapaces de hecho absolutos y relativos, sus Curadores.

La solución al problema de la incapacidad, para el caso de las personas con discapacidad, de acuerdo a nuestra legislación interna (modelo tutelar o médico reparador), consiste en el nombramiento de un Curador dentro del marco de un juicio de interdicción o inhabilitación, previstos en el artículo 73 y siguientes del Código Civil.

Tanto la interdicción como la inhabilitación, cuyo procedimiento se encuentra regulado en el Código Civil, son juicios tuitivos que buscan obtener una medida de protección para aquella persona que, por algún impedimento psicofísico, no pueda cuidar de su persona y de sus bienes, privándola de su **capacidad jurídica sustituyéndola otra persona en su voluntad**, quedando la persona con incapacidad absoluta (interdicción) o relativa (inhabilitación) declarada en juicio.

En la Interdicción, la persona declarada judicialmente tiene incapacidad absoluta de hecho (Art 37 C.C.) no tiene facultad para realizar personalmente actos de disposición, ni de administración de sus bienes, la voluntad del Interdicto es sustituida por completo por la del Curador, quien obra en su nombre, la sentencia declarativa de la Interdicción, se inscribe en el Registro Público, Sección Interdicción y en el Registro Electoral.

En la Inhabilitación, la persona declarada tiene incapacidad relativa de hecho (Art. 38 C.C.), tiene facultad para realizar actos de simple administración de sus bienes y actos extra patrimoniales, requiere del Curador para la realización de actos de disposición (enajenación, hipoteca, préstamos, etc.), la sentencia declarativa se inscribe en el Registro Público, Sección Inhabilitación y en el Registro Electoral.

De esta forma, podemos observar que el Código Civil Paraguayo dispone que las personas con discapacidad carecen de capacidad de hecho, siguiendo el **modelo tuitivo o médico reparador**, dejando en manos de un curador designado en juicio, la representación y toma de decisiones, supliendo en su voluntad en todos los ámbitos de la vida, a la persona declarada **incapaz**, previa declaración judicial de inhabilitación o de interdicción.

En la actualidad existe un cambio radical de paradigma en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad, como ya se vio en el primer apartado. A partir de la vigencia de la Ley 3540/08, no es posible seguir aplicando de manera rígida y tajante las normas del Código Civil, sobre todo por ser éstas, abiertamente contrapuestas al espíritu y a la letra de la Convención, la cual fue ratificada por el Paraguay sin reservas. Sin embargo, existe en el ámbito de la administración de justicia resistencia a la aplicación *ex officio* de las normas de la Convención que forman parte del derecho positivo y tienen jerarquía superior a las disposiciones del Código Civil.

Del análisis del artículo 12 de la Convención que revoluciona el antiguo paradigma, deben considerarse los presupuestos del modelo social de la discapacidad y no los del modelo médico. Se puede reseñar que el **modelo médico o reparador de la discapacidad** (adoptado por nuestro Código Civil), concibe la discapacidad como un problema individual de la persona, que tiene limitaciones provocadas por alguna enfermedad congénita, sobreviniente o a causa

de algún accidente, y se orienta a rehabilitar a la persona para que pueda reintegrarse a la sociedad.

Es decir, con el fin de que la persona con discapacidad pueda integrarse a la sociedad, debe curarse o **normalizarse** para que pueda ejercer por sí mismos sus derechos en igualdad de condiciones, siendo etiquetada de **incapaz**, y transfiriendo el ejercicio de sus derechos a un tercero, que le sustituye en la toma de decisiones, sobreprotegiéndole y en consecuencia restringiendo y anulando su capacidad jurídica.

El **modelo social**, sin embargo, traslada el tema de la discapacidad desde el individuo a la sociedad, no siendo las circunstancias individuales de la deficiencia las que le discapacitan, sino las limitaciones de una sociedad que no toma en cuenta a las personas con discapacidad, construyendo barreras que la excluyen y, por ende, la discriminan.

Para el modelo social utilizado en la Convención, las personas con discapacidad no solo son titulares de derecho, sino también les reconoce la capacidad para ejercerlos por sí mismas, estableciendo para ello, las medidas o herramientas necesarias del modelo social: accesibilidad y ajustes razonables, que puede consistir en el apoyo de un tercero, respetando la autonomía de las personas con discapacidad.

De igual manera dicho modelo, considera que la sociedad no está compuesta por sujetos capaces e incapaces, sino por personas con capacidades diversas, que pueden o no tener dificultades al momento de tomar decisiones, por tanto, no son las personas que deben superar las deficiencias o ser normales, para merecer tener capacidad, sino que la capacidad jurídica debe adaptarse a la situación de las personas con discapacidad. La discapacidad desaparece cuando se eliminan las barreras que le impiden el ejercicio efectivo de sus derechos.

En primer lugar, la Convención considera la capacidad jurídica de las personas con discapacidad como una cuestión de derechos humanos ya que las condiciones de acceso a la capacidad jurídica inciden en el ejercicio de los mismos, por lo cual su reconocimiento es fundamental para el ejercicio y disfrute de los derechos en igualdad de condiciones.

En el artículo 12 del instrumento internacional, la cual analizaremos en profundidad, trata de **igual reconocimiento ante la ley**:

Numeral 1. “Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Contiene una reafirmación de derechos consagrados en otros instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Debe considerarse que la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento, que se encuentra consolidado también en la Convención (artículo 10²), contemplando el derecho de las personas con discapacidad a la vida en igualdad de condiciones, no pudiendo denegarse tal derecho, en razón de la discapacidad.

Numeral 2. “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”.

Este apartado puede ser considerado como el más relevante y a la vez polémico, ya que obliga a introducir modificaciones en los ordenamientos jurídicos internos. El significado de capacidad jurídica de este ítem, incluye las dos dimensiones de la capacidad jurídica, tanto la de ser titular de derechos como la de ejercer los mismos.

En cuanto a la igualdad de condiciones, que se reitera constantemente en muchos articulados de la Convención, se refiere a que se impida que la capacidad jurídica pueda ser cuestionada por razón de discapacidad, y en caso de ocurrir, equivaldría a una abierta discriminación por motivo de discapacidad,³ prohibida en el artículo 5 de la Convención.

La definición de discriminación por motivos de discapacidad

2 ARTICULO 10 CDPC. DERECHO A LA VIDA. Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

³ Artículo 2 CDPC. DEFINICIONES. “Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo (...)”

mencionada, incluye la discriminación directa e indirecta, entre las cuales se encuentra la denegación de ajustes razonables. De esta manera, todas las disposiciones de la legislación interna que consideran incapaces a las personas con discapacidad, deben ser entendidas como una discriminación directa.

Este numeral concibe el nuevo paradigma de capacidad jurídica universal, para todas las personas con discapacidad, sin exclusión por razón del grado o tipo de discapacidad. A partir del reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, se sienta una presunción *luris et de iure* con relación a ella, no pudiendo por tanto ser modificada, restringida o anulada.

En consecuencia, surge la necesidad de adoptar soluciones que cubran las lagunas existentes, mientras se cumpla con la exigencia de las reformas legislativas nacionales, en lo que se refiere al ejercicio de los derechos fundamentales en todos los aspectos de la vida, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, debiendo contemplarse los sistemas de apoyo para tal ejercicio.

Numeral 3. "Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica".

Se refiere a que las personas con discapacidad, si bien tienen la misma capacidad jurídica que los demás, pueden precisar de algunas medidas de apoyo en el ejercicio de su capacidad, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades. Estas medidas de apoyo pueden tener diversas modalidades de ejercicio, adecuados a la situación de cada persona, debido a que la capacidad jurídica es igual o universal y con ello se trataría de encontrar un equilibrio entre protección y autonomía de las personas con discapacidad, evitando la sobreprotección, que restringía arbitrariamente su autonomía.

De esta forma, se trataría de reemplazar el mecanismo de sustitución en el ejercicio de la capacidad jurídica –como ocurre en nuestra legislación interna– por el mecanismo de apoyo, en el que interviene un tercero, ayudándole a decidir a la persona por sí misma, constituyendo las medidas de apoyo el componente de asistencia en todo proceso de toma de decisiones, promoviendo de esta manera, el respeto de la autonomía y de la capacidad jurídica.

La adopción de medidas de apoyo no admite excepción a la regla, ni en los casos más severos, más bien se requerirá de medidas de colaboración más intensas, que consistirá en una acción de sustitución, debiendo admitirse y evaluarse en cada caso, aplicando siempre el paradigma de modelo de apoyo. Incluso estas situaciones extremas pueden ser reversibles, a través del fomento de comunicación y confianza.

La Convención deja abierto el tipo de medidas de apoyo para que las legislaciones de cada país adopten las más adecuadas, siempre considerando para cada caso las diferentes situaciones personales y sociales de las personas con discapacidad, así como el tipo de apoyo y el tipo de acto jurídico que requiera.

Numeral 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Conforme a lo previsto en este apartado, se puede entender que las salvaguardas se orientan sobre las medidas de apoyo, a fin de evitar abusos, e impiden que las mismas se conviertan en el mecanismo de sustitución, anulación y restricción del efectivo ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Se debe recordar que la Convención tiene por objetivo el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas, coloca en el centro la **autonomía de la persona**, sustituye el **criterio del mejor interés** orientado a la protección de la persona. En casos de apoyos intensos, que pueden llegar a consistir en decisiones sustitutivas, deben encaminarse en reconstruir la voluntad de la persona con discapacidad,

y los mecanismos de control deberían ser también, más intensos.

Numeral 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

En este numeral, la Convención pretende que las personas con discapacidad puedan tener acceso a asuntos económicos y patrimoniales, de los cuales han sido excluidos con el modelo médico reparador, y confirma la premisa de la igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida, con independencia del tipo de operación que pretenda realizar.

Con esto se revela una vez más, la necesidad de una reforma legislativa, en lo que se refiere a la descalificación de las personas con discapacidad, para realizar estas operaciones, y adoptar para ello las medidas de apoyo adecuadas para cada caso.

Asimismo, se debe considerar lo previsto en el artículo 13 de la citada Convención⁴, que contempla el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás, por lo cual se trata de un derecho instrumental para la efectiva protección de los demás derechos.

4 ARTICULO 13 CDPC. ACCESO A LA JUSTICIA. 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares. 2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

Para garantizar el acceso a la justicia, es necesario reconocer la capacidad procesal para intervenir en los procesos judiciales, establecer los ajustes razonables (procedimentales) que se requiera para la efectivización de ese derecho, operar para ello las medidas de apoyo; en consecuencia, eliminar las trabas legales que niegan a las personas con discapacidad su actuación plena en los procesos judiciales.

En el Paraguay, entre los administradores de justicia, existen aún criterios dispares en relación a la vigencia de normas sobre Interdicción o Inhabilitación establecidos en el Código Civil, debido a que consideran que las mismas siguen plenamente vigentes, sin considerar la derogación tácita de tales normas, por el nuevo paradigma del modelo social que introduce la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Nuestra legislación civil prevé, con las figuras de la Interdicción e Inhabilitación, la **incapacitación** de la persona (absoluta y relativa) para adoptar sus propias decisiones (muerte civil), es decir la discapacidad de la persona o su aptitud para tomar decisiones, se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley, siendo contrario a los principios que pregonan la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Sin embargo, la Constitución Nacional del Paraguay dispone un orden de prelación de las leyes, previstas en el artículo 137⁵ concordante con el artículo 141⁶ del mismo texto, por

5 Artículo 137 C.N. De la supremacía de la Constitución. La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, **los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados**, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley.

6 Artículo 141 C.N. DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES. Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el art. 137.

el cual se concluye que la Ley Nro. 3540/08 que aprueba la Convención internacional precitada sobre discapacidad, integra el ordenamiento positivo paraguayo, inclusive por encima de las demás leyes, aplicándose lo previsto en el art. 7⁷ del Código Civil. Además de lo antedicho, se puede señalar que no solo se trata de una ley superior en rango por jerarquía constitucional, sino que al ser considerada una ley que regula la vigencia de los derechos humanos, también se la considera de **jerarquía supranacional**, como lo dispone el art. 145⁸ de nuestra Constitución Nacional.

De esta manera, debe seguirse el silogismo lógico que nos plantea nuestro ordenamiento jurídico, partiendo de la misma Constitución Nacional paraguaya, por el cual se concluye válidamente, que la Ley N° 3540/08 modifica el Código Civil, en lo relativo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

No obstante, a la reticencia existente en la aplicación del nuevo paradigma, se puede vislumbrar un avance significativo por parte de algunos administradores de justicia, que empezaron a aplicar la Convención, al dejar de lado la solicitud del denunciante en cuanto a la declaración de interdicción o inhabilitación, y designar únicamente un Curador como medida de apoyo para la toma de decisiones del denunciado.

Es oportuno señalar que a más del control de convencionalidad *ex officio* de los administradores de justicia, los Defensores Públicos en el área Civil tienen una participación fundamental para la correcta aplicación de las normas de la Convención, y para el consecuente control de convencionalidad por parte de los jueces, ya que los primeros son parte esencial y necesaria en los juicios, en

⁷ **Artículo 7 C.C.:** Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes. Las disposiciones especiales no derogan a las generales, ni éstas a aquellas, salvo que se refieran a la misma materia para dejarla sin efecto, explícita o implícitamente. ...”

⁸ **Artículo 145. C.N. DEL ORDEN JURIDICO SUPRANACIONAL.** La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.

donde se debate la restricción o no de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

4. Situación de las personas con discapacidad psicosocial dentro del proceso penal paraguayo a la luz de la Convención, y desde la visión de la defensa pública

Como se presentó en el apartado anterior, la prelación de las leyes en nuestra Constitución Nacional hace que los tratados, acuerdos o convenios internacionales tengan primacía sobre las leyes nacionales; no obstante, considerando los años de entrada en vigor del Código Penal (1997) y el Código Procesal Penal (1998), se evidencia que en ese momento todavía no estaba en vigencia la Convención, con lo cual estas normas no receptaron el nuevo paradigma de la discapacidad en su articulado y el tratamiento normativo de los derechos de las personas con discapacidad psicosocial en ellos es negador de la capacidad jurídica.

Antes de profundizar en la cuestión es necesario exponer algunas normas de los referidos códigos que regulan la situación de las personas con discapacidad psicosocial y discapacidad intelectual, y vale aclarar que, en el ámbito de aplicación de la legislación penal vigente, la cuestión medular tiene que ver con la **determinación de la capacidad** que posee la persona imputada de conocer la antijuridicidad del hecho realizado y de determinarse conforme a ese conocimiento, a fin de ser pasible de la sanción prevista.

En el caso de las personas con discapacidad psicosocial el Código Penal en su artículo 23 dispone que las personas que al momento de la acción u omisión no fueran **capaces** de conocer la antijuridicidad del hecho o de determinarse conforme a ese conocimiento por causa de un trastorno mental (1) o de desarrollo psíquico incompleto o retardado (2) o de grave perturbación de la conciencia (3) no son reprochables. El numeral segundo del mismo artículo prevé una pena atenuada para quien por las razones señaladas en el numeral anterior (los 3 supuestos) obre con una **considerable disminución de la capacidad** de conocer la antijuridicidad del hecho o de determinarse conforme a ese conocimiento.

El artículo 73 del Código Penal prevé en relación al artículo 23, que la persona que haya realizado un hecho

antijurídico será internada en un hospital psiquiátrico según dos supuestos: (1) cuando exista riesgo, fundado en su personalidad y en las circunstancias del hecho, de que pueda realizar otros hechos antijurídicos graves y (2) cuando necesite tratamiento o cura médica en un establecimiento. En el artículo 72 del Código Penal en el catálogo de medidas, el numeral 3 refiere las medidas de mejoramiento entre las cuales se cita la internación en un hospital psiquiátrico.

Otra situación prevista en el Código Penal, en el artículo 41 es de la enfermedad mental sobreviniente, en este caso, se refiere a que durante la ejecución de una pena privativa de libertad si la persona condenada sufriese una enfermedad mental, en ese caso prevé el traslado a un establecimiento adecuado para su tratamiento. Con esto se entiende que el establecimiento penitenciario no es adecuado.

En el Código Procesal Penal Paraguayo se prevé expresamente la declaración de incapacidad en el artículo 78⁹, que se dispone en caso de trastorno mental del imputado y en la última parte explícitamente señala que los actos que el incapaz haya realizado como tal carecerán de valor. Este artículo se encuentra en conflicto con el derecho a la personalidad jurídica y la igualdad ante la ley respecto de las personas con discapacidad, como lo establece la misma Convención.

El artículo 78 del Código Procesal Penal dispone también que cuando el trastorno mental de la persona imputada excluya su capacidad de entender o de querer los actos del procedimiento, o de obrar conforme a ese conocimiento y voluntad, esto provocará la suspensión condicional del procedimiento hasta que desaparezca esa incapacidad; sin perjuicio de la aplicación del procedimiento especial.

⁹ **Artículo 78. INCAPACIDAD.** El trastorno mental del imputado, que excluya su capacidad de entender o de querer los actos del procedimiento, o de obrar conforme a ese conocimiento y voluntad, provocará la suspensión condicional del procedimiento con relación a él, hasta que desaparezca esa incapacidad; sin perjuicio de la aplicación del procedimiento especial contenido en el Título V del Libro II, de la Segunda Parte de este código. La situación descrita en el párrafo anterior, no impedirá la investigación del hecho, ni la continuación del procedimiento con respecto a otros imputados. A los efectos del procedimiento penal, esa incapacidad será declarada por el juez, previo examen pericial psiquiátrico. Los actos que el incapaz haya realizado como tal carecerán de valor.

El procedimiento especial al que se refiere el artículo 78, está regulado en los artículos 428, en cuanto a su procedencia, y 429, sobre las reglas especiales, del Código Procesal Penal. Las reglas especiales prevén que cuando la persona imputada sea **incapaz**, sus facultades serán ejercidas por su representante legal, o en su defecto por quien designe el tribunal, con quien se entenderán todas las diligencias del procedimiento, salvo los actos de carácter personal; a la persona imputada declarada **incapaz** no se le exigirá la declaración previa para presentar acusación no obstante su representante legal o el designado en su defecto podrán manifestar cuanto consideren conveniente para su defensa; el juicio no puede tramitarse juntamente con uno ordinario y debe realizarse a puertas cerradas, sin la presencia del imputado cuando sea imposible a causa de su estado o inconveniente por razones de orden, seguridad o salud, caso en el cual será representado a todos los efectos por su representante legal; la sentencia podrá absolver o aplicar una medida de seguridad; y no podrán ser aplicadas las reglas del procedimiento abreviado ni las de la suspensión condicional del procedimiento.

Este procedimiento especial puede ser rechazado, si el juez entiende que corresponde aplicar una sanción y ordenar la acusación (artículo 430 del Código Procesal Penal) o transformarse el procedimiento especial en procedimiento ordinario (artículo 431 del Código Procesal Penal) si durante el juicio el tribunal considera que corresponde aplicar una pena, se ordenará la acusación conforme al procedimiento ordinario.

El objetivo de este apartado no es realizar un análisis profundo y detallado de los artículos citados en las líneas anteriores, estos artículos son expuestos para señalar los problemas de compatibilidad normativa que son claramente visibles si estas disposiciones se leen desde la perspectiva de la Convención y lo que el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad señala en la Observación General N° 1 (CRPD, 2014).

En inúmeros casos las personas procesadas por hechos punibles por parte de la fiscalía no son tratados en consideración a su condición de salud y antes que velar por el resguardo y protección a sus derechos y garantías son privados de libertad, incluso, en hechos calificados como bagatelarios. En muchos casos las personas solo cuentan con la representación de la Defensa Pública porque se encuentran en situación de calle y sin apoyo o contacto con familiares.

La Defensa Pública en estos casos encuentra obstáculos porque en todas las ocasiones se requieren informes médicos de los forenses para respaldar alguna petición judicial y su correspondiente decisión sobre el caso por parte del juez, y nos referimos a que esta situación tiene estrecha vinculación con las limitaciones presupuestarias en cuanto se refiere a la posibilidad de ampliar el equipo técnico multidisciplinario y apoyo profesional de médicos a nivel país, en razón a que se cuenta solo con 72 psicólogas/os, 43 trabajadores sociales y 35 médicos, quienes en el año 2021 han coadyuvado para la atención de 1.028 personas con discapacidad en los diferentes fueros que son asistidas por defensoras y defensores públicos, a efectos de asistirlos y lograr la restitución de sus derechos (MDP, 2021). Se conocen algunos casos de personas representadas por la Defensa Pública, cuyos informes médicos sobre condición de discapacidad no fueron tenidos en cuenta por los jueces por lo cual no se aplicaron ajustes de procedimiento – aunque en puridad no es exigencia presentarlos para aplicar ajustes de procedimiento-.

Para el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante el Comité), de acuerdo a las precisiones que señala en la Observación General N°1 (CRPD, 2014), la capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad y este derecho tiene dos dimensiones, por un lado, la **dimensión capacidad legal** que es la de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley y por otro lado la **dimensión de la legitimación** para actuar con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley. La segunda dimensión es la que suele negarse a las personas con discapacidad cuando las leyes no les permiten ejercer sus derechos por sí mismos.

El Comité entiende que la **capacidad mental** no es un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de contextos sociales y políticos, sin embargo, se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica y cuando una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones (a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial) se le priva de su capacidad jurídica (CRPD, 2014). Estas decisiones se toman en función al diagnóstico de una deficiencia (criterio basado en la condición) o cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio

basado en los resultados) o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional).

En el caso del Estado paraguayo, a través de la legislación penal, se adopta un criterio funcional, ya que se valúa la capacidad mental de la persona y se le deniega la capacidad jurídica si la evaluación lo justifica. Por eso la realización de múltiples evaluaciones y peritajes psicológicos y psiquiátricos para determinar la inimputabilidad que no es otra cosa que la privación de la capacidad jurídica. La realización de un examen mental está regulado en el Código Procesal Penal en el artículo 79, según el cual cuando de las características del hecho pueda suponerse la existencia de un trastorno mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, la persona imputada será sometida a un examen mental.

El Comité entiende que este criterio se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Este criterio es incorrecto porque se aplica de manera discriminatoria a las personas con discapacidad y porque presupone que se puede evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana, y cuando una persona no supera la evaluación, se le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio.

El Comité se ha expedido recientemente en el caso Medina Vela vs México, mediante el Dictamen aprobado en virtud al artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto a la comunicación 32/2015, donde las cuestiones de fondo se referían al acceso a los tribunales, discapacidad intelectual y psicosocial, ejercicio de la capacidad jurídica, privación de libertad, discriminación por motivos de discapacidad, restricciones de derechos, entre otras cosas, de una persona con discapacidad psicosocial procesada por el sistema judicial de México. En este dictamen ha refirmado que:

El Comité también toma nota de las alegaciones del autor que al haber sido considerado como inimputable, no le fue reconocida su capacidad jurídica para enfrentar un proceso penal en igualdad de condiciones con los demás. Al respecto, recuerda que, a tenor de lo dispuesto en el

artículo 12, los Estados partes tienen la obligación de reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Además, tienen la obligación de proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Según, el Estado parte la determinación de sujetar al autor al procedimiento especial para inimputables fue basada en la comprensión que tenía del ilícito cometido y no significa que se decidiera sobre su capacidad jurídica. El Comité considera que al haberse declarado al autor como “no apto para declarar”, se le privó de la posibilidad de ejercer su capacidad jurídica para declararse inocente, impugnar las pruebas presentadas contra él, designar al abogado defensor de su elección e impugnar las resoluciones que le perjudicaron. El Comité considera que, si bien los Estados parte tienen cierto margen de apreciación para determinar los arreglos de procedimiento que permiten a las personas con discapacidad ejercer su capacidad jurídica, deben respetarse los derechos y las garantías procesales del interesado (CRPD, 2019).

Si se toma en cuenta el caso citado, las normas penales vigentes en el Estado paraguayo no se ajustan a lo dispuesto en el artículo 12 ya que la declaración de incapacidad prevista en el Código Procesal Penal y las reglas de procedimiento especial aplicables a personas con discapacidad psicosocial privan a estas personas de ejercer su capacidad jurídica en el proceso penal.

En el caso del Ministerio de la Defensa Pública, se ha dictado la Resolución de la Defensoría General N° 352 en fecha 21 de marzo de 2022¹⁰, la cual establece un protocolo de atención para las personas con discapacidad que acuden a todos los servicios del ministerio. En el artículo 5 de la resolución se dispone el igual reconocimiento como persona ante la ley y específicamente en el numeral 2 se dispone: “Las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” y en el numeral 3 se dispone: “Se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en

el ejercicio de su capacidad jurídica”. El referido documento contiene disposiciones que deben ser acatadas por todos los integrantes de la Defensa Pública en la atención a personas con discapacidad que acuden a la institución y está armonizado con la Convención.

Se observa que pese a las disposiciones vigentes, de igual forma se decretan medidas cautelares de carácter personal gravosas como la prisión preventiva, la que antes que garantizar la protección a su salud mental llega para agravarla en razón a que no existen las mínimas condiciones en ninguno de los centros penitenciarios para que sean asistidos por profesionales médicos y mucho menos la provisión de los medicamentos, y lo más grave es la situación de alto grado de vulnerabilidad porque se encuentran conviviendo con los demás reclusos prevenidos o condenados sin separación.

De acuerdo a información requerida a la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia¹¹, a través de una solicitud de información pública, desde la Dirección de Atención a Grupos Vulnerables, se reportó que a junio del 2022 en el sistema penitenciario se encuentran privados de libertad un total de 56 internos con diferentes grados de discapacidad, no se especifican los tipos de discapacidad; por lo que se puede afirmar que el Ministerio de Justicia no conoce la cantidad de personas privadas de libertad con discapacidad psicosocial que tiene en custodia, y del mismo informe se extrae que el plantel de profesionales médicos con que cuentan está conformado de la siguiente manera: 61 médicos, 47 Licenciados en Psicología y solamente 6 Médicos Psiquiatras, para el sistema penitenciario nacional.

A modo de contraste, según datos provistos también por el Ministerio de Justicia en marzo del año 2021, 287 personas guardaban reclusión y estaban calificadas como “enfermos mentales” según la planilla proporcionada por la citada institución. En el Informe Anual de Derechos Humanos del año 2020 de la organización Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay (CODEHUPY, 2020) se revela que solamente existen 6 psiquiatras y 108 profesionales de psicología para asistir a más de 15.000

¹⁰ La resolución se encuentra en la Página Web del Ministerio de la Defensa Pública, disponible para descargar en el siguiente enlace <http://www.mdp.gov.py/el-ministerio/marco-legal>

¹¹ Nota DGDDHH N° 194 del 31 de mayo de 2022, el Abg. Rafael Escobar Sarubbi, Director General de Derechos Humanos del Viceministerio de Justicia del Ministerio de Justicia.

personas privadas de libertad y este dato si coincide con la información proporcionada del 2020 al 2022 no ha aumentado la cantidad de médicos, pero aparentemente ha disminuido la cantidad de profesionales de psicología.

Es preocupante la falta de consistencia en los datos oficiales proporcionados por la institución encargada de administrar los establecimientos penitenciarios. La publicación “Vulnerables tras las rejas” (Galeano, 2018) que presenta los resultados de una investigación sobre personas privadas de libertad en situación especial de vulnerabilidad (indígenas, personas con VIH y con trastornos mentales) en 5 cárceles del Paraguay, afirma en sus hallazgos que autoridades y referentes institucionales del sistema penitenciario no cuentan con información, lineamientos y políticas penitenciarias referentes a personas con discapacidad psicosocial privadas de libertad. También concluye que la cantidad de psiquiatras y profesionales de psicología contratados es insuficiente para las necesidades de la población y que aquellos con los que se cuenta no están al alcance de las personas privadas de libertad.

Además de la necesidad de adecuación normativa de la legislación penal, se señala también la necesidad de contar legislación sobre salud mental que responda al modelo social de la discapacidad. De acuerdo a una investigación, publicada por la Cooperación Española con financiamiento de la Unión Europea, en el año 2017 la ex senadora Mirtha Gusinky y senadora Lilian Samaniego entregaron a la Dirección de Salud Mental del Ministerio de Salud un proyecto de ley que pretende dar respuestas en el marco de la salud mental a ciudadanos y ciudadanas, y el desarrollo de mecanismos de acceso y protección de derechos de personas con trastornos mentales para su atención, rehabilitación e integración a la sociedad (AECID, 2020).

En conclusión, además de lo que ya hemos señalado acerca de la dificultad de proveer servicios de salud a las personas con discapacidad psicosocial privadas de libertad, con esta información proporcionada se evidencia que existe un problema a un nivel más complejo, que es la dificultad del Estado paraguayo de garantizar el reconocimiento pleno de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad psicosocial. Lo que nos lleva a concluir que aún falta mucho para que nuestro país pueda afirmar el cumplimiento total de la Convención, más aun considerando que desde el

Ministerio de la Defensa Pública existen casos que se han llevado hasta organismos internacionales regionales, como la CIDH, por haberse constatado violaciones a derechos humanos que no han podido ser resueltos en instancia nacional por la resistencia de los operadores de justicia a realizar control de constitucionalidad y convencionalidad de las normas nacionales que aplican en el proceso penal.

5. Consideraciones finales

La ratificación de la Convención por el Estado paraguayo, nos obliga a la realización de ajustes razonables respecto a las normativas vigentes, de manera de hacer posible la aplicación efectiva de los principios adoptados en la Convención. A lo largo del artículo se han expuesto en detalle las normas nacionales en materia civil y penal que están en conflicto con la Convención, por lo cual si el Estado paraguayo no modifica su legislación la única vía para garantizar la capacidad jurídica es el control de convencionalidad.

Como lo señala Amaya:

Debe entenderse que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza el respeto al derecho internacional y específicamente a los derechos humanos, de ahí que la función del control de convencionalidad debe operar de manera efectiva, pasando de la mera declamación a la tutela efectiva hacia la concreción definitiva (AMAYA, 2014)”.

La Constitución Nacional del Paraguay, conforme lo expuesto en este artículo, permite sin lugar a dudas, la correcta aplicación de cualquier norma que implique un mayor reconocimiento de los derechos humanos. El control de constitucionalidad y convencionalidad nos obliga, en el sistema de administración de justicia, a invocar las normas mencionadas en este artículo, en aras del respeto de la dignidad, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones de las personas con discapacidad.

Se hace necesario aclarar que entre el periodo en que fuera sometido este artículo al Comité editorial, en ese tiempo fue sancionada la Ley No. 7018/22 sobre salud mental, con fecha de promulgación el 07 de noviembre del año 2022, la que viene a cumplir, entre otras cosas, uno de ajustes legales que estaba pendiente hacía años en el país, y, entendemos

consiste en un instrumento legal que busca precautelar los derechos humanos de las personas con discapacidad en miras a la armonización con las normas internacionales.

Esta investigación busca sensibilizar y visibilizar la situación de las personas con discapacidad psicosocial, lo que nos compele a todos los operadores de justicia a reconocer sus derechos y en especial su capacidad jurídica, trabajando desde donde nos toque porque “necesitamos un contrato social renovado para asegurar la justicia para las personas con discapacidad”, como lo dijo Víctor Pineda, persona con discapacidad y activista por los derechos de las personas con discapacidad¹².

6. Referencias

AECID (2020) Análisis de la experiencia de participación de la propuesta de Ley de Salud Mental. Resumen de informe de investigación. Editado por la Cooperación Española en Paraguay. Asunción.

Amaya, J. A. (2014). La jurisdicción constitucional: control de constitucionalidad y convencionalidad. La Ley.

Anagnostou, D., & Mungiu-Pippidi, A. (2014). Domestic implementation of human rights judgments in Europe: Legal infrastructure and government effectiveness matter. *European Journal of International Law*, 25(1), 205-227.

Asís Roig, R. D., Barranco Avilés, M. D. C., Campoy Cervera, I., Cuenca Gómez, P., Ramiro Avilés, M. Á., Ospina, M., & Benavides López, Á. (2012). Capacidad jurídica y discapacidad: Propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

Centurión, C., & Mereles, M. (2020). Una mirada al sistema de salud mental en Paraguay. *ACADEMO Revista de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades*, 7(2), 183-192.

Codehupy (2020) Yvypóra Derécho Paraguáipe – Derechos Humanos en Paraguay 2020. Asunción: Codehupy.

Código Civil de la República del Paraguay, Editorial Intercontinental. Edición 1988

Constitución Nacional de la República del Paraguay, año 1992

CRPD (2019) Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 32/2015. CRPD/C/22/D/23/2015. Versión avanzada sin Editar.

Galeano Monti, José (Coord.) (2018). Vulnerables tras las rejas. Informe sobre personas indígenas, que viven con VIH, y con discapacidad psicosocial privadas de libertad en 5 cárceles del Paraguay. Asunción: Arandurã.

Ley N° 1160 Código Penal de la República del Paraguay

Ley N° 1286 Código Procesal Penal de la República del Paraguay

Ley N° 3540/08 que aprueba la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad

Marecos, Mario; Pineda, Emilio; Insfrán, Eva. Derechos de las personas con discapacidad. La gran brecha. En Yvypóra Derécho Paraguáipe – Derechos Humanos en Paraguay (2019) (pp. 151-162) Asunción: Codehupy.

Ministerio de la Defensa Pública (2021) Informe de gestión del año 2021. Asunción. Disponible en esta dirección: <http://www.mdp.gov.py/biblioteca/publicaciones/informe-de-gestion-anual-2021/> [Accesado el 30 junio 2022]

Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas – ONU, sobre el propósito de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, disponible en la dirección: <https://acnudh.org/hoja-informativa-convencion-internacional-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad/> (Accesado el 29 junio 2022)

ONU: Comité sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CRPD), Observaciones finales sobre el informe inicial del Paraguay, aprobadas por el Comité en su noveno periodo de sesiones (15 a 19 de abril de 2013), 15 Mayo 2013, CRPD/C/PRY/CO/1, disponible en esta dirección: <https://>

¹² Sobre la historia de Víctor Pineda <https://share.america.gov/es/si-conocieras-a-un-activista-de-derechos-de-los-discapacitados-que-le-preguntarias/>

www.refworld.org/es/docid/5499370a4.html [Accesado el 30 Junio 2022]

ONU: Relatora Especial sobre Derechos de Personas con Discapacidad, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad – Misión a Paraguay (2016) disponible en esta dirección: <https://acnudh.org/informe-de-la-relatoral-especial-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-mision-a-paraguay-2016/> [Accesado el 30 Junio 2022]

Anexos

Recomendaciones del Consejo Mercado Común del Mercosur sobre Defensa Pública Oficial

Recomendações do Conselho do Mercado Comum do Mercosul sobre Defesa Pública Oficial

MERCOSUR/CMC/REC. N° 01/12

DEFENSA PÚBLICA OFICIAL AUTÓNOMA E INDEPENDIENTE COMO GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD

VISTO: El Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile, las Decisiones N° 19/02, 06/05 y 12/11 del Consejo del Mercado Común y la Resolución N° 12/04 del Grupo del Mercado Común.

CONSIDERANDO:

Que los Estados Partes del MERCOSUR entienden prioritario avanzar hacia la plena independencia y autonomía de los sistemas de Defensa Pública Oficial, con el propósito de garantizar el efectivo acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad.

EL CONSEJO DEL MERCADO COMÚN RECOMIENDA:

Art. 1 - Promover y profundizar, de conformidad a los ordenamientos jurídicos internos, el modelo de Defensa Pública Oficial gratuita e integral en los Estados Partes, en el ámbito nacional, provincial, estadual y/o departamental, según corresponda; con órganos independientes, con autonomía funcional y autarquía financiera, a los fines

de fortalecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Art. 2 - Fomentar la cooperación entre las Defensorías Públicas Oficiales a fin de promover la adopción de medidas de protección de las personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad para ejercer con plenitud los derechos reconocidos por los ordenamientos jurídicos.

Art. 3 - Profundizar el intercambio de buenas prácticas entre los Estados Partes relativas a promover y fortalecer el desarrollo institucional de la Defensa Pública Oficial gratuita e integral con independencia, autonomía funcional y autarquía financiera.

Art. 4 - Promover la capacitación sobre el derecho internacional de los derechos humanos, destinada a sensibilizar a los operadores judiciales en la efectiva protección de los derechos fundamentales de las personas en condiciones de vulnerabilidad.

XLIII CMC - Mendoza, 29/VI/12.

MERCOSUL/CMC/REC. N° 01/12

**DEFESA PÚBLICA OFICIAL AUTÔNOMA E INDEPENDENTE
COMO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS
EM CONDIÇÕES DE VULNERABILIDADE**

TENDO EM VISTA: O Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto, o Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no MERCOSUL, Bolívia e Chile, as Decisões N° 19/02, 06/05 e 12/11 do Conselho do Mercado Comum e a Resolução N° 12/04 do Grupo Mercado Comum.

CONSIDERANDO:

Que os Estados Partes do MERCOSUL entendem prioritário avançar para a plena independência e autonomia dos sistemas de Defesa Pública Oficial, com o propósito de garantir o efetivo acesso à justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade.

O CONSELHO DO MERCADO COMUM

RECOMENDA:

Art. 1° - Promover e aprofundar, em conformidade com os ordenamentos jurídicos internos, o modelo de Defesa Pública Oficial gratuita e integral nos Estados Partes, no âmbito nacional, provincial, estadual e/ou departamental, conforme couber; com órgãos independentes, com autonomia funcional e autarquia financeira, para os fins de fortalecer o acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade.

Art. 2° - Fomentar a cooperação entre as Defensorias Públicas Oficiais a fim de promover a adoção de medidas de proteção das pessoas que, por razão de sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, se encontram em uma situação especial de vulnerabilidade para exercer com plenitude os direitos reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos.

Art. 3° - Aprofundar o intercâmbio de boas práticas entre os Estados Partes relativas a promover e fortalecer o desenvolvimento institucional da Defesa Pública Oficial gratuita e integral com independência, autonomia funcional e autarquia financeira.

Art. 4° - Promover a capacitação sobre o direito internacional dos direitos humanos, destinada a sensibilizar os operadores

judiciais na efetiva proteção dos direitos fundamentais das pessoas em condições de vulnerabilidade.

XLIII CMC - Mendoza, 28/VI/12.

MERCOSUR/CMC/REC. N° 03/17

**DEFENSA PÚBLICA OFICIAL Y SU FORTALECIMIENTO
COMO GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS
PERSONAS EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD**

VISTO: El Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, las Decisiones N° 19/02 y 06/05 del Consejo del Mercado Común, la Resolución N° 12/04 del Grupo del Mercado Común.

CONSIDERANDO:

Que resulta importante avanzar en las condiciones de los sistemas de defensa pública oficial con el propósito de garantizar el efectivo acceso a la justicia en condición de vulnerabilidad.

Que las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” (aprobada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de Brasilia, 2008) promueven la implementación de políticas públicas destinadas a garantizar la asistencia técnico-jurídica de las personas sin discriminación alguna.

Que los Estados Partes alientan la utilización de mecanismos de cooperación internacional entre las instituciones de defensa pública que faciliten la realización de trámites y diligencias necesarias para la articulación de una defensa técnica eficaz, tales como el “Mecanismo directo de colaboración y asistencia recíproca entre las defensorías públicas oficiales de los Estados Partes”, aprobado en el ámbito de la Reunión Especializada de Defensores Públicos Oficiales del MERCOSUR (REDPO).

EL CONSEJO DEL MERCADO COMÚN

RECOMIENDA:

Art. 1 - Instar a los Estados Partes y a las instituciones de defensa pública oficial a procurar el absoluto respeto a las garantías de los defensores públicos en el ejercicio de sus funciones y las equiparaciones con los demás operadores jurídicos en todos los aspectos que hacen al desempeño y ejercicio de sus cargos, a los efectos de asegurar la igualdad de armas como condición esencial para garantizar el cumplimiento de los principios mencionados.

Art. 2 - Profundizar el intercambio entre los Estados Partes

sobre las buenas prácticas relativas a la promoción y fortalecimiento del desarrollo institucional de la defensa pública oficial gratuita e integral.

Art. 3 - Apoyar la realización de programas de capacitación de defensores públicos oficiales en materia de derecho internacional de los derechos humanos.

L CMC – Mendoza, 20/VII/17.

MERCOSUL/CMC/REC. N° 03/17

**DEFENSORIA PÚBLICA OFICIAL E SEU FORTALECIMENTO
COMO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS
EM CONDIÇÕES DE VULNERABILIDADE**

TENDO EM VISTA: O Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto, as Decisões N° 19/02 e 06/05 do Conselho do Mercado Comum e a Resolução N° 12/04 do Grupo Mercado Comum.

CONSIDERANDO:

Que é importante avançar nas condições dos sistemas de defensoria pública oficial com o propósito de garantir o efetivo acesso à justiça em condição de vulnerabilidade.

Que as “Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade” (aprovada na XIV Cúpula Judicial Ibero-Americana de Brasília, 2008) promovem a implementação de políticas públicas destinadas a garantir a assistência técnico-jurídica às pessoas sem qualquer discriminação.

Que os Estados Partes incentivam a utilização de mecanismos de cooperação internacional entre as instituições de Defensoria Pública que facilitem a realização de trâmites e diligências necessárias para a articulação de uma defesa técnica eficaz, tais como o “Mecanismo Direto de Colaboração e Assistência Recíproca entre as Defensorias Públicas Oficiais dos Estados Partes”, aprovado no âmbito da Reunião Especializada de Defensores Públicos Oficiais do MERCOSUL (REDPO).

O CONSELHO DO MERCADO COMUM

RECOMENDA:

Art. 1° - Instar os Estados Partes e as Instituições de Defensoria Pública Oficial a procurarem o absoluto respeito às garantias dos Defensores Públicos no exercício de suas funções e as equiparações com os demais operadores do Direito, em todos os aspectos relacionados ao desempenho e ao exercício de seus cargos, a fim de assegurar a igualdade de armas como condição essencial para garantir o cumprimento dos princípios mencionados.

Art. 2° - Aprofundar o intercâmbio entre os Estados Partes sobre as boas práticas relativas à promoção e

ao fortalecimento do desenvolvimento institucional da Defensoria Pública Oficial gratuita e integral.

Art. 3° - Apoiar a realização de programas de capacitação de Defensores Públicos Oficiais em matéria de direito internacional dos direitos humanos.

LCMC - Mendoza, 20/VII/17.

MERCOSUR/CMC/REC. N° 05/21

**AUTONOMÍA DE LA DEFENSA PÚBLICA OFICIAL
COMO GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS
PERSONAS EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD**

VISTO: El Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, la Decisión N° 19/02 del Consejo del Mercado Común y la Resolución N° 12/04 del Grupo Mercado Común.

CONSIDERANDO:

Que los Estados Partes del MERCOSUR entienden prioritario avanzar hacia la plena independencia funcional y autonomía de los sistemas de Defensa Pública Oficial, de conformidad con los ordenamientos jurídicos nacionales, con el propósito de garantizar el efectivo acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad.

Que las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” (2008) promueven la implementación de políticas públicas destinadas a garantizar la asistencia técnico-jurídica de las personas sin discriminación alguna.

Que los Estados Partes alientan la utilización de mecanismos de cooperación internacional entre las instituciones de defensa pública que faciliten la realización de los trámites y diligencias necesarios para la articulación de una defensa técnica eficaz, tales como el “Mecanismo directo de colaboración y asistencia recíproca entre las defensorías públicas oficiales de los Estados Partes”, aprobado en el ámbito de la Reunión Especializada de Defensores Públicos Oficiales del MERCOSUR (REDPO).

EL CONSEJO DEL MERCADO COMÚN

RECOMIENDA:

Art. 1 - Promover y profundizar, de conformidad con los ordenamientos jurídicos internos y con el principio de separación de poderes, el modelo de Defensa Pública Oficial gratuita e integral en los Estados Partes, en el ámbito nacional, provincial, estadual y/o departamental, según corresponda; contando, en la medida de lo posible, con órganos que tengan autonomía, independencia funcional y autarquía financiera.

Art. 2 - Fortalecer el acceso a la justicia que, en tanto derecho humano fundamental, es el medio que permite

restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o vulnerados.

Art. 3 - Fomentar la cooperación entre las Defensorías Públicas Oficiales y profundizar el intercambio de buenas prácticas entre los Estados Partes, a fin de fortalecer el desarrollo institucional de la Defensa Pública Oficial y de promover, en consecuencia, la adopción de medidas de protección de las personas en situación de vulnerabilidad.

CMC (Dec. CMC N° 20/02, Art. 6) - Montevideo, 13/XII/21.

MERCOSUL/CMC/REC. N° 05/21

**AUTONOMIA DA DEFESA PÚBLICA OFICIAL
COMO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS
EM CONDIÇÕES DE VULNERABILIDADE**

TENDO EM VISTA: O Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto, a Decisão N° 19/02 do Conselho do Mercado Comum e a Resolução N° 12/04 do Grupo Mercado Comum.

CONSIDERANDO:

Que os Estados Partes do MERCOSUL entendem como prioritário avançar em direção à plena independência funcional e autonomia dos sistemas de Defesa Pública Oficial, de conformidade com os ordenamentos jurídicos dos Estados Partes, com o propósito de garantir o efetivo acesso à justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade.

Que as “Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade” (2008) promovem a implementação de políticas públicas destinadas a garantir a assistência técnico-jurídica às pessoas sem qualquer discriminação.

Que os Estados Partes incentivam a utilização de mecanismos de cooperação internacional entre as instituições de Defensoria Pública que facilitem a realização de trâmites e diligências necessárias para a articulação de uma defesa técnica eficaz, tais como o “Mecanismo Direto de Colaboração e Assistência Recíproca entre Defensorias Públicas Oficiais dos Estados Partes”, aprovado no âmbito da Reunião Especializada de Defensores Públicos Oficiais do MERCOSUL (REDPO).

O CONSELHO DO MERCADO COMUM

RECOMENDA:

Art. 1° - Promover e aprofundar, em conformidade com os ordenamentos jurídicos internos e com o princípio da separação de poderes, o modelo de Defesa Pública Oficial gratuita e integral nos Estados Partes, no âmbito nacional, provincial, estadual e/ou departamental, conforme o caso; contando, na medida do possível, com órgãos que tenham autonomia, independência funcional e autarquia financeira.

Art. 2° - Fortalecer o acesso à justiça, que, como direito humano fundamental, é o meio que permite restabelecer o exercício daqueles direitos que não tenham sido reconhecidos ou que tenham sido vulnerabilizados.

Art. 3° - Fomentar a cooperação entre as Defensorias Públicas Oficiais e aprofundar o intercâmbio de boas práticas entre os Estados Partes, a fim de fortalecer o desenvolvimento institucional da Defesa Pública Oficial e de promover, por conseguinte, a adoção de medidas de proteção às pessoas em situação de vulnerabilidade.

CMC (Dec. CMC N° 20/02, Art. 6°) - Montevideu, 13/XII/21.



REDPO

Reunión Especializada
de Defensores
Públicos Oficiales



Ministerio Público
de la Defensa
República Argentina