

LA SALUD MENTAL (EN LA ARGENTINA): DOS PARADIGMAS EN PUGNA*

GUIDO LEONARDO CROXATTO**

Resumen: En el presente trabajo se analiza una relectura crítica de la institución de la “discapacidad” en el Derecho Civil argentino a la luz de los nuevos paradigmas en materia de salud mental que tienden a restablecer a los sujetos (mal llamados “discapacitados o incapaces”) en su dignidad y su autonomía, entendiendo que la discapacidad más que una enfermedad o limitación de la persona, (como a menudo se la ha visto) es una barrera que traza la misma sociedad que luego, a través del derecho, discapacita (declara discapacitada) a la persona. Se sostendrá que la discapacidad encarna una contradicción del derecho. En este marco, se analiza una propuesta de cambio a partir de un nuevo modelo social (en reemplazo del modelo tutelar del Código Civil argentino, que ha demostrado que la “tutela” es un modelo vertical que tiende a silenciar y aislar a quienes más necesitan ser escuchados) que pone en el centro el pleno respeto de la dignidad y de la autonomía de las personas usuarias de servicios de salud mental. Se analiza el rol del curador provisorio en los juicios de insania, planteando el interrogante de si debe actuar como un abogado de la persona (Kraut) o como un auxiliar del juez (Llambías), acentuando en esos casos el carácter vertical (tutelar) de estos procesos (que asimilan el proceso jurídico a una parte del tratamiento médico) y en consecuencia, el aislamiento y el silenciamiento de la persona que más necesita ser escuchada durante el proceso judicial: el presunto “incapaz”. La conclusión es que el Derecho Civil debe abandonar la figura de la discapacidad porque discapacitando no ha “protegido” ni “recuperado” a los “incapaces”, sino que los ha aislado, silenciado, matado y anulando como personas (muchas veces, al solo efecto de resguardar un patrimonio). Para el derecho ya no puede haber discapacitados ni incapaces. Solo personas. Se demostrará que la discapacidad es una institución incompatible con un enfoque de derechos humanos.

*El presente trabajo obtuvo el primer lugar en el IX Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” sobre Derecho Civil.

**Abogado (UBA), Ayudante de segunda en Teoría General del Derecho y Teoría del Estado (Facultad de Derecho - UBA), Doctorando en Derecho (UBA) y Asesor de la Secretaría de Derechos Humanos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación).

Quiero dedicarle este ensayo a mi prima Julieta D’Elia, que falleció después de vivir muchos años con patologías que no le impidieron ser una artista encomiable, y vivir una vida plena (no la vida de un “incapaz”, sino la vida de una “persona”) con el apoyo y el afecto de la familia y de su psiquiatra, el Dr. Federico Pavlovsky. La lucha de Julieta era la lucha por la integración y por la dignidad de los que se resisten a ser vistos como “incapaces” por el derecho.

Palabras clave: discapacidad – derechos humanos – salud mental – modelo social – dignidad – autonomía.

Abstract: In this paper, a critical analysis of the “disability” concept in the Argentine civil law is made in light of new paradigms within the mental health context which tend to re-establish these individuals’ (wrongly called the “handicapped” or “disabled”) dignity and autonomy, it being understood that the disability is more than an illness or limitation of the individual (as usually considered); it is a barrier outlined by society itself which then, through the law, disables the individual (declares them disabled). It will be held that the disability embodies a legal contradiction. Within this context, a proposal for change is analysed from a new social model (replacing the protective model of the Argentine Civil Code, which has shown that “protection” is a vertical model which tends to silence and isolate those who most need to be heard) focused on the full respect for the dignity and autonomy of the individuals resorting to mental health services. The role of the temporary guardian in mental disability proceedings is analysed, posing the question of whether they should act as the lawyer of such individuals (Kraut) or as an assistant to the judge (Llambías), emphasizing in said cases the vertical (protective) nature of these procedures (which put the legal proceedings on an equal footing with part of the medical treatment) and, as a result, the isolation and muting of the individual who most needs to be heard during the legal proceedings: the alleged “disabled”. The conclusion is that the civil law must abandon the disability concept because by making individuals disabled it has not “protected” or “recovered” the “disabled”, it has rather isolated, silenced, killed and annulled them as individuals (many times, only to protect property). For the law there can no longer be disabled or handicapped people. Only people. It will be demonstrated that the disability concept is incompatible with a human rights-based approach.

Key words: disability – human rights – mental health – social model – dignity – autonomy.

INTRODUCCIÓN

El objetivo prioritario de este trabajo es ver cómo impacta en el Código Civil argentino el cambio gradual de paradigma en materia de salud mental. Trataremos de ver en primer lugar qué es lo que implica (y por qué decimos que hay) un cambio de paradigma.¹ Todo esto lo analizaremos a partir de dos ideas centrales de la

1. La Argentina ratificó en 2008 la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI.

filosofía (del derecho y la ética) y que son la piedra de toque esencial del nuevo paradigma social de la discapacidad: la dignidad de la persona, y, sobretodo, su autonomía. Para esto no nos involucraremos en cualquier derecho en abstracto, sino en un derecho muy concreto: el derecho de defensa. Es decir, el acceso a la justicia de ese colectivo tan frágil y vulnerable (se debe hablar de personas usuarias de servicios de salud mental, y no, como suele hacerse, de “presuntos insanos”) que requiere, según Kraut, de un *plus* de protección jurídica.

El objetivo central de este trabajo es, pues, analizar el derecho de defensa de las personas usuarias de los servicios de salud mental. Pero no en abstracto, sino a partir de un punto concreto (que divide en dos a la doctrina): el rol del curador provisorio –o curador *ad litem*– durante el proceso de insania. Es decir, si debe tener como único mandato a seguir (o no, como creerán Cifuentes, Arianna y Colombo, entre otros) los intereses del presunto insano. Eso nos llevará a analizar este tipo de procesos (que se caracterizan por ser tutelares) y el rol que el curador provisorio desempeña –o debiera desempeñar– en los mismos. ¿Debe ser, como pretende Lambías, o Tobías, un (mero) *auxiliar* del juez (reforzando la verticalidad del proceso) o por el contrario debe ser, como pretende Orgaz, un abogado genuino de la persona?² O más aún, y esta es la pregunta de fondo o esencial a la que nuestro trabajo intentará responder, si el curador provisorio es independiente de la voluntad de su curado (como quiere Tobías)³ y puede desoírlo, y puede actuar y muchas veces actúa de hecho en contra de sus propias demandas o intereses, (Tobías nunca lo definiría así, de fondo hay también una disputa terminológica) ¿Quién defiende, en este caso, a la persona? Esta es la pregunta que trataremos de responder en este trabajo.

2. Afirma Orgaz que “El curador provisional no puede actuar como juez sino como un contradictor del pedido de declaración de demencia, aunque un contradictor, desde luego inteligente y discreto”. ORGAZ Alfredo, *Derecho Civil Argentino Personas Individuales*, Córdoba, Azzandri, 1961, p. 320. También SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Depalma, 1947, p. 447. Spota, analizando los deberes del curador provisorio, afirma: ¡Que se inspire, pues, en una *defensa positiva, activa*, no excesivamente neutral, ni meramente formal! Solo así el fallo judicial tendrá las mayores probabilidades de acierto” (p. 447).

3. José W. Tobías, en *La inhabilitación en el derecho civil*, sostiene que “Interesa destacar los deberes que competen a este funcionario en el proceso (curador *ad litem*): a) su actuación es independiente de la del presunto insano, quien también es parte del proceso, b) su actuación no es en realidad complementaria de la de su curado sino autónoma de ella, en el sentido de que actúa conforme a su propio criterio, pudiendo incluso adoptar posiciones contradictorias con las del denunciado y, aun adherir a la pretensión del denunciante” que pide la incapacidad. TOBIAS, José W., *La inhabilitación en el derecho civil*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 175.

La idea implícita, bajo el paradigma tutelar, es que la persona sometida al proceso, como veremos, no necesita defensa o no necesita una defensa *strictu sensu*,⁴ porque el proceso se le sigue (o se nos hace creer que se le sigue) en su favor, no en su contra. Esta es la base que altera el nuevo paradigma social. La visión misma que existe de la incapacidad civil.

UN POCO DE HISTORIA

El Código Civil argentino fue sancionado por la Ley 340 en el siglo XIX, en 1869. A la distancia (un siglo y medio y sin poner en cuestión muchos de sus méritos reconocidos) notamos que en un montón de ámbitos sus disposiciones (y en especial la filosofía social, legal y política que hay detrás de ellas) ha quedado desactualizada. En ninguna materia esto es tan evidente u ostensible como en el área de la salud mental.⁵ El paradigma del que parte nuestro código (sistema tutelar) parte de –y se sostiene sobre– anquilosadas concepciones filosóficas y conceptos jurídicos que el Derecho y la Filosofía (y sobre todo la práctica humanista)⁶ han superado.⁷

Las personas con discapacidad mental conforman, como suele decirse, un colectivo social (no homogéneo; la diversidad del colectivo es reconocida en la Convención) en particular situación de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono, como puede leerse en el informe de derechos humanos del CELS 2009, “un grupo de riesgo con debilidad jurídica estructural”, lo que conlleva la necesidad de una protección especial de parte del derecho y del sistema judicial argentino. Esto nos lleva a replantear las bases mismas en que ese derecho es pensado en la actualidad, bajo el anquilosado paradigma tutelar y asistencialista, que ve a la persona desde arriba, como un objeto –pasivo, a ser tutelado– más que como un sujeto pleno de derecho o una persona con una voz propia.

El derecho de defensa no es cualquier derecho, sobretodo para este grupo tan vulnerado y silenciado de personas. Es el derecho esencial, del cual llegan a

4. “Si como señalábamos, la representación legal del curador es sustitutiva de la voluntad del representado y por tanto no actúa según instrucciones de este, y paralelamente el denunciado es parte del proceso, no puede concebirse que se trate de una representación *stricto sensu*”. ARIANNA, Carlos, “El curador provisorio”, en *Revista Derecho de Familia*, N° 31, 2005, pp. 3 y ss.

5. Cuando veamos los casos de esterilización forzada de mujeres (declaradas) insanas veremos que la filosofía que dicta o está detrás de esas medidas es el modelo eugenésico, del fascismo europeo, que impregnó, entre otras figuras, la del aborto.

6. El art. 14 de la nueva Ley Nacional de Salud Mental considera la internación un recurso de carácter restrictivo, de última instancia, que solo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos comprobables.

7. Véase el modelo de la *Betreuung*, (como sistema de tutela) en el Derecho Civil alemán.

dependen todos los demás, incluso el derecho a la vida.⁸ Y esto porque, como señala el informe del CELS, esas personas deben ejercer ese mismo derecho esencial, muchas veces, contra las mismas personas que, en teoría, las “están defendiendo”. Ya aquí hay un giro. Esta lectura implica ya un cambio de paradigma. Haber dado ya un paso. Como veremos, el cambio de paradigma se ve, sobretudo, en el derecho de defensa. Esto es lo que implica superar la visión tutelar del proceso. “Las personas usuarias de los servicios de salud mental han sido invisibles y marginadas de la garantía de ejercicio de sus derechos fundamentales en muchas sociedades, incluida la nuestra”,⁹ afirma el CELS. Esto se debe a que la diferencia que supone la discapacidad mental (discapacidad que ahora se reconoce que obedece a causas preponderantemente sociales, es decir, barreras que muchas veces la misma sociedad impone a un determinado grupo de sus miembros) ha sido percibida como motivo de segregación y estigmatización del diferente. La discapacidad mental, que es, muchas veces, una construcción social, sirve de base, pues, para la discriminación de las personas. Este es el presupuesto teórico del que parte el nuevo paradigma.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, decía, en un caso (por demás elocuente) de 1992, “Para el incapaz lo más importante no es el dictado de la sentencia de incapacidad (esto muestra ya lo poco importante que resulta en ese esquema el derecho de defensa, ya que la sentencia, en última instancia, “no es importante”, la idea implícita, como dije antes, es que con esa sentencia se protege a la persona y que por ende, no necesita protección), sino la posterior actividad de control sobre su persona”.¹⁰

El cambio de paradigma implica ver el proceso de una manera totalmente distinta. Para empezar, el nuevo modelo social sí entiende que la sentencia es importante. ¿Cómo una sentencia que incapacita a una persona no va a ser importante? Es algo decisivo, que marca a fuego su vida, sus relaciones sociales, su trabajo, su autonomía, sus actos, su medicación, y así lo entiende el modelo social de la discapacidad. Este modelo, justamente, es más cuidadoso, y además cambia el eje: la incapacidad (civil y el tratamiento médico) agravan muchas veces los padecimientos

8. En la Argentina del siglo XXI se siguen practicando esterilizaciones forzadas a mujeres declaradas insanas, (salud mental y cuestiones de género se cruzan) sin contar con su consentimiento informado, se siguen usando terapias de electroshock cuestionadas por la OMS, etc. En este contexto crítico el derecho de defensa adquiere una relevancia esencial ya que en muchas oportunidades será ese derecho la última puerta previa al abuso. Véase *Vidas arrasadas, la segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos*. (CELS y MDRI), Buenos Aires, Siglo XXI, 2007.

9. CELS, *op. cit.* cap. IX. 2007.

10. “Para el incapaz lo más importante no es el dictado de la sentencia de incapacidad, sino la posterior actividad de control sobre su persona y la de su curador, que debe realizar el juez, con la concurrencia del Ministerio de Incapaces...” (Dictamen del Asesor de Menores de Cámara) Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil, sala A. Fecha: 7/10/1992, La Ley 1993, DJ 1993-1, 647. Partes C. J. F.

de las personas, en lugar de coadyuvar a la recuperación pronta de ellas, vulneran aun más sus derechos. Por eso el nuevo modelo social de la discapacidad tiende a anular la incapacitación/segregación, se orienta hacia un nuevo esquema llamado “de toma de decisiones con apoyo”.

El primer paso –receptado en la nueva Ley de Salud Mental– es que las personas no deben ser aisladas de su círculo social originario. No puede, como primera política, aislar a la persona que más necesita ser integrada. Era contradictorio y encerraba que muchas veces las propias familias y sociedades querían internar a las personas simplemente para deshacerse de ellas. Para alejarlas. Para encerrarlas no por su bien, sino por la paz de la sociedad civil. Es por eso que el nuevo paradigma social insiste en la responsabilidad comunitaria frente a las personas con padecimientos mentales. Deben profundizarse, pues, las relaciones y los vínculos (de integración social), no cortarlos de cuajo para internar a una persona en un manicomio.

El mejoramiento de los canales de acceso al sistema de justicia (no de cualquier forma, sino en forma libre e igualitaria)¹¹ y derecho a la defensa de las personas usuarias de los servicios de salud mental, aunado al fortalecimiento de la capacidad de estas mismas personas (autónomas) para petitionar por sus derechos (en forma autónoma) constituyen dos aspectos esenciales en el camino de la integración social plena.

La Convención garantiza el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en su artículo 10, pero no se satisface este requisito esencial de cualquier manera, con medidas paternas o asistenciales, como contiene el código (en la figura del curador provisorio) sino con un acceso a la justicia libre y pleno y en las mismas condiciones que los demás miembros de la sociedad. Esto implica no discriminar ni estigmatizar al otro. Esto implica alterar la forma en que los operadores, abogados, médicos, jueces, perciben los fines mismos del proceso.

EL PRIMER PASO: CAMBIAR EL LENGUAJE

El primer aspecto del cambio de paradigma en material de salud mental empieza en el nivel más básico y elemental de todos los que rigen y determinan la vida social: **el lenguaje**. En efecto, con el nuevo modelo social, cambian, también, o sobretodo, las palabras. No es un cambio menor. Ya no hablamos o no deberíamos hablar de incapaces,¹² de locos, enfermos mentales, anormales, alineados, peligrosos,

11. Véase arts. 5, y 10 de la Convención sobre los derechos de personas con discapacidad.

12. El Código Civil argentino debería reemplazar las interdicciones para ser consistente con la Convención ratificada por la Argentina.

disminuidos, inhabilitados, insanos, dementes, sino de personas, personas usuarias de servicios de salud mental, pero ante todo eso: personas. Simples personas. (Y ni siquiera, como hace la convención, de personas “*con discapacidad*”, sino simplemente de personas).¹³ Esa es la primera barrera a superar: las barreras simbólicas que impone el lenguaje. Este es el primer paso en el cambio de paradigma. Cambiar las palabras con que nominamos (y a veces despreciamos o estigmatizamos) la realidad, cambiar las palabras o términos que se usan comúnmente para denotar a quienes padecen afecciones o cuadros mentales y que proceden, o entrañan, muchas veces, un costado despectivo, de disminución y desprecio; muchas veces las palabras producen dolor e invisibilización en quienes las escuchan, la persona a quien se le dice “loco” o “enfermo” o “incapaz” o “insano” o “demente” no es “igual” (ni se ve a sí misma como igual) que las otras (que sí son vistas como) “personas” sanas. Esto provoca una merma en la propia autoestima y el valor personal. Pero a su vez dificulta la toma de conciencia que prescribe el artículo octavo. Este primer paso (dejar de usar palabras con cargas sociales negativas, deshumanizantes, que marginan) conduce a evitar en primer término la estigmatización y la discriminación. Reconocer al otro como un igual.¹⁴ Reconocer al otro como una persona.¹⁵ Personas usuarias de servicios de salud mental, pero ante todo, como dijimos, personas.¹⁶ Simples personas.

Esto tiene un impacto, a su vez, en el Derecho. En el respeto a sus derechos. No se respetan igual los derechos de las personas que los derechos de quienes han sido, por diversas razones (la historia es abundante en ejemplos, como muestra Martha Nussbaum) deshumanizados. Despersonalizados. Cosificados. Este cambio de lenguaje es, pues, decisivo (humaniza al enfermo, lo restablece en su dignidad y en sus derechos) y es el primer paso que da el modelo social, que deja de concebir al presunto insano como un incapaz. Esto, tiene un impacto también en los operadores jurídicos que empiezan a respetar más a los pacientes. Ya no son locos abandonados, resabios de la sociedad que el derecho abandona. (El CELS habla de “vidas arrasadas”). Son personas. Nunca se insistirá lo suficiente sobre este punto. Justamente, el grado de abandono y tortura que padecen los enfermos mentales, es porque, al decir de M. Nussbaum, han padecido, previamente, una tarea de deshumanización. Son vistos como “locos” privados de razón, enfermos inútiles, (a veces disidentes)

13. Creemos que en este punto sensible la convención se equivoca.

14. NUSSBAUM, M., *El ocultamiento de lo humano*, Buenos Aires, Katz, 2006, cap. 2.

15. Demente viene del latín (*demens, -entis*), y significa “falto de juicio”.

16. Kant se refiere (en la *Metafísica de las Costumbres*) a la dignidad del ser humano.

seres descartables que no le sirven a la sociedad: incapaces. Pero incapaces de qué, ¿por qué? es la primera pregunta que debemos hacernos. ¿Qué es la incapacidad?¹⁷

Para el nuevo paradigma la discapacidad es una barrera social, una barrera o construcción social y cultural que no puede venir a reforzar el derecho. El derecho, como afirmaba Ihering, sería la lucha por las condiciones de la vida ética de los demás. (La lucha contra quienes las avasallan) no por el encierro, la manicomialización, y el olvido del otro.

El paradigma social ve que mucho de lo que se hacía en nombre del enfermo, se hacía, en realidad, para aislarlo de la sociedad y liberarla de las responsabilidades humanas que a esta le cabe en la integración social plena de todos sus miembros, no solo de algunos, incluso de aquellos que son, en principio (y debido a la falta de comprensión) sujetos incómodos.

Personas. Los “enfermos mentales”, los “locos” son personas. Esto, que parece una corroboración simple, evidente, no lo es tanto. Y no lo es porque el loco encarna (o encarnaba, en la modernidad) todo aquello que amenaza, como dice Martha Nussbaum, “lo humano”. Si lo humano se definía a partir de la razón, el loco era el que estaba privado, justamente, de ella. Era, pues, un enfermo. Pero su enfermedad no era cualquier enfermedad, sino, como dicen sociólogos como Foucault, su enfermedad era la peor de todas las enfermedades, porque era una que lo limitaba en un sentido muy sensible: como persona.

La diferencia entre los hombres y los animales, entre los niños y los hombres “maduros”, era, justamente, la razón. Privado de razón el hombre no es hombre, es más un “niño”, que necesita ser cuidado como tal, una bestia, un animal. Esta cosmovisión estaba implícita (y en algunas épocas, explícita) en los hospitales psiquiátricos y explica, también, en cierto modo, ya, la forma en que este colectivo de “locos” era tratado: como ganado. Eran abandonados en hospitales, drogados, torturados, castrados, mutilados. Eran tratados como animales, porque eran vistos como tales. No era auténticas personas, o seres humanos porque estaban privados de aquello que más valoraba la ilustración y la modernidad: la razón. (Recordemos la laudable intervención de la Iglesia cuando el nazismo asesinaba dementes).

17. La no aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones.

EL DEBATE. EL ROL DEL CURADOR PROVISORIO DURANTE EL PROCESO DE
INSANIA ¿(MERO) AUXILIAR DEL JUEZ O ABOGADO DE LA PERSONA? EL DEBATE
LLAMBÍAS-ORGAZ¹⁸

El objetivo central de este capítulo (y en cierta medida, de este trabajo) es analizar el derecho de defensa de las personas usuarias de los servicios de salud mental. Pero no en abstracto, sino a partir de un punto concreto (que divide en dos a la doctrina): el rol del curador provisorio –o curador *ad litem*– durante el proceso de insania. Es decir, si debe tener como único mandato a seguir (o no, como creerán Cifuentes, Arianna y Colombo, entre otros) los intereses del presunto insano.

El punto es cómo se definen esos intereses. A partir de los mismos, cómo se piensa el proceso, y en función de lo cual se define, a su vez, la defensa. ¿De qué se estaría defendiendo el presunto insano? Esa sería la primera pregunta que aparece bajo el modelo tutelar. En el proceso tutelar del código, el proceso está hecho en principio para resguardarlo. No para perjudicarlo o castigarlo. Esta discusión, como dijimos, engloba dos paradigmas bien demarcados, uno, que impregna nuestro Código Civil, que es el modelo tutelar. El otro, que surge de la Convención ratificada por la Argentina¹⁹ en el 2008, y que dio sus primeros pasos con la flamante (y primera) Ley Nacional de Salud Mental, sancionada el año pasado (2010). Vayamos, entonces, a la discusión de este apartado. ¿Cuál es el rol del curador provisorio en estos procesos en que se debaten cuestiones de salud mental? ¿Es un mero auxiliar del juez o es, como quiere Spota, un abogado de la persona? Todo depende de cómo se interpreten las palabras del art. 147 del Código Civil, sobretudo las dos palabras “*representación y defensa*”. Nosotros creemos que hay dos grandes grupos, (en medio de los cuales se manejan, en mayor o menor medida, todos los demás). Los que entienden que el curador provisorio es un mero auxiliar del juez (posición mayoritaria, clásica, que viene a consolidar la verticalidad del proceso y el rol marginal de aquel cuya misma capacidad se discute, que adquiere, así, desde el comienzo, un rol pasivo), y la postura, minoritaria, de autores críticos como Orgaz o Spota, que ven al curador provisorio como un genuino defensor de la persona (que requiere, al decir de Kraut, un “plus” de protección jurídica) y que debe actuar, a contramano de lo que plantea Tobías: (para Orgaz) el curador es el defensor del insano y debe ejercer lo que Spota denomina “una defensa positiva, activa, no excesivamente neutral ni meramente formal”. Sin embargo, esto último es en general lo que pasa: la defensa es meramente formal, nominal, más que neutral, *paternalista*.

18. Cifuentes opone la postura de Llambías a la postura de Orgaz, entendemos que es la mejor manera de plantear el debate.

19. Llorens, L. Incidencia en materia de capacidad de la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Sup. Act. 08/08/2008, 1.

Priman las convicciones personales del curador o del juez, y no las de la persona. Como explicamos al final, creemos que el nuevo modelo social, que se desprende de la convención ratificada recientemente por la Argentina, se sitúa del lado de esta última posición, que ve al curador como un abogado genuino. Y no como un mero auxiliar del juez que va a dirimir el proceso.

De un lado tenemos, pues, a quienes, como Cifuentes, afirman que “el término “defensa” que contiene el art. 147, que es el *quid* de la cuestión, tiene un mayor alcance que el que le atribuye Orgaz. Su función –prosigue Cifuentes– no es solamente oponerse a la procedencia de la denuncia o instar la producción de pruebas solo conducentes a la demostración de las aptitudes del denunciado (como pretendería Orgaz), sino defender a la persona de este, profundizando la investigación con miras a la determinación de la verdad objetiva, cualquiera sea la consecuencia para la capacidad del denunciado; porque en definitiva, la mejor defensa de su persona puede consistir en la interdicción como medida tuitiva”.²⁰ De este modo, Cifuentes hace ver cuales son sus postulados: el proceso que incapacita es un bien para el presunto insano, y en ese esquema, la defensa, ¿Qué valor estricto puede tener? Un valor meramente formal. Nominal. El modelo tutelar parte, así, de que la incapacitación es –o puede ser– buena. Un bien para la persona incapacitada.

“A diferencia del abogado –prosigue Cifuentes– que actúa conforme a las instrucciones recibidas, el curador es un funcionario *independiente de la voluntad del denunciado* y que actúa *conforme a su propio criterio*. (la bastardilla es nuestra). Dentro de sus funciones, cabe distinguir la necesaria vigilancia del debido proceso exigiendo y activando la producción de la totalidad de las pruebas para el esclarecimiento de la real situación del denunciado, y el estudio crítico del resultado de esas pruebas que en definitiva lo llevará a petitionar lo que mejor corresponda”.²¹ Pero ¿en función de qué criterio? Uno, sin dudas, personal y paternal.²²

“Por nuestra parte, afirma Carlos Arianna, coincidimos con ese perfil de actuación (que menciona Cifuentes) [*curador como auxiliar de la justicia*]. Y en esa inteligencia no es concebible que desde la propia ley se provea una asistencia al incapaz cuya defensa pueda llevarlo a la desprotección de la persona. (Bajo el nuevo paradigma la defensa nunca puede llevar a la desprotección, al contrario, la incapacitación y la internación son las que, muchas veces, aunadas a la posterior indiferencia judicial, desprotegen, estigmatizan y marginan).

Si como señalábamos [supra], “la representación legal del curador es sustitutiva de la voluntad del representado y por tanto no actúa según instrucciones de este,

20. CIFUENTES, Santos y RIVAS Molina y otros, *Juicio de Insania, Dementes, Sordomudos e Inhabilitados*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, p. 347.

21. CIFUENTES, Santos, y otros *op. cit.*, p. 347.

22. CELS, *Informe Derechos Humanos en Argentina 2009*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.

y paralelamente el denunciado es parte del proceso, no puede concebirse que se trate de una representación *stricto sensu*”.²³ ¿Pero entonces, de qué representación se trata? De una representación meramente nominal o formal? ¿Qué tipo de defensa es esa?

Carlos Colombo, por su parte, sostiene que “La función del curador *ad litem* consiste en defender y representar al presunto insano en el pleito (art. 147 CC.) a que ha dado lugar la denuncia de insania y en ningún otro, sin perjuicio del derecho de aquel de hacerse patrocinar por sus propios letrados. No obstante –entiende Carlos Colombo– el curador *ad litem* sí puede adherirse a la declaración de incapacidad. Ello así, pues, estando la interdicción destinada a la protección del insano, su defensa debe proyectarse mas allá de una estrategia encaminada a resistir al declaración de demencia, para adoptar una actitud objetiva (nosotros diríamos, con el CELS, “paternal”) que contribuya a averiguar y determinar con certeza el estado de salud mental del denunciado y su incidencia en la vida de relación.²⁴ También Serrantes Peña entiende que “La actuación (del curador) debe ser totalmente objetiva, es decir, no tiene necesariamente que oponerse a que se declare incapaz a su pupilo, dado que se supone, en principio, que la declaración de incapacidad constituye una forma elemental de defensa...”.²⁵ Para el nuevo modelo la defensa es contra la incapacidad. Para el viejo modelo tutelar, la defensa es en (o más aún, gracias a) la sentencia que declara la incapacidad (Luego debiéramos analizar esto por sus resultados).

José W. Tobías, por su parte, en *La inhabilitación en el derecho civil*, y en la misma línea (tutelar) que todos estos autores, sostiene que “Interesa destacar los deberes que competen a este funcionario en el proceso (curador *ad litem*): a) su actuación es independiente de la del presunto insano, quien también es parte del proceso, b) su actuación no es en realidad complementaria de la de su curado sino autónoma de ella, en el sentido de que actúa conforme a su propio criterio, pudiendo incluso adoptar posiciones contradictorias con las del denunciado y, aun adherir a la pretensión del denunciante...”. Más adelante Tobías sostiene que “c) de ello puede deducirse la verdadera naturaleza de sus funciones: el curador provisorio es un funcionario judicial (auxiliar externo del juez), el deber que le cabe es de resguardar los interés del presunto insano, se cumplirá adecuadamente velando porque se respeten rigurosamente las condiciones de la ley en cuanto el procedimiento y la declaración judicial, ofreciendo todas las pruebas necesarias y controlando las ajenas para la averiguación del efectivo estado mental de aquel y su incidencia en la aptitud negocial. Le compete, en suma, adoptar las medidas procesales necesarias

23. ARIANNA, C., “El curador provisorio”, en *Revista Derecho de Familia*, N° 31, 2005, p. 3.

24. COLOMBO, Carlos, *CPCCN*, Buenos Aires, LL 2ª Edición 2006, t. 6, p. 114.

25. SERRANTES Peña, O y PALMA, Jorge F., *Código procesal civil y comercial de la nación*, t. III, Buenos Aires, 1984, Depalma, p. 51.

para profundizar la investigación (...), cualquiera sea la consecuencia final del proceso; en muchos casos, el interés del presunto insano solo quedara resguardado con la declaración de interdicción”.²⁶

Del otro lado, tenemos, sin embargo, a autores críticos como Alberto Spota, quien sostiene que la misión del curador *ad litem* consiste sobre todo en esa defensa. “Con verdadero acierto un autor nacional ha demostrado cuan errónea es la actitud que a veces se observa con el desempeño de tan delicada misión, creyéndose que esta ha de tener como única característica la imparcialidad. **No: el curador *ad litem* es defensor del denunciado.** Y es cierto que no debe sostener lo contrario la evidencia misma, tampoco debe pretender limitar la función del juez, la cual, por su esencia significa imparcialidad. Ha de adoptar, pues, toda la prueba que conduzca **a demostrar que no existe la enfermedad o debilidad mental alegada**, y aún, en el caso de mediar tal anomalía no se dé el requisito objetivo, económico-social, que emana del art. 468, es decir, que no se está ante un supuesto de falta de aptitud para administrar los bienes, tener una conducta social y gobernarse a sí mismo y en su caso gobernar a la familia. ¡Que se inspire, pues, en una **defensa positiva, activa**, no excesivamente neutral, ni meramente formal! Solo así el fallo judicial tendrá las mayores probabilidades de acierto”.²⁷ Como veremos más adelante, esta postura de Spota, compartida por Orgaz, y también por los magistrados de nuestra Corte, es la postura más consistente con el nuevo paradigma o modelo social de la discapacidad.

Alfredo Orgaz, por su parte, sostiene que “Con respecto al curador *ad litem* y al ministerio de menores no existe duda alguna: el primero **es el defensor oficial del denunciado** (...) Ambos son, por tanto, partes esenciales en el procedimiento, de manera que este es nulo si se ha realizado sin dársele intervención”.²⁸ Esta intervención no debe ser un mero acto de cortesía. Como sostienen algunos autores, sino la piedra de toque de la defensa. Lo que está en juego, en definitiva, es el acceso a la justicia de un colectivo que todos los autores y magistrados coinciden en distinguir como un colectivo en vulnerable. No es dable desaprovechar, pues, las oportunidades de que estas personas se expresen.

La función del curador de acuerdo con el precepto citado es la de representar y defender en el juicio al presunto demente: debe por tanto **extremar su celo en defensa de su representado** exigiendo que se cumplan las condiciones de la ley en cuanto al procedimiento y a la declaración y ofreciendo las pruebas necesarias que demuestren, en su caso, que la enfermedad de su defendido no le impide dirigirse a sí mismo y manejar sus asuntos (...). Su papel de defensor no le permite en tales términos ser imparcial. (Es por eso que debe defender, más que juzgar). El curador

26. TOBIAS J. W., *La inhabilitación en el derecho civil*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 175.

27. SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1947, p. 447.

28. ORGAZ, A., *Derecho Civil Argentino Personas Individuales*, Azzandri, 1961, p. 316.

provisional **no puede actuar como juez sino como un contradictor** del pedido de declaración de demencia, aunque un contradictor, desde luego inteligente y discreto. Citando a Calamdrei: El abogado que pretendiese ejercitar su ministerio con imparcialidad no solo constituiría una sola repetición del juez sino que sería el peor enemigo de este; porque no llenando su cometido, que es oponer a la parcialidad del contradictor, la reacción equilibrante de una parcialidad en sentido inverso favorecería, creyendo ayudar a la justicia, el triunfo de la injusticia contraria.²⁹

Alejandro Molina, por su parte, sostiene que “En este caso, el curador, que debe ser siempre un abogado y cuyo nombramiento se efectúa como consecuencia de la valoración que hace el juez sobre la seriedad de la denuncia para disponer la apertura del proceso, cumplirá la función de defensa de la capacidad del denunciado, sin perjuicio de su eventual representación, si la situación lo requiriese.

Lo específico de la función del curador provisional es la tutela en juicio del enfermo denunciado, su defensa, no su representación, (dice Alejandro Molina) porque al no mediar aún decisión sobre la capacidad, su intervención no excluye la del presunto insano, al extremo de que es admisible la actuación procesal de ambos desde posiciones jurídicas diferentes.³⁰ Hernan Rocca, en la misma línea que Molina, sostiene que “Su misión es defenderlo [la del curador *ad litem* respecto del presunto insano], es decir, **defender su persona, su libertad y su capacidad**; para ello debe cuidar que no permanezca recluido o internado si no es estrictamente indispensable para su seguridad o la de terceros (art. 482, C. Civil), y que se respeten las normas procesales de los códigos de fondo y forma”.³¹

También Salvat, en su *Tratado de Derecho Civil* sostiene o se pregunta: El denunciado como demente ¿puede intervenir personalmente en el juicio, no obstante la designación del curador provisional?³² (y recordemos que esta es una de las grandes cuestiones que el nuevo paradigma o modelo social le genera al modelo tutelar del código, lo cual muestra, una vez más, lo adelantado que estaba Salvat en este punto), “Después de algunas vacilaciones la jurisprudencia ha concluido por consagrar de un modo estable **el derecho del presunto insano para intervenir personalmente en la tramitación del juicio**, a mérito de los siguientes motivos: 1º la incapacidad del demente solo existe desde la declaración judicial de demencia (art. 140); hasta entonces es reputado plenamente capaz conservando el libre ejercicio de sus derechos; por tanto, hasta entonces el presunto insano tiene el derecho de intervenir en todos los juicios concernientes a su persona o bienes, con mayor razón en el de insania, en el cual se discute su capacidad; 2º el principio de la inviolabilidad de

29. ORGAZ, A., *op. cit.*, p. 320.

30. MOLINA, Alejandro, *Organización de la curatela pública*, Lexis Nexis, 2005, p. 117.

31. ROCCA, Hernán Enrique, *La curatela en el código civil*, ED 195-980.

32. Lino Palacio se hace la misma pregunta.

la defensa en juicio consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional; (después de todo, como dice expresamente el mismo Raymundo Salvat, en su tratado de Derecho Civil argentino, “la intervención del demandado como demente puede ser necesaria para suplir omisiones del curador; negársela importaría restringirla en la defensa de su capacidad personal, (es notable que en este punto Salvat se adelante setenta años al debate que hoy estamos dando) y, por consiguiente, la violación del artículo 18 de la Constitución Nacional”; además, como señala Salvat, 3º la intervención personal del denunciado como demente, por último, lejos de perjudicar la tramitación del juicio, vendría a proporcionar nuevos elementos de juicio, útiles para la apreciación de su estado mental. Esto es exactamente lo que sostiene la Convención ratificada por la Argentina. “En primera y segunda edición de esta obra, habíamos adherido a la doctrina sostenida en esta disidencias y fallos, negándole al presunto insano el derecho de intervenir en el juicio durante su tramitación; pero un nuevo y detenido examen de la cuestión, nos induce a cambiar de opinión y adherir a la doctrina consagrada por la jurisprudencia y la mayoría de los autores nacionales, no solo por las razones en las cuales ha sido apoyada, sino además teniendo en cuenta motivos de intereses práctico del presunto insano, el desempeño de nuestra función de Camarista nos ha puesto de manifiesto en toda su intensidad; la negligencia del curador provisional, en efecto, puede causar al presunto insano perjuicio gravísimos, tanto en el orden de su persona, como en cuanto a sus bienes y estos perjuicios difícilmente podrán encontrar su reparación en una acción de indemnización; la intervención oportuna del presunto insano, puede, en cambio, evitar la consumación de ellos.³³ Como se ve, Salvat “invierte a tiempo” su postura. Llambías, por su parte, resalta que el fundamento de la interdicción radica en la necesidad de “proteger al sujeto inepto”. “Son dos, en verdad, los intereses que el ordenamiento persigue en el instituto de interdicción por insania (...) el del presunto incapaz a un sistema de protección que supere su *imposibilidad de participar* (para la convención esto es un falso supuesto) en la vida de relación y complementariamente, aquel otro del ordenamiento a que esa protección se realice para asegurar una efectiva igualdad de las personas en el ejercicio de la vida relacional”.³⁴

Como parte del análisis del acceso a la justicia, ocupémonos brevemente del derecho a recurrir las decisiones judiciales. Spota sostiene que en su carácter de representante y defensor, o sea, en su condición de parte legítima del juicio, el curador *ad litem* interviene en todos los actos procesales de este y con los deberes inherentes a las partes del juicio pudiendo – mejor dicho, debiendo, en caso sentencia adversa a la capacidad de su defendido– recurrir de la sentencia que declare la interdicción,

33. SALVAT Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino: Parte General*, Buenos Aires, Librería y casa editora de Jesús Menéndez, 1940, pp. 388-389.

34. LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, 1991, t. I, p. 490.

así como con respecto a cualquier otra providencia que pueda perjudicar los derechos del denunciado.³⁵

En cuanto al derecho a tener audiencias personales con el juez³⁶ Bibiloni sostuvo: “El presunto insano, si se presentase, será oído en su defensa. El juez, antes de resolver, lo interrogará personalmente y si fuese necesario se constituirá en su alojamiento”. Con todo ello quería el autor del anteproyecto evitar un sistema que diera la exclusividad de la defensa al curador *ad litem*, negándole al denunciado la calidad de parte.³⁷

EL ACCESO A LA JUSTICIA

El art. 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se ocupa del tema que venimos analizando: el acceso a la justicia. El mismo establece que “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”. El derecho a la defensa, como se ve, no es o no debe ser, pues, meramente nominal (Como pretenderían, sin embargo, autores tan dispares como Colombo, Llambías, o Ariana, cuando sostienen que “el curador *ad litem* sí puede adherirse a la declaración de incapacidad”, diga lo que diga al respecto el mismo denunciado. En el fondo, la idea implícita en este caso, que se usa o se ha usado como pretexto para vulnerar de defensa, es que la sentencia y el proceso lo benefician,³⁸ no lo perjudican. Esto es lo que cambia el nuevo paradigma. Tobías va más allá y llega a decir, en *La inhabilitación en el derecho civil*, que respecto del curador *ad litem* puede decirse no solo que su “actuación es independiente de las del denunciado”, sino que “su actuación no es en realidad complementaria de la de su curado sino autónoma de ella, en el sentido de que actúa conforme a su propio criterio, pudiendo incluso adoptar posiciones contradictorias con las del denunciado y, aún adherir a la pretensión

35. SPOTA, Alberto G., *op. cit.*, p. 449, 450.

36. KRAUT, Alfredo, en *LL 2006-B*, p. 778.

37. SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Depalma, 1947, p. 440.

38. SERRANTES Peña, O. y PALMA, J. *Código procesal civil y comercial de la Nación*, Buenos Aires, Depalma, 1984, t. III, p. 51. Allí los autores sostienen de modo claro el modelo tutelar diciendo que el curador “no tiene necesariamente que oponerse a que se declare incapaz a su pupilo, dado que se supone, en principio, que la declaración de incapacidad constituye una forma elemental de defensa”.

del denunciando”).³⁹ Esto es lo que implica, en la nueva concepción (o paradigma social), una clara vulneración del derecho de defensa (aquí hay un cambio semántico y también conceptual, porque ya no hablamos de “protección”) de la persona sometida a un proceso por cuestiones de salud mental. La persona así “sentenciada” e “incapacitada” no está defendida. Al contrario.

El art. 13 de la Convención (cuyo primer inciso acabamos de reproducir) garantiza no solo el acceso a la justicia (que algunos autores dirían que se respeta en el marco –atenuado o formal– del modelo tutelar), sino, a su vez, **la igualdad ante la ley**. Es decir, que ese derecho debe respetarse y poder ejercerse no de cualquier manera, sino en los mismos términos simétricos, con los mismos alcances y en las mismas condiciones simétricas que en otros procesos (por ejemplo, penales). Esto implica cambiar de lleno la visión que existe del proceso, (la forma en que los operadores lo ven, se liga, por supuesto, a la forma en que lo practican) implica cambiar o empezar a abandonar el modelo tutelar, tan arraigado en la cultura de los operadores, ya que allí, como vimos, la defensa no parece esencial o importante, porque la visión paternal –que ve al presunto insano como un objeto y no como un sujeto– descartaba que se estén afectando derechos esenciales de la persona sometida al proceso. (Por eso se dice que la sentencia no es lo más importante, sino lo que sigue después, porque la sentencia “protege” a la persona). Por eso se ve al curador como un “auxiliar” del juez: esto evidencia la verticalidad del proceso bajo el modelo tutelar, la falta de defensa genuina (o igualitaria) del presunto insano. El proceso parece más un trámite de rutina, (esto explica el bajo grado de defensa) previo a la medicalización de la persona. Una vez más, el modelo tutelar estaba inspirado en una filosofía positivista, cuyo modelo de conocimiento, de comienzos del siglo XIX, que marcó a autores tan disímiles como Ramos Mejía o José Ingenieros,⁴⁰ era el paradigma médico. Esto es lo que debe reemplazar, en última instancia, el derecho. El acceso a la justicia depende, pues, de repensar el derecho y su relación con la medicina. En ningún área esto es tan evidente o urgente como en el área sensible de la salud mental, tema o área que cruza al código civil, pero también, por supuesto, a la criminología, etc. El nuevo modelo social muestra que sí pueden, pues, estar afectándose derechos esenciales (la vulneración más grave e invisible es la que se produce, confusamente, muchas veces, en nombre de la protección o de la defensa de esos derechos) y que por ende es de la máxima importancia potenciar y reconocer, en este contexto, la posibilidad de ejercer esa defensa autónoma, las vías para que la persona pueda ejercer ese derecho: el derecho de defensa en juicio. Habilitar las “vías” implica que muchas veces la persona con padecimientos mentales puede requerir la asistencia de profesionales capacitados y preparados que la ayuden a

39. TOBIAS J. W., *La inhabilitación en el derecho civil*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 175.

40. Director Instituto Criminológico. Su tesis doctoral estudió la simulación de la locura.

hacer valer su voz. Profesionales para que le ayuden a expresarse y hacerse valer por sí misma, o la interpreten lo más fielmente posible. Esto demanda recursos y tiempo. De este modo se fomenta su participación activa y no pasiva desde el primer momento. Como reza el segundo inciso del art. 13 de la Convención (ratificada por el país): “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”. Es elocuente que el artículo haya enfatizado la redacción mediante el epíteto “efectivo”, como contestando desde el comienzo a los que dirán que existe, a pesar de todo, también bajo el modelo tutelar “un acceso a la justicia”.⁴¹ Este acceso, como vimos, es demasiado formal. La persona no tiene acceso a una defensa técnica idónea, personal, que tome en cuenta sus intereses personales, privados, humanos. Muchas veces incluso, como sostiene Tobías, actúa (y se la conmina a actuar) en forma independiente y contraria de aquellos. Por eso, porque bajo el modelo tutelar, asistencialista, el acceso a la justicia es solo formal, (y muchas veces contradictorio, falso,⁴² vago, ya que el curador sigue sus propios criterios personales⁴³ o los del juez y no los del presunto insano) porque la defensa, muchas veces, es más nominal que efectiva, es que los redactores de la convención (conscientes de las enormes dificultades y obstáculos e impedimentos que enfrentan las personas –los presuntos insanos– en estos procesos, o después de los mismos, cuando están encerrados, internados y medicados, muchas veces en contra de su voluntad) enfatizaron que lo que se busca con esta convención (y a lo que se comprometen los países que la firman) no es a garantizar cualquier acceso –formal– a la justicia, sino un acceso real, y “efectivo”. Y para que sea efectivo es indispensable que se respeten todos los derechos de la personas, no solo algunos, sino todos: es indispensable que se respeten los derechos al debido proceso, a defenderse, a ser oída, a defenderse en modo autónomo, a la bilateralidad, (cambiar la naturaleza misma del proceso tutelar, no contradictorio, etc.) a tener asistencia técnica gratuita desde el primer momento, a pedir audiencias con el juez (y que esas audiencias se concedan), al plazo razonable, a ser notificada, etc.

Esto configura un panorama alentador, pero aun alejado del sistema de salud argentino, que sigue tratando a los insanos como objetos.

41. El art. 13 de la Convención, sobre acceso a la justicia de las personas con discapacidad (dentro de las cuales nosotros ubicamos a las personas con discapacidades mentales), debe ser leído o interpretado en conjunción con otro artículo de la convención, que lo enriquece: el Artículo 5, sobre “Igualdad y no discriminación” (la discriminación también puede darse, como vimos, en el acceso a la justicia).

42. pensemos en los casos en que la persona está incomunicada.

43. TOBIÁS, J. *op. cit.*

El sistema tutelar sigue siendo, pues, discriminatorio (Digamos de pasada que la nueva convención nos obliga, también, como vimos, a cambiar o a repensar nuestro propio lenguaje. Para la nueva convención se debe hablar –en todo momento– de personas. No enfermos, incapaces, “locos”, insanos o dementes, sino personas, simples personas). Es importante que usemos cuidadosamente el lenguaje, las palabras, porque ya la estigmatización y la desvalorización es el primer paso en el olvido del otro. La discriminación empieza en el lenguaje, incluso, como dice Levi, en la broma. Si los demás lo callan, desvalorizan, el *insano* se termina callando solo. Esto es un círculo vicioso sobretodo en los casos de personas con padecimientos mentales, que luchan por ser integradas. Es un círculo que el derecho, precisamente, debe romper. Es importante que las personas con padecimientos mentales sean vistas por los demás y se vean a sí mismas como sujetos plenos de derecho. Es el primer paso en el respeto de su dignidad e inclusión social plena. El cambio –y cuidado– de lenguaje es responsabilidad esencial del Estado (El art. 8 habla de medidas de “concientización”, el cambio de lenguaje es, sin dudas, una de ellas, tal vez la más fundamental de todas, la primera que debiera tomarse).

CONCLUSIÓN

El debate, como vimos, es este: cuál es el alcance o cómo debe interpretarse el rol del curador provisorio en los procesos de insania. ¿Es una verdadera defensa? ¿Qué implica una verdadera defensa? ¿Cuál es la diferencia entre representar, y asistir? ¿Qué es defender? ¿Representar es defender? Como venimos diciendo, plantear la necesidad de una defensa técnica similar a la que tiene un imputado penal, implica alterar, primero, la visión que tenemos del proceso de insania. Esto implica ya un primer paso. Un primer distanciamiento del paradigma tutelar que rige el código y que no le asignaba, como vimos, una trascendencia esencial a la sentencia de incapacitación, (mucho menos a la defensa) pensando que la misma era un favor a la persona incapacitada. El modelo social altera de lleno esta cosmovisión asistencialista. La incapacitación no es un favor.

Como se ve, la defensa empieza a ser importante una vez que se abandonan las ingenuas (y fallidas) pretensiones del paradigma tutelar. No antes. Porque antes no se entiende por qué o qué dimensión o sentido (o importancia) debería tener esa defensa. La defensa empieza a ser relevante o esencial (o estricta) fuera del paradigma tutelar, no, como vimos, dentro del mismo. Dentro del mismo (que rige, huelga decirlo, nuestro código) no se concibe a la defensa como un derecho “*strictu sensu*” (la defensa más bien parecía un contrasentido, ya que el proceso se le sigue “en su favor”); el derecho, más bien, es la sentencia, la incapacitación, la tutela, la internación, y el “tratamiento”. Se tiene derecho a ser tutelado y a que se le designe un curador (el derecho es, a lo sumo, a una representación formal... como quiere

Tobías). No a que se lo defienda del proceso o en el proceso en que se discute su capacidad. Por eso decimos que el derecho de defensa, plantear la importancia de ese derecho de defensa, implica haber dado ya, un primer gran paso: el paso que cuestiona los fines y procedimientos y dogmas mismos del paradigma tutelar.

En el cap. 9, apartado 3 del informe (de derechos humanos) del CELS 2009, “Las personas con discapacidad mental en el sistema judicial argentino. 3.1. *El sostén del paradigma tutelar: un siglo y medio sin cambios en las reglas del código civil*”.⁴⁴ Los autores sostienen que el paradigma aun vigente en la Argentina, como vimos, es el sistema tutelar y de protección de los llamados incapaces. En función de esto es entendible, para los autores, que las instituciones estatales actúen partiendo del supuesto de que la persona sometida a un proceso judicial por cuestiones de salud mental en realidad está siendo resguardada de los peligros de la vida en sociedad, y por ende, (como se la presume insana su voz ya, durante el proceso, no se escucha) no tiene por qué preocuparse por el trámite del juicio, ya que está motivado por el puro afán de protegerla. Esto, como vimos, no es así. Muchas veces detrás de estas medidas, se esconde la desprotección. El olvido. Detrás de estas declaraciones de afán puro de protección, hay miles de disputas negativas de competencia en los juzgados civiles, internos olvidados, que pasan sus días en soledad, sin la asistencia jurídica ni la mínima intermediación prometida. Esto es aún más complejo si se parte de que la persona “es peligrosa” para sí. Porque así no se escucha, justamente, a la persona que más necesita ser escuchada. Es un círculo vicioso que produce mayor olvido, dolor y abandono. Por eso es tan importante rever la forma en que se entiende el derecho de defensa de las personas usuarias de servicios de salud mental. Porque muchas veces son solo ellas las que pueden decir (o hacer visible) lo que sucede, sufren o necesitan.

El sistema tradicional de abordaje judicial, de los problemas de salud mental, como plantea el informe del CELS, se basa en la idea de que el presunto enfermo mental necesita la protección estatal, para evitarle así los males mayores que puede traer aparejado su interrelación con el mundo. El nuevo paradigma o enfoque social invierte esta situación, parte de una lógica totalmente distinta: (algunos la llaman la lógica del riesgo) los males están cuando se priva a la persona de su interrelación con el mundo, no cuando se promueve su integración social plena. Los males comienzan o se profundizan cuando se aísla a la persona de la sociedad. No antes. La exclusión es una falsa solución terapéutica. Un mal camino. En este caso, el remedio es peor que la enfermedad (o esconde, como diría Michel Foucault, otro objetivo no enunciado).⁴⁵

44. pp. 366 y ss.

45. FOUCAULT, M., *Defender a la sociedad*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008.

Lo que se quiere decir es que, bajo el viejo paradigma, lo que eran una serie de protecciones, hoy se terminan revelando como una serie de abusos: procesos extensos, flexibilización de la defensa, falta de verdadera defensa (en nombre de la protección), exclusión, y en última instancia, abandono. La norma pilar de este paradigma (que las convenciones actuales tienden a impugnar y a superar, de a pasos, con marchas y contramarchas) es el Código Civil, que defiende a las personas declaradas incapaces como menores de edad. Por eso sustituye su voluntad por el criterio del curador y aplica para el manejo de sus bienes y de su persona, reglas de tutela propias del viejo sistema asistencial que consideraba a los niños como objeto de protección y no como sujetos plenos de derecho. Así, el tutor (o curador definitivo del incapaz) termina siendo el representante “en todos los actos de la vida civil” del afectado y además “gestiona y administra solo”, “sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad”. Esto está en la línea de Tobías, Arianna, Lambías o Colombo, que ven al curador (provisorio) como un mero auxiliar del juez (que –al decir de Colombo– sí puede adherirse a la declaración de incapacidad),⁴⁶ ya que su actuación (como quiere Tobías) “es independiente de la del presunto insano, (...) pudiendo incluso adoptar posiciones contradictorias con las del denunciado y, aun adherir a la pretensión del denunciante”; dado que se supone, (al decir de otros autores, Jorge Palma y Oscar Serrantes Peña) “*en principio, que la declaración de incapacidad constituye una forma elemental de defensa...*”.⁴⁷ El nuevo paradigma social vendría a plantear, entonces, la defensa de la defensa (que constituye, para estos autores, la incapacidad). Nosotros partimos de la capacidad, y no de la incapacidad.

Lo primero que vemos es que hay una relación asimétrica entre el insano y su curador. Muchas veces el insano quiere discutir la sentencia que lo incapacita y el curador no se lo permite, porque no apela (La elevación en recurso no es una apelación) Esto deja al insano en un estado de total indefensión en el proceso jurídico. La defensa adquiere, como vimos, un valor doble: primero porque permite que la persona se exprese en el proceso, y segundo, porque estos procesos terminan en incapacitaciones que la misma convención (como afirma el CELS) altera, modifica, estaría erradicando.

Mientras las mismas se mantengan es aún más importante la defensa. La defensa es, pues, doblemente importante o necesaria. La defensa en juicio plena sería, pues, el primer paso del paradigma social dentro del modelo tutelar de nuestro código. Sería alcanzar, de algún modo, un equilibrio. Y para esto hace falta, solamente, como vimos, una interpretación más amplia y más inteligente de estas dos palabras del art. 147 de nuestro código: “representación” y “defensa”. Renovar su sentido. Repensar su significado.

46. COLOMBO, C., *op. cit.* p. 55.

47. SERRANTES PEÑA, Oscar Enrique y PALMA, Jorge, *op. cit.*, p. 51.

En un país donde se siguen practicando esterilizadas forzadas, o terapias de electroshock, no nos parece mal recuperar vivamente un concepto central para el derecho, (y de la filosofía del derecho), un concepto que viene de Kant: el de **dig-nidad de la persona**, que nos impide tratar a los otros no como fines, sino como medios.⁴⁸

Empezar a ver a la persona sometida a un proceso de incapacidad (insania o inhabilitación) como un fin en sí mismo, implica revalorizar, como dijimos antes, su voz, es decir, las cosas que esta persona tiene para decirnos. Esto implica revalorizar (ampliar y atender) su defensa. Nosotros pensamos, sin embargo, que bajo el paradigma tutelar estas personas han sido vistas (y en buena medida aún hoy siguen siendo vistas) como medios. El desafío del nuevo paradigma –y de la doctrina civil– (es decir, el desafío del derecho) es que la sociedad (argentina) aprenda a verlas como fines. Y no como medios.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIANNA, Carlos, “El curador provisorio”, en *Revista Derecho de Familia*, N° 31, 2005.
- CELS, *Informe Derechos Humanos en Argentina 2009*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.
- CIFUENTES, Santos y RIVAS Molina y otros, *Juicio de Insania, Dementes, Sordomudos e Inhabilitados*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997.
- COLOMBO, Carlos, *CPCCN*, Buenos Aires, LL 2ª Edición 2006.
- FOUCAULT, Michael, *Defender a la sociedad*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Emilio Perrot, 1991.
- MOLINA, Alejandro, *Organización de la curatela pública*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- NUSSBAUM, M., *El ocultamiento de lo humano*, Buenos Aires, Katz, 2006.
- ORGAZ, Alfredo, *Derecho Civil Argentino Personas Individuales*, Córdoba, Azzandri, 1961.

48. Martha Nussbaum dirá, de una sociedad que los descarta en función de su improductividad.

- ROCCA, Hernán Enrique, *La curatela en el código civil*, ED 195-980.
- SALVAT Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino: Parte General*, Buenos Aires, Librería y casa editora de Jesús Menéndez, 1940.
- SERRANTES Peña, O. y PALMA, Jorge F., *Código procesal civil y comercial de la nación*, t. III, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Depalma, 1947.
- TOBIAS, José W., *La inhabilitación en el derecho civil*, Buenos Aires, Astrea, 1992.