

¿Por qué hay que evitar poner de ahora en más en toda norma la expresión “o su representante legal” para el caso de las personas declaradas incapaces judicialmente?

Por Iñaki Regueiro De Giacomi - REDI

Según nuestra Constitución Nacional, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) es superior en jerarquía normativa a toda ley, incluyendo el Código Civil.

El artículo 12 de dicho instrumento internacional de derechos humanos dispone lo siguiente:

“Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 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. 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. 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.”

Reconocer la personalidad y capacidad jurídica de una persona consiste en garantizar su capacidad “de hecho y de derecho” (en los términos del Código Civil que no compartimos, ya que es inconsistente desde un punto de vista lógico decir que alguien es titular de un derecho pero que no lo pueda ejercer). Si el Estado Argentino hubiera considerado conveniente darle otro alcance a dicha cláusula podría haberlo hecho mediante una reserva o declaración interpretativa en sentido contrario, como hicieron algunos países¹.

En un documento reciente, el intérprete autorizado (conforme lo estableció nuestra Corte Suprema en los precedentes "Giroldi" (1995) y "Bramajo" (1996)) de la CDPD, el **Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la O.N.U.**, le ha pedido al Estado Argentino en el marco del análisis del informe de cumplimiento de la CDPD en nuestro país lo siguiente:

“Tengan a bien detallar qué medidas adoptó el Estado Argentino para adecuar la legislación interna en materia de capacidad jurídica a la Convención y cuál ha sido la participación de la sociedad civil en este proceso (particularmente los Títulos I, X y XIII del Código Civil y todas aquellas normas en las que se establecen restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica bajo el régimen tutelar). Sírvanse detallar cómo es la práctica judicial actual, indicando las acciones en las que prevalece la tutela y curatela o aquellas en las que se aplica la toma de decisiones asistida.

¹ De todos modos, la validez de estas reservas es cuestionada por ser incompatibles con el objeto y el fin del tratado (art. 19.c de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados).

9. Sírvanse explicar cómo el proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial tiene previsto garantizar la capacidad jurídica e igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad, más concretamente personas con discapacidad intelectual o psicosocial y sordociegas. Tengan a bien explicar qué medidas se han adoptado o se tiene previsto adoptar para sustituir el concepto de “adopción de decisiones sustitutiva” (tutela o curatela) por el de “adopción de decisiones asistida en el ejercicio de la capacidad jurídica”, de conformidad con el artículo 12 de la Convención, en dicho proyecto de ley.”²

Ya ha concluido el Comité que los regímenes de sustitución de la voluntad como el que dispone nuestro Código Civil son contrarios a la Convención³.

El Observatorio de la Discapacidad⁴ (designado organismo de monitoreo de la Convención en nuestro país -art. 33.2 CDPD- mediante Decreto N° 806/11) también ha realizado una propuesta legislativa relativa a la abolición del sistema de sustitución de la voluntad (insania/curatela) y de instauración de un sistema de apoyos en la toma de decisiones.

Los ejemplos de la práctica de seguir colocando la fórmula sustitutiva de la voluntad son múltiples y variados. Por ejemplo, la reciente Ley de Muerte Digna N° 26.742⁵: “Entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada” (art. 5°). Otro ejemplo es la Resolución N° 1480/2011 que aprueba la Guía para Investigaciones con Seres Humanos⁶.

² Documento: “Lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el informe inicial de Argentina” CRPD/C/ARG/Q/1.

³ Por ejemplo, observaciones finales sobre Perú: “El Comité recomienda al Estado Parte abolir la práctica de interdicción judicial y revisar las leyes que permiten la tutela y la curatela para garantizar su plena conformidad con el artículo 12 de la Convención y tomar medidas para reemplazar a los regímenes de sustitución de toma de decisiones por la toma de decisiones con apoyos, que respete la autonomía de la persona, la voluntad y las preferencias.” (traducción propia, Original: “The Committee recommends that the State party abolish the practice of judicial interdiction and review the laws allowing for guardianship and trusteeship to ensure their full conformity with article 12 of the Convention and take action to replace regimes of substitute decision-making by supported decision-making, which respects the person’s autonomy, will, and preferences.” Documento CRPD/C/PER/CO/1)

⁴ Quede hecha la salvedad de que dicho organismo no cumple con los Principios de París (conf. art. 33 de la CDPD). Dichos principios pueden ser consultados en inglés en: <http://www2.ohchr.org/english/law/parisprinciples.htm>

⁵ Ver norma en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197859/norma.htm>

⁶ Ver norma en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/185000-189999/187206/texact.htm> “Incapacidad para otorgar el consentimiento. En el caso de las personas que no pueden otorgar un consentimiento voluntario por razones físicas, mentales o legales, éste deberá obtenerse de un representante autorizado por leyes aplicables, por ejemplo, el padre o la madre en el caso de los menores de edad. El representante conserva la potestad de retirar de la investigación al participante si fuera necesario por su seguridad o si esa fuera la decisión que mejor representa sus valores y preferencias. El respeto por las personas que no pueden otorgar por sí mismas un consentimiento requiere que se les brinde igualmente la oportunidad de decidir si participan o no de la investigación, luego de ser informadas según su capacidad de comprensión. Las personas que padecen trastornos mentales transitorios o permanentes, tales como el estado de coma o la enfermedad de Alzheimer, y que no poseen representante designado por un Juez, plantean una situación particular. Desde el punto de vista ético, estas personas no debieran ser privadas del beneficio de obtener nuevos conocimientos o de desarrollar nuevos tratamientos para la condición que padecen. En acuerdo con el Art. 7° de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 y con el Art. 4° de la Ley Nacional de Derechos del Paciente N° 26.529, un familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad, el cónyuge o el conviviente del paciente son quienes mejor podrían responder por sus intereses y por la decisión que él o ella tomarían si estuvieran en pleno uso de sus facultades, por lo tanto, son ellos quienes deben representar al potencial

Por lo expuesto, las normas (y sus anteproyectos) deben evitar bajo todo punto de vista reemplazar la voluntad de las personas por las de sus representantes designados/as judicialmente (huelga aclarar que esta prohibición de sustitución de voluntad es igualmente aplicable a padres y madres de personas mayores de edad). En todos los casos en que sea necesario debe designarse en forma judicial o administrativa un sistema de apoyos que sirva como asesoramiento y que en todo caso respete la voluntad de la persona. Para evitar abusos, han de establecerse salvaguardias.

Substituir la voluntad de las personas con discapacidad por la de sus representantes legales (curadores/as) constituye una violencia que ha dejado de ser legal a partir de la entrada en vigor de la Convención.

participante para la obtención de un consentimiento informado fehaciente. En la medida de lo posible, o cuando el participante recupere el uso de sus facultades, se le debe informar acerca de la investigación y solicitar su consentimiento antes de continuar con la misma."