

“XVIII Congreso Nacional y VIII Latinoamericano de sociología jurídica”

Facultad de Derecho (UNCuyo)

Comisión Nro. 4: Familia, infancia y adolescencia: las respuestas del campo jurídico

Cuando la enfermedad mental y/o la discapacidad interpela a las familias:

El cuidado en las sentencias de determinación de la capacidad

Por Karina A. Andriola¹

Resumen en castellano:

En las sentencias de determinación a la capacidad de las personas, según el art. 37 del CCyC, debe existir un pronunciamiento sobre los recursos “personales, familiares y sociales existentes” de la persona protagonista del proceso. En tal sentido, interpretamos que dicha normativa está orientada a establecer la obligación de indagar y conocer que tipo y por parte de quién recibe cuidado la persona. En tal sentido, según el diamante del cuidado (Ravazi,2007) el cuidado puede ser provisto por las familias, el Estado, el mercado o las Ongs.

A partir de ello esta ponencia tendrá como objetivo conocer cuál es la indagación que realiza la administración de justicia y se ve reflejada en las sentencias en términos de cuidado que recibe una persona protagonista de un proceso y si la decisión judicial mantiene o procura modificar las estructuras de cuidado que recibe dicha persona en pro del goce de sus derechos y el impacto que ello puede tener en las familias. A tal fin se analizará un recorte de siete fallos dictados en un lapso que va desde el 1 de agosto de 2016, a un año de la sanción del CCyC al 26 de julio de 2017.

Resumen en inglés o portugués:

Nas sentenças de determinacao da capacidade das pessoas, conforme ao artigo 37 do Codigo Civil e Comercial debe existir o pronunciamiento sobre os recursos “pessoales, familiar e social existentes” da pessoa protagonista do processo. Neste sentido, nos interpretamos que

¹ Abogada. Especialista en Derecho de Familia (UBA). Becaria Conicet-UNLP-ICJ. Integrante del Área de Estudios de Género del Instituto de Cultura Jurídica y del Proyecto de Investigación I+D UNLP J151 “Acceso a la justicia de las mujeres: violencia y salud mental”. Mail. karinaandriola1@hotmail.com

a legislação estabelece a obrigação de pesquisar o tipo de cuidado que a pessoa recebe porque, de acordo com o diamante do cuidado (Ravazi, 2007) o cuidado pode ser fornecido por as famílias, o Estado, o mercado ou as ONGs.

A partir disso, este trabalho terá como objectivo saber a pesquisa levado a cabo pela administração da justiça que se reflete nas decisões judicias em termos de cuidados recebido por a pessoa protagonista de um processo e se a decisão do tribunal procuram mantener o trocar as estruturas de cuidado con o fin de garantir o gozo dos seus direitos eo impacto que isso ou pode ter nas familias. Para este fim, vamos a analizar um recorte de 7 sentença posteriores ao 1 de Agosto de 2016 ate ao 26 de julho de 2017.

Palabras clave en castellano y portugués:

Capacidad- Familias- Administración de Justicia- Cuidado- Sentencias

Capacidade- Famílias- Administração de Justiça- Cuidados- Sentenças

I. Introducción

La presente ponencia tendrá como objetivo indagar cual es el impacto y cómo es la visibilización del cuidado de las personas en las sentencias de determinación a la capacidad de las personas y en la construcción de las figuras tuitivas. Para ello comenzaremos describiendo la metodología a utilizarse a tal fin, continuaremos por una breve explicación de tres categorías teóricas claves: proceso de determinación a la capacidad, cuidado y perspectiva de género para posteriormente abocarnos al análisis de siete sentencias dictadas entre el 1 de agosto de 2016 y el 26 de julio de 2017, o sea en lo que sería el segundo año de vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (en adelante CCyC).

Ello motivado en algunas de las preguntas que buscaremos responder a lo largo de la ponencia. A saber, el cuidado que reciben las personas con padecimiento mental y/o discapacidad cuando así lo requieran, en su vida cotidiana, ¿Por quién es brindado? ¿Cómo es registrado por la administración de Justicia? ¿Forma parte de las motivaciones que se utiliza para tomar una decisión judicial?, ¿se toman con perspectiva de género? Si bien las preguntas son pocas, consideramos que son profundas y emergen de uno de los temas

recurrentes del feminismo, las mujeres y su rol de cuidadoras, pensando al cuidado de si y de los/as otros/as, como una actividad necesaria en la vida y que se realiza con lógicas patriarcales, desiguales, dentro de los/as integrantes de las familias, si son estas quienes lo brindan. Dimensión que se acentúa en cuanto a su (in)visibilizarían debido a que los procesos de determinación a la capacidad, en cuanto a su regulación, históricamente y con menor presencia hoy, tienen una visión e intervención focalizada en lo patrimonial.

II. Metodología

Nos proponemos realizar una investigación de tipo cualitativa, exploratoria y descriptiva cuya unidad de análisis son sentencias de determinación a la capacidad dictadas en diferentes jurisdicciones del país entre el 1 de agosto de 2016 y el 26 de julio de 2017, recorte de tiempo justificado para conocer que sucede en el segundo año de vigencia del CCyC. El recorte surge de la búsqueda realizada en el buscador de La Ley on line mediante la palabra clave “capacidad”, buscador que elegimos por ser uno de los más completos en cuanto a compilación de jurisprudencia de todo el país. Del mismo surgen un total de 7 fallos, dos de Cámaras de Apelaciones pertenecientes a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2 a Cámaras de Apelaciones la provincia de Buenos Aires, otro a la provincia de La Pampa y tor de la provincia de Corrientes además de uno de un fallo primera instancia de la provincia de Santa Fé

Para su análisis los fallos fueron ordenados cronológicamente desde el más antiguo al más reciente e identificados mediante un nombre, tal como consta en el anexo. Nombre ficticio, conforme a las referencias gramaticales al género que emergen de la sentencia, el cual elegimos a partir de las iniciales que se identifican en el fallo. Nombre ficticio que procura darle una identidad, un nombre, el cual muchas veces, en la (seudo) protección de la intimidad e identidad de las personas -identidad que provienen de sus particularidades como persona que la hacen única e irrepetible- que en muchas de las prácticas judiciales se le niegan.

La metodología del análisis de documento, en este caso de fallos, si bien es frecuente en el ámbito del derecho, suele hacerse de manera individual mediante comentarios a sentencias o bien ilustrando a través de fragmentos exposiciones o análisis

normativos o doctrinarios, pero escasean, al menos en campo de salud mental, el análisis de un recorte en particular. Esta es una metodología que hemos utilizado previamente pero en un recorte de fallos dictados durante el primer año de vigencia del CCyC, con más categorías de análisis ².

Para el análisis de dichos fallos se utilizamos un protocolo de elaboración propia, ejecutado durante agosto y septiembre de 2017, donde procuramos analizar los siguientes aspectos: a) los hechos que motivaron el proceso y el recurso, b) los recursos familiares, personales y sociales existentes que surgen del fallo – categoría legal, que surge del art. 37 inc. c del CCyC que hace referencia directa al cuidado-, c) la decisión judicial y la figura de tuitiva construida, d) la incidencia de dichos recursos en la decisión judicial. Categorías de análisis que consideramos nos permitirán responder a las preguntas planteadas en la introducción y al objetivo de esta ponencia. Sentencia que elegimos en función de que el acto procesal que establecerá las restricciones a la capacidad, estableciendo aquellos actos que serán limitados, ya que por regla el resto derechos están permitidos asimismo da nacimiento a la figura tuitiva

Ante dicha metodología debemos aclarar algunas de sus limitaciones que la convierten en desventajas para la investigación. El expediente y en especial la sentencia son un recorte de lo que sucede dentro y fuera del proceso. Recorte, que solo nos permite tener acceso a las decisiones de mayor trascendencia (e incluso tiene una publicidad para la consulta de terceros). Recorte que se hace en función de lógicas de poder mediante los cuales se hace una construcción social de la realidad (BERGER y LUCKMANN 2011) por parte de los/as operadores/as del derecho y en palabras de RUIZ (2008) se construye discursivamente la realidad social del caso.

III. Los procesos de determinación de la capacidad, las familias y el cuidado³

El derecho argentino establece tres supuestos de personas incapaces de ejercicio (art. 24 CCyC) uno de ellos, las personas cuya capacidad de ejercicio sea restringida por

² Andriola Karina (2016): Las voces a escuchar en los procesos de determinación a la capacidad. Desafíos con perspectiva de género. Trabajo final integrador de la Especialización en docencia universitaria. Inédito.

³ En este ítem solo se trabajarán aspectos centrales, excluyendo muchos otros porque la brevedad de la ponencia así no lo permite. Lo expuesto resulta un recorte de lo trabajado en Andriola (2016), citado up supra.

sentencia judicial. Capacidad de ejercicio que resulta un derecho transversal, garantía y habilitante a los demás, cuya presunción y la necesidad de una sentencia para su restricción además del art. 32 se encuentra en el art. 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y sus principios generales⁴ y el art. 3 y 5 de Ley de Salud Mental (incluso aunque la persona se encuentre internada) y todos sus preceptos⁵, normas de diferente jerarquía que deben interpretarse armónicamente⁶ y aplicables a los proceso determinación de la capacidad.

El CCyC establece que pueden ser sujetos- a los que preferimos llamar protagonistas- de un proceso de capacidad las personas desde 13 años (adolescentes conforme al art. 25 del CCyC). Por lo cual son procesos, y en sus defectos sentencias, cuyos efectos pueden mantenerse para toda la vida. Los requisitos⁷ para promover un proceso de capacidad -art 32 CCyC- son: a) padecer una enfermedad mental, lo cual realiza bajo la fórmula adicción (otra innovación) o alteración mental, b) que sea permanente o prolongada, c) grave, y como requisitos extrínsecos y d) que pueda dañar a su persona o a

⁴ Art. 3 de la CDPD que incorpora principio tales como: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. Principios que en su individualidad ameritan un análisis extensivo, alguno de los cuales trataremos en los diferentes capítulos en relación a la escucha de la persona y otros en relación al acceso a la justicia.

⁵ A saber, en el art. 31 incorpora reglas generales donde se incluye nuevamente la presunción de capacidad, la excepcionalidad de la restricción y que debe realizarse en beneficio de la persona, además de la intervención interdisciplinaria del Estado reiterada en el art. 706 inc. b en relación a los principios generales del proceso de familia. Intervención estatal donde se le reconozca a la persona el derecho y la garantía de recibir información adecuada a su capacidad de comprensión, la defensa en juicio mediante el otorgamiento de asistencia letrada de oficio si no pudiere acceder a contratar un profesional independiente (Art.36), y la prioridad de las alternativas terapéuticas menos restrictivas a sus derechos y libertades.

⁶ Hacemos referencia a los códigos procesales civiles y comerciales competencia reservada de cada provincia según el art. 75 inc. 12 CN. A ello le agregamos la C.N, los pactos internacionales con jerarquía constitucional⁶ del art. 75 inc. 22 donde a los fines de este trabajo además de los tratados generales de derechos humanos cobran importancia: la CEDAW, CDPD y su Protocolo Facultativo con vigencia desde junio de 2008 pero con jerarquía constitucional desde el año 2014 recién y la Convención Interamericana de los Derechos de las Personas Mayores desde 2017 . Plexo normativo que con jerarquía supra legal abordan temáticas de salud mental y son incorporados, en su mayoría, como parte de la LSM en su art. 2 vigente desde el 2 de diciembre de 2010. Plexo normativo donde de manera transversal son aplicables las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en situación de vulnerabilidad la cual es acogida por las redes del sistema judicial iberoamericano aunque resulten *soft law* y no tengan fuerza vinculante.

⁷ Requisitos que reciben críticas ya que asimila algunas discapacidades, como las mentales, a una alteración o enfermedad mental (BARIFFI, 2014) cuando resultan dos categorías y realidades distintas, que eventualmente pueden cruzarse y compartir el estar en una situación de vulnerabilidad.

sus bienes y a terceros. La legitimación para promover el proceso se encuentra en cabeza de: a) la persona interesada (constituye un reconocimiento a la presunción de capacidad), b) al cónyuge no separado de hecho y al conviviente, como parte del reconocimiento de derecho a las uniones convivenciales, c) a los parientes dentro del cuarto grado y a si fueran por afinidad, hasta el segundo, que constituye un reconocimiento a las familias ensambladas, d) al Ministerio Público (art. 33 CCyC).

La sentencia es el acto deberá “determinar la extensión y los alcances de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación la autonomía será lo menor posible” y contraposición produce el nacimiento de la figura tuitiva, hecha a medida (art. 38 última oración) lo cual implica un reconocimiento a lo único y original de cada persona. Es por ello que el art. 37 CCyC establece una serie de requisitos en cuanto a su dictado, a saber: a) el diagnóstico y pronóstico, b) la época en que la situación se manifestó, c) los recursos personales, familiares y sociales existentes, b) el régimen de protección, asistencia y promoción de una mayor autonomía posible. Contenido de la sentencia que para expedirse requiere del examen de un equipo interdisciplinario, debe ser revisado a los 3 años independientemente de los “procesos de rehabilitación” que puedan promover y que tiene diferentes alcances conforme al art. 38 CCyC.

En el caso de dictarse una sentencia que determine restricciones a la capacidad se produce el nacimiento de figuras tuitivas: los apoyos o la curatela, conjunta o independiente del dictado a las salvaguardias (art. 37 inc. d y última oración del art. 38 y 43). Curatela, asociado al modelo de sustitución la cual convive con los apoyos cuyo origen es el art. 12 de la CDPD y propician la autonomía y el autogobierno con el acompañamiento (cuan tarea de cuidado) de las personas con discapacidad o enfermedad mental. Tanto los apoyos, la curatela y las salvaguardias se aplican para diferentes supuestos.

Los apoyos, conforme lo establece el art. 41 que pueden ser tanto medidas como personas que faciliten a la persona lo que necesite para la toma de decisiones y “ tienen como esencia acompañar o asistir, colocarse al lado de la persona, no por sobre ella (KEMELMAJER ET AL, 2015). Los apoyos pueden ser voluntarios, aquellos del plano de realidad y donde no existe intervención judicial, respecto de las personas, que, en su función de cuidado, por ejercicio de una profesión u oficio, o del afecto lo hacen, son

elegidas por la persona en razón de su confianza, y pueden ser removidos sin dificultad. Como contrapartida, existen los apoyos involuntarios que surgen de una restricción a la capacidad, la cual es judicial (NAVARRO LATHINE y PINTO KRAMER, 2013). Estos pueden ser plural y entendemos que como no prohíbe personas que la puedan ejercer que podría incluir a personas con o sin parentesco, amistades, referentes afectivos, e incluso incluir a ONGs tal como lo permite el derecho español respecto a las fundaciones tutelares.

Para aquellos casos en los cuales la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y manifestar su voluntad, sumado a la inexistencia de actos de autoprotección donde fuera establecido condicionalmente, corresponde la curatela. Siguiendo lo anteriormente expuesto, la regla o la institución más flexible acorde a las restricciones menores serían los apoyos, y la excepción, o la figura ante restricciones más amplias, sería la curatela. En cuanto a los/as curatela el art. 138 CCyC remite a la tutela y puede aplicarse análogamente. La función principal de el/la curador/a es “cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud” incluso se discute si podría ser sustituida por apoyos intensivos (VILLAVERDE, 2012)⁸.

En virtud de dicha remisión, según el art. 105, que pueda ser plural. En el caso de cualquiera de las figuras tuitivas la puede designar la misma persona mediante una directiva anticipada (art. 60 CCyC), los/as progenitores/as si tuvieran un/a hijo/a (art. 106) o con capacidad restringida por vía testamentaria, o en caso contrario sea escuchada su preferencia, consideramos o cuando es escuchada en el proceso. A partir de lo cual el/la juez/a, conforme al art. 139 quién podrá designar al cónyuge no separado de hecho, si es que está casado/a, a el/la conviviente, a los hijos (mayores de 18 años), los/as progenitores o los/as hermanos/as, salvo que exista conflictos de intereses o resultar excluidos en virtud de alguna de las causales del art. 110. Tal como lo señalamos previamente los márgenes de libertad y creación pretoriana que pueden tener los apoyos son mayores a la curatela. Instituciones que conforme se fuera revisando la sentencia se pueden ir alternando a lo largo de la vida de una persona conforme a su estado de salud e integración social. Construcción de ambas figuras tuitivas que debe realizarse iluminado por el principio pro homine o sea teniendo como norte la dignidad de la persona.

⁸ Adherimos en especial porque es una de las observaciones que el Comité de la CDPD le hace a Argentina.

En el caso de no existir parientes, o existir entre ellos y la persona con padecimiento mentales o discapacidad conflictos de intereses, los apoyos y la curatela le corresponde al Ministerio público bajo la autoridad o dependencia que la ley provincial designe⁹. Como contrapeso a los apoyos, tal como lo estipula el art. 12 de la CDPD, e incluso de la curatela, se deben ordenar salvaguardias, receptada en la CDPD cuya función es de contralor, para evitar los abusos, y que estos respeten la voluntad, derechos y de las preferencias de la persona. Salvaguardias que también deben ser proporcionales y adecuados a las circunstancias del caso, lo más breve posibles, sujetas a revisión, acordes a la figura tuitiva establecida.

Nuestra decisión de hace hincapié los recursos familiares, personales y sociales de la persona mencionados en el art. 38 y su vinculación con la construcción de la figura tuitiva elegida para el caso se sustenta en la armonía con el modelo social de la discapacidad que trae la CDPD y con los componentes políticos, sociales y culturales del concepto de salud mental del art. 3 de la LSM. En tal sentido se debe explicitar el contexto socio económico en que se encuentra la persona, tanto si las personas protagonistas del proceso tiene o tuvieron empleos, si eran trabajos formales o informales, una jubilación o una pensión lo cual nos permite conocer si acceden a la seguridad social (por su condición de empleador o porque forman parte del grupo familiar de un titular si lo tiene) o al sistema de salud pública. Componentes sociales que implica indagar sobre la integración social que tiene la persona protagonista, quienes cumplieron un rol de apoyo – sean familiares, amigos/as, integrantes de ONGs, servicios privados o servicios públicos- las actividades que realiza, su biografía, el barrio, la ciudad donde vive, todo lo que hay fuera del Juzgado y previo al proceso. Ello permite ver a la persona protagonista de una manera integral y situada en las coordenadas geográficas, sociales, económicas y poder conocer que derechos ejercitaba previo al proceso, como los ejercitaba, cuales tenía vulnerados.

⁹ En la provincia de Buenos Aires el sistema utilizado es armar una lista anualmente a tales fines, compuesta por abogados de la matricula que serán sorteados en los casos que fuese necesaria por la existencia de bienes para ocupar el cargo de curador definitivo, de la persona y/o de los bienes o en su curador provisorio. De lo contrario dentro de la estructura del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires (art 87, ley 12061), la curatela corresponde a la “Curaduría General de Alienados⁹”, en la persona del curador zonal.

A partir de la obligación de pronunciarse en la sentencia sobre los recursos familiares, personales y sociales que tiene una persona creemos que dialoga e indaga en el cuidado de sí, el que recibe y el que brinda hacia los/as otras/os una. El cuidado resulta en el caso una categoría teórica, de las ciencias sociales, útil para conocer la realidad de las personas y de las familias que transita por la administración de justicia. Nombramos a las familias, en plural no solo por la multiplicidad de modelos posibles que comprende sino también, porque en su mayoría, salvo las personas que viven institucionalizadas y con escasos vínculos sociales, las personas, de distintas edades, clases sociales, etnias, orientaciones sexuales, que como parte de su socialización nacieron, viven e incluso mueren, en familias.

Familias que como institución resulta un territorio donde existen disputas reales y simbólicas de poder. Relaciones y disputas de poder que no se encuentra aisladas del sistema económico y político (patriarcal) en el que estamos inmerso, con el que la familia interactúa como tal y constituye una unidad económica, sea de producción, de consumo, de concentración y transmisión de la propiedad privada, que no debemos perder de vista, ya que en sus bases y principios, además del afecto que pueda existir entre sus integrantes, hay estructuras de poder tanto de tipo social y jurídico que responde a las formas de organización social. Familias que constituyen uno de las puntas en la estructura del cuidado ya que las personas que la integran, en algún momento de su vida requieren de cuidado, por su edad o condición de salud – y otras tantas, en general y mayormente: las mujeres.

El *cuidado* refiere a la gestión y a la generación de bienes, servicios y actividades que permiten a las personas alimentarse, educarse, estar sanas y vivir en un hábitat propicio. TONS plantea al trabajo doméstico (uno de los contenidos del cuidado) como “un aportador de bienestar cotidiano de las personas, y por ende, una pieza clave el bienestar de la sociedad” ya que hacen a la disponibilidad laboral de la población ocupada que vende su mano de obra en el mercado y no tiene solo como “escenario físico y simbólico el hogar, o el ámbito doméstico, sino la familia” (2008:58).

Para analizar el cuidado tomamos de RAVAZI (2007) y la idea del diamante del cuidado. Este posee cuatro puntas para el bienestar e implica, que conjunta, alternada, indistinta o independientemente el cuidado puede ser brindado por: el Estado, el mercado, la comunidad o las familias –pilar al que únicamente nos abocaremos- (FAUR 2014).

Cuidado al cual se accede de diferente manera no solo conforme a la oferta que existe sino también a la geografía donde se vive y la clase socio económica a la que se pertenece. Categoría de cuidado que se han investigado principalmente cuando se trabaja el cuidado infantil (FAUR, 2014) y en menor medida de la ancianidad (DABOVE,2008, FINDLING y LOPEZ,2015) pero que no recibe el mismo tratamiento o visibilización cuando hablamos del cuidado que requieren las personas con discapacidad o padecimientos mentales.

Gran parte de las actividades asociadas al cuidado, en Argentina, se han brindado tradicionalmente dentro del espacio privado, el hogar, siendo asumidas casi exclusivamente por las familias, más específicamente a través del trabajo no remunerado desarrollado por las mujeres. Cuidado que demanda tiempo, el cual por su naturaleza es finito e irrecuperable, por lo cual la relación entre tiempo y cuidado nos conduce a que el uso del tiempo¹⁰ “pone de manifiesto la existencia de desigualdades sociales entre varones y mujeres” (TURNS 2008:53).

Ante ello, nos encontramos a las familias como proveedoras del cuidado de los/as integrantes. Familias que han sido históricamente las principales responsables del cuidado. Ello debido, en nuestro país, por la escasa presencia del Estado (por no decir su ausencia, más allá de la educación inicial, primaria y secundaria obligatoria y la existencia de hospitales monovalentes) en cuanto Estado proveedor de bienestar y satisfaciendo derechos de prestación, sumado a una relativamente escasa o bien inaccesible oferta del mercado por sus costos y el poco desarrollo del tercer sector, especialmente en el interior del país, además de motivos culturales propios de la estructura patriarcal, que considera que no hay cuidado mejor que el de la familia, y especialmente el de las mujeres madre esposas o el rol que cumplen otras subalternas como las abuelas o las tías.

Ello, históricamente, en consonancia con el modelo heterosexual de familia sustentado en el matrimonio donde el varón es el proveedor económico del hogar, inserto laboralmente en el mercado (que en caso de ser un trabajador formal provee de la seguridad social por efecto cascada a su grupo familiar) con derecho a una vida pública y la mujer es quien solo puede desarrollarse en la vida privada bajo el rol de madre esposa (LAGARDE:

¹⁰ Un ejemplo de ello son los resultados de las Encuestas del tiempo realizado por la CEPAL y disponible en <https://www.cepal.org/es/publicaciones/5851-encuestas-uso-tiempo-trabajo-remunerado-america-latina-caribe-caminos-recorridos> (14/9/2017)

1993) que implica el cuidado del hogar y de los/as hijos/as (y otras personas que requieran de cuidado).

Si bien las mujeres se han incorporado al mercado laboral y existe una mayor presencia de los varones en tareas de cuidado, los estudios de sociología de la familia, mayoritariamente dedicados al cuidado infantil pero que resultan útiles a nuestra temática, indican que para las mujeres el tiempo de trabajo se ha incrementado, mientras que para los varones se ha reducido. Además, siguen siendo las mujeres quienes mayoritariamente continúan como responsables principales de la organización del hogar y el cuidado de los/as hijos/as (situación similar que se produce con las personas enfermas o los/as ancianos/as) y ello obliga a analizar la forma de conciliar el trabajo remunerado y no remunerado por parte de las mujeres y de las parejas.

Ante ello y como señalamos al principio nos preguntamos qué dimensiones del cuidado entran en juego y que protagonismo le dan los operadores judiciales durante el proceso (especialmente al cuidado en sí y a las personas que realizan dicho cuidado) y como incide en la toma de decisiones por parte de los/as magistrados/as de lo cual queden rastros o indicios en las sentencias. Partiendo de la premisa de las personas que padezca una enfermedad mental o discapacidad intelectual o sensorial -que ameriten un proceso de determinación de la capacidad-, en distinta medida (la cual puede variar con el tiempo) conforme a su autonomía requiere de algún tipo de cuidado.

Cuidado que a nuestro entender no puede ser contemplado sin *perspectiva de género* ya que Argentina está obligada internacionalmente. Ello, en virtud de haber suscripto la Convención para la Eliminación de todas las Formas Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW y su recomendación nro. 25 y 28) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (en adelante Convención de Belem do Para), a los cuales también remite el art. 2 del CCyC.

Acorde con ello LAGARDE (1993) plantea como “el orden de los géneros es construido”, es decir que la organización y distribución de puestos y tareas en la sociedad como “masculinas y femeninas”, no depende de la genética, sino que procede de la costumbre, la cultura”, donde a las mujeres desde la infancia se las socializa para el cuidado independiente de sus proyectos personales o laborales. Por lo cual , la *perspectiva de género* se entiende “como una voluntad política para transformar el orden de los géneros” a

los que se considera opresivo, reconociendo “que hay un orden social que nos divide como hombres y mujeres, que niega las mínimas igualdades democráticas a medio mundo, sino que también implica anunciar públicamente que una está en posición contraria a la opresión de género” (LAGARDE 1993:33). Complementado por que la perspectiva de género “identifica y propone eliminar las discriminaciones reales de que son objeto las mujeres, por mujeres y los hombres, por hombres” (LAMAS 1996:8)

Acorde con ello KABURSACKI y HARARI (2016) entiende que el CCyC debe ser leído con perspectiva de género para realizar interpretaciones (y a mi entender producir prácticas judiciales y profesionales) que reconozcan primero las desigualdades vigentes. Perspectiva que en segunda instancia busquen una igualdad sustantiva. MEDINA parte de la premisa de que no es posible una postura neutral a la hora de juzgar porque si no se tiene perspectiva de género ya que “invariablemente se juzgará con una mirada patriarcal y estereotipada, que ha sido la posición dominante en nuestra cultura y entonces, la situación de vulnerabilidad y dominación de las mujeres no tendrá fin.” (2015:4). Es por ello que analizar al cuidado con perspectiva de género nos conducen indefectiblemente a analizar desigualdad real (independientemente o divorciada de la igualdad real o jurídica) y las acciones necesarias para lograr la igualdad desde los diferentes planos.

IV. Los dichos y los silencios de la jurisprudencia

En relación al análisis de jurisprudencia surgieron algunas cuestiones. A saber, como el recorte temporal era breve, en número de fallos también por lo cual elegimos analizarlos a todos. No obstante, ello solo pudimos trabajar sobre seis de ellos, y ya que uno de ellos, el caso 2, se aboca a analizar únicamente la figura procesal del recurso de consulta que un juzgado decide elevar a la Cámara sin ser obligatorio el cual es rechazada y no es pertinente a nuestro análisis.

En los seis casos restantes, cuyos detalles obran en el Anexo, tres pertenecen a mujeres: Beatriz (caso 1), Laurana (caso 3) y Liliana (caso 6) y tres a varones: Guido (caso 4), Javier (caso 5) y Alejandro (caso 7), donde solamente en 4 casos se llega a dictar sentencia estableciéndose apoyos singulares en tres de los casos y plurales en dos mientras que en los dos casos restantes en una se dicta la nulidad de todo lo actuado por la negativa

de el/la magistrado/a de primera instancia de tener la entrevista con la persona protagonista del proceso como estipula el art 35 en el caso de Liliana y en el caso de Guido se ordena la producción de la prueba interdisciplinaria.

Por lo cual en el recorte de los seis fallos no pudimos analizar la totalidad de las categorías de análisis y a su vez en los que si pudimos advertimos que, si bien el orden que planteábamos para el análisis no solo pretendía responder a nuestras preguntas, sino que surgía del orden normativo. Organizamos los ítems para analizar pensando que debe tramitar un proceso, con prueba y escucha de las personas intervinientes de los cuales surgirían los recursos “familiares, personales y sociales existente” y el cuidado en si, para después llegar a la sentencia que así los recogiere, pero como tal no se da. Por lo cual para el análisis unificaremos algunos de los ítems.

Debemos señalar, como parte de nuestros hallazgos que solamente en dos fallos se menciona la edad de las personas protagonistas del proceso, Guido (de 21 años) y Laurana de (81 años), como si la edad tanto de las personas protagonistas del proceso, y el eventual¹¹ cuidado que reciba y/o requiera de otras personas o instituciones. Edad que resulta un elemento esencial en la cuanto a la interseccionalidad del análisis y del abordaje de los problemas que plantean los instrumentos normativos mencionados.

A su vez también es importante destacar que todos los fallos tiene un lenguaje inaccesible para las personas protagonistas del proceso, porque no procuran elaborarse acorde a su grado de comprensión, así como tampoco para la comprensión de personas ajenas al derecho que son a fin de cuentas a quienes el derecho y las decisiones judiciales afectara en su vida cotidiana. El lenguaje en ese sentido configura un elemento de exclusión hacia aquellos que menos capital simbólico y cultura poseen en relación a la administración de justicia, los/as justiciables y resulta instrumento de la misma endogamia de los/as operadores/as, solo para ser comprendido y aplicado por ellos/as como parte de la dinámica excluyente del campo jurídico en términos. Un ejemplo de lo cual es la frecuencia y el protagonismo que tiene las figuras procesales en la redacción de los fallos.

¹¹ Utilizamos la palabra eventual porque somos contrarios a la posición de asociar automáticamente y universalmente la idea de discapacidad, salud mental, ancianidad, o adolescencia, con la idea de que por si solo requieren cuidados intensivos, en cuanto a la cantidad de horas y el tipo de actividades que requieren asistencia-.. Consideramos que es necesario el análisis de la casuística para que sea acorde al respeto a la autonomía, a la vida independiente, y a la idea de apoyar, acompañar y respetar en lugar de sustituir.

En relación a los ítem *“los hechos que motivaron el proceso y el recurso”* y *“la decisión judicial y la figura de tuitivas construida”*, solo pudimos hacer este análisis en cuatro de los seis fallos.

-En el caso de Beatriz el proceso de primera instancia es promovido por su hermano, a partir de la “capacidad disminuida”, en virtud de un “trastorno orgánico de personalidad” que lleva a que en primera instancia se restrinja su capacidad y se designe un apoyo singular, modificado por la alzada, donde llega por el recurso de consulta, que determina un apoyo plural, uno de ellos como apoyo con representación y la otra para prestar colaboración y supervisar los actos de la vida cotidiana.

-En el caso de Laurana es una mujer de 81 años en cuyo proceso es promovido por uno de sus hijos varones, donde se le restringe la capacidad para actos de mayor implicancia económica. Laurana, previo al proceso, tenía como apoyo voluntario a su otro hijo y lo que finalmente hace la sentencia, luego de escucharla es designarle al hijo que ella prefiere que la asista respecto de los actos de administración económica que surgen de la entrevista.

- En el caso de Javier el proceso es promovido por su hermano en base al retraso mental moderado con hipoacusia que tiene. En primera instancia se resolvió a restricción parcial designar a su hermano como apoyo con representación, para actos patrimoniales lo cual en dicho aspecto es mantenido por alzada.

- En el caso de Alejandro quien padece un retraso mental severo, el recurso es interpuesto por la Unidad de Letrados para la Revisión de la sentencia y el Ministerio Público – no sabemos quién inicia el proceso-, solicitando se revoque la figura tuitiva de una curatela en cabeza de los padres por la de apoyos con funciones de asistencia y representación, a lo que la alzada ordena a la primera instancia que “readecue el fallo” a dicha figura tuitiva.

En relación a los ítems *“recursos familiares, personales y sociales existentes”* y *“la incidencia de dichos recursos en la decisión judicial”* la mayoría de referencias que encontramos resultan de transcripciones de las pericias interdisciplinarias o socio ambientales en su mayoría, además de aquello que surja en menor medida de las entrevistas personales o las manifestaciones en escritos o audiencias de la propia persona o su entorno. Acorde a la lógica que plantea el derecho, en priorizar en determinar aquellos actos para los

cuales la persona necesita apoyo, asistencia y excepcionalmente sustitución, las pericias – especialmente de profesionales de la medicina y la psicología- se focalizan (en lo que recupera el fallo) en que la persona hace efectivamente y aquello que, en razón de una patología, su socialización, no puede. Esto permite tener herramientas para saber qué derechos restringir, pero no, así como construir apoyos en torno al caso y menos hacer un cuestionamiento y tomar decisiones con perspectiva de género.

Si analizamos los casos, vemos por ejemplo que el caso de Beatriz, se menciona únicamente a su hermano, sin explayarse sobre otros vínculos sociales, su relación, se omite a la pareja del hermano quien también se designa como apoyo, en la sentencia hay silencios sobre su historia de vida, el patrimonio con que cuenta, y solamente hace mayor referencia es en sus recursos personales, además de hacer ciertas recomendaciones sobre acciones de cuidado, por ejemplo “ la supervisión permanente para su vida cotidiana”.

En el caso de Laurana tenemos referencias a que lleva una vida relativamente autónoma salvo para los actos de mayor implicancia económica, que recibe un beneficio del Anses y que tiene dos hijos que de distinta manera colaboran con ella. Este es uno de los fallos, si bien breves, más ricos en cuanto a su análisis y respeto a los derechos de las personas protagonistas del proceso. A saber, se reconoce la tarea de cuidado desempeñada por ambos hijos, que es reconocida por la Laurana, quien manifiesta su deseo de que el apoyo sea realizado por uno de sus hijos y las tareas para las cuales se realizara donde la sentencia respeta su voluntad.

En el caso de Guido, el cual no llega al dictado de una sentencia solamente se menciona a los/as progenitores/as pero sin un mayor análisis del cuidado (o no) que demandaría, en el caso de verificarse efectivamente la situación de adicción, pero al resultar una decisión judicial que no hace al fondo del asunto no podemos hacer un análisis más exhaustivo. Lo mismo sucede en el caso de Liliana donde no se llega a una sentencia de determinación y lo que se discute en el recurso es la obligatoriedad e importancia de la entrevista personal.

En el caso de Javier, las referencias existentes resultan en relación a sus recursos personales señalando a las tareas que realiza, y puede seguir haciendo, pero nuevamente se reiteran los silencios en torno a los recursos sociales y familiares. En cuanto al caso de Alejandro, al igual que el de Laurana, existen referencias más amplias, como que vive con

sus padres, tiene obra social y la dinámica familiar es “positiva, organizada y con capacidad resolutive”, pero nada más. Tal como plantea Ruiz “los silencios, lo excluido, lo no dicho, aquello de lo que no se habla es siempre mucho más revelador del sentido de un discurso que lo que está expresamente puesto, escrito, destacado” (2008:115)

V. Algunas reflexiones

Ante lo señalado, el recorte es pequeño lejos está de ser representativo, pero no deja con múltiples preguntas, para seguir investigando. En el caso de Beatriz nos preguntamos ¿Se incluye a la pareja de José porque se considera que es demasiada carga para José? ¿Se la incluye porque considera que el cuidado brindado por las mujeres es mejor? ¿Por qué no se la coloca en un lugar de igual jerarquía? ¿Cuál es la relación entre las ellas? ¿Qué pasaría si el hermano se separa? Son algunas de las preguntas que nos deja el fallo, independiente de su respuesta y que surgen de un fallo que invisibiliza el cuidado diario y los vínculos de Beatriz con su familia, su entorno, y es más bien una regla que una excepción-. En el caso de Laurana nos preguntamos ¿Qué mujeres había en la familia? ¿El vínculo con ellas? Ello para poder conocer mejor en qué circunstancias los varones se hacen cargo del cuidado.

Ante las preguntas del comienzo, notamos por lo que surge de las sentencias que el cuidado y las figuras tuitivas en este pequeño recorte, al igual que la promoción del proceso, está en cabeza de familiares, y el cuidado recibido por las personas protagonistas del proceso mayoritariamente se encuentra a cargo de sus familias, con excepciones, por ejemplo, el caso de Alejandro que además tiene un acompañante terapéutico y realiza diferentes actividades sociales. ¿Y el resto de los pilares del cuidado, como el Estado, el Mercado o las Ongs? ¿Ausentes? Aquí la duda es si del recorte que hace la sentencia y de la fundamentación de la misma, es una construcción de la realidad y del caso como explican BERGER Y LUCKMAN (1968) y RUIZ (2008) respectivamente o es un reflejo de la vida de dichas personas.

De lo que si tenemos certezas es que, como categoría de análisis, el cuidado, como tal no está presente y el foco tanto en su acierto de respetar sus derechos y su voluntad está en la persona protagonista del proceso. Pero también constituye un desacierto, una acción a mitad de camino porque seguimos pensando a las personas aisladas de su contexto, de su historia, de su entorno. Análisis recortado que excluye la posibilidad de conocer a las dinámicas familiares, sociales en torno a la persona y pensar en este proceso como una instancia para construir tanto autonomía como cuidado, comenzando por visibilizarlo, y desnaturalizar.

Visibilizar es un paso, que requiere perspectiva de género para indagar las igualdades y las desigualdades de la familia, identificar los prejuicios, de justiciables y de operadores/as del derecho. Pero especialmente de los/as operadores, si lo que deseamos es cambiar y no legitimizar lógicas desiguales que obturen derechos, principalmente de mujeres, pero también de varones.

VI. Referencias bibliográficas.

Andriola, Karina Alejandra (2016). Las voces a ser escuchadas en los procesos de determinación a la capacidad. Desafíos con perspectiva de género. Trabajo final integrador de la especialización en Derecho de Familia (UBA). Inédito

Bariffi Francisco J. (2014). Barreras en el ejercicio de los derechos de familia de las personas con discapacidad. En Rosales P. Discapacidad, justicia y estado: barreras y propuestas. Buenos Aires. Infojus. Pág. 23

Berger P y Luckman Thomas (1968). Construcción social de la realidad. Buenos Aires. Amorrortu.

Dabove Isolina .M (2008). Derechos y multigeneracionismo: O los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez”. Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia. Buenos Aires. Abeledo Perrot, nro. 40. Pág. 39

Facio, Alda. (2017). “Elementos conceptuales y metodológicos para favorecer la interpretación judicial con perspectiva de género”. En Bergallo Paola y Moreno Alumine. Hacia Políticas Judiciales de Género. Buenos Aires: JusBaires.

Famá, María Victoria., et al. (2008). Salud mental en el derecho de familia. Buenos Aires. Hammurabi.

Faur Eleonora (2015). El cuidado infantil en el siglo XXI. Buenos Aires. Siglo XXI

Findling L. y López E. (2015). *De cuidado y de cuidadoras. Acciones públicas y privadas.* Buenos Aires. Biblos.

Kabusacki L. y Harari S. (2016)*. La mirada del género en la interpretación del Código Civil y Comercial. Revista de Derecho de Familia Nro. 74. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

Kemelmajer A. et al (2015). Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código. La Ley on line de fecha 18 de agosto de 2015.

Lagarde, Marcela (1993). “Perspectiva de género”. Disponible en www.accioneducativa.org.ar/publicaciones/Marcela%20Lagarde.pdf (12/12/2016).

Lamas M. (1996). Perspectiva de Género. La Tarea, Revista de Educación y Cultura de la Sección 47 del SNTE. No. 8. Enero- marzo 1996. Disponible en www.ses.unam.mx/curso2007/pdf/genero_perspectiva.pdf (12/12/2016)

Navarro Lahitte A y Pinto Kramer P. (2013). Discapacidad, medidas de apoyo y cambios receptados desde el ámbito jurisdiccional. Revista de Derecho de Familia y de las Personas, septiembre 2013. Buenos Aires. La Ley. Pág. 169.

Razavi, Shahra. (2007). The Political and Social Economy of Care in a Development Context. Conceptual Issues, Research Questions and Policy Options, Gender and Development Programme Paper Number 1”, United Nations Research Institute for Social Development, Geneva

Ruiz Alicia. (2008) Cuestiones acerca de Mujeres y Derecho. Disponible en <https://www.asociacionag.org.ar/pdfaportes/25/08.pdf> (10/9/2017)

Villaverde M. S. (2012). Ejercicio de la capacidad jurídica: ¿Incapaces o personas con apoyo? El Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación ante la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (ONU). Revista de Familia y Persona, septiembre 2012. Buenos Aires. La Ley. Pág. 151

Anexo

Caso 1 “Beatriz”

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H: “B. B. s/ determinación de la capacidad”, 03/08/2016, publicado en La Ley 28/12/2016.

Caso 2

Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II: “W., M. C. s/ determinación de la capacidad jurídica”, 16/08/2016, publicado en La Ley 11/11/2016

Caso 3 “Laurana”

Juzgado en lo Civil y Comercial de 1a Nominación de Venado Tuerto: “S., L. R. s/ restricción de capacidad”, 09/11/2016, La Ley online.

Caso 4 “Guido”

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de General Pico: “Q., G. D. s/ medida cautelar”, 09/03/2017, La Ley online.

Caso 5 “Javier”

Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Curuzú Cuatiá: “P., J. R. s/ restricción a la capacidad”, 14/03/2017, publicado en La Ley online.

Caso 6 “Liliana”

Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I: “B. L. s/ determinación de la capacidad jurídica”, 16/03/2017, publicado en La Ley 10/05/2017.

Caso 7 “Alejandro”

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J: L. B. A. B. s/ determinación de la capacidad, 30/05/2017, publicado en La Ley 11/07/2017.