

"D E. s/insania y curatela"
Tribunal de Familia nro.1 Mar del Plata
AC. 115.091

Suprema Corte:

I- El Tribunal de Instancia Unica de Familia nro.1 del Departamento Judicial Mar del Plata, rechazó el recurso de reconsideración interpuesto por el curador provisorio del causante, contra la sentencia del Juez de trámite, quien respecto de la solicitud de declaración de incapacidad del Sr. E. D, declaró la inconstitucionalidad del art. 141 del C.C. para el caso concreto, estableció, en lo que interesa destacar, un régimen de apoyo para los actos patrimoniales que no ejerce por sí, salvaguardas, fijando su plazo y extensión y la vigencia de la sentencia por cinco años..-ver fs.1037/1056 y fs 804/817-

Contra tal forma de decidir, el Dr. Osvaldo Caamaño, titular de la Unidad de Defensa N° 5 interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. v.fs. 1060/1072.

Postula como violados o erróneamente aplicados los arts. 16, 17, 19, 33, 41, 43, 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, artículos 12 de la Constitución Provincial, artículos 3, 5, 8, 9, 12, 13, 14, 17 y 19 y consiguientes de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ley 26.378, artículos 3, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 27 de la Convención de Viena de los

Tratados (Ley 18.865) y el artículo 141 del Código civil.

II- Luego de resumir los antecedentes fácticos que sostienen su queja, procede a referirse a los aspectos de la sentencia que constituyen a su modo de ver, equivocada aplicación de la Ley o Doctrina Legal. El recurrente aborda en primer término la decisión de declarar la inconstitucionalidad del artículo 141 del Código Civil.

Al respecto, afirma que si las certezas a las que arribó el Tribunal han servido para tener al causante como capaz, así debió declararlo la sentencia, rechazando el escrito en el que se demandaba la incapacidad. Si en cambio, verificaron alguna merma en sus potencialidades cognitivas o volitivas, sin que las mismas importen llegar al extremo de la incapacidad, debieron declararlo inhabilitado. El Código Civil estableció un sistema jurídico especial a efectos de tutelar a quienes padecen una patología permanente que pueda desde un prisma mixto médico-jurídico ver enervada su potencialidad para dirigir sus acciones o administrar sus bienes, .. Y la tésis para este régimen especial y de excepción es tutelar al discapacitado."Tal finalidad no se ve devaluada por la incorporación a nuestro bloque de constitucionalidad (art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional) de los Tratados Internacionales de Derechos humanos que se citan en la sentencia. Tampoco observa contradicción entre los artículos 141 o 152 bis del Código Civil y la Convención Internacional de Protección de las Personas con Discapacidad. La subordinación del Código Civil a la Convención no implica la derogación de aquellas cláusulas del primero

que no sean expresamente derogados por la segunda, en tanto no exista una clara y marcada contradicción entre las mismas. Remarca enfáticamente que el artículo 141 del C.C. contempla la protección jurídica para aquellas personas que no pueden dirigir sus personas o administrar sus bienes. Si el Sr. D.E. puede hacerlo no tiene sentido declarar la inconstitucionalidad, ya que el supuesto no le es aplicable.

Se agravia también en cuanto el Tribunal no resuelve aplicando el derecho vigente y válido de nuestro sistema sustancial (arts. 141 o 152 bis del Código Civil), y coloca al causante en situación de vulnerabilidad jurídica y fáctica. Dado que no goza de capacidad plena en tanto debe sujetar actos de su vida civil al apoyo del curador zonal y en caso de descompensación del causante, si éste no considera necesaria la consulta al Curador, podría tomar decisiones de índole patrimonial o extrapatrimonial que le resulten perjudiciales (en la medida que el Tribunal no ha establecido un régimen de protección registral tutelar para la disposición de su patrimonio).

Los jueces deben aplicar la legislación vigente armonizándola en forma dinámica, con los dispositivos de la nueva ley 26.378, cuya incorporación saluda con beneplácito.

II-Considero indispensable, liminarmente, destacar en relación a la magistrada a cargo del trámite, y al resto del Tribunal, la actitud hacia el justiciable, el que ha sido oído en más de una oportunidad y tenido en cuenta su autonomía y libertad de decisión. Se

ha llevado a cabo una valoración sobre los elementos fácticos que conforman el sustrato del thema decidendum, - restricción al ejercicio de la capacidad de hecho de la persona-, poco habitual en esta clase de procesos, donde la práctica ha desnaturalizado la labor propia de los magistrados, quienes, una vez verificada la existencia de una dolencia psíquica, que por sus efectos, coloque en una situación de desigualdad, a una persona respecto a otras personas, -sea en relaciones de tipo patrimonial o extrapatrimonial- debe estar dirigida a suprimirla. También es destacable la preocupación por rescatar las capacidades que conserva el Sr. D. E, disponiendo en su pronunciamiento un régimen que tiene en cuenta, fundamentalmente, la situación social, personal, y del contexto en que se desenvuelve el mismo. Y comparto lo afirmado por el Tribunal a quo, en cuanto que la facultad reconocida a los magistrados en el artículo 627 del CPCBA, se ha transformado en un mandato, ello a la luz de la Constitución Nacional, tratados y, convenciones internacionales de derechos humanos..

Sin perjuicio, entiendo que no llegó el pronunciamiento a satisfacer en su totalidad .la protección debida al Sr. D.

III- Ello dicho, más bien comparto el objetivo de protección al Sr. D.E, perseguido por el quejoso, más no bajo el encuadre legal que pretende.

Es menester traer a colación lo expresado por la Sra. juez de trámite, luego de valorar la prueba existente en autos, " valoro que E

D, no reúne ninguna de las exigencias de la declaración de demencia, ni debe ser rotulado en dicho sentido puesto que el principio legal es la cláusula mas favorable a la persona humana...D., puede dirigir su persona y administrar sus bienes, sin embargo requiere de apoyo y aún en ciertos casos de representación. Es decir puede mantenerse en el rango jurídico establecido por la CDPD con apoyo para su ejercicio, necesita quien lo represente en aquellos actos que no puede disponer por si." y resolvió "... Declarar la inconstitucionalidad para el caso concreto del art. 141 del Código Civil. por contravenir preceptos constitucionales de personalidad jurídica, reconocimiento de la capacidad jurídica, principio constitucional pro debilis, pro homine, igualdad ante la ley, principio de legalidad, contenidos en los arts. 3, 8, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 27 de la Convención de Viena, arts. 75 inc.22 de la Constitución Nacional y art. 9 y 12 de la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad".

El Tribunal en pleno expreso "...La aplicación de la norma de nuestro ordenamiento civil en este caso excepcional, aunque se aplique como pretende el Sr. Defensor, dejando a salvo sus capacidades residuales, implicaría, dadas las características personales del Sr. D, una violación a su personalidad jurídica, pues "prima facie" sería un incapaz ..." También afirmó el Tribunal "...en el caso, y de acuerdo con la normativa de la ley 26.378 es claro que el Sr. D. no es un incapaz como

predica el artículo 141 del Código Civil para las personas con sufrimiento mental, tampoco un inhabilitado del artículo 152 bis del mismo cuerpo legal. Sin embargo y en razón de su padecimiento psíquico, se le otorga un marco protectorio para determinados actos, de acuerdo a la normativa citada para este caso concreto, el que se constituye en un régimen de apoyo para los actos de disposición patrimonial, alcanzando a todos los actos en que el señor D requiera explicaciones, integrar consentimiento, convalidar su decisión ".

Con lo expuesto, resulta evidente que se resolvió sobre la afirmación de que no era aplicable al caso el artículo 141 del Código Civil, consecuentemente, el exámen de congruencia de esta norma con la Constitución Nacional y los tratados internacionales era innecesaria y abstracta.

Luego de las transcripciones realizadas resulta inevitable interrogarse ¿porqué tampoco era el Sr. D E un inhabilitado?, cuando además, el artículo 627 segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial provincial expresa "Si no se declarase la incapacidad, cuando el juez estimare que del ejercicio de la plena capacidad pudiere resultar presumiblemente daño a la persona o patrimonio del que sin haber sido hallado demente presente disminución de sus facultades mentales, podrá declararlo inhabilitado en la forma y con el alcance previsto en el art. 152 bis del Código Civil".

Los alcances y efectos del artículo 152 bis del Código Civil, antes de la sanción de la Ley N° 26.657, Salud Pública. Derecho a la Protección de la Salud Mental, .eran diametralmente diferentes a los del artículo 141 del mismo cuerpo legal (en este último supuesto la persona era incapaz absoluto de hecho, su voluntad se sustituía con régimen de representación, (vrg. artículos 52, 53, 54 inc.3, 56, 62, 468, 469, 472, 473, 474, 475 y ss, 1040 y art 1963 inc.4,)

En cambio, en la declaración de inhabilitación en los términos del artículo 152 bis, del Código Civil, la persona se encuentra en una condición jurídica de capacidad de hecho. Conforme el artículo 52 "Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este Código no están expresamente declarados incapaces " y los artículos 54 y 55 del mismo ordenamiento, establecen respectivamente, quienes son incapaces absolutos y relativos de hecho.(Cifuentes-Rivas Molina-Tiscornia, Juicio de insania y otros procesos sobre la capacidad", pgs.143 y 144 ; Tobías "La Inhabilitación en el derecho civil" pag 279, 355; Famá-Herrera-Pagano "Salud mental en el derecho de familia" pag.618; Código Civil Anotado Llambias pag.70). "En términos generales, no se ve afectada la libertad del inhabilitado en lo personal, ni la responsabilidad que le pueda caber por actos ilícitos, dado que nadie duda, por el solo hecho de ser inhabilitado, de su discernimiento. Asimismo, en lo que hace a la validez de los actos posteriores a la

sentencia, queda la cuestión limitada a aquellos que han sido sometidos a restricción especial o general. (Cifuentes-Rivas Molina-Tiscornia, "Juicio de insania y otros procesos sobre la capacidad", pg. 144)

La voluntad del inhabilitado no es sustituida, actúa por sí mismo se aplica un régimen de asistencia, para aquellos actos que la sentencia ha determinado, en general de disposición de bienes y excepcionalmente de administración, (conf. Artículo 633 CPCC) para los que se requiere el asentimiento del curador.

La regulación de la capacidad civil de los adultos se ha visto modificada, desde la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, mediante ley 26378, -con jerarquía supraglegal-, la cual si bien, no reconoce nuevos derechos humanos a las personas con discapacidad (art.75 inc.22 C.N), "aclara la aplicación de los derechos existentes a la situación específica de las personas con discapacidad" (A/HRC/10/48 pag.13 p.33.).

En la misma se concibe "a la discapacidad como un concepto relativo, que varía según los diferentes contextos históricos y sociales. Desde el modelo social de discapacidad se pretende que las respuestas sociales frente al fenómeno mismo de la discapacidad sean abordadas desde el respeto a la igual dignidad de todas las personas y fundadas en base a sus derechos humanos...Es decir, el origen de la discapacidad está dado en la interacción de la persona con el contexto

social en el cual se desenvuelve." Olmo-Martinez Alcorta Articulo 12 CDPD: Medidas de Apoyo y de Salvaguardia. Propuestas para su implementacion en el régimen jurídico argentino"

Se ha establecido un nuevo paradigma sobre la discapacidad mental, la cual ya no es una cuestión de deficiencia, de carácter individual, sino una cuestión de diferencia y de responsabilidad social. La protección debida a la persona con discapacidad mental ya no consiente en el plano jurídico la sustitución de la voluntad de la persona, como regla, sino la adopción de decisiones asistidas, "entendida como el proceso por el que una persona con discapacidad esta habilitada para adoptar y comunicar decisiones con respecto a cuestiones personales o jurídicas; y el establecimiento de normas que precisen las facultades de quienes prestan el apoyo y su responsabilidad (A/HRC/10/ sistema de apoyo y salvaguardas, (conf.articulo 12 4 p.CDPD)

El primer derecho de toda persona es ser reconocida y respetada como tal,(art 6 DUDH, art. 16 PIDCP, art.3, CADH art.3 y Art.2CDPD) y ejercer, su autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones. Esto significa elegir y decidir sobre las propias acciones y los medios para llevarlas a cabo, asumiendo responsabilidad por las consecuencias de las acciones escogidas.

En las personas con discapacidad mental su ejercicio no es tan simple, cuando su condición se los impide . Es en tales circunstancias cuando el principio de igualdad (DUDH art.7, CN art.16,

14 y 20) resulta indispensable para el pleno despliegue de la dignidad.

Para Bidart Campos, "La igualdad importa un grado suficiente de razonabilidad y de justicia en el trato que se depara a los hombres"

"La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza".

"Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose "en principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos" definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable" (Eur.Court.HR., Case relating to certain aspects of the laws on

the use of languages in education in Belgium"..Existen en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales, situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles"..(OC- 4/84 del 19/1/84, CIDH. (ser.A)Nro 4 (1984) P.55 y 56).

Luego de definir a la discriminación, la Convención pasa a realizar la definición de ajustes razonables, como "las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales". Establece como obligación de los Estados parte asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad (artículo 4)

Dentro de la estructura de la Convención, el artículo 12 reviste importancia medular. Reconoce la personalidad jurídica, la capacidad jurídica y de obrar en igualdad de condiciones con los demás, debiendo proporcionarles el apoyo que puedan necesitar para ejercer su capacidad jurídica, y salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de las personas con discapacidad; que aseguren 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 mas corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos.

Con lo expuesto, entiendo que puede visualizarse la compatibilidad que existe entre el artículo 152 bis del C.C., que establece un régimen de capacidad genérica y de asistencia, con estipulado en la CDPD, ello mediante los ajustes que sean necesarios para promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad Así también lo han entendido Olmo-Martinez Alcorta.RDF mayo 2011 nro 49 pag 47.

Asimismo no puede soslayarse la vigencia de la nueva ley 26.657 de salud mental, desde diciembre de 2010, que mediante su artículo 42 incorporó a nuestro derecho de fondo el artículo 152 ter, por el cual las diferencias entre los institutos de la inhabilitación y la declaración de incapacidad del artículo 141 del Código Civil, ya no parecen tan claras. Se adopta en esta norma un sistema flexible que deja de lado el sistema rígido en materia de incapacidad de hecho. Prevé que las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad, se deben fundar en dictámenes emanados de facultativos conformados por evaluaciones interdisciplinarias, no podrán extenderse por más de tres años, deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor

posible.

Es decir tanto en la inhabilitación como en la incapacidad civil se goza de una situación de capacidad general, que se verá limitada por los actos que el juez determine en cada caso.

De tal modo, se ha reconocido expresamente que las limitaciones de la persona con discapacidad mental coexisten, frecuentemente con habilidades y capacidades. Con lo cual la determinación de la capacidad no tiene límites fijos, la proporcionalidad y razonabilidad se instauran como principios informadores de la actividad jurídica, siendo la singularidad de cada persona con discapacidad mental, su situación personal, entorno social y familiar, variables cuyo análisis es ineludible en el caso por caso. La finalidad de las decisiones judiciales en tal tópico siempre debe ser protectoria, en la medida que la persona lo necesita, es decir de acuerdo a sus capacidades conservadas, de eso se trata .

"La crisis del dogma de incapacidad absoluta del interdicto se sustenta en otra crisis: la de la correlación absoluta entre la enfermedad mental y la ausencia de discernimiento. Los Códigos decimonónicos (entre ellos el nuestro, art. 921 CC) —basándose en los limitados conocimientos de la psiquiatría de ese entonces— quien era enfermo mental era reputado por esa circunstancia una persona sin discernimiento carente de la aptitud de querer y entender, y ello era así con independencia de lo complejo o simple del acto de que se tratara o

de su licitud o ilicitud. Esa asociación ha sido puesta en crisis por la psiquiatría actual. Como se dice en el texto, la existencia de la enfermedad no excluye en muchos casos la existencia del discernimiento, al menos para un marco más o menos limitado de actos —patrimoniales o extrapatrimoniales, lícitos o ilícitos— cuya extensión varía según las circunstancias de cada caso. Se puede afirmar con rigor, por lo tanto, que constituye un dato científico el del error en la identificación sistemática y absoluta entre enfermedad mental y ausencia de discernimiento (VISINTINI, G., La nozione di incapacità serve ancora? en *Un altro diritto per il malato di mente* a cura di P. Cendon, *Scientifiche Italiane*, p. 224 y ss.; MANACORDA, A., L'infermita psiquica tra incapacita e tutela en *Un altro diritto per il malato di mente*, p. 160). Se deriva de ello una corriente que sustenta —con razón— la necesidad de redefinir el concepto de discernimiento como una realidad desvinculada de la enfermedad mental a) la existencia de esta última no importará automáticamente la ausencia de discernimiento; b) se trata de una noción "variable" en el sentido que es desechable el criterio "de todo o nada" (hay o no discernimiento) pudiendo advertirse su existencia para ciertos actos y su inexistencia para otros (VISINTINI, G., La nozione di incapacità serve ancora? en *Un altro diritto per il malato di mente*, p. 95)

En cuanto a la protección debida al Sr. DE, el Tribunal ad quo, al ratificar lo dispuesto por el juez de trámite, estableció, en lo que interesa destacar un régimen de representación dirigido exclusivamente

al aspecto patrimonial de administración y disposición de bienes del Sr. D., por un plazo de cinco años. (fs. 814) Y es en este punto donde no se han otorgado las salvaguardias debidas, sin perjuicio de haberse establecido que los actos de disposición deberán ponerse en conocimiento de ese Tribunal a los fines del ejercicio de la función tuitiva de los derechos del señor D., ya que no debe descartarse la posibilidad que el Sr. D., -por cualquier circunstancia-, no diera a conocer al Tribunal la existencia de tales actos, por lo tanto la única protección posible vinculada a los actos cuyo ejercicio se le ha restringido en la sentencia es su publicidad mediante la inscripción, en el registro pertinente, de la misma (art. 88 Ley 26. 413), haciendo saber específicamente quien ejerce el apoyo, sus funciones y alcances del mismo, -los cuales ya se encuentran estipulados por el tribunal aquo

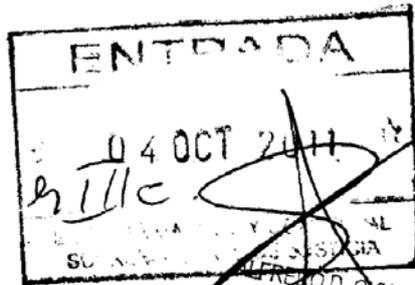
IV- En razón de lo expuesto, propicio a VV. EE hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto, debiendo remitirse la causa a la instancia de origen a fin, que de conformidad con las pautas señaladas, se declare la inhabilitación del Sr. D. E en los términos del artículo 152 ter del Código Civil, se disponga como salvaguarda la inscripción de la sentencia en el Registro del Estado y Capacidad de las Personas, haciendo saber, específicamente, quien ejerce el apoyo, sus funciones y los alcances del mismo, (cuestiones que ya se encuentran fijadas en la sentencia del ad quo).

quo).

Tal es mi dictamen.

La Plata, *Septiembre 27* de 2011,

JUAN ANGEL DE OLIVEIRA
Subprocurador General
Suprema Corte de Justicia



ALFREDO D. CHENART
Secretario de Justicia
Suprema Corte de Justicia