

¿ES POSIBLE LA DECLARACIÓN DE CAPACIDAD PARCIAL?

IS IT POSSIBLE A DECLARATION OF PARTIAL CAPABILITY?

Isabel Lucía Alem de Muttoni ()*

I. Introducción

El presente trabajo se vincula al análisis del caso jurisprudencial que se adjunta al presente, dictado en el año 2007, en el que el Tribunal rechaza el pedido de declaración de inhabilitación solicitado por la madre a un joven mayor de edad con síndrome de Down, declarando su incapacidad parcial para determinados actos. El fallo en cuestión se funda en normas locales e instrumentos internacionales de rango constitucional que hacen hincapié en la protección de personas con discapacidad, otorgándoles derechos y obligaciones a fin de integrarlas de forma igualitaria al resto de los habitantes.

En mi análisis haré una síntesis de las diferentes posiciones que sobre la cuestión tienen la doctrina, la jurisprudencia y la ciencia médica, conforme a la normativa vigente al tiempo de la sentencia; la que se basó en antecedentes del derecho comparado para resolver el caso.

En el mes de noviembre de 2010, cuando había iniciado a trazar los lineamientos de esta labor, se sancionó la ley de Salud Mental N° 26.657, que deroga la Ley 22.914, modifica el Código Civil introduciendo el artículo 152 ter y sustituye el artículo 482 del mismo. Las nuevas disposiciones introducidas a nuestro Código Civil reflejan los nuevos paradigmas sobre la ampliación de la capacidad para las personas con trastornos mentales, por lo que puedo decir con certeza que el fallo analizado fue premonitorio.

Al final del estudio hago referencia a las nuevas normas en base a las versiones taquigráficas del Senado de la Nación, tomando exclusivamente lo referido al derecho ya que el enfoque interdisciplinario que tiene la cuestión excede el marco de esta investigación.

II. Síntesis del fallo

En el año 2007, la madre de un joven de 22 años con síndrome de Down, se presenta ante el Juez de Federación, Provincia de Entre Ríos, promoviendo juicio de in-

(*) Profesora de Derecho Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba-Argentina. Coordinadora de Extensión del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la misma entidad.

habilitación para disponer de los bienes de su hijo. Basa su pretensión en el informe psicopedagógico donde fue diagnosticado con “Deficiencia mental de grado leve”, por lo que solicita se declare su inhabilitación y no la incapacidad, teniendo en cuenta que lo que se pretende es limitar la capacidad de su hijo y no encasillarlo como incapaz absoluto. Se da curso a la acción con intervención del ministerio público, se le designa un curador provisional, los que manifiestan no tener objeciones que formular al pedido de la progenitora. Pasados los autos a sentencia se resuelve denegar la petición de inhabilitación y decretar la incapacidad parcial del joven. El mismo queda interdicho para realizar actos de disposición, administración y garantía de bienes muebles e inmuebles, y se fija el importe para los negocios que está autorizado a realizar. Se la nombra curadora a su madre quien deberá pedir autorización para los actos en que su hijo es declarado incapaz, con la obligación de concurrir en el plazo de cinco años al juzgado a los efectos de proceder al análisis de la causa y si corresponde dictar una modificación. Se ordenan los oficios pertinentes a los registros de estado y capacidad, y los de propiedad donde tuviera bienes el interesado. Lo novedoso del fallo es que se ordena librar oficio a las Cámaras de Diputados y Senadores de la Nación a fin de que procedan al estudio del caso y eventualmente se dicte legislación sobre el tema sometido a sentencia.

III. Identificación del tema: ¿Es posible la declaración de capacidad parcial?

En adelante, al referirme a las facultades otorgadas al joven mayor de edad con síndrome de Down, insisto en “la capacidad parcial del mismo”, siguiendo la valiosa doctrina en la que se funda el fallo.

La madre peticionante basa su pretensión en el informe psicopedagógico realizado por la profesional que lo trataba desde 1994, en el que se le diagnostica “Deficiencia mental de grado leve”, lo que la lleva a pedir se declare judicialmente su inhabilitación y no la incapacidad, teniendo en cuenta que lo que se pretende es limitar la capacidad de su hijo y no encasillarlo en categorías como la incapacidad absoluta.

III a. Capacidad - Incapacidad

Siguiendo la técnica propuesta, voy a caracterizar la capacidad de hecho como: “la aptitud o grado de aptitud de las personas de existencia visible para ejercer por sí actos de la vida civil”. Correlativamente, “son incapaces de obrar o incapaces propiamente dicho, aquellas personas que por incapacidad física o moral de obrar, o que por su dependencia de una representación necesaria, no pueden ejercer por sí actos de la vida civil para ser titular de derechos y obligaciones” (1).

Buteler sostiene que la incapacidad de hecho aprovecha, única y exclusivamente al incapaz, está instituida en beneficio de éste, y organizada por la ley para dispensarle protección (2).

(1) BUTELER, José A. *Manual de Derecho Civil*, Parte General, Advocatus, 2000.

(2) *Ibídem*.

III b. Discapacidad e invalidez. Síndrome de Down

Partiendo de un punto de vista puramente semántico, discapacidad supone separación de capacidad, mientras que la minusvalía supone una deficiencia orgánica y psíquica.

Siguiendo a los profesionales de la salud, se sostiene que la invalidez se relaciona, cualquiera sea la causa generadora, con una disminución de uno o más de los sistemas que componen el cuerpo humano (ej: locomotriz, digestivo, respiratorio, cardiovascular, nervioso, cerebral, etc.), lo que normalmente se estima en más de las dos terceras partes de la capacidad profesional o laboral en general.

En cambio, el discapacitado es aquel que habiendo sufrido una merma en uno o más de los sistemas que componen el organismo, ya sea secuela de un accidente o de una enfermedad, o que tenga origen congénito, dicha disminución no alcanza a los niveles mencionados, evaluando sus aptitudes profesionales, su capacidad intelectual para emprender alguna tarea acorde con la capacidad restante, teniendo en cuenta edad, fuerza espiritual, y ambiente en el que se desenvuelve.

Asimismo, la Organización Mundial de la Salud define a la discapacidad como “la pérdida de la capacidad funcional secundaria, con déficit en un órgano o función, y que trae como consecuencia una minusvalía en el funcionamiento intelectual y en la capacidad de afrontar las demandas cotidianas del entorno social” (3).

La Asociación Argentina de Síndrome de Down define a la dolencia como “una alteración genética que se produce en el momento mismo de la concepción, al unirse el óvulo y el espermatozoide. La causa que la provoca es, hasta el momento, desconocida. Cualquier persona puede tener un niño con síndrome de Down, no importa su raza, credo o condición social. Todos nosotros tenemos 46 cromosomas en cada una de nuestras células: 23 provienen de la madre y 23 del padre.

Tanto uno como otro pueden poseer un cromosoma de más, ya sea en el óvulo o en el espermatozoide. De esta manera uno de los dos aportará 24 en lugar de 23 cromosomas y nacerá entonces una persona con síndrome de Down, que tendrá en total 47 en vez de los 46 correspondientes. Ese cromosoma extra se alojará en el par 21 y, por eso, se conoce con el nombre TRISOMIA 21 (tres copias del cromosoma 21)”.

El diagnóstico que se les realiza es básicamente clínico. Esto quiere decir que en el momento del nacimiento y, ante ciertos rasgos físicos, se tiene una presunción del síndrome.

El estudio genético se hace para confirmar ese diagnóstico presuntivo y para explicar el mecanismo por el cual se produjo la alteración cromosómica que hizo que naciera un bebé con síndrome de Down.

(3) GONZALEZ MAGAÑA, Ignacio, “Algunas consideraciones acerca de las respuestas que debe brindar el estado frente a las personas con discapacidad”, *LA LEY, Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, setiembre 2010, p. 268 y ss.

El recién nacido tiene o no tiene síndrome de Down. No existen grados intermedios. Si un bebé presenta pocos signos externos no significa que se trate de un “Down leve”, sino de un niño con signos atenuados. Lo mismo ocurre ante la ausencia de enfermedades o de complicaciones de salud. Éstas son condiciones positivas, que proveen una buena base, pero no determinan un proceso evolutivo posterior.

La deficiencia sería una pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiología o anatómica.

La discapacidad consistiría en una restricción o ausencia, debido a la deficiencia, de la capacidad de realizar una actividad normal afectando globalmente al individuo.

La minusvalía sería la desventaja de un individuo a consecuencia de una deficiencia o discapacidad que le limita o impide el desempeño de un rol normal.

Deficiencia Mental: “dos aspectos describen el desarrollo cognoscitivo de los retrasados mentales (...) la reducida rapidez del desarrollo y la fijación en los estadios inferiores de la organización cognoscitiva”.

En mi opinión, conforme lo expuesto, en el caso sujeto a estudio estamos en presencia de una discapacidad mental que, conforme los conceptos expuestos, consiste en una restricción o ausencia leve de la capacidad para desenvolverse en forma normal en los actos sujetos a restricciones.

III c. Inhabilitación - Interdicción

La inhabilitación tiene como presupuesto conocimientos de la medicina relacionados con los dos conceptos desarrollados precedentemente. La inhabilitación judicial es una institución que tiene por objeto la protección de personas que padecen determinadas deficiencias psíquicas o de conducta, y pueden llevar a cabo actos perjudiciales para su patrimonio o su persona. Según el Código Civil, para que una persona sea inhabilitada debe ser débil mental, alcohólica, toxicómana o pródiga.

La debilidad mental es un estado intermedio entre la plena normalidad y la alienación. Se trata de una zona de penumbra, de límites difusos, que deben ser considerados y definidos en cada caso particular, en la que podemos encontrar a sujetos cuyas facultades mentales no se han desarrollado normalmente o se han deteriorado total o parcialmente, pero siempre de forma más o menos permanente. Sin embargo, conservan, aunque disminuido, el uso de razón, y pueden, aunque con restricciones, actuar en derecho (4).

Siguiendo con el análisis de los conceptos claves, se define la interdicción como “acción y efecto de interdecir, de vedar o prohibir. Es pues, la situación en que se encuentran las personas que han sido incapacitadas para la realización de todos o de algunos actos de la vida civil: dementes, pródigos, quebrados y condenados a ciertas penas, que

(4) GHIRARDI, Juan Carlos, *Inhabilitación Judicial*, Astrea, 1991, p. 46.

puede también alcanzar a la privación de derechos políticos. Únicamente por decisión judicial puede ser sujeta a interdicción una persona” (5).

De ahí conforme a la obra citada, “interdicción civil” está definida como “el estado de una persona a la que judicialmente se ha declarado incapaz, por la privación de ejercer ciertos derechos, o por razón de delito o por otra causa prevista en la ley”. En el caso sujeto a estudio, el tribunal dispone “queda interdicto para realizar actos de disposición, administración, garantía...” (ver punto 1 del resuelto).

IV. Descripción narrativa, el caso y sus contextos

Si estudiamos al caso como una entidad, vale resaltar los fundamentos del fallo expuestos en el considerando, dando respuesta a lo solicitado por la madre para que se la designe curadora del joven de 22 años, analizando los hechos y luego el derecho aplicado en la sentencia, se explicitan motivos: *“dado que por enfermedad que padece no puede desempeñarse con plena aptitud en todas sus relaciones, sin embargo no por ello debe incapacitárselo”*.

Conforme al principio *iura novit curia*, el juez aplicará la solución que resulte adecuada al caso, aunque no resulte jurídicamente a lo *“expresamente solicitado”*; se toma la libertad necesaria para el caso concreto. Sostiene que el *“problema abarca una cuestión mayor, pues debe enmarcarse dentro de la situación de personas con discapacidad en general”*. Señala que *“es evidente que el esfuerzo de los familiares, especialmente los padres, las instituciones educativas, educadores en general y las ONG, y los buenos resultados obtenidos en la integración de las personas con síndrome de Down no encuentran correlato en la legislación”*.

El informe médico señala *“coeficiente intelectual superior al 50% sobre cuatro grados posibles (...) por lo que está capacitado para realizar actividades rutinarias, independientes o bajo relación de dependencia, trabajos simples, repetitivos, preferentemente de orden manual, conoce el valor del dinero, y es hábil en transacciones simples de compraventa habituales, pero no se encuentra en condiciones de administrar su patrimonio sin la supervisión de un tercero o curador”*; *“no se encuentra en condiciones de asumir y comprender una relación de pareja”*.

El juez da una definición del caso cuando señala que en la entrevista personal mantenida con el joven, dice textual: *“me ha provocado un profundo convencimiento de que él no es de ninguna manera un ‘incapaz’ (...) posee una notable capacidad para comunicarse y una extrovertida personalidad y con ello puede superar muchas limitaciones que le impone su congénita afección”*.

Hace luego una pormenorizada enunciación de las habilidades del joven sobre todo con el uso de la tecnología, y en el desempeño personal demostrativo de su autonomía. El mismo vive solo en un departamento independiente junto al de su madre. Dentro del

(5) OSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Ed. Heliastás, año 1994, p. 521.

contexto señalado vale resaltar: *“logra superar su ‘analfabetismo’ mediante la memorización de las palabras, los números, pareciera que los iconografiza y de este modo logra desenvolverse con naturalidad en una vida que no le depara mayores preocupaciones”, “a pesar de estar intelectualmente limitado, en todo momento demostró que posee un pensamiento lógico y una llamativa memoria”*.

Lo expuesto se corresponde a los puntos que a mi criterio son los valiosos a los fines de la sentencia, en cuanto a las habilidades que posee el joven y la mayoría de las personas con síndrome de Down y otras con afecciones mentales, que evidencian la discapacidad o invalidez de la persona, por lo que el informe médico es la base sobre la que el juez deberá sujetarse en la sentencia.

Comparto también la tesis de que esa prueba pericial debe ser acompañada por otras certidumbres, ya que si la pericia médica se inclina por la enfermedad del presunto insano, el juez sobre la base de otras pruebas traídas a la causa, como en este caso la entrevista personal con el joven, acompañada a la sana crítica racional del mismo, podría apartarse del informe médico e inclinarse hacia la capacidad.

Lo dicho por el juez anticipa lo dispuesto por el nuevo artículo 152 ter, incorporado recientemente al Código Civil, cuando señala que la declaración de *“inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias”*. La nueva fórmula incorpora además la actuación de profesionales de otras disciplinas, como son psicólogos, asistentes sociales, docentes y de aquellos profesionales que participan en la rehabilitación y recuperación del paciente.

V. Desarrollo de los temas claves: inhabilitación - procedencia - encuadre legal

El fallo, en sus considerandos, en referencia al tratamiento legal de la cuestión señala: *“se desprende del Código Civil que tiene dos fórmulas básicas para tratar la aptitud de las personas, o las considera capaces o bien incapaces. Y como una suerte de tercius genus, admite la inhabilitación que es un régimen que partiendo de la capacidad, le impide al inhabilitado la realización de ciertos actos si no cuenta con la voluntad complementaria de un curador”*.

Sigue explicando que la incapacitación en este caso no es la respuesta adecuada, pues la incapacitación en su formulación negativa fue pensada como un instrumento de protección de las personas con síndrome de Down y cita a Santos en su artículo publicado en La Ley, 1998-C, 688/9.

Sigue explicando el juzgador que tampoco es apropiado optar por el régimen de la inhabilitación. El área especialmente afectada por la sentencia de inhabilitación se circunscribe en principio a la posibilidad de realizar actos de carácter patrimonial. *“No resulta ocioso asimismo, que la sanción de la ley 17.711 introdujo una figura alternativa a la dicotomía sano/insano, cual es la inhabilitación regulada en el art. 152 bis, que reza: ‘Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por acto entre vivos, los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso’”*.

De la redacción del artículo citado, se desprende que, mientras en la declaración de insania o demencia la regla es la incapacidad, en la inhabilitación el principio es la capacidad. En este sentido, el “inhabilitado”, excluido de las disposiciones de los artículos 54 y 55 del CC, es una persona “capaz de hecho”, que puede ejercer por sí mismo sus derechos y realizar en general todos los actos de administración atinentes a su patrimonio, salvo aquellos que puedan comprometer de algún modo sus bienes, para los cuales necesitará la asistencia de su curador (6).

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. En principio la inhabilitación recae sobre actos dispositivos. El resuelvo dispone: *“Quien queda interdicto para realizar actos de disposición, administración y garantía, de bienes inmuebles, muebles registrables, y otros bienes de cualquier tipo cuyo importe supere el 50% de un salario mínimo vital y móvil, de cualquier naturaleza y por cualquier título inclusive los que refieran a aceptación de herencias y donaciones, o de gravar los mismos. Y todo negocio que carezca de monto o sea indeterminado, o cuyo cumplimiento en cualquier forma importe superar la suma mencionada. Para realizar actos que importen cambiar su estado civil, reconocer hijos u obligaciones alimentarias. Para ocupar cargos electivos, públicos o privados en los que intervenga de administrador o director; y para intervenir en juicio, conservando sus derechos electorales activos, en elecciones generales como así también en entidades asociativas sin fines de lucro. El nombrado conserva todos los derechos no alcanzados por la interdicción, debiendo su ejercicio someterse a las leyes y reglamentos que los regulen.”* Frente a los actos de administración, la ley exige que el juez disponga cuáles son los que abarca la curatela (7).

No alcanza sólo con la voluntad del curador, sino que en los actos complejos se debe solicitar la intervención judicial y lo dice en el resuelvo al punto primero:

“(L)e impone la obligación de informar a este juzgado de todas aquellas circunstancias que ameriten la intervención para salvaguarda de los intereses de su hijo o para evacuar consultas sobre el alcance de la capacidad de su hijo respecto de algún acto o negocio en particular”; punto 4: “4) Concurran en el plazo de cinco años la curadora con el interesado nuevamente a este juzgado a efectos de proceder nuevamente al estudio de la causa y analizar si corresponde modificar la presente”

Es importante el protagonismo del juez cuando dice: *“debo dar una respuesta más allá del Código Civil. La adecuada atribución de capacidad legal constituye un verdadero imperativo constitucional”*.

Estamos en presencia de una capacidad parcial. El fallo analizado hace consonancia con otros dictados en otras jurisdicciones, como el citado al pie dictado en Mar del Plata, que introduce para fundamentar la decisión los tratados internacionales; al Dr. Bidart Campos, que sostiene la aplicación de las convenciones internacionales. Así,

(6) FAMA, María Victoria, “Salud Mental y Derechos Humanos hacia un sistema de gradualidad de capacidades”, *Derecho de Familia*, N° 31, Lexis Nexis, p. 69 y ss.

(7) CIFUENTES, Santos, *Código Civil Comentado*, Tomo I, p. 114, LA LEY, 2005.

expresa: *“aquella preocupación genera la necesidad de un dinamismo creativo que opere sobre la realidad adversa a fin de que el sistema global de derechos (...) no se atrofie ni se castre en el anquilosamiento de la letra (...) de la ley”*. Siguiendo esa posición en el mismo fallo se cita a los Dres. Nora Lloveras y Marcelo Salomón que sostienen: *“e) El Poder Judicial como principal custodio del control de constitucionalidad del sistema jurídico argentino debe repensar la solución que aplica a cada caso, a la luz de la integridad del derecho de familia que incluye inexorablemente los principios que surgen de los tratados internacionales de derechos humanos, no limitándose a la aplicación de las normas de segundo grado; f) Es exigible salvaguardar en las relaciones de familia, los derechos humanos presentes en los tratados internacionales que han recibido rango constitucional; g) Los instrumentos existen a disposición de los jueces para resolver conforme a la Constitución Nacional, ésta es la perspectiva diferente que debe imponerse, conforme a la fuerza normativa de la Carta Magna”* (Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo, *“El Derecho de Familia y los derechos humanos: una perspectiva obligatoria”*, en Homenaje a la Dra. María J. Méndez Costa, obra colectiva de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2001, p. 215) (8).

El juez de Federación, para fundamentar su decisión a favor de la capacidad parcial toma del bloque federal constitucional numerosas disposiciones de la legislación internacional y resoluciones de organismos internacionales (9).

VI. Observaciones

El 2 diciembre de 2010 se promulgó la Ley N° 26.657 de Salud Mental que incorpora el art. 152 ter del Código Civil el que quedará redactado de la siguiente forma: *“Artículo 152 ter: Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (9) años y deberán especificar las funciones y actos*

(8) Citar Lexis N° 35010953, Tribunal: Trib. Familia Mar del Plata, n. 2 Fecha: 26/12/2006, Partes: N., D. A. Publicado: LNBA 2007-12-1380. TUTELA Y CURATELA - Curatela - Categorías - De inhabilitados - Síndrome de Down - Curatela compartida - Inconstitucionalidad de los arts. 478 y 386 párr. 1° CCiv. - Patria potestad.

(9) Al respecto pueden citarse en la Legislación Internacional, las siguientes Convenciones Internacionales contra la Discriminación: - Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. - Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. (Aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 1999). - Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”. Preámbulo. Y los siguientes documentos ONU: - Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza. Adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Entrada en vigor: 22 de mayo de 1962, de conformidad con el artículo 14. - Declaración Universal de los Derechos Humanos. - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976. - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión

que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”

La redacción del nuevo artículo nos vincula a los fundamentos del fallo analizado; la reciente sanción merece ser tenida en cuenta ya que tiene tres puntos anticipados en la sentencia: 1) Examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias; 2) Temporalidad legal de tres años a la sentencia, con el fin de analizar la causa para su ratificación o rectificación; 3) Enumeración taxativa de las funciones y actos que se limitan, lo que significa cambiar el paradigma de la inhabilitación e incapacidad dando a la persona mayor autonomía.

Esta norma tiene su antecedente en el Proyecto de Reforma de 1998, libro II, Título I, Sección Segunda, que se denomina: Interdictos por causas psíquicas. Artículo 32: *“Sentencia. Alcance de la incapacidad. La sentencia que declara la interdicción debe determinar la extensión y los límites de la incapacidad a tal efecto, si el estado del interdicto lo hace posible y conveniente, el tribunal debe especificar los actos que el interdicto puede realizar por sí o con asistencia del curador. Si el tribunal considera que la persona está en situación de conservar su capacidad con ciertas limitaciones a los poderes de disposición, puede declarar su inhabilitación”* (10).

En los fundamentos del Proyecto se sintetiza la esencia de la reforma propiciada, *“En el Proyecto se establece en cambio que el grado de incapacidad del interdicto por causas psíquicas debe ser determinado por el tribunal, quien fija la extensión y límites de la incapacidad, pudiendo indicar cuáles actos puede otorgar el interdicto por sí mismo o con asistencia del curador. Se recoge así la experiencia del derecho comparado y lo propiciado por la ciencia médica”* (11).

La ley de Salud Mental ha receptado las normas internacionales que desde 1994 se encuentran incorporadas a la Constitución Nacional y es lo que conocemos como “Derecho Convencional”, además de la legislación comparada que cita el sentenciante, Es impor-

por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976. - Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. Resolución Aprobada por la Asamblea General, Cuadragésimo octavo período de sesiones, de 20 de diciembre de 1993. - La OIT tiene por su parte: C100 Convenio sobre Igualdad de Remuneración, 1951. - C111 Convenio sobre la Discriminación (empleo y ocupación), 1958. - C122 Convenio sobre la Política del Empleo, 1964. - C159 Convenio sobre la Readaptación Profesional y el Empleo (personas inválidas), 1983. - C168 Convenio sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo, 1988. Dentro de las normas del derecho positivo nacional se han dictado las siguientes leyes: La ley Antidiscriminación N° 23.952. Ley de creación del INADI N° 24.515, instituto encargado de elaborar políticas nacionales y medidas concretas para combatir la discriminación, la xenofobia y el racismo. El decreto 1086/2005 crea el Plan Nacional Contra la Discriminación. La Ley 25.785 impone que un cupo mínimo del 4% de los programas sociolaborales financiados por la nación deben destinarse a personas con discapacidad. En nuestra provincia desde el año 1982 rige la Ley n° 6866 de Protección de Discapacitados.

(10) Proyecto de Código Civil de la República Argentina, Abeledo Perrot, 1999.

(11) Ob. Cit, pág. 23.

tante el artículo 501 del Código Francés (12), la ley alemana de 1992, que ha suprimido la interdicción por causas de enfermedades mentales que en su Código Civil acarrea la incapacidad absoluta, resaltando que las únicas causas de limitación plena de la capacidad de obrar son las del menor de siete años y la de quienes padecen una enfermedad mental que excluye el libre ejercicio de la voluntad. Al lado de esas incapacidades plenas coexisten las causas de capacidad restringida, entre las que se encuentran aquellas que en razón de una enfermedad psíquica o de una disminución psíquica o mental no pueden administrar sus asuntos, total o parcialmente. En este último caso, la ley prevé un sistema de asistencia que no supone por sí un menoscabo a la plena capacidad” (13).

La ley italiana de 2004, modifica el artículo 405 al Código Civil italiano, introduciendo la figura de la *amministratore di sostegno* a los fines de tutelar la autonomía en el desarrollo de la vida cotidiana de la persona con las menores limitaciones posibles a su capacidad de obrar (14). Las funciones del administrador serán definidas por el juez teniendo en cuenta la situación de cada persona y serán conforme los propósitos del beneficiario (15).

En los países limítrofes tienen la clasificación nuestra anterior a la reforma de la ley 17.711, sin estadíos intermedios, sujetos a curatela. En Uruguay se ha sancionado en el año 2009, la ley sobre discapacidad muy parecida a la nuestra de salud mental, está referida más los derechos de asistencia médica, educativa, laboral, crea el Pronadis, un programa con actividades a cargo del Estado, tendiente a la inclusión sobre todo laboral de las personas con discapacidad.

En Chile está en marcha una reforma a la ley de discapacidad para actualizarla conforme a las convenciones internacionales mencionadas. Existe, además una modificación en proyecto al Código Civil y otros textos en materia de cambio de la denominación de la causal de incapacidad absoluta “demencia” por “discapacidad mental de grado grave o profunda, esto como una forma de homologar el texto del Código Civil al tratamiento de la ley 18.600 (16). Otros proyectos expresan la necesidad de modificar el Código Civil, es-

(12) Código Francés: “CAPITULO III - De los mayores bajo tutela Artículos 492 a 507 Artículo 492 Se abrirá una tutela cuando un mayor de edad, por una de las causas previstas en el artículo 490, necesite ser representado de una manera continua en los actos de la vida civil. Artículo 501 Al abrir la tutela o en una sentencia posterior, el juez, tras dictamen del médico de cabecera, podrá enumerar ciertos actos que la persona bajo tutela tendrá capacidad para realizar por sí misma, bien sola, o bien con la asistencia del tutor o de la persona que sustituya” ([legisfrance.gouv.fr/le service public de la diffusion du droit](http://legisfrance.gouv.fr/le_service_public_de_la_diffusion_du_droit)).

(13) TOBIAS, José W. “El nuevo instituto de l’ *amministratore di sostegno* y las reformas a los institutos de la interdicción y la inhabilitación en el Código Civil Italiano”, LA LEY, 2005-A, 1200 referenciado por Famá Victoria, artículo citado de Lexis Nexis 31-2005.

(14) Código Civil Italiano: Artículo 405 “El beneficiario conserva la capacidad de obrar para todos aquellos actos que no requieran la representación exclusiva o asistencia necesaria del administrador de apoyo puede en cualquier caso cumplir los actos necesarios para satisfacer las exigencias de la vida cotidiana”.

(15) TOBIAS, José W., LA LEY, 2005-A, 1200.

(16) Artículo 2°. - Para los efectos de la presente ley se considera persona con discapacidad mental a toda aquella que como consecuencia de una o más limitaciones síquicas, congénitas o adquiridas previsiblemente

tableciendo la autodesignación de curador en previsión de una futura discapacidad, con el fin de que toda persona en previsión de una incapacidad futura pueda autodesignarse mediante escritura pública a una o más personas mayores de edad como sus curadores generales para tomar las decisiones sobre actos que le conciernan, en caso de hallarse privadas de discernimiento. Otros proyectos en marcha apuntan a la inclusión en el sufragio, cumplir voluntariamente el servicio militar obligatorio, otros proponen la incorporación en el mundo del trabajo, libertad ambulatoria en lugares públicos, promover la plena integración de las personas con discapacidad y consagrándolo expresamente en la constitución de la república (17).

En Brasil, el Código Civil los trata en el libro I, de las personas naturales, en el artículo 4º, incisos II y III, relativo a los discapacitados mentales como personas incapaces con relación a ciertos actos y al modo de ejercerlos, los que llama “deficientes mentales, o con discernimiento reducido o sin desenvolvimiento mental completo” sujetos al régimen de la curatela (18).

En el mismo país, la Constitución de 1988 y los derechos universales, reconocen la necesidad de abordar cuestiones específicas relativas a la salvaguardia de los derechos de las personas con discapacidad. Por lo tanto, en 1989, la Ley Nº 7853 que promueve el cambio de paradigmas en las cuestiones relativas a este segmento, proporcionando apoyo para las personas con discapacidad y su integración en la sociedad, la definición de la responsabilidad del Estado para garantizar, derechos fundamentales, incluidos los derechos a la educación, salud, trabajo, ocio, seguridad social, bajo la protección de la infancia y la maternidad y en virtud de la Constitución y las leyes constitucionales, que se refieren al bienestar, el desarrollo social y económico.

Sigue en su quehacer el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas que afirma las medidas del Gobierno para mejorar la situación de las personas con discapacidad debe necesariamente estar vinculado a la prevención, rehabilitación y equiparación de oportunidades.

Se ha creado un a Secretaria Especial sobre cuestiones relativas a las personas con discapacidad: Secretaría para la Promoción de los Derechos de las Personas con Discapacidad - Secretaría Especial de Derechos Humanos / PR que está en la aplicación del Decreto 5296/2004, publicado en el Gobierno del Presidente Lula en 2004. La campaña

de carácter permanente y con independencia de la causa que las hubiera originado, vea obstaculizada, en a lo un tercio su capacidad educativa, laboral o de integración social. Se entiende disminuida en un tercio la capacidad educativa, laboral o de integración social de la persona cuando, considerando en conjunto su rendimiento en las áreas intelectual, emocional y conductual, y relacional, se estime que dicha capacidad es igual o inferior al setenta por ciento de lo esperado para una persona de igual edad y condición social y cultural medido por instrumento validado por la OMS y administrado individualmente. (Ley 19.735 Art. Único N 22.06.2001) BCN Ley Chile, MINISTERIO DE PLANIFICACION Y COOPERACIÓN.

(17) Tesis de Integración Social, Escuela de Trabajo Social, Universidad Católica, Raúl Silva Henríquez e Instituto Nacional de Estadísticas (INE), 213.

(18) Ley 10.406, 10/01/2002 nuevo Código Civil brasileño 6 de enero 2003 (artículos 1767 y siguientes) (www.brasil.gov.br).

fue lanzada en mayo de 2006 durante la Primera Conferencia Nacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyo tema fue “Accesibilidad”. Es una campaña de sensibilización y movilización de la sociedad para la eliminación de las barreras de actitud, la información, la arquitectura, entre otros, que impiden que las personas con discapacidad o movilidad reducida a participar efectivamente en la vida social.

El objetivo de la campaña es promover el conocimiento y fomentar una acción proactiva hacia la construcción de una sociedad integradora, la solidaridad y que permita la igualdad de oportunidades.

Se han unido a la Campaña la Corte Suprema, los fiscales federales, gobiernos estatales, municipios, actividades de promoción privada, los consejos nacionales, las figuras públicas. La adhesión de los clubes de fútbol, los deportes de masas y un gran apoyo popular, para asegurar los derechos de las personas con discapacidad” (19).

VII. Conclusiones: nueva ley sobre salud mental

Al comenzar el estudio del fallo sostuve que era anticipatorio a lo que después se convirtió en legislación objetiva con la sanción de la nueva ley de salud mental que introduce la incorporación del artículo 152 ter al Código Civil, y la nueva redacción del 482 del mismo Código.

¿Cuáles fueron a mí entender los párrafos premonitorios? Son: *“Indudablemente en este caso en particular, ni la interdicción ni la inhabilitación tal cual están legisladas dan una respuesta constitucionalmente válida. De allí que siguiendo el mandato constitucional debo dar una respuesta que tutele de manera efectiva los derechos del interesado más allá del Código Civil”; “Es por ello que las medidas adoptadas en protección del propio interesado deben ser revisadas periódicamente, estimando el suscripto en una primera oportunidad en cinco años un lapso prudencial en el cual debe revisarse lo aquí resuelto.” En el resuelto dispone: “Denegar la petición de inhabilitación solicitada y decretar la incapacidad parcial de (...) quien queda interdicto (...)”; (E)l nombrado conserva todos los derechos no alcanzados por la interdicción”; “concurran en el plazo de cinco años la curadora con el interesado”; “librar oficio a las Cámaras de Diputados y Senadores de la nación (...) a efectos de considerarlo pertinente procedan al estudio y eventual legislación de la cuestión, con las observaciones formuladas en los considerandos”*

Rescato del fallo analizado dos cuestiones: 1) Denegación de la petición de inhabilitación al resolverla por medio de una incapacidad parcial, a la que me atrevo a denominarla “*capacidad parcial*”. Siendo la capacidad la generalidad, que abarca a todas las personas bajo ciertas condiciones, será el juez el encargado de determinar cuáles son los actos que le están vedados al peticionante, conforme a la prueba rendida. Se tiene

(19) Acción para el Decenio de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad, 2006-2016, OEA.Coordinador de Información: Lilia Novais Comentario: José Rafael Miranda - Jefe de Gabinete-Final de Revisión y Aprobación: Dra. Isabel de Loureiro Mayor. Secretario para la Promoción de los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Secretaría. Especial de Derechos Humanos de la Presidencia de Brasil. Brasilia-DE, 02 de febrero de 2010. Consulte la Dra. Eneida Ferrer, Director Técnico SEDISCAP.

en cuenta a la persona individualmente, al caso particular, que es lo que la reforma sancionada aspira en el artículo 152 ter in fine, cuando dice: “*procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible*”.

En esta labor pretendo cambiar el sentido de las palabras, como un movimiento permitido en la semántica, es lo que se llama la evolución del significado. La evolución del progreso científico y social, como asimismo el avance de la técnica, que obliga muchas veces a dar a un concepto la denominación de otro. Propongo, en este caso, en adelante la denominación a utilizar de “capacidad parcial”. Esta nueva significación tiene que ver también con la nueva ley que se denomina de Salud Mental, ya no de enfermos mentales, ni de discapacitados mentales, se trata de realizar un desplazamiento de un modo anterior de significado en el que han contribuido varios factores el progreso científico, y leyes internas de orden afectivo, que no siempre pueden ser formuladas (20).

Es decir reconocer a la persona en su posibilidad de independizarse en todos aquellos actos y funciones, que hagan posible su autogestión, manejar su dinero, realizar compras, concurrir a establecimientos educativos, recreativos, participar en competencias, y todas las demás actividades que refuerzan su dignidad como persona.

2) Temporalidad de la resolución: al imponer a la curadora la obligación de regresar en el término de cinco años, tiene su razón de ser en que actualmente la ciencia médica descubre terapias de rehabilitación constantemente, que pueden hacer cambiar el pronóstico de la dolencia (21). La legislación vigente prescribe que los certificados de discapacidad se dan por el término de 5 a 10 años (22), extendido por el Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de las Personas con Discapacidad acredita plenamente la discapacidad en todo el territorio Nacional en todos los supuestos en que sea necesario invocarla.

El término de tres años impuesto por la nueva norma es muy exiguo, y estaría en colisión con el piso de la ley nacional que va a traer aparejada no pocos inconvenientes a los profesionales de la salud que son quienes los expiden.

(20) VILCHES ACUÑA, *Semántica Española, Acepciones primitivas y cambio de significado en las palabras españolas*, Ed. Kapeluz, 1954, p. 16, OROZ, Rodolfo, *La vida de las palabras*, en Conferencia de divulgación científica, Universidad de Chile, 1930.

(21) LEY N° 24.901, art. 3° - Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad.

(22) Acceso a la cobertura integral de las prestaciones básicas de habilitación y rehabilitación - Ley N° 24.901. Cobertura integral de medicación - Ley N° 23.661 art. 28-. Cobertura integral de tratamiento psicológico y/o psiquiátrico, incluido el grupo familiar. Cobertura integral de alimentación dietoterápica que no se produzca en el país. Diagnóstico, orientación y asesoramiento preventivo para los integrantes del grupo familiar de pacientes que presentan patologías e carácter genético-hereditario. Además facilita la realización de gestiones, tales como: Pase libre en el Transporte Público de pasajeros. Acceso al (logo) Símbolo Internacional de libre estacionamiento (Ley 19.279, art. 12). Exención de la Patente. Régimen de Asignaciones Familiares en ANSES (Ley 22.431, art. 14 bis). Franquicias para la compra de automóvil (Ley 19.279). Explotación de pequeños comercios (Ley 22.431, art. 11). Exenciones de ciertos impuestos. Solicitar empleo en la administración pública. Cobertura integral en sistemas de salud. Entre otras tramitaciones y exenciones. Servicio Nacional de Rehabilitación Ramsay 2250 - (C1428BAJ). Ciudad Autónoma de Buenos Aires - República Argentina. (011) 4783 - 8144 / 9077 / 4354.

La reforma nos plantea también otros interrogantes, que no han sido tenidos en cuenta:

“Del segundo párrafo del texto proyectado, se infiere que cualquiera sea el régimen, en la declaración judicial se debe especificar las funciones y actos que se limitan, lo que significa que no existiría diferencias sustanciales entre la interdicción y la inhabilitación, pues en ambos habría un sistema de capacidad genérica que no haría justificable dos regímenes y que, por lo demás, contraría otras disposiciones del Código Civil, en especial el Artículo 54, que establece la incapacidad absoluta de obrar del interdicto, contrariando el alcance de esta propuesta” (23).

La redacción del artículo 152 ter, contiene recaudos procesales para la sentencia al exigir: *“Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse”*. La norma imperativamente ordena al juez cuál es la prueba con la que ha de valerse para fundamentar su resolución: *“examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias”*. Este requisito demarca el principio de la sana crítica judicial, por la prueba de peritos, al ser esta “interdisciplinaria” se está respetando el derecho del paciente a ser asistido en toda su dimensión como persona.

En los departamentos de Salud Mental de los establecimientos públicos y privados, hay docentes, asistentes sociales, fisioterapeutas, psicólogos y psiquiatras que comparten el mismo objeto de conocimiento que es la salud mental y no por eso se pasa sobre las incumbencias profesionales de cada uno. El saber de cada uno enriquece el diagnóstico y mejora la decisión judicial, hay que tomarlo a esto en sentido positivo.

El objetivo de la investigación era lograr una respuesta al interrogante inicial, ¿es posible la declaración de capacidad parcial? La respuesta es afirmativa, la nueva ley de salud mental en su artículo 3º, nos trae la presunción legal de capacidad, cuando dice *“Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas”*. La misma será parcial ya que en la sentencia se explicitará cuáles son las funciones y los actos que se limitan, con la esperanza para el interesado de que la resolución pueda ser reformulada, con el propósito de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, que en principio son plenamente capaces.

Bibliografía

- BUTELER, José A., *Manual de Derecho Civil*, Parte General, Advocatus, 2000.
- CIFUENTES, Santos, *Código Civil Comentado*, Tomo I, página 114 LA LEY, 2005.
- Código Francés (legisfrance.gouv.fr) le service public de la diffusion du droit.
- Código Civil Italiano (www.italia.gov.it).
- DE SAUSSURE, F. *Curso de Lingüística General*, Editorial Lozada, 1961.

(23) Versión taquigráfica del 23 de noviembre de 2010, donde fue convocado a la Reunión plenaria de comisiones, del Senado de la Nación, en el Salón “Eva Perón” el doctor José Tobías que concurrió en representación de la Academia Nacional de Derecho (www.congreso.gov.ar).

FAMA, María Victoria, "Salud Mental y Derechos Humanos hacia un sistema de gradualidad de capacidades", *Derecho de Familia*, N° 31, Lexis Nexis, 2005.

GHIRARDI, Juan Carlos, *Inhabilitación Judicial*, Astrea, 1991.

GONZALEZ MAGAÑA, Ignacio, "Algunas consideraciones acerca de las respuestas que debe brindar el estado frente a las personas con discapacidad". *Rev. Derecho de Flia. y de las Personas*, LA LEY, N° 8, set. 2010.

GIAVARINO, Magdalena Beatriz, *La autonomía de Gestión patrimonial. Variable en relación "curador" "curado"*, LA LEY, N° 11, dic. 2010.

MENDEZ COSTA, María Josefa, *Derecho de Familia*, Lexis Nexis, N° 31, 2005.

OROZ, Rodolfo, *La vida de las palabras*, en Conferencia de divulgación científica, Universidad de Chile, 1930.

OSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Ed. Heliastas, 1994.

PEREZ RIOS, José Luis, El procedimiento en los juicios de inhabilitación del art.152 bis del Código Civil, *Rev. Derecho de Flia y de las Personas*, LA LEY, N° 6, julio 2010.

Proyecto de Código Civil de la República Argentina, Abeledo Perrot, 1999.

RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte General, Tomo I, Abeledo Perrot. 1994.

ROVEDA, Eduardo G., "Derechos humanos de las personas con padecimiento psíquico. Necesidad de revisar el sistema de capacidad del Código Civil Argentino", *Derecho de Flia. y de las Personas*, LA LEY, N° 1, set. 2009.

STAKE, Robert E. *Investigación con estudio de casos*. Ediciones Morata, Madrid, 1998.

TOBIAS, José W. *La inhabilitación en el derecho civil*, Astrea, 1992.

VILCHES ACUÑA, *Semántica Española, Aceptaciones primitivas y cambio de significado en las palabras españolas*, Ed. Kapeluz, 1954. ♦

SENTENCIA

Tribunal: *Juzg. Civ. Com. e Instr. Federación*

Fecha: 18/05/2007

Partes: S., J. A.

CAPACIDAD - Inhabilitación - Juicio de inhabilitación - Improcedencia - Declaración de capacidad parcial - Mayor con síndrome de Down.

(PUBLICADO EN ACTUALIDAD JURÍDICA, N° 128, JULIO 2007 -MICRO JURIS- 07-2007)

1ª Instancia.- Federación, mayo 18 de 2007.

Resulta: Que a fs. 24/26 se presenta la Sra. M. E. V. de S. con patrocinio del Dr. Humberto A. Hartwig, promoviendo juicio de inhabilitación para disponer de los bienes de su hijo J. A. S., DNI. 30.902.909, de 22 años.

Que basa su pretensión en el informe psicopedagógico realizado por la Lic. Marta Zubieta MP. 0189, quien lo trató desde el año 1994 hasta 1998 en donde fue diagnosticado con "Deficiencia mental de grado leve" lo que la lleva a peticionar se declare judicialmente su inhabilitación y no la incapacidad teniendo en cuenta que lo que se pretende es limitar la capacidad de J. A. S. y no encasillarlo en categorías globales como la incapacidad absoluta.

Que a fs 27/28 se tiene por promovido juicio de inhabilitación contra J. A. S. ordenándose se corra vista al Ministerio Pupilar y por presentada la prueba ofrecida, así también se tiene por presentada a la Sra. M. E. V. de S. en ejercicio de su propio derecho.

Que a fs. 29 comparece la defensora de pobres y menores subrogante y contesta la vista, y estima que se debe dar curso a la acción instaurada.

Que a fs. 42 se designa como curador provisional a la Dra. Patricia M. Cabral, quien a fs. 42 aceptó el cargo.

Que a fs. 45 se fija audiencia testimonial, y a fs. 49 y vta. presta declaración la Sra. S. Z. de P., a fs. 50 y vta. la Sra. M. Z. T. y a fs. 51 y vta. el Sr. C. A. F. D.

Que a fs. 56 se cumple el plazo del traslado ordenado a fs. 52 y se corre vista a ambos Ministerios.

Que a fs. 57 contesta vista la defensora de pobres y menores subrogante manifestando no tener objeciones que formular a la declaración de inhabilitación y designación de la progenitora como curadora de J. A. S.

Que a fs. 58 se pronuncia el agente fiscal y considera procedente la declaración de inhabilitación de J. A. S. y la designación de su madre M. E. V. de S. A fs. 59 se llaman autos a sentencia.

Que a fs. 60 se exhuman los autos y se dispone la realización de un nuevo informe médico del presunto insano.

Que los galenos a fs. 61 cumplen con lo solicitado.

Que a fs. 66 se ordena al psiquiatra forense, incorporado recientemente al tribunal un informe sobre las principales características del síndrome de Down; el que obra agregado a fs. 67 de los autos.

Se llama nuevamente autos para dictar sentencia y,

Considerando: Que debe darse respuesta al pedido formulado por M. E. V. de S., madre de J. A. S., joven de 22 años con síndrome de Down, de que se lo inhabilite. Dado que por la enfermedad que padece no puede desempeñarse con plena aptitud en todas sus relaciones, sin embargo sostiene no por ello debe incapacitárselo.

Ante tal petición puedo en ejercicio de las facultades propias del cargo aplicar la solución que resulte jurídicamente adecuada *-iura novit curiae-* aunque no se corresponda con la expresamente solicitada.

Liminarmente debo hacer algunas consideraciones sobre el tratamiento jurídico que se le da a la cuestión.

En nuestro país son pocas las normas específicas que refieren a la situación de personas con síndrome de Down, sólo se pueden mencionar ley 24716 Ver Texto sobre licencia por maternidad para el caso de nacimiento de un bebe con síndrome de Down y las normas que tratan sobre discapacidad en general y que prevén ciertos beneficios fiscales, laborales y de la Seguridad Social, o bien, para sus familiares a cargo. Sin perjuicio de esta falta de legislación la realidad demuestra una cada vez mayor inserción en nuestra sociedad de las personas con síndrome de Down. La importancia de la cuestión es enorme, basta mencionar que en algún estudio se señala que en la Argentina hay 40.000 familias de personas con síndrome de Down, y uno de cada 671 nacimientos vivos (estadística de la Maternidad Sardá de Buenos Aires), aproximadamente el 0,15% de los nacimientos de un año es de bebés con síndrome de Down (Lic. María C. Millan, en <http://>).

Pero no debe dejar de observarse que el problema abarca una cuestión aún mayor, pues debe enmarcarse dentro de la situación de personas con discapacidad en general; y allí las proporciones se incrementan notablemente. Basta con citar que en un trabajo de María V. Fama (“Salud mental y derecho humanos hacia un sistema de gradualidad”, Revista de Derecho de Familia, n. 31, Ed. LexisNexis), se señalan estudios de la Organización Mundial de la Salud (OMS.) que indican que en el mundo hay 450 millones de personas afectadas con trastornos mentales, neurológicos o de conducta de algún tipo.

También se visualiza que el desarrollo cultural de nuestra sociedad esta muy por delante del derecho y de las acciones directas protectorias que debe adoptar el Estado, es evidente que el esfuerzo de los familiares, especialmente los padres, las instituciones educativas, educadores en general y de las ONGs., y los buenos resultados obtenidos en la in-

tegración de las personas con síndrome de Down no encuentra correlato en la legislación. En el sub case la cuestión tiene las siguientes particularidades.

En autos el informe médico de fs. 61 (Dres. Borghi y Versalli) complementario del de fs. 35 (Dres. Borghi y Cueva) dan cuenta de que “presenta un síndrome de Down de carácter leve, coeficiente intelectual superior a 50% sobre cuatro grados posibles al que seguiría el grado moderado (35 a 40%) grave (20% a 35%) y profundo (menos del 20%). Porcentual establecido sobre la media de la población normal. Por lo que está capacitado para realizar actividades rutinarias, independientes o bajo relación de dependencia, trabajos simples, repetitivos, preferentemente de orden manual conoce el valor del dinero, y es hábil en transacciones simples de compraventa habituales, pero no se encuentra en condiciones de administrar su patrimonio sin la supervisión de un tercero o curador. No se encuentra en condiciones de asumir y comprender los alcances de una relación en pareja. La condición antes descripta es de carácter permanente, aunque tiene capacidad de aprendizaje y para establecer relaciones afectivas, pero sin alcanzar estándares de normalidad”.

Debo destacar que además de las testimoniales, rendidas a fs. 49 y vta. por S. Z. de P., la de fs. 50 y vta. por M. Z. T. y fs. 51 y vta. por C. A. F. D. y especialmente de la extensa entrevista personal mantenida con J. A., me ha provocado un profundo convencimiento de que él no es de ninguna manera un “incapaz”.

Sostengo esto a pesar de que el interesado, no sabe leer ni escribir, y que posee alguna dificultad para modular, posee una notable capacidad para comunicarse y una extrovertida personalidad, y con ello puede superar muchas de las limitaciones que le impone su congénita afección.

Menciono como ejemplo de ello, el hecho de que sabe utilizar una computadora personal, en su casa juega con los videogames, y destaco que en la entrevista que mantuvimos me señaló con soltura las partes de la PC de mi despacho. Conoce el valor del dinero, y realiza las compras de su casa familiar y de lo que necesita para su propio departamento, donde vive solo, sin su madre ni hermanos. A título ejemplificativo menciono que me expresó que había comprado una pelota en \$ 38, pagó con dos billetes de \$ 20 y le devolvieron dos monedas de \$ 1 cada una. Por su parte su madre me comentó que efectivamente iba solo al supermercado, hace las compras y se prepara comidas sencillas, usando la cocina o el horno de microondas. Todo ello sin siquiera ingresar a su casa, pues J. A., vive en un departamento que está pegado a la vivienda familiar e interconectado con ésta, pero con acceso independiente. Entiendo que logra superar su “analfabetismo” mediante la memorización de las palabras y los números, pareciera que las iconografiza y de este modo logra desenvolverse con naturalidad en una vida que no le depara mayores preocupaciones. Me expresó J. A., en la audiencia, y lo corroboró en todo momento su madre, que anda en bicicleta, juega al basket y al fútbol; es más, se demostró como un conocedor de los principales equipos de este deporte, narrándome no sólo algunos nombres de jugadores de su equipo -River Plate-, sino que en la entrevista me contó los resultados de los principales partidos de la última fecha antes de la entrevista.

A pesar de estar intelectualmente limitado, en todo momento demostró que posee un pensamiento lógico y posee una llamativa memoria.

Yendo al tratamiento legal de la cuestión, se desprende del Código Civil que tiene dos fórmulas básicas para tratar la aptitud de las personas, o las considera capaces o bien incapaces. Y como una suerte de *tercius genus*, admite la inhabilitación que es un régimen, que partiendo de la capacidad, le impide al inhabilitado la realización de ciertos actos si no cuenta con la voluntad complementaria de un curador. Es evidente que con las aptitudes que posee J. A., le ha permitido el desarrollo de una vida relativamente sencilla, realizando un aporte útil a la comunidad dentro del marco de sus posibilidades.

Es fácil darse cuenta que la incapacitación en este caso no es la respuesta adecuada, pues la incapacitación en su formulación negativa fue pensada como un instrumento de protección de las personas con síndrome de Down, pero como explica Xanthos (“La enfermedad mental juzgada según el cuadro jurídico de su proyección social”, LL 1998-C-688/9) lleva “al campo de una verdadera despersonalización”. La interdicción niega la existencia de la persona como sujeto de derecho, lo que es lo mismo que decir que lo niega como ciudadano y como integrante de nuestra sociedad.

Tampoco lo es el régimen de inhabilitación pues “El área especialmente afectada por la sentencia de inhabilitación se circunscribe, en principio, a la posibilidad de realizar actos de carácter patrimonial. 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 sus actos posteriores a la sentencia, queda limitada la cuestión a que ellos hayan sido sometidos a restricción especial o general: No son aplicables los arts. 473. Se abre paso a una interpretación que no se detiene allí las posibilidades de las funciones que el juez puede encomendar al asistente -curador-. Se trata de impedir que (los inhabilitados) se infieran daños en la persona o que ello ocurra en el patrimonio. En principio la restricción recae sobre los actos dispositivos. Son éstos los que alteran el capital productivo de los bienes. Frente a los actos de administración, la ley exige que el juez disponga expresamente los que quedan abarcados por la curatela” (Cifuentes Santos, “Código Civil comentado”, t. 1, 2005, Ed. La Ley, p. 114).

Como sostienen Goldemberg, Isidoro H. y Tobias, José W. (“Reformas aconsejables al régimen legal de los dementes e inhabilitados”, LL 1994-C-887) el enfoque de la inhabilitación es “patrimonialista”.

En este caso es evidente que no alcanza con la voluntad complementaria de un eventual curador para tutelar los intereses de J. A. S., pues hay actos complejos que directamente no los comprende, de allí que no necesita un complemento volitivo sino directamente requiere que otro con control judicial disponga por sí. Por ello para ciertos actos la voluntad complementaria sería un riesgo, puesto que en la inhabilitación la intervención del curador cuando se realiza un acto de disposición no requiere de autorización judi-

cial. De allí que no es suficiente garantía, ni protección para los actos complejos la figura de la inhabilitación, pues no lo protege contra los errores y malos manejos del curador. Por otra parte tampoco se justifica la declaración de su incapacidad pues numerosos actos sí los puede realizar, sin necesidad de que su voluntad sea complementada. Por ello considero que una aplicación exegética de las normas sobre capacidad civil, en este caso, importaría hacer operar al derecho como lo sostiene Novoa Monreal como un verdadero obstáculo para el cambio social, y sin dudas acá también se hace “...perceptible la desconexión que existe entre el Derecho y las realidades sociales que hoy vive el mundo” (Novoa Monreal, Eduardo, “El Derecho como obstáculo al cambio social”, 1981, Ed. Siglo XXI, p. 13).

No puede dejar de soslayarse que nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales a los que ha adherido nuestro país, disponen claramente principios aplicables en el sub case tal el de igualdad, no discriminación y progresividad social; principios estos que se conculcarían de no adoptarse una solución adecuada a este caso. La reforma constitucional de 1994, “ha dado lugar a que buena parte de la doctrina constitucional acuñara el concepto de ‘bloque constitucional federal’ para abarcar la cúspide normativa de doble fuente -interna e internacional-, comprensiva de la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional -sea en forma originaria o derivada-, las opiniones consultivas, y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta cúspide ha marcado el surgimiento de un nuevo orden simbólico configurado en torno a los derechos humanos, que se plasma en el paradigma naciente de lo que se ha dado en llamar un ‘Estado constitucional de derecho’ o más precisamente un ‘Estado social y democrático de derecho’” (Fama, María V., “Salud mental y derechos humanos: hacia un sistema de gradualidad...”, Revista Derecho de Familia, julio/agosto 2005, Ed. Lexis Nexis, p. 64).

Dentro de este marco del Estado social de derecho, como sostiene Ruibal Debello “la igualdad es igualdad por la ley lo cual significa que hay que construirla artificialmente, ya que este principio generador de derechos no sólo va dirigido al administrador o al juez, sino también al legislador, que es quien debe lograr la igualdad final, consciente de las desigualdades del punto de partida. En consecuencia -agrega- la idea central inspiradora del derecho social no es la igualdad de las personas humanas, sino la de la nivelación de sus desigualdades naturales o creadas” (Ruibal Debello, Milton, “Sobre el concepto de igualdad en cursillo sobre los derechos humanos y sus garantías”, 1990, cuadernos n. 13, Facultad de Derecho Montevideo, citado por Pinard, “Los derechos humanos en las Constituciones del Mercosur”, Ed. Ciudad Argentina, p. 222). De allí que el tradicional criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se reactualiza, en tanto ha sostenido que la igualdad “no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en igualdad de circunstancias se concede a otros; de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes, según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquier otra inteligencia o excepción a este derecho es contraria a su propia naturaleza y al interés social” (Fallos 105:273; 117:229).

Como ya lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos “La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota

con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Velázquez Rodríguez”, sent. del 29/7/1988, serie C, n. 4, párrs. 167º y 168º), precedente vinculante para nuestro país a partir de lo que ha entendido la Corte Suprema (*in re* “Simon” Ver Texto) sobre el alcance que debe dársele a las sentencias de ese tribunal continental.

El sistema del Código Civil de incapacidad no respeta el derecho a la igualdad pues a quien no es declarado incapaz se le reconocen todos los derechos, y a quien se lo declara incapaz, no le reconoce nada, aunque tenga capacidad para numerosos actos. La interdicción denigra al sujeto que posee ciertas aptitudes, pues lo despersonaliza, basándose en parámetros o estándares de normalidad productivistas, de tipo físicos, intelectuales, estéticos y de otra especie que hoy no pueden admitirse pues la sociedad en su cotidianeidad ya no los admite.

Conformando el bloque federal constitucional encontramos numerosas disposiciones en la legislación internacional y en resoluciones de organismos internacionales. Al respecto pueden citarse en la legislación internacional, las siguientes convenciones internacionales contra la discriminación:

-Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos Ver Texto . San José, Costa Rica, 7 al 22/11/1969.

-Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad (aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 7/6/1999).

-Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”. Preámbulo.

Y los siguientes documentos ONU:

-Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza. Adoptada el 14/12/1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Entrada en vigor: 22/5/1962, de conformidad con el art. 14.

-Declaración Universal de los Derechos Humanos.

-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Ver Texto . Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16/12/1966. Entrada en vigor: 23/3/1976.

-Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Ver Texto. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16/12/1966. Entrada en vigor: 3/1/1976.

-Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. Resolución aprobada por la Asamblea General, 48º período de sesiones, del 20/12/1993.

La OIT. tiene por su parte:

-C100 Convenio sobre Igualdad de Remuneración, 1951.

-C111 Convenio sobre la Discriminación (empleo y ocupación), 1958.

-C122 Convenio sobre la Política del Empleo, 1964.

-C159 Convenio sobre la Readaptación Profesional y el Empleo (personas inválidas), 1983.

-C168 Convenio sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo, 1988. Y dentro de las normas del derecho positivo nacional se han dictado las siguientes leyes: La Ley Antidiscriminación 23952 Ver Texto.

Ley de creación del INADI. 24515 Ver Texto , instituto encargado de elaborar políticas nacionales y medidas concretas para combatir la discriminación, la xenofobia y el racismo.

El decreto 1086/2005 Ver Texto crea el Plan Nacional Contra la Discriminación. Y la ley 25785 Ver Texto impone que un cupo mínimo del 4% de los programas socio-laborales financiados por la nación deben destinarse a personas con discapacidad. En nuestra provincia desde el año 1982 rige la Ley de Protección de Discapacitados 6866. Indudablemente en este caso en particular, ni la interdicción ni la inhabilitación tal cual están legisladas dan una respuesta constitucionalmente válida. De allí que siguiendo el mandato constitucional debo dar una respuesta que tutele de manera efectiva los derechos del interesado más allá de las disposiciones del Código Civil. La adecuada atribución de capacidad legal en función de las propias aptitudes personales constituye un verdadero imperativo constitucional; y se enmarcan dentro de la finalidad social y democrática del derecho que aludimos antes.

En este marco comparto la opinión de Kraut quien sostiene que “es por ello urgente un cambio en el concepto de `inclusión’ como principio de un movimiento en favor de los derechos civiles de los discapacitados. Cabe tener en cuenta que las leyes crean su propios marginados, facilitan su segregación y los ubican en una zona de vulnerabilidad caracterizada por la índole precaria del trabajo y por frágiles soportes relacionales o en una abierta zona de exclusión y constante marginación” (Kraut, Alfredo, “Salud mental. Tutela jurídica”, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 19).

Reitero, en nuestro Código Civil lo que no existe es un figura que dé una respuesta acabada entre la muerte civil que representa la incapacitación o interdicción y el régi-

men de inhabilitación, el cual resulta inadecuado y deja en definitiva desprotegido al interesado como lo vengo explicando.

Por ello la respuesta jurisdiccional debe venir de una integración de normas buscando la solución más progresista, que mejor permita la integración y pleno desarrollo de la persona con síndrome de Down a nuestra sociedad, en la decisión que se adopte está en juego la eficacia de las normas supralegales (convenios y tratados internacionales) que nuestro país ha suscrito y que a veces pareciera se esfuerza en no cumplir.

Existen pocos precedentes judiciales que traten estas situaciones complejas que refieren a la capacidad de las personas y que busquen una alternativa entre dos soluciones legislativas que ponen al justiciable en la lamentable situación de recibir de parte del juzgador una respuesta que no es otra cosa que la opción que ha realizado entre dos males.

Puede citarse un precedente -muy publicado- se trató de una causa resuelta por el Dr. Eduardo J. Cárdenas, quien en 1985 como juez de primera instancia de la Ciudad de Buenos Aires, autorizó a trabajar a un enfermo mental en la misma clínica psiquiátrica en la que se encontraba y a administrar el dinero que obtuviera como remuneración (ED 116-125), sostuvo el nombrado jurista que “entre la capacidad total y la incapacidad total, existen infinitos grados, matices y circunstancias. El juez, entre la protección debida y la represión indebida debe -y puede- buscar el punto justo donde la persona y la sociedad queden amparadas, sin que aquélla se vea privada de las posibilidades de progreso y ésta de un miembro útil” (ED 116-129). En el citado precedente el defensor de menores, Dr. Alejandro C. Molina sostuvo ante la Cámara de Apelaciones que “si de acuerdo con la ley el juez puede decidir sobre la libertad o la reclusión del enfermo mental, sobre la capacidad o la incapacidad o sobre éstas o la inhabilitación, parece razonable reconocerle la facultad de mantener a cargo del incapaz el ejercicio personal de algunos de sus derechos, los cuales siempre serán frente a su externación o a la inhabilitación, pero de gran trascendencia en el camino de recuperación social en que todo enfermo debe quedar incluido o incorporado desde que se inicia el proceso de insanía” (ED 116-131). La resolución no fue objetada por la sala correspondiente integrada por Jorge H. Alterini, Agustín G. J. Durañona y Vedia y Santos Cifuentes.

Con la lucidez que la caracteriza, la Dra. María J. Méndez Costa, enseña que “La primera observación básica de la propuesta reside en la enunciación reproducida que satisface una demanda insistentemente planteada por la doctrina y los tribunales, presionados por la definición del Código vigente que restringe las posibilidades de la declaración de incapacidad al supuesto único de enfermedad mental (art. 141 Ver Texto) que resulta falso ante el progreso científico de la psicología y la psiquiatría y que es, además pero no con igual o mayor valoración negativa, con frecuencia violatorio del debido respeto a los derechos humanos” (“Derecho de Familia”, n. 31, “Adultos incapaces en la legislación argentina proyectada”, Ed. LexisNexis, p. 106). Y nos recuerda la profesora santafesina que “los retrasados o minorados intelectuales no son enfermos aunque su condición provenga de una enfermedad (Malbrán, María del C., ‘la discapacidad mental ¿condición humana o enfermedad?’, en ‘La incapacidad civil de los discapacitados intelectuales y la patria potestad prórroga’, 1993, FCJS. de la

UNL. Santa Fe, p. 33 y ss.). Es su circunstancia, entre cuyas causas el síndrome de Down es sólo una de las posibles y no la más frecuente” (“Adultos incapaces en la legislación argentina proyectada” cit., p. 106).

Considero más adecuado el tratamiento dado a la cuestión por el Proyecto de Reforma al Código Civil argentino del año 1998, que dispone “que los alcances de la sentencia que decreta la interdicción en el Proyecto de 1998 no se reducen a ubicar al denunciado en posición jurídica de incapaz de obrar con incapacidad absoluta. Se exige que adopte un contenido personalizado y pormenorizado puesto que el art. 32 Ver Texto dice que la sentencia debe determinar la extensión y los límites de la incapacidad a tal efecto, si el estado del interdicto lo hace posible y conveniente, el tribunal debe especificar los actos que el interdicto puede realizar por sí o con asistencia de curador. Si el tribunal considera que la persona está en situación de conservar su capacidad con ciertas limitaciones a los poderes de disposición, puede declarar su inhabilitación” (Méndez Costa, “Adultos incapaces en la legislación argentina proyectada” cit., p. 109)... Es decir, el tribunal es competente para optar dentro de una gama de posibilidades que, en orden de gravedad decreciente, son las siguientes: 1) la incapacidad de obrar, diríase, sin límites; 2) la incapacidad de obrar atenuada mediante la admisión a celebrar determinados actos por sí mismos o con asistencia del curador, o de unos y otros; 3) la inhabilitación civil que comporta la capacidad de obrar con limitaciones a los poderes de disposición, institución que el Proyecto regula en los arts. 42 Ver Texto a 44 Ver Texto, en cuya virtud se designa curador al inhabilitado para que lo asista en los actos de disposición intervivos, además de otros que pueden incluirse en la sentencia.” “La conclusión del Proyecto está respaldada por amplia doctrina en posición revisionista de la legislación actual sobre dementes. Kemelmajer de Carlucci, después de exponer el panorama del interés generalizado por las enfermedades mentales, afirma que una idea común subyace en todas las iniciativas al respecto: ‘no es aconsejable dividir el mundo jurídico de los enfermos mentales en abstracto y en compartimentos estancos. Por el contrario, la situación deber ser resuelta judicialmente atendiendo a la situación que, en concreto, cada patología presenta, dado que los psiquiatras modernos muestran el polimorfismo de las alienaciones mentales’ (Kemelmajer de Carlucci, Aída, ‘La demencia como base de las nulidades en el Código Civil’, RDPC n. 8, p. 9 y ss., 1, 2 y sus referencias; Méndez Costa, ob. cit., p. 109)”.

Como sostiene Famá “...cualquiera sea la patología del enfermo y su contexto socio-cultural y familiar, el hecho de quedar incluido en una categoría legal que presume una absoluta incapacidad en el desarrollo de sus aptitudes personales y en el ejercicio de sus derechos fundamentales, entraña de por sí una degradación de su personalidad, y resulta una intromisión excesiva del sistema legal en su libertad de intimidad, debidamente resguardada en el art. 19 Ver Texto CN.” (“Salud mental y derechos humanos...” cit., p. 78).

Continúa diciendo Famá, “En este contexto, nuestro Código Civil -aun luego de la reforma mencionada- propone un sistema rígido con tipologías jurídicas herméticas, como las del insano (con capacidad total y absoluta) y la del inhabilitado (con capacidad asistida en algunos supuestos), que choca abiertamente con las posibilidades de rehabilitación y resocialización del enfermo (Borda, Guillermo A., ‘Tratado de Derecho Civil..’

cit., ps. 524 y 525)... En un enfoque radicalmente distinto, el derecho moderno resalta el papel de la persona humana en el ordenamiento jurídico y el cúmulo de intereses extrapatrimoniales que lo tienen por destinatario” (“Salud mental y derechos humanos...”, Revista Derecho de Familia, n. 31, p. 71).

En idéntico sentido expresa Galende que “la legislación consistía en anular derechos y garantías de los enfermos, sancionar su incapacidad, hasta la privación permanente de su libertad por decisión médica, el desafío actual que muchos enfrentamos consiste en restituir en plenitud el poder y los derechos suprimidos a los enfermos mentales, especialmente el de una ciudadanía plena, a la vez que limitar el poder de los profesionales. La sociedad, el poder político, el derecho y el Poder Judicial en especial, tiene una deuda enorme con los enfermos mentales, ya que han sido parte interviniente en la condena a la indignidad a la que se los sometió durante más de 200 años” (Galende, Emiliano, “Psiquiatría: poder, derecho y disciplinas médicas y jurídicas”, Revista Derecho de Familia, n. 31, Ed. Lexis Nexis, p. 58),

En el derecho extranjero podemos ver que se ha tratado adecuadamente el tema, así podemos señalar que Méndez Costa (ob. cit., p. 106) cita al Código Civil de Quebec que ofrece figuras análogas con más simples estructuras. Prevé el régimen de protección de los mayores de edad para asegurar la de su persona, la gestión de sus bienes y, en términos generales, el ejercicio de sus derechos. El art. 258 Ver Texto dispone: “Se nombra al mayor de edad un curador o un tutor para representarlo, o un consejero para asistirlo, en la medida en que su ineptitud para cuidar de sí mismo o administrar sus bienes, en consecuencia, especialmente, de una enfermedad, de una deficiencia o de un debilitamiento debido a la edad que altera sus facultades mentales o su aptitud física para expresar su voluntad”.

Por su parte el art. 200 CCiv. español, redacción de la ley 13 de 1983 dispone como causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias preexistentes de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma. Según la legislación alemana de 1992, son pasibles de limitación plena de la capacidad de obrar quienes se encuentran en estado mental patológico que excluya el libre ejercicio de la voluntad, y de restricción a la capacidad, quienes en razón de una enfermedad psíquica o de una disminución psíquica o mental no puede administrar sus asuntos total o parcialmente, lo que no comporta de por sí un menoscabo de su plena capacidad si bien puede afectarle (sobre el derecho alemán, ley de 1992, ver la información suministrada por Tobías, José W., “Enfermedad mental...” cit., p. 1395, II, C).

También parte importante de la doctrina especializada sostiene posturas innovadoras al respecto, así Santos Cifuentes (con el seudónimo de Xanthos) opina que “los declarados incapaces absolutos de hecho, como son los insanos declarados tales, pasan al campo de una verdadera despersonalización, impidiéndoles desde entonces el juego normal de sus movimientos y decisiones, tanto en lo que hace a su persona como en lo que refiere a sus bienes, y hasta deben soportar la ingerencia en muchos aspectos de sus intimidades, de sus libertades cotidianas y del complejo diario de sus vidas” (LL 1998-C-689).

En función de lo expuesto se observa que nuestro sistema legal tiene una suerte de inconstitucionalidad sistémica, sostengo esto pues, si bien como sostuviera en los años '30 Bonnet "el derecho va la saga de los hechos", tampoco es concebible que no se haya dado un *aggiornamento* de la legislación civil luego de tantos años, en una cuestión que es hartamente conocido el avance que ha tenido la ciencia; existiendo además sistemas jurídicos similares al nuestro que podrían haber servido de antecedentes válidos para modificar las desactualizadas normas sobre capacidad. La falta de actualización legislativa provoca lo que Osvaldo A. Gozaini denomina "omisión inconstitucional" ("Introducción al Derecho Procesal Constitucional", 2006, Ed. RZ, p. 159).

Debo subrayar enfáticamente que en este caso no está en juego una mera cuestión terminológica sino que aquí se trata de atender y dar respuesta a un tema mucho más sensible y es el de la dignidad del actor como persona. Y además de ello está en juego la operatividad de todos los derechos que le corresponden y que he citado supra a título meramente enunciativo.

Como los derechos constitucionales puestos en crisis por la legislación civil, son directamente aplicables (Corte Sup., in re "Ekmedjian v. Sofovich" Ver Texto), la omisión legislativa sobre la materia no puede funcionar como excusa para incumplir la manda constitucional.

De allí que si nuestra Constitución Ley Fundamental y todos los tratados de derechos humanos a ella equiparados fijan como pautas programáticas la idea de desarrollo social y progresividad social, que van de la mano de los derechos de igualdad y respeto de la dignidad de la persona, el *quid iuris*, consiste en ver si el Código Civil, es una adecuada regulación de las disposiciones constitucionales a las que le deben su razón de ser.

Indudablemente en este caso en particular, ni la interdicción ni la inhabilitación tal cual están legisladas dan una respuesta constitucionalmente válida. De allí que siguiendo el mandato constitucional debo dar una respuesta que tutele de manera efectiva los derechos del interesado más allá de las disposiciones del Código Civil. Lo que necesita entonces el interesado es que decrete su incapacidad parcial para los actos en que no tiene aptitud para comprender sus alcances, pero sin afectar todo el amplio espectro de su personalidad.

Como el sistema de capacidad se encuentra descolocado respecto de los preceptos constitucionales que vengo mencionando, y no se trata de una norma en particular, no cabría decretar la inconstitucionalidad, pero sí me permite un apartamiento de la solución dada por el Código Civil.

Como lo ha sostenido la Corte Suprema, in re "Bramajo, Hernán" (Fallos 319:1840) cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados en otro rango superior y produzca consecuencias notoriamente disvaliosas, resulta necesario dar preeminencia al espíritu de la ley, a sus fines, al conjunto armonioso del ordenamiento jurídico y a los preceptos fundantes del Derecho en el grado y jerarquía que estos son valorados por el ordenamiento normativo.

En materia de interpretación de los convenios colectivos, el tribunal afirmó que debe computarse la totalidad de los preceptos en juego en manera armónica, en procura de una aplicación racional de suerte que no se admitan soluciones injustas que prescindan de las consecuencias que se derivan de cada criterio particular (“Tursi, Vicente v. Banco de la Nación Argentina”, Fallos 324:1381, citado por Lorenzetti, Ricardo en “Teoría de la decisión judicial”, 2006, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 187).

De allí que atendiendo a la edad actual del interesado, y el nivel o grado de enfermedad, la aptitud que posee para entender, y comprender ciertas acciones tal como da cuenta el informe médico antes referido, y como personalmente pude corroborar en la extensa entrevista mantenida, deben disponerse las medidas protectorias que sean constitucionalmente adecuadas a su situación, dando una nómina de actos para los cuales se lo declara incapaz, todo ello sujeto a ulteriores modificaciones si el desarrollo científico aporta nuevos elementos o el propio desarrollo de S. aconsejen modificar este estatus.

Especialmente debe tenerse en cuenta lo explicado por el psiquiatra forense en cuanto a que “uno de los datos que más pueden ser de interés en este caso, es que los retrasos cognoscitivos (comprensión del lenguaje, expresión verbal, memoria, inteligencia, etc.) se van acentuando a medida que transcurren los años. Es decir, los test de inteligencia dan casi normales en los primeros meses de vida,... pero está bastante claro que el paciente que padece esta enfermedad tiene un envejecimiento cerebral precoz, y a partir de los 30 años se detecta un déficit cognoscitivo progresivo marcado que lleva a una demencia de tipo Alzheimer... Los tratamientos instituidos, que van desde hormonales (tiroides) hasta los modernos inhibidores de la acetilcolinesterasa que se han puesto de moda para tratar las demencias, y tratamientos contextuales (psicoterapias alternativas como la equinoterapia, terapias de grupo, musicoterapia, etc.) no han logrado el resultado esperado. Estas características hacen ominoso el pronóstico de esta enfermedad, cualquiera sea el CI. del paciente en la adolescencia, y debería ser tenido en cuenta a la hora de calificar su inhabilitación social”.

Es por ello que las medidas aquí adoptadas en protección del propio interesado deben ser revisadas periódicamente, estimando el suscripto en una primera oportunidad en cinco años un lapso prudencial en el cual deberá revisarse lo aquí resuelto. En función de lo expuesto se lo declara incapaz para: Realizar actos de disposición, administración y garantía de bienes inmuebles, muebles registrables, y otros bienes de cualquier tipo cuyo importe supere el 50% de un salario mínimo vital y móvil, suma que estimo adecuada pues ella supera habitualmente las compras al menudeo, de cualquier naturaleza y por cualquier título inclusive los que refieran a aceptación de herencias y donaciones, o de gravar los mismos, el fundamento radica en que J. A. S., no tiene capacidad para comprender por sí el alcance de estos actos, y se requiere una medida de protección para sus intereses; de allí que corresponde nombrar como administrador de apoyo y curador, a su madre, con la salvedad que para realizar actos de disposición de todo tipo, o los de administración extraordinaria u otros que no sean de simple administración deberá solicitar autorización judicial.

Para realizar actos que importen cambiar su estado civil, reconocer hijos, u obligaciones alimentarias. Puesto que su capacidad tampoco alcanza para comprender el alcance de los mismos.

Ocupar cargos electivos, públicos o privados en los que intervenga de administrador o director. Conservando sus derechos electorales activos, en elecciones generales como así también en entidades asociativas sin fines de lucro.

De este modo se protege y conservan sus derechos electorales activos, especialmente el poder votar, cosa que puede comprender, pero no puede asumir la responsabilidad asumir cargos que requieran un análisis más o menos profundo de cuestiones patrimoniales.

También para intervenir en juicio puesto que la complejidad de decisiones que debe tomar no se cubren con la asistencia letrada pues todo justiciable tiene un margen de discrecionalidad que es ajeno al ejercicio mismo de la actividad abogadil, y que considero el interesado no alcanzaría a comprender.

Corresponde dada la prueba de autos y por haber sido quien hasta este momento estuvo a su lado asistiéndolo, nombrar a su madre como curadora, para los actos en que es declarado incapaz quien para realizarlos deberá solicitar autorización judicial. Asimismo, y sin perjuicio de los deberes propios de las relaciones parentales se le impone la obligación de informar a este juzgado, de todas aquellas circunstancias que ameriten la intervención para salvaguarda de los intereses de su hijo o para evacuar consultas sobre el alcance de la capacidad de su hijo respecto de algún acto o negocio en particular.

En último término atendiendo a la falta de normativa específica como quedó expresado, entiendo pertinente remitir una copia de la presente con la salvaguarda de la identidad del actor al Senado y Cámara de Diputados de la Nación, como así también a los representantes que posee nuestra provincia en ambas Cámaras a efectos de que de considerarlo pertinente procedan al estudio y eventual legislación de la cuestión.

Por lo expuesto, doctrina, jurisprudencia y disposiciones citadas, resuelvo: 1) Denegar la petición de inhabilitación solicitada y decretar la incapacidad parcial de J. A. S., DNI. 30.902.909, domiciliado en calle Vuelta de Obligado n. 525 de esta Ciudad. Quien queda interdicto para realizar actos de disposición, administración y garantía, de bienes inmuebles, muebles registrables, y otros bienes de cualquier tipo cuyo importe supere el 50% de un salario mínimo vital y móvil, de cualquier naturaleza y por cualquier título inclusive los que refieran a aceptación de herencias y donaciones, o de gravar los mismos. Y todo negocio que carezca de monto o sea indeterminado, o cuyo cumplimiento en cualquier forma importe superar la suma mencionada. Para realizar actos que importen cambiar su estado civil, reconocer hijos u obligaciones alimentarias. Para ocupar cargos electivos, públicos o privados en los que intervenga de administrador o director; y para intervenir en juicio, conservando sus derechos electorales activos, en elecciones generales como así también en entidades asociativas sin fines de lucro. El nombrado conserva todos los derechos no alcanzados por la interdicción, debiendo su ejercicio someterse a las leyes y reglamentos que los regulen.

2) Nombrar como curadora a su madre, Sra. M. E. V. de S., quien para realizar los actos en que es declarado incapaz su hijo deberá solicitar autorización judicial. Asimismo, y sin perjuicio de los deberes propios de las relaciones parentales se le impone la obligación de informar a este juzgado de todas aquellas circunstancias que ameriten la intervención para salvaguarda de los intereses de su hijo o para evacuar consultas sobre el alcance de la capacidad de su hijo respecto de algún acto o negocio en particular. Por secretaría se recabará la aceptación del cargo.

3) Líbrense oficios a los registros de estado y capacidad de las personas, y los de la propiedad donde tuviera bienes el interesado, con todos los datos de rigor, con copia de la presente que se adjunta.

4) Concurran en el plazo de cinco años la curadora con el interesado nuevamente a este juzgado a efectos de proceder nuevamente al estudio de la causa y analizar si corresponde modificar la presente.

5) Librar oficio a las Cámaras de Diputados y Senadores de la Nación, y a los representantes que posee nuestra provincia en ambas a efectos de que de considerarlo pertinente procedan al estudio y eventual legislación de la cuestión, con copia de la presente con las observaciones formuladas en los considerandos.

6) No denunciándose bienes, corresponde regular los honorarios del Dr. Humberto A. Hartwig en la suma de \$... equivalentes a 50 juristas (arts. 3 y 81 ley 7046). La regulación no incluye IVA.

7) Regístrese, notifíquese, firme líbrense los oficios de rigor, y en su día archívese.-
Andrés M. Marfil. (Sec.: María D. Carballo Tajés).

