

Audiencia Publica para la Reforma Actualización y Reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

PONENCIA:

“LA CURATELA EN LA REFORMA Y EL SISTEMA DE LOS SERVICIOS DE APOYO DE LAS PERSONAS CON INCAPACIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL.”

LIBRO PRIMERO

TITULO I

CAPITULO 2

SECCION Iª Representación y Asistencia

SECCION 3ª Curatela

**AUTOR: DR. CARLOS HUMBERTO FIORI
ABOGADO**

Antecedentes Historicos

A lo largo de los tiempos las sociedades han adoptado distintos términos para hacer referencia a aquellas personas con algún tipo de limitación funcional o que se alejaban de lo considerado como “normal”; lo cual, a su vez, ha conllevado distintas formas de explicar y dar respuesta a las situaciones de dichas personas

La diversidad de creencias; experiencias prácticas y conocimientos acumulados en las distintas culturas en torno a la discapacidad han ido generando actitudes y conductas sociales. En algunos momentos de la historia se consideraba que la discapacidad tenía un origen demoníaco o que era inconveniente el criar niños con discapacidad donde era común la marginación y el desprecio.

En otras ocasiones se consideró que las personas con discapacidad no contribuían a la comunidad; que eran una carga para su familia. En cualquiera de estos casos eran tratados como objeto de caridad y dependencia

Los Modelos de Discapacidad

EL MODELO MEDICO: plantea la discapacidad desde la dicotomía salud-enfermedad, asociando la discapacidad con la enfermedad. Ante este hecho y, dadas las limitaciones médicas para resolver o prevenir el problema, se plantea una intervención caracterizada por la necesidad de realizar adaptaciones en la persona con discapacidad, las cuales le permitan dar respuesta a las exigencias de la vida en sociedad. Por otro lado, también dio lugar a la etiquetación de la persona con discapacidad como “desviada” de lo normal y, por tanto, sometida a necesaria “reparación”. El modelo médico se centra más en la salud que en la calidad de vida y la participación social de la persona por lo tanto refuerza el estereotipo de la persona con discapacidad como persona dependiente que no puede realizar ningún tipo de actividad.

EL MODELO ASISTENCIALISTA: ese déficit, donde se centra aquel modelo, que podría ser por Ej., una enfermedad, la ausencia de un órgano, la limitación de cierta funcionalidad o la condición natural misma de la persona, no siempre podía tratarse satisfactoriamente recurriendo a la ciencia médica. Por esa razón es que este modelo de tratamiento de la discapacidad recurriría a su vez a la adopción de medidas compensatorias, de carácter económico generalmente, a los fines de paliar la situación desventajosa que, según fuera el grado del déficit, les impidiera una adecuada habilitación o rehabilitación, y en consecuencia, el poder solventar las necesidades económicas y sociales básicas de las personas con discapacidad. Es así como surgen ciertas medidas de tipo “compensatorias” como las Pensiones No Contributivas, la Asignación Universal por Hijo con discapacidad, etc. pero, estas Ayudas Sociales de contenido económico no garantiza de por sí llevar una vida digna a las personas con discapacidad. Había aún un vacío, un sentimiento que todavía algo faltaba, una vivencia que experimentaban las personas con discapacidad de las que podría extraer que, en la práctica, en la vida en relación, no se consolidaba una verdadera igualdad de derechos.

SITUACION ACTUAL

Ante esto, y dada nuestra realidad, se viene postulando, desde hace algún tiempo, las modificaciones necesarias sobre todo en nuestro Código Civil, proponiendo cambiar del modelo médico hegemónico hacia uno social buscando volcar la mirada de leyes como el Código Civil a la Convención Internacional de los Derechos de la Personas con Discapacidad, ya que la discapacidad viene del contexto que rodea a la persona y no de ella en sí.

Esto es lo que llamamos modelo médico hegemónico, el cual hace prevalecer la idea de que la persona en situación de discapacidad es centro de compasión y se objeta esa postura porque en esencia no se ve al discapacitado como persona.

De ahí, la importancia del concebir a la persona con discapacidad como sujeto de derecho además del determinante factor del contexto. Construimos *normalidades* todo

el tiempo, por eso el ver a alguien que compadece es muy grave, porque éste no puede desarrollarse como tal una persona con discapacidad no es una persona enferma. Es muy difícil crear políticas públicas dirigidas a la inclusión, si no se cambia esta concepción.

En este sentido se señala que Todavía hay leyes antiquísimas como el Código Civil, que señala que los discapacitados son imbéciles por lo que no se puede permitir que esta clase de normativas sigan

La Evolución Normativa

La interdicción o incapacitación (registra diferentes nombres en los diferentes derechos nacionales) se trata en esencia de un procedimiento por el cual se procede a anular y/o limitar la capacidad jurídica de una persona, nombrando a un representante que la va a suplir en todas o algunas decisiones de su vida.

Tradicionalmente se ha considerado que ciertas discapacidades como la ceguera, la sordera, la diversidad intelectual, y la discapacidad psicosocial eran (son) causales de incapacitación. Ante esta situación, la respuesta jurídica ha sido la de limitar de un modo absoluto la capacidad jurídica de la persona, lo que se suele denominar como interdicción o incapacitación total, que comprende todos los aspectos significativos de carecer personal (matrimonio, adopción, alistamiento en fuerzas armadas etc.) y de carácter patrimonial (testar, comprar, vender, donar etc.) del individuo.

Una ligera evolución del sistema clásico de interdicción (pero que sigue partiendo desde el modelo de sustitución) ha sido la inclusión en muchos Derechos nacionales de la figura de la interdicción parcial, o dicho en otras palabras, la limitación parcial de la capacidad jurídica determinando de un modo específico los aspectos de carácter personal y patrimonial en los cuales a la persona se la sustituye en la toma de decisiones.

Esta herramienta de la interdicción (ya sea total o parcial) se ha concebido y configurado desde un modelo netamente médico de la discapacidad, y desde la concepción de que determinadas personas con discapacidad carecen de la capacidad para tomar sus propias decisiones. Es una herramienta elemental del modelo de sustitución de la voluntad en la toma de decisiones.

La Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Asamblea General de las Naciones Unidas, estableció en 2001 un Comité Especial para negociar la convención. La primera reunión se llevó a cabo en agosto de 2002, y la redacción del texto comenzó en mayo de 2004. En agosto de 2006, el Comité llegó a un acuerdo en torno al texto. Los delegados del Comité Especial representaban a las organizaciones no gubernamentales, a los gobiernos, a las comisiones nacionales de derechos humanos y a las organizaciones internacionales. Fue la primera vez que las organizaciones no gubernamentales participaron activamente en la formulación de un tratado de protección a los derechos humanos.

La convención reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que es el resultado de la interacción entre la deficiencia de una persona y los obstáculos tales como barreras físicas y actitudes imperantes que impiden su participación en la sociedad. Cuantos más obstáculos hay, más discapacitada se vuelve una persona. Las discapacidades incluyen deficiencias físicas, mentales, intelectuales y sensoriales.

Supone un cambio de paradigma en el modo de abordar la discapacidad que se plasma en el modelo social de discapacidad.

- La CDPD, principalmente a través de del artículo 12 proclama de un modo categórico una garantía en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Dicha garantía obliga a los estados a no privar del ejercicio de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad por motivo de discapacidad.
- Pese al lenguaje utilizado por el artículo 12 debe entenderse que el derecho de garantía en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad incluye tanto la dimensión de titularidad de derechos como la dimensión del ejercicio de los mismos, es decir, capacidad jurídica de adoptar decisiones con consecuencias jurídicas por decisión propia.
- Las personas con discapacidad que se encuentran comprendidas por la garantía del artículo 12 incluyen a las personas con discapacidad intelectual, sensorial y psicosocial.
- Como parte integrante del derecho de garantía en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, debe entenderse comprendido el derecho a recibir o requerir los apoyos necesarios para ejercer la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.
- El régimen de capacidad jurídica, incluido la dimensión de ejercicio de los derechos en nombre propio, se encuentra íntimamente conectado con el derecho a la autonomía y el efectivo ejercicio de los derechos humanos fundamentales. Por ello, su regulación interna debe adaptarse a los estándares establecidos.

Nuestro País mediante Ley 26.37, aprueba dicha Convención y su Protocolo Facultativo en el mes de Junio de 2008, lo que implica que reconoce la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas.

El Régimen de Interdicción en Nuestro Código Civil

En relación con el régimen jurídico de interdicción estipulado en el Código Civil Argentino, se hacía necesaria una reforma profunda en este sentido por considerarla en clara contraposición a este nuevo paradigma que recoge la CDPD, y que lejos de Proteger, se erigía como un obstáculo para la plena integración y participación en la sociedad de las personas de las personas con discapacidad.

Es fundamental el papel que juegan la mayoría de los operadores jurídicos en la posible y correcta aplicación en la CDPD en la práctica. Más allá del régimen de representación de tutela o curatela, lo cierto es que la gran mayoría de los actos trascendentales de carácter personal o patrimonial a los que se enfrentan las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, se realizan ante operadores jurídicos que de algún modo deciden o evalúan la capacidad de la persona. Pensemos en los notarios, los jueces, los funcionarios públicos etc. Por ello su capacitación en el espíritu de la CDPD resulta elemental para cambiar la realidad del día a día

La Convención Como derecho vigente y de aplicación interna

La Convención, que hoy es derecho de aplicación interna, ha reemplazado los tradicionales sistemas de SUSTITUCION de la voluntad de las personas que padecían alguna discapacidad , incluso las personas con discapacidad mental o intelectual por una sistema de APOYO en la toma de decisiones, en los cuales es fundamental tener en cuenta la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, vale decir que sean oídas en los asuntos que les atañen .Así como también de que el sistema provea las SALVAGUARDAS necesarias para que se asegure que en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se respeten sus derechos y como así también se dejen sin efectos los actos que pudieran perjudicarlas.

Art. 31 inc. B) Las Limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona

ARTÍCULO 36.- Limitación provisional a la capacidad. Durante el proceso, el juez puede decretar una limitación provisional a la capacidad para la protección de la persona o el patrimonio. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuales la representación de un curador. También puede designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas según cuál sea la causa de la discapacidad mental.

Por el artículo 480 del Código Civil, se establece: "El curador de un incapaz que tenga hijos menores es también tutor de estos". Vale decir, teniendo en cuenta el artículo 383 del Código Civil podríamos interpretar que el otorgante tiene la facultad de designar para sí el propio curador, ya que éste debe coincidir con la persona designada por él para la tutela de sus hijos. Facultad ésta que también se le debe reconocer a la persona que no tiene hijos incapaces, dado que no existe fundamento lógico para que no sea así. Si los padres, de acuerdo al artículo 383 del C.C., pueden dar tutores a sus hijos menores y nombrar curadores por testamento, o para los mayores incapaces, ¿cómo no pueden hacerlo para sí mismos? (ACTUAL 139 DE LA REFORMA)

PROCESO EN EL JUICIO DE INSANIA

Como todo proceso, obedece a las normas previstas en los códigos de procedimiento locales, las cuales difieren -sutilmente- en las diferentes jurisdicciones. En síntesis, se inicia un proceso solicitando la declaración de demencia de la persona a quien se pretende se declare como tal; lo inicia el pretense curador acreditando su legitimación para hacerlo y exponiendo los hechos que dan lugar a la acción, acompañando tres certificados médicos. Ya iniciado el expediente, se ordenarán las pruebas pertinentes - información sumaria, oficios, pase al Cuerpo Médico-, se nombrará a un Curador Provisorio quien, junto con el Asesor de Menores interviniente, velarán por la persona y los bienes del presunto insano a lo largo de todo el proceso. Finalmente, se dictará sentencia declarando al insano demente en sentido jurídico y nombrando curador definitivo a la persona y a sus bienes a quien se presentó para ello en la etapa inicial.

JURISPRUDENCIA

Expte. N° 6754 - "S., J. A. s/Inhabilitación" - JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA CIUDAD DE FEDERACION (Entre Ríos) - 18/05/2007

"Se desprende del Código Civil que tiene dos formulas 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 sino 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, 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

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 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

"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 mas 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."

María Graciela Iglesias del Tribunal de Familia N°1 de Mar del Plata

Se declarar que L.B. "en ejercicio pleno de su personalidad jurídica deberá tomar toda decisión que comprometa su patrimonio por actos de disposición o administración con el apoyo para tales actos" de su abuela y de su hermano, a quienes el fallo autoriza en todo lo conducente a tal fin (arts.9 y 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art.16 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art.3 Convención Americana de Derechos Humanos);

Se decreta una medida cautelar de prohibición de contratar en relación al señor L B sin el correspondiente apoyo de su abuela y/o hermano, la que deberá ser inscripta en los registros respectivos, librándose oficio a esos fines (arg. arts.231 y 232 del C.P.C.C.).

En caso de conflicto de intereses entre L. B. y los familiares que efectuarán el apoyo establecido se deberá dar inmediata intervención al tribunal a los efectos que por derecho correspondan.

Se estableció como salvaguarda que L. B., su abuela y su hermano rindan cuentas de su actuación cada seis meses ante el tribunal y por el plazo de tres años

Los actos de disposición deberán ponerse en conocimiento de este Tribunal a fines del ejercicio de la función tuitiva de los derechos de L.B (art.75 inc. 22 de la Constitución Nacional)

La extensión del régimen de apoyo alcanza a todos los actos en que L.B. requiera explicaciones, integrar consentimiento, convalidar su decisión y especialmente a aquellos que se relacionan con su salud.

La sentencia dictada será revisada en un plazo de tres años a partir de su notificación, siempre en miras al ejercicio pleno de la capacidad jurídica de L.B.

Durante ese plazo, se deberá rendir cuentas semestralmente de la administración y disposición de los bienes.

Sentencia del magistrado Dr. Luis Federico Arias del Juzgado Contencioso Administrativo N°1 de La Plata en la causa "Trebino Molteni, Juan Manuel y otro/a c/ Ministerio de Salud s/Amparo", en el que se resuelve: reconocer el derecho del amparista J.T.M., un joven de 20 años que padece un retraso mental leve, como

aspirante a la cobertura del cupo fijado por la ley 10.592 y condenar al Ministerio de Salud a incorporar al mencionado para cubrir el cargo de camillero en el Hospital Zonal General de Agudos "Gobernador Domingo Mercante" de José C. Paz, previa realización del examen de idoneidad previsto por la Ley 10.592, a cuyo fin, se fija el plazo de veinte (20) días, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el Art. 23 de la ley 7166, 8 ter de la ley 10.592 (según ley 13.508) y 163 de la Constitución Provincial. J.M. se desempeñaba en ese lugar *ad honorem* lugar desde 2001. El fallo destaca el cupo del 4% establecido por el art. 8 de la ley 10.592 y señala que hubo "estricto desinterés de la administración para llevar adelante la manda constitucional" - 8/2/2007

Vemos entonces, que en el ordenamiento jurídico argentino, quién designa al representante legal de los incapaces, es el juez; quién para ello -en forma rígida toma en cuenta el orden imperativamente impuesto por los Art. 475, 476, 477 y 478 de nuestro Código Civil, pudiendo apartarse de esas directivas cuando las circunstancias del caso lo aconsejan; sin contemplar en ningún momento los deseos y la voluntad del presunto incapaz.)

Nuestro Código Procesal Civil y Comercial, establece que durante el juicio de incapacidad, instado a solicitud de parte legítimas, el juez nombrará al demandado, un curador provisorio para que lo represente en el juicio; cargo que desempeñará un abogado de la matrícula o bien un curador público cuando el presunto incapaz no poseyera bienes o éstos sólo fueran suficientes para su subsistencia. Así, en nuestro régimen jurídico, una vez iniciado el juicio de incapacidad, el presunto incapaz, queda - en un primer momento- en manos de un completo extraño, quién no solo desconoce sus antecedentes y referencias personales (su enfermedad, las intenciones de los familiares respecto de él, etc.), sino que además carece de una formación profesional especializada o afín, que le permita brindarle una atención adecuada. Muchas veces, la persona sometida a un juicio de incapacidad, puede estar impedida de transmitir algo sobre sí o sobre su propia enfermedad o estar enormemente asustada por la iniciación de un juicio que siente es en su contra, y ver así -en el curador provisorio que le ha nombrado el juez -a un verdadero adversario.

Se trata de una decisión delicada, porque el juicio de incapacidad tiene un enorme potencial para perjudicar al presunto incapaz y a su núcleo familiar, cuando la actuación del juzgado es excesiva; pero por otro lado, una acción relegada o tardía puede permitir que la salud y los bienes del supuesto incapaz queden a merced de alguna persona que se aproveche de él, con difíciles o nulas posibilidades de una ulterior reparación.

Específicamente y en los artículos que transcribo:

Art. 31 Inc. B) Las Limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona

ARTÍCULO 36.- Limitación provisional a la capacidad. Durante el proceso, el juez puede decretar una limitación provisional a la capacidad para la protección de la persona o el patrimonio. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuales la representación de un curador. También puede designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas según cuál sea la causa de la discapacidad mental.

Se nota, ya, una incipiente tendencia justamente hacia los sistemas de apoyo señalados precedentemente y establecidos en la Convención Internacional. Lo cual es altamente satisfactorio y viene a cubrir situaciones injustas, que se dieron con el abusivo ejercicio de la Curatela. Solo por citar un caso, recibí una consulta de un joven de 27 años, con discapacidad mental, el cual trabaja como empleado efectivo en un supermercado, es futbolista de Olimpiadas Especiales, es columnista en un programa radial y quiere contraer matrimonio próximamente, cual es su impedimento y consulta? Que su Padre es el CURADOR, por lo que todos los ingresos que debiera percibir MM, como producto de su trabajo y su esfuerzo, son percibidos por su padre, ante esto me manifiesta si no es posible cambiar de curador, y su curador sea su hermana con quien esta actualmente viviendo...la pregunta es..ante este tipo de planteo, el abuso del Curador, puede seguir subsistiendo esta figura en la reforma del Código Civil? Y MM, no es ni Prodigio, ni encaja en algunas de esas figuras, por el contrario, ya termino sus estudios secundarios en una escuela nocturna, en la cual fue Incluido como un alumno mas...Obviamente pueden darse casos extremos, de perdida total de su capacidad mental, pero ante esto es bueno la “no generalización” y atender cada caso particular, tal como se prevé en la reforma y en todo caso, de considerarlo necesario y a tenor del artículo 36 de la reforma, el juez designar “redes de apoyo” y personas que actúen con “funciones específicas” según cual sea la causa...y agregaría...estado actual de su discapacidad mental. Por lo mismo, en la reforma se señala en el artículo 40:

“La sentencia que declara la incapacidad o la restricción parcial a la capacidad de la persona debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a TRES (3) años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios.”

Lo que garantiza la misma finalidad propuesta en la reforma que es la de **que** “ las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;” (Art. 31 Inc. B)

CONCLUSIONES.

Si bien la reforma del Código Civil, morigera en alguna medida, el texto original, aun no satisface totalmente tanto al Derecho Internacional, como a la demanda del Sector de las Personas con Discapacidad, de directamente REEMPLAZAR el Sistema de Curatela, que como observamos en algunos casos sigue vigente, aplicándose para ello las normas referidas a la Tutela, por un Sistema de Apoyo especialmente a las personas con discapacidad mental, anteponiendo tal como lo proclama la Convención Internacional de los Derechos con Discapacidad, la terminología “Personas con Discapacidad” reconociendo que antes que nada son “Personas”, y que SALVO, estar privado absolutamente de la razón y en casos extremos puede caber la figura de la Curatela, situación que no acontece, ya que persiste aun en situaciones no tan profundas, por lo que seguramente nuestros tribunales, se verán obligados a seguir aplicando lo normado en la Convención Internacional, y no las normas del Código Civil, ya que toda esta creación pretoriana, y solo a titulo ejemplificativo se transcribieron algunos fallos, deberían ser de suma utilidad, tanto como los trabajos doctrinarios, para ante esta oportunidad Histórica, legislar definitivamente en esta materia de acuerdo a la concepción actual, es decir, ubicando a estas personas dentro del llamado “Modelo Social” alejándonos definitivamente del modelo medico y ultra proteccionista del Código, cuyos resabios aun se mantienen en su posible reforma.