

Personas con discapacidad

Ana María Montalto – María Eugenia Montalto

***Personas con discapacidad
“los olvidados de siempre”***



**Editorial de la
Universidad del Aconcagua**

Montalto, Ana María

Personas con discapacidad : los olvidados de siempre / Ana María Montalto y María Eugenia Montalto. - 1a ed. - Mendoza : Universidad del Aconcagua, 2012.

441 p. ; 21x16 cm.

ISBN 978-987-1511-40-2

1. Discapacidad. 2. Legislación. 3. Derecho. I. Montalto, María Eugenia.
II. Título

CDD 346.013

Diagramación y diseño de tapa: Arq. Gustavo Cadile.

Copyright by Editorial de la Universidad del Aconcagua.

Catamarca 147 (M5500CKC) Mendoza.

Teléfono (0261) 5201681.

Correo electrónico: editorial@uda.edu.ar

Queda hecho el depósito que marca la ley 11723.

Impreso en Argentina.

Primera edición: octubre de 2012.

ISBN: 978-987-1511-40-2.

Reservados todos los derechos. No está permitido reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información ni transmitir ninguna parte de esta publicación, cualquiera sea el medio empleado – electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, etc. –, sin el permiso previo de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

A nuestras familias que con su apoyo incondicional nos han permitido, elaborar este trabajo.

Y a los olvidados de siempre¹, que con sus vivencias, nos han brindado la semilla de este fruto.

¹ Los olvidados de siempre: personas en situación de discapacidad.

Índice

Introducción	13
Un poco de historia.....	17
Nuestra legislación.....	21
<i>Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación</i>	<i>33</i>
Personas con discapacidad, o incapaces y derechos humanos	53
<i>Avance de las normas para los discapacitados</i>	<i>54</i>
<i>Conceptualización</i>	<i>60</i>
Incapacidad física	61
Discapacidad	62
Deficiencia y minusvalía	65
Actos voluntarios.....	66
Discernimiento	67
Dementes	67
<i>La curatela desde la óptica del derecho penal</i>	<i>106</i>
Efecto de la sentencia en juicio penal	106
Efectos de la sentencia penal en juicio civil	106
Inhabilitación de los penados	107
Limitaciones a la capacidad de hecho.....	108
Conveniencia de su derogación	109
Limitaciones a la capacidad de derecho	109
Rehabilitación.....	110
Competencia.....	110
<i>Jurisprudencia</i>	<i>111</i>
Incapaces en la ley penal	111
¿Quién puede ser curador del penado?	113
Competencia (en particular) – curatela de un penado.....	113
Capacidad – Condenados penalmente – Demanda entablada en forma personal contra el Estado Nacional y la Provincia – Legitimación y personería – Falta de designación de Curador – Subsanción	114
Los discapacitados y el transporte público	115

Discapacitado ~ discriminación	118
Convención sobre derechos de las personas con discapacidad.....	125
<i>El marco de desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad:</i>	
<i>principios generales.....</i>	127
<i>El concepto de discapacidad como estado dinámico</i>	129
<i>La familia y la discapacidad.....</i>	131
<i>Los derechos personalísimos.....</i>	132
<i>La libertad y la igualdad real</i>	135
<i>La vulneración de los derechos de las personas con discapacidad</i>	136
<i>Una mayor preocupación por el derecho de las mujeres y niños.....</i>	137
El derecho a formar una familia.....	137
El derecho de los niños y niñas	139
El derecho de la mujer	141
<i>El derecho a la educación.....</i>	141
<i>El derecho de información.....</i>	143
<i>Derechos a la salud.....</i>	144
<i>Derechos a trabajar y al empleo.....</i>	145
<i>Las obligaciones del Estado.....</i>	146
<i>La instauración de un Comité para el seguimiento en la aplicación de la</i> <i>Convención</i>	151
<i>Imposibilidad de hacer reservas sobre los derechos establecidos en la</i> <i>Convención</i>	156
Derecho del (o al) trabajo.....	157
<i>Algunas consecuencias en materia de capacidad de la ratificación de la</i> <i>convención de las naciones unidas sobre los derechos de las personas con</i> <i>discapacidad (ley 26.378).....</i>	157
<i>La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad</i>	159
<i>Incapaces y la bioética.....</i>	166
<i>Capacidad y competencia</i>	170
<i>Esterilización de incapaces.....</i>	175
Planteamiento del problema.....	175
Situación legal previa al dictado de la ley.....	177
Interpretaciones doctrinarias.....	178
Evolución Jurisprudencial.....	180
<i>Esquema explicativo convención internacional de las personas con</i> <i>discapacidad</i>	185
Artículo 990	199
Jurisprudencia	209
<i>Salud sexual y reproductiva. Derechos sexuales y reproductivos. Ligadura de</i> <i>trompas. Curatela. Legitimación procesal. Inhabilitación civil. Actos de</i> <i>disposición. Derechos personalísimos. Autorización Judicial. Facultades y</i> <i>deberes del Juez. Interpretación de la Ley. Derecho a la Intimidad.</i>	
<i>Discapacitados. Salud mental. Derecho a la libertad. Analogía.....</i>	209
<i>¿Qué es una Observación general?</i>	213

<i>Introducción.....</i>	<i>223</i>
<i>Modelos de abordaje de la discapacidad, con énfasis en el modelo de construcción social de la discapacidad</i>	<i>227</i>
Modelo de prescindencia	228
Modelo médico–rehabilitatorio	230
Modelo de construcción social de la discapacidad	235
Sobre la observación general en materia de capacidad de las personas con discapacidad del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (CEDDIS).....	245
Aspectos psicológicos de la discapacidad ¿Qué se entiende por discapacidad en el niño?	257
<i>El diagnostico.....</i>	<i>259</i>
<i>La familia.....</i>	<i>262</i>
<i>Descripción de la experiencia clínica.....</i>	<i>271</i>
<i>La derivación.....</i>	<i>272</i>
Situaciones más frecuentes de conflictos vinculares	273
<i>Situaciones de conflicto en el vínculo conyugal.....</i>	<i>274</i>
<i>Situaciones de conflicto en el vínculo padres–hijo con discapacidad</i>	<i>278</i>
<i>Situaciones de conflicto en el vínculo fraterno</i>	<i>281</i>
<i>Indicadores de riesgo de conflicto familiar</i>	<i>284</i>
<i>Indicadores de riesgo a nivel de la familia como grupo.....</i>	<i>284</i>
Situaciones familiares previas y actuales del grupo familiar	284
<i>Indicadores de riesgo a nivel de algunos vínculos</i>	<i>287</i>
Vínculo conyugal	287
El vínculo paterno–filial	288
<i>Indicadores de riesgo en relación con las características de los servicios.....</i>	<i>290</i>
<i>Momentos de mayor vulnerabilidad familiar: Necesidad de mayor apoyo y sostén.....</i>	<i>291</i>
<i>Algunos objetivos de toda intervención tendiente a la promoción de la salud mental familiar</i>	<i>292</i>
<i>El hijo discapacitado y los “otros”</i>	<i>294</i>
<i>La mamá</i>	<i>302</i>
<i>Beneficio secundario de la enfermedad.....</i>	<i>307</i>
Familia y resiliencia.....	311
<i>El poder de las caricias y el bebe resiliente</i>	<i>315</i>
Los misterios de la piel.....	317
<i>Una herramienta de inclusión</i>	<i>319</i>
<i>Tecnología y educación</i>	<i>320</i>
¿Trae beneficios?.....	321
<i>El concepto de diversidad versus necesidades educativas especiales.....</i>	<i>323</i>
Finalidades	323
<i>Experiencia clínica</i>	<i>325</i>
<i>Discapacidades psíquicas.....</i>	<i>327</i>
<i>Discapacidades mentales.....</i>	<i>328</i>

<i>Actividades sugeridas para la comunicación</i>	328
<i>Estadística de la provincia de Mendoza</i>	330
<i>Docentes de establecimiento de educación especial, por sector según año</i>	331
<i>Matricula establecimiento de educación especial, por sector según año</i>	332
Anexo: I. Compilación Legislativa	333
<i>Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad</i>	333
Preámbulo.....	333
Anexo II. Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad	369
Ley N° 26.413. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas	375
LEY 26.657. Derecho a la Protección de la Salud Mental. Disposiciones complementarias	397
<i>Salud pública</i>	411
Ley 26.378 Discapitados. Convenios Internacionales	413
Ley 24.901. Sistema de Prestaciones básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad	415
Ley 8.373	425
Colofón	429
Bibliografía jurídica	433
Fallos destacados	435
Bibliografía psicológica	437
Ana María Montalto	439
María Eugenia Montalto	441

Introducción

Hemos abordado la temática, en virtud de la demanda social existente, en que las personas en situación de discapacidad, junto a su grupo familiar, necesitan la contención legal y psicológica, por lo que se ha generado, una necesidad real no satisfecha, en cuanto a la oferta de soluciones concretas e inmediatas.

Por ello, desde el análisis técnico legal y psicológico, hemos realizado un aporte para evacuar dudas y consultas, tanto para los profesionales, juristas, psicólogos, psiquiatras, médicos pediatras, trabajadores sociales, licenciados en minoridad y familia, docentes, y otros, como así también, nuestro gran empeño está encaminado a esos sectores mas vulnerados, de nuestra sociedad.

Desde nuestra experiencia de campo, de más de treinta años de actividad plena, (legal y psicológica) unidas a las teorías, investigaciones, estudios, casuísticas, legislación nacional, e internacional, doctrina y jurisprudencia, hemos abordado esta temática, desde ambos ámbitos, a fin de que “Los olvidados de siempre” personas en situación de discapacidad, puedan tener un albergue, no solo en nuestras memorias, sino en la realidad cotidiana.

El título que proponemos, proviene de una serie de estudios y experiencias generada en el ámbito público y privado, sintetizando, nuestra participación activa en una sociedad, que muchas veces desconoce situaciones límites, para padres, niños y familias, afectadas con alguna discapacidad física y /o mental, produciendo una discriminación quizás inconsciente, no verbalizada, en donde no se le colocan palabras por temor a enfrentar situaciones, que requieren una respuesta inmediata.

Proponemos, una visión integral de la problemática, que sirva para ocuparnos y preocuparnos de ellos.

No solo tratamos a aquellos, que nacen con distintas discapacidades, sino a aquellos que en el transcurrir de su vida pueden adquirirlas por distintas causalidades.

Por ello, afrontamos el análisis de la crisis que se instala en el individuo y en su familia, para que esta no represente una crisis en sí, sino que implique, una oportunidad de crecimiento, madurez, fortalecimiento y contención del o los miembros afectados, en forma individual y a nivel vincular.

Este material de fácil acceso en cuanto a legislación, doctrina y jurisprudencia y las de formas de los distintos códigos procesales provinciales, las nuevas legislaciones, que atienden la situación de personas con discapacidad, como así también literatura especializada respecto a teorías e investigaciones psicológicas que preceden este análisis, con real actualidad y por lo tanto vinculado a la temática vertida.

En el aspecto humano se busca generar una conciencia social en cuanto a la detección temprana de la discapacidad, a fin de que los padres de los mismos puedan llegar a un diagnóstico conjunto y oportuno con los

especialistas para que estas personas obtengan una solución factible y conveniente.

Consideramos que las instituciones deberán aggiornarse a estas nuevas normativas, en aras de abordar la temática en miras del superior interés de las personas con discapacidad, a fin que no resulten proclamas vacías de contenidos, sino aplicables a la realidad.

Parafraseando a Mario Benedetti en “No te Rindas” haciendo referencia a la resiliencia como capacidad de enfrentar y superar las situaciones de crisis vitales tanto de nuestro presente, personas con discapacidad, como de nuestra sociedad en general.

“No te Rindas”

**No te rindas, aún estás a tiempo
de alcanzar y comenzar de nuevo,
aceptar tus sombras,
enterrar tus miedos,
liberar el lastre,
retomar el vuelo.**

**No te rindas que la vida es eso,
continuar el viaje,
perseguir tus sueños,
destrabar el tiempo,
correr los escombros,
y destapar el cielo.**

**No te rindas, por favor no cedas,
aunque el frío queme,
aunque el miedo muerda,
aunque el sol se esconda,
y se calle el viento,
aún hay fuego en tu alma
aún hay vida en tus sueños.**

**Porque la vida es tuya y tuyo también el deseo
porque lo has querido y porque te quiero
porque existe el vino y el amor, es cierto.**

**Porque no hay herida que no cure el tiempo.
Abrir las puertas,
quitar los cerrojos,**

abandonar las murallas que te protegieron,
vivir la vida y aceptar el reto,
recuperar la risa,
ensayar un canto,
bajar la guardia y extender las manos
desplegar las alas
e intentar de nuevo,
celebrar la vida y retomar los cielos.
No te rindas, por favor, no cedas,
aunque el frío queme,
aunque el miedo muerda,
aunque el sol se ponga y se calle el viento,
aún hay fuego en tu alma,
aún hay vida en tus sueños
porque cada día es un comienzo nuevo,
porque esta es la hora y el mejor momento.
Porque no estás solo, porque yo te quiero.

Mario Benedetti

Ana María Montalto
María Eugenia Montalto
Mendoza Diciembre 2011

Un poco de historia

Ana María Montalto

El origen de la legislación especial destinada a los enfermos mentales, se encuentra vinculada con la **Revolución Francesa** y localiza su punto culminante en 1838, con la denominada **Ley Esquirol**², que habrá de constituir el marco jurídico que regirá el destino de los enfermos mentales durante 150 años, no solo en Francia, sino en todos los Estados modernos de occidente, incluida la Argentina. Esta fue tomada como referencia para sus legislaciones nacionales. Estuvo precedida por una serie de conflictos de tipo ético y político, que se le plantearon a la **Revolución Burguesa**. La Asamblea Nacional y la Constituyente, durante la **Revolución Francesa**, y

²Jean Etienne Esquirol-1772-1840 no escapó a Esquirol la llamativa transformación de esos jóvenes de espíritu vivo, despierto y aun brillante en cuadros de obtusión y torpeza (Thomas Willis, 1672). En 1814 Esquirol describe algunos casos bajo el nombre de "demencia crónica". A pesar de la diversidad, resalta el negativismo, el estupor, la apatía, las estereotipias, la verbigeración y las "actitudes especiales". Asimismo, con el nombre de "idiotismo accidental o adquirido" refleja la invasión procesal. La descripción princeps es, según Pereyra, la de Bénédicte A. Morel, quien nos habla de un joven de trece o catorce años antes brillante: "Una especie de torpeza, vecina a la obtusión, reemplaza la actividad primera y cuando lo reviso juzgo que la transición fatal al estado de demencia precoz estaba en vías de operarse. Este pronóstico desesperante estaba bien lejos de la idea de los padres y de los médicos. Una demencia precoz indica que el joven había llegado a término de su vida intelectual. Entonces son designados «imbéciles idiotas»".

especialmente vinculado a la **Declaración de los Derechos del Hombre**, que establecen principios políticos y sociales sobre la organización del nuevo Estado, los que entran en fuerte contradicción con la situación legal (el encierro compulsivo, sin juicio ni condena) y el trato dispensado a los enfermos mentales por el antiguo régimen. La Declaración sostenía: *“Nadie puede ser arrestado ni detenido más que en los casos determinados por la ley, según las formas que ha prescripto esta. La ley no debe admitir más que las penas estrictas y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada”* Naturalmente la situación del encierro a que eran sometidos los enfermos, junto a otros marginados sociales, en casas correccionales, hospitales (que tenían un sentido diferente al criterio médico actual, ya que eran lugar de alojamiento de incapaces, libertinos, criminales, pobres, mendigos, etc.) como así que algunos establecimientos religiosos, generaban incomodidad política frente al reconocimiento de estos derechos.

Antes de la **Declaración de los Derechos del Hombre** en 1784, una circular a los intendentes los alertaba acerca de la situación de este encierro y aconsejaba reducir la práctica de la internación compulsiva a los “manifiestamente locos”. Los legisladores durante la **Revolución**, se encuentran ante el dilema: *“qué hacer con los derechos de estas personas consideradas incapaces de vivir en sociedad, y que habían sido encerradas en gran número y encadenadas junto a criminales, por el régimen monárquico.*

La **Asamblea Constituyente** en su **Comité de Mendicidad**, designa una comisión que debe visitar los establecimientos donde están internadas estas personas.

En 1789 **Laroche Foucauld–Liancourt**, quien presidía esta **Comisión**, presenta su informe a la **Asamblea**, describiendo la indigna

situación de los internados y el desentendimiento de los jueces y del poder político sobre la degradación humana a que eran sometidos estos “ciudadanos” Especialmente dice:”*De todas las desgracias que afligen a la humanidad, el estado de locura es, sin embargo, uno de aquellos que por más de un motivo despiertan la piedad y el respeto; a este estado debieran prodigarse cuidados por más de una razón ¡Cuando no hay esperanzas de curación, aun quedan medios, dulzura, buenos tratos, que pueden procurar a estos desgraciados al menos una existencia soportable*”³

Obviamente, la historia muestra que el manicomio –denominación que proviene de “manía” el diagnóstico entonces hegemónico de locura, y que reemplazo al “hospital” ya que este estaba ligado a la represión durante la monarquía– como lugar específico para la internación y tratamiento del enfermo mental, no es una creación originada en la medicina, ni representa ningún progreso de la psiquiatría como lo pretenden algunos historiadores alienistas. Fue una decisión política para atender un problema social, este origen aun se hace evidente en los intentos actuales de avanzar en una alternativa de atención que elimine la internación asilar: Los argumentos que se oponen, son políticos, no médicos, y reflejan el temor de recrear un problema social si los enfermos viven junto a sus familias, en sus barrios, con otros enfermos, etc.


Es **Esquirol**, quien finalmente aporta una perspectiva global al problema de la locura, por eso debe considerarse como “padre de la psiquiatría”: aúna, en un solo gesto el encierro compulsivo en el manicomio, la legislación para transferir al medico el poder jurídico de juicio y sentencia y logra la legitimación, en el seno de la medicina de una especialidad de lo mental.

³ Foucault, M. (1969). *Historia de la locura en la época clásica* T.II. México: Siglo XXI. Pág. 126.

El presente, pretende brindar una visión integral en lo que históricamente ha sido considerada la situación del incapaz, o discapacitado, en nuestra legislación de fondo, las modificaciones que ha sufrido a lo largo de nuestras instituciones, y con la ratificación de la **Convención Internacional de las Personas con Discapacidad**.


Representativamente podemos mostrar la evolución a través de las siguientes sinopsis:

INCAPACES Y DERECHOS HUMANOS



- **Tratado de Montevideo de 1940**
- **Tít. I - De las personas**
- **Tít. VIII - De la tutela y de la curatela**
- **Art. 25.-** El discernimiento de la tutela y de la curatela se rige por la ley del lugar del domicilio de los incapaces.

INCAPACES Y DERECHOS HUMANOS



NORMATIVAS INTERNAS

- CÓDIGO CIVIL- Sec. II TIT.7 y 13/ Art- 1113 y 1117 C.C.
- CÓDIGO PROCESAL CIVIL-TIT. II CAP. II y III
- CÓDIGO PENAL- Art. 12 y 34
- CÓDIGO PROCESAL PENAL- Art. 97, 299,514, 528 y ss.
- LEY 6354- Art- 52 y 53-180-191-
- FALLO Excm. Suprema Corte de Justicia de Mendoza 28/09/07
- Causa 921/04/2P, 277/05/2P, "Fiscal c/ S.J., P.T. P/av. Homicidios/ Casación"
- ACORDADA 18724

Nuestra legislación

Es frecuente que en el común de las personas, se confundan los términos cuando se habla de “incapaces” discapacitados motrices” “discapacitados mentales” “personas con capacidades diferentes” “**personas en situación de discapacidad**” o simplemente “**personas con discapacidad**”

Cierto es que cada uno de ellos, presentan distintos tipos de incapacidades, las que abordaremos en el presente, dándole principal relevancia a aquellos que necesitan de una declaración judicial para obtener la designación de un representante legal que administre su persona y sus bienes por cuanto aquellos carecen de la capacidad legal necesaria, ya sea, para comprender sus actos en la vida civil o penal y puedan dirigir sus acciones, como también aquellas personas que a pesar de presentar una discapacidad motriz o funcional, requieren o no, según su patología, de la asistencia de otro para poder desarrollarse en la vida civil y política, haciendo su participación más plena, determinando el grado de su discapacidad, para hacer realidad aquello que la discapacidad no lo puede privar de ser parte activa en el medio familiar y social.

Los artículos 31 y 32 del Código Civil nos dan esquemáticamente el concepto de capacidad en cuanto aluden a la

posibilidad de que las personas adquieran derechos o contraigan obligaciones en los casos, por el modo y la forma que el propio código determina. Criterio que es ratificado por el art. 52 del mismo cuerpo legal.

Esta capacidad puede ser de: derecho, –para adquirir derechos y contraer obligaciones– o de hecho, la que otorga la posibilidad de ejercer esos derechos.

En ese sentido, resulta esclarecedora la nota al art. 52, del C.C. en cuanto a las fases y amplitud de cada una de ellas, que integran esa aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Respecto a la internación de estas patologías, las distintas provincias argentinas recomiendan mantener al insano dentro del ámbito familiar así la Fiscalía General de la Provincia de Corrientes, se ha expedido en fecha 11 de junio de 2009, en el sentido de evitar la derivación a Capital de personas con trastornos mentales, con el debido control judicial.

En cuanto a los discapacitados motrices, también ha surgido un interés general en el ámbito de nuestro país, y en las distintas provincias que la integran en el sentido de aplicar políticas que protejan a aquellos que por tener limitadas sus capacidades motrices, necesitan de una protección especial, tal es el caso de la provincia de Mendoza, que por intermedio de la **Obra Social de Empleados Públicos**, gestiona a la fecha la implementación de una ley provincial que se adhiera a la nacional número 24901, proyecto, que con la participación del **Ministerio de Desarrollo Humano y Salud, La Dirección General de Escuela y de Discapacidad, El Consejo Provincial de Discapacidad y Legisladores Provinciales**, pretenden su instauración en la provincia durante el año 2010.

Asimismo no hay que dejar de reconocer, que la provincia de Mendoza, pionera en legislación de protección a la niñez y adolescencia, tal

como fue nuestra ley 6354, ha quedado atrás en el reconocimiento de los derechos y garantías para las personas con discapacidad, muchos factores, entre ellos el financiero, ha impedido la adaptación a la ley nacional 24901, por lo que se ha debido utilizar en diversas situaciones de desconocimiento de aquellos, el remedio procesal de la acción de amparo⁴.

El trabajo y esfuerzo denodado de los familiares de las personas con discapacidad, hizo posible que recién en fecha 04 de noviembre de 2011, la provincia, hiciera una declaración de la voluntad de adherir a la misma, hecho que a dado lugar en el momento que se estaba realizando esta obra a la LEY 8.373 en fecha 15 de Noviembre de 2011.

A la vez que otras normativas, contemplan la obligatoriedad de las obras sociales en brindar cobertura conforme lo determinan las leyes 22.431, ley 23660, ley 24310; aquellas que brindan protección preventiva a la madre y al niño conforme lo regla la ley 24314.

En el orden provincial el Senado y Cámara de Diputados de la provincia de Mendoza en fecha 12 de diciembre de 2011, sanciono con fuerza de ley la N° 8345 por la que se crean las Defensoría de las Personas con Discapacidad como órgano independiente y unipersonal con autonomía funcional y autarquía financiera. Teniendo como misión la defensa y protección de los intereses y derechos de las personas con discapacidad tutelados por la Constitución Nacional, Tratados Internacionales, Constitución Provincial, y las leyes, frente a actos, hechos u omisiones de la Administración Pública Provincial, y municipal de prestadores de servicios públicos, de entidades financieras y de las personas físicas o jurídicas que generen conflicto con ellas.

⁴ Expte 117.018”Asesora de Menores e Incapaces–Séptima Asesoría c/Poder Ejecutivo de la Provincia y/o Ministerio de Salud p/Acción de Amparo” Quinto Juzgado Civil, Comercial y Minas, Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza.

Esquemáticamente podemos sintetizar el marco legal dentro de nuestro país de la siguiente forma:

CONSTITUCION NACIONAL

- **ARTICULO 75:**
- **Corresponde al Congreso: ...**

- **Inc 22: Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.....**

- **Inc. 23: Legislar y promover MEDIDAS DE ACCION POSITIVA que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.**



CONVENCION PCD LEY NACIONAL 26378

El día 21 de Mayo de 2008 fue aprobada la ratificación por parte del Congreso Nacional.

Se sancionó en H. Cámara de Diputados con mayoría simple.

Con el voto de las 2/3 partes, tiene rango constitucional.



LEYES NACIONALES

LEY 22431- SISTEMA DE PROTECCION
INTEGRAL DE PERSONAS CON
DISCAPACIDAD

LEY 24901 - SISTEMA DE PRESTACIONES
BASICAS DE ATENCION INTEGRAL



LEYES NACIONALES

Ley 25.421

Programa de Asistencia Primaria de Salud Mental.

Ley 25.415

Programa Nacional de Detección Temprana y Atención de la
Hipoacusia.

Ley 25.404

Adopción de medidas de protección para las personas que
padecen epilepsia.

Ley 23.660

Ley de Obras Sociales.

Ley 23.661

Creación del Sistema Nacional del Seguro de Salud.



LEYES NACIONALES

SALUD

Ley 23.753

Problemática y prevención de la diabetes.

Ley 24.734

Servicio de cobertura médica. Otorgamiento a nuevos beneficiarios.

Ley 24.754

Medicina Prepaga. Cobertura. Servicios.



LEYES NACIONALES

SALUD

Ley 23.413

Fenilcetonuria -prueba obligatoria para detección- prueba de fenilcetonuria en los recién nacidos.

Ley 23.874

Hipotiroidismo. Detección en recién nacidos.

Ley 26279

Pesquisa Neonatal (hipotiroidismo neonatal, fibrosis quística, galactocemia, hiperplasia suprarrenal congénita, deficiencia de biotinidasa, retinopatía del prematuro, chagas y sífilis).



LEYES NACIONALES

EMPLEO

Ley 24013

Ley de Empleo

Ley 24.557

Riesgos del Trabajo.

Ley 25.212

Pacto Federal del Trabajo. Anexo VI. Plan Nacional para la inserción laboral y el mejoramiento del empleo de las pc. **Ley 22.431** - Sistema de protección integral de las pc. **Ley 23.462** - Aprobación del Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas. (O. I.T.).

Ley 24.147

Régimen de los Talleres Protegidos de Producción

Res. 355/97-386/97-405/97-588/97-339/98-

Decreto 1125/01 (AFIP suspensión de cobro) - 318/04

Ley 25689

Cupo del 4%

Ley 25785

Cupo del 4% en programas Socio Laborales con fondos nacionales



LEYES NACIONALES

EMPLEO

BENEFICIOS PARA EMPRESAS QUE CONTRATEN PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Beneficios impositivos nacionales:

- 70% de deducción de ganancias (ley 22431 art.23)
- 50% de deducción de aportes patronales durante el 1º año (ley 24013 art.87)
- 50% de deducción de contribuciones patronales por contratación de grupos protegidos (ley 24147 art.34)
- 33% de deducción de contribución de seguridad social por 12 meses



LEYES NACIONALES

EMPLEO

Ley 24.716 - Licencias a madres de hijos con Síndrome de Down.

Ley 24.308 - Concesión otorgada a Discapacitados para explotar pequeños negocios

Decreto 795/94 - Explotación de pequeños comercios por pcds

Decreto 771/96 - Asignaciones familiares. Asignación por hijo discapacitado.

Decreto 230/99 - Lotería Nacional. (La Solidaria)

Ley 23021 - (deducción impuesto de ganancias)

Resolución 812/04 - Proyectos formación profesional

Resolución 802/04 - Programa inserción laboral

Resolución 575/05 - Programa apoyo económico Microemprendimientos



LEYES NACIONALES

JUBILACIONES Y PENSIONES

Ley 13.478
Pensiones Graciables inembargables. Otorgamiento.

Ley 20.475
Otorgamiento del beneficio jubilatorio a los discapacitados.

Ley 20.888
Otorgamiento del beneficio jubilatorio a ciegos.

Ley 24.241
Sistema integrado de jubilaciones y pensiones. (Y su modificatoria ley 24347)



LEYES NACIONALES

JUBILACIONES Y PENSIONES

Ley 25.364

Régimen aplicable a beneficios por invalidez.

Decreto 300/01

Decreto reglamentario de la ley de jubilaciones y pensiones - Jubilación por invalidez.

Decreto 432/97

Pensiones a la vejez y por invalidez.

Ley 24.310

Ex-combatientes - Pensión Graciable Vitalicia.



LEYES NACIONALES

ACCESIBILIDAD

Ley 24314 - Accesibilidad de personas con movilidad reducida
(Reglamentada por Decreto 914/97) (Modifica a la ley 22431).

Ley 25573 - (mod. Ley 24521) Accesibilidad Educación Superior.

Ley 24.449 - Ley de Tránsito (art. 21 estructura vial).

Resolución 46/2007 - ENARGAS - Establécense modificaciones que deberán efectuar las estaciones de carga de GNC a fin de brindar condiciones de atención igualitaria a las personas discapacitadas que conducen automóviles impulsados por Gas Natural Comprimido.



LEYES NACIONALES

ACCESIBILIDAD TRANSPORTE PUBLICO DE PASAJEROS

Ley 24314 - Accesibilidad de personas con movilidad reducida.
(Reglamentada por Decreto 914/97) (Modifica a la ley 22431).

Decreto 467/98 -Transporte Automotor Público - Colectivo de pasajeros.

Ley 24.449 - Ley de Tránsito (lic. Conductor, peatones, transporte público)

Ley 25635 - Modifica art. 22 de ley 22431. Gratuidad en transporte colectivo terrestre. Franquicia extensible a acompañante en caso de necesidad documentada.

Decreto 38/04 - Autoriza viaje en transporte terrestre de jurisdicción nacional, corta, media y larga distancia acompañado por perros guía.



LEYES NACIONALES

Ciegos y ambliopes - Perros guía

Ley 25.682 - Personas con baja visión (bastón verde).

Decreto 38/04 - Autoriza viaje en transporte terrestre de jurisdicción nacional, corta, media y larga distancia acompañado por perros guía.



LEYES NACIONALES

HIPOACUSIA

Ley 24204

Telefonía pública disponible para hipoacúsicos e impedidos del habla (hih).

Ley 24421

Las empresas telefónicas deberán proveer un servicio de telefonía domiciliaria.

Resolución 420/00

Creación Comisión para usuarios telefónicos con limitaciones físicas.

Resolución 3104/03

Obligación subtítular películas nacionales largometrajes en video.



LEYES NACIONALES

IMPOSITIVAS

Ley 19.279

(Modificada por leyes 20.046, 22.499 y 24.183)

Automotores para pcds. Facilidades para su adquisición.

Decreto 1313/93

Automotores. Procedimientos necesarios a los fines de la aplicación de la ley 24.183 (remisión).

Decreto 732/72

Exención de gravámenes

Bienes importados con destino a la enseñanza, investigación y salubridad.

Resolución 1388/97

Mercaderías destinadas a rehabilitación, tratamiento y capacitación.



LEYES NACIONALES

- **CULTURA**
 - **Res. 1656/97** - Programa Integrándonos por la Cultura
 - **Res. 1700/97** - Eximisión del pago de derechos de admisión
 - **Res. 3104/03** - Subtitulado en películas de producción argentina
- **ELECTORALES**
 - **Ley 25.858** - Codigo Electoral Nacional
- **PREMIOS Y RECONOCIMIENTOS**
 - **Decreto 1149/98** - Premio Nacional a la Integración - Dec.720/00
 - **Ley Nº 25211**-Incorporación de la temática al Censo Nacional Población
 - **Ley 25346** - Día Nacional de las Pcds



LEYES NACIONALES

- **EDUCACION**
 - **LEY Nº 22.431** SISTEMA DE PROTECCION INTEGRAL DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS.
 - **LEY Nº 24.521** LEY DE EDUCACION SUPERIOR
 - **LEY Nº 24.901** SISTEMA DE PRESTACIONES BASICAS
 - **LEY Nº 25573** MODIFICATORIA DE LA LEY 24521
 - **LEY Nº 26206** LEY DE EDUCACION NACIONAL



Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación

El anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación presentado el 28 del mes de marzo del 2012 el que será evaluado por la Presidente Cristina Fernández durante los próximos treinta días. Luego, se presentará el documento en el Congreso, y se prevé el debate del texto por al menos sesenta días más establece entre otras importantes incorporaciones, las siguientes normativas respecto del tema que nos involucra, reproduciendo en algunas de ellas las ya existentes en las leyes comentadas, agregando ciertas expresiones como *capacidad restringida*, ausente en aquellas.

El anteproyecto que se transcribirá, ha motivado y motiva, muchos cuestionamientos, sobre su normativas que resultan inconstitucionales, por no contemplar los parámetros de la **Convención Internacional de las Personas con Discapacidad**, al mantener en lo relativo a la designación de curadores, los principios sentados en el Código Civil de Vélez Sarfield, así, diversas organizaciones de la sociedad civil en conjunto con instituciones académicas referentes de distintas localidades del país, se reunieron en la ciudad de Rosario y en el marco del **Cuarto encuentro del proyecto “Autonomía personal de las personas con discapacidad. Avanzando hacia la autonomía como instrumento para una participación social efectiva”**, desarrollado los días 31 de agosto y 1º de setiembre de 2012, se debatió sobre la problemática, proclamando la necesidad de la inclusión social de las personas con discapacidad.

Otro punto importante, fue la consideración de la delicada situación a que quedan expuestas las personas discapacitadas o disminuidas en sus facultades cuando ocurre el fallecimiento de las personas que les proveen usualmente asistencia y cuidado, en general sus padres o sus hijos. Nuestro derecho sucesorio vigente, por mantener un esquema de porciones legítimas elevadas a favor de los herederos forzosos, en muchos casos deja escaso margen para que el causante pueda organizar el modo de brindarles a aquellas la suficiente atención económica y asistencial.

El anteproyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial impulsado mediante el decreto presidencial 191, del 23 de febrero de 2011, atiende la circunstancia descripta al establecer la denominada “mejora estricta para los herederos con discapacidad”.

Es de destacar que no existe en nuestro derecho positivo actual norma alguna que establezca una cuota de legítima distinta o una mejora estricta sobre la porción legítima a favor de los herederos incapaces. Pero si el causante quisiera favorecerlos con una cuota o porción mayor de la herencia si concurriera con otros legitimados -además de la mejora sobre la porción disponible- debería constituir alguna indivisión forzosa en los términos de la ley 14394 o constituir un fideicomiso testamentario, por cierto dos opciones que igualmente colisionan con la protección legítima de los otros coherederos forzosos, pudiendo cesar la indivisión antes del plazo estipulado conforme lo establece la ley que la reglamenta.

Por ello, el anteproyecto avanza, en beneficio de las personas con discapacidad, a la luz de la Convención, advirtiendo que para estos supuestos puede resultar beneficioso acudir al fideicomiso testamentario, ya que sirve de herramienta eficaz para la tuición de los más débiles, a los fines de garantizar la asistencia médica, de compañía, de cuidado, psiquiátrica o

de rehabilitación de los hijos incapaces, discapacitados o minusválidos, dejando a salvo aun en estos supuestos la porción legítima.

El Anteproyecto en análisis establece una reducción de 1 a 3 cuotas de legítimas y específicamente contempla la protección para los herederos discapacitados al legislar la mejora estricta a su favor.

Así se mantienen como herederos forzosos o legitimarios a los descendientes, los ascendientes y el cónyuge, quienes tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito-Art. 2444-

Las porciones legítimas en general se reducen ya que estas se establecen para los descendientes en dos tercios, para los ascendientes en un medio y para el cónyuge en un medio-Art. 2445-

El Anteproyecto contempla tal supuesto al establecer que “El causante puede disponer, por medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física, o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral-Art.2448.

De tal modo se consagra un instituto que recoge las posturas que se vienen proponiendo en doctrina y jornadas académicas, como así también normas similares contenidas en diversos proyectos de ley y legislación comparadas.

Personas con incapacidad y con capacidad restringida por razón de carencias de salud

Parágrafo 1°

Reglas comunes a la incapacidad y a la capacidad restringida

Artículo 31.– Reglas generales a la restricción de la capacidad por razones de salud. La restricción a la capacidad de ejercicio por razones de salud se rige por las siguientes reglas generales:

- a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;
- b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;
- c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;
- d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;
- e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, debiendo ser proporcionada por el Estado si carece de medios;
- f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

Artículo 32.– Persona con incapacidad y con capacidad restringida. El juez puede declarar la incapacidad de una persona mayor de trece (13) años de edad que por causa de enfermedad mental se encuentra en situación de absoluta ineptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.

El juez puede restringir la capacidad de una persona mayor de trece (13) años que padece una adicción o una alteración funcional permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

En ambos casos, el juez debe designar un curador y fijar sus funciones.

Artículo 33.– Legitimados. Están legitimados para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida:

- a) el propio interesado;
- b) el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado;
- c) los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado;
- d) el Ministerio Público.

Artículo 34.– Partes en el proceso. La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa.

Interpuesta la solicitud de declaración de incapacidad o de restricción de la capacidad ante el juez correspondiente a su domicilio o del lugar de su internación, si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio.

La persona que solicitó la declaración puede aportar toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados.

Artículo 35.– Limitación provisional de 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 o representación de un curador. También puede designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas según cuál sea la causa de la incapacidad o de la capacidad restringida.

Artículo 36.– Prueba. La sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso:

- a) diagnóstico y pronóstico;
- b) época en que la situación se manifestó;
- c) recursos personales, familiares y sociales existentes;
- d) régimen para la protección y asistencia.

Para expedirse sobre los dos primeros incisos, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario, integrado por médicos especializados, entre los cuales debe haber necesariamente un

siquiatra, y por otros profesionales cuyas incumbencias los habiliten para tales fines.

Artículo 37.– Entrevista personal. El juez debe entrevistarse personalmente con el interesado antes de dictar sentencia o cualquier limitación provisional de la capacidad. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado deben estar presentes en las audiencias.

Artículo 38.– *Sentencia.* La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la incapacidad y designar representante. Si el estado de la persona en cuyo interés se sigue el proceso lo hace posible y conveniente, el juez debe especificar los actos que el incapaz puede realizar por sí o con asistencia de uno o más curadores.

Si el juez considera que la persona está en situación de conservar su capacidad con limitaciones o restricciones, declara los límites o restricciones a la capacidad y señala los actos y funciones que no puede realizar por sí misma.

En ambos casos, designa un curador y determina sus funciones. Se aplican las reglas de este Código relativas a la curatela, y a la tutela, en cuanto sean compatibles, incluidas las reglas de la pluralidad.

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.

Artículo 39.– Medidas de protección. El juez debe adoptar medidas tendientes a la protección de la persona y a la recuperación de su salud; a este fin puede establecer redes de apoyo y designar personas que actúen con funciones específicas según sea la causa de la incapacidad o de la restricción de la capacidad.

Artículo 40.– Registración de la sentencia. La sentencia debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento.

Artículo 41.– Internación. En la sentencia o después de dictada, el juez puede disponer la internación de la persona. Para ello debe tener en cuenta las previsiones de la legislación especial, las reglas generales de esta Sección y, en particular, que:

- a) toda internación debe estar fundada en una evaluación que señale los motivos que la justifican, con intervención de un

equipo interdisciplinario integrado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 36;

- b) la finalidad de la internación es evitar que la persona se haga daño a sí misma o a terceros, y facilitar los tratamientos necesarios o convenientes de acuerdo con su estado;
- c) la internación es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente, sea voluntaria o no;
- d) la sentencia que dispone la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión.

Artículo 42.– Internación dispuesta por autoridad pública. La autoridad policial o administrativa puede disponer la internación de personas cuyo estado no admita dilaciones. En este caso debe comunicarlo inmediatamente al juez competente.

Artículo 43.– Remisión. Toda internación de una persona por razones de salud mental debe cumplir con los principios y reglas contenidos en la legislación respectiva.

Parágrafo 2º

Actos realizados por persona incapaz o con capacidad restringida

Artículo 44.– Actos posteriores a la inscripción de la sentencia. Son inválidos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Artículo 45.– Actos anteriores a la inscripción. Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser invalidados, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos:

- a) que la causa de la incapacidad o de la restricción a la capacidad sea ostensible a la época de la celebración del acto;
- b) que quien contrató con él sea de mala fe;
- c) que el acto sea título gratuito

Artículo 46.– Persona fallecida. Los actos entre vivos otorgados por una persona incapaz o con capacidad restringida no pueden impugnarse luego de su fallecimiento, excepto que la falta de salud resulte del acto mismo, que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que el acto sea a título gratuito, o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe.

Parágrafo 3º

Cese de la incapacidad y de las restricciones a la capacidad

Artículo 47.– Procedimiento para el cese El cese de la incapacidad debe decretarse por el juez que la declaró, previo examen de un equipo interdisciplinario integrado conforme las pautas del artículo 36, que se pronuncie sobre el restablecimiento de la persona.

Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador.

Parágrafo 4º

Inhabilitados

Artículo 48.– Pródigos. Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. La acción sólo corresponderá al cónyuge, conviviente, ascendientes y descendientes.

Artículo 49.– Efectos. La declaración de inhabilitación importa la designación de un curador que debe asistir al inhabilitado en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia.

Artículo 50.– Cese de la inhabilitación. El cese de la inhabilitación se decreta por el juez que la declaró, previo examen interdisciplinario que se pronuncie sobre el restablecimiento de la persona.

Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador.

SECCIÓN 1ª

Representación y asistencia. Tutela y curatela

Representación y asistencia

Artículo 100.– Regla general. Las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí.

Artículo 101.– Enumeración. Son representantes:

- a) de las personas por nacer, sus padres.
- b) de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad paterna, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe;
- c) de las personas incapaces o con capacidad restringida por razones de salud, el curador que se les nombre.

Artículo 102.– Asistencia. Las personas con capacidad restringida por razones de salud y las inhabilitadas son asistidas por un curador y por otras personas mencionadas en la sentencia respectiva y otras leyes especiales.

Artículo 103.– Actuación del Ministerio Público. La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad y de personas con capacidad restringida puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal.

- a) Es complementaria:
 - (i) en los procesos deducidos con el fin de obtener autorización para celebrar actos que los representantes legales sólo pueden realizar con esa aprobación; esa participación es necesaria y la falta de intervención causa la nulidad absoluta del acto;
 - (ii) en los demás procesos; en estos casos, la falta de intervención del Ministerio Público causa la nulidad relativa del acto.
- b) Es principal:
 - (i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes;
 - (ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes;

(iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa, ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.

SECCIÓN 2ª

Tutela

Parágrafo 1º

Disposiciones generales

Artículo 104.– Concepto y principios generales. La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental.

Se aplican los principios generales enumerados en el Título VII del Libro Segundo.

Si se hubiera otorgado la guarda a un tercero de conformidad con lo previsto en el Título de la responsabilidad parental, la protección de la persona y bienes del niño, niña y adolescente puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez que otorgó la guarda, si ello es más beneficioso para su interés superior; en igual sentido, si los titulares de la responsabilidad parental delegaron su ejercicio a un tercero. En este caso, el juez que homologó la delegación puede otorgar las funciones de protección de la persona y bienes de los niños, niñas y adolescentes a quienes los titulares delegaron su ejercicio. En ambos supuestos, el guardador es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial.

Artículo 105.– Caracteres. La tutela puede ser ejercida por una (1) o más personas, conforme aquello que más beneficie al niño, niña o adolescente.

Si es ejercida por más de una (1) persona, las diferencias de criterio, deben ser dirimidas ante el juez que haya discernido la tutela, con la debida intervención del Ministerio Público.

El cargo de tutor es intransmisible; el Ministerio público interviene según lo dispuesto en el artículo 103.

Artículo 106.– Tutor designado por los padres. Cualquiera de los padres que no se encuentre privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental puede nombrar tutor o tutores a sus hijos menores de edad, sea por testamento o por escritura pública. Esta designación debe ser aprobada judicialmente. Se tienen por no escritas las disposiciones que eximen al tutor de hacer inventario, lo autorizan a recibir los bienes sin cumplir ese requisito, o lo liberan del deber de rendir cuentas.

Si los padres hubieran delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un tercero, se presume la voluntad de que se lo nombre tutor de sus hijos menores de edad, designación que debe ser discernida por el juez que homologó la delegación o el del centro de vida del niño, niña o adolescente, a elección del tercero.

Si existen disposiciones de ambos progenitores, se aplican unas y otras conjuntamente en cuanto sean compatibles. De no serlo, el juez debe adoptar las que considere fundadamente más convenientes para el tutelado.

Artículo 107.– Tutela dativa. Ante la ausencia de designación paterna de tutor o tutores o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio de aquellos designados, el juez debe otorgar la tutela a la persona que sea más idónea para brindar protección al niño, niña o adolescente, debiendo fundar razonablemente los motivos que justifican dicha idoneidad.

Artículo 108.– Prohibiciones para ser tutor dativo. El juez no puede conferir la tutela dativa:

- a) a su cónyuge, conviviente, o parientes dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad;
- b) a las personas con quienes mantiene amistad íntima ni a los parientes dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad;
- c) a las personas con quienes tenga intereses comunes;
- d) a sus deudores o acreedores;
- e) a los integrantes de los tribunales nacionales o provinciales que ejerzan sus funciones en el lugar del nombramiento; ni a los que tengan con ellos intereses comunes, ni a sus

amigos íntimos o los parientes de éstos, dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad;

- f) a quien sea tutor de otro menor de edad, a menos que se trate de hermanos menores de edad, o existan causas que lo justifiquen.

Artículo 109.– Tutela especial. Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos:

- a) cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial;
- b) cuando los padres no tienen la administración de los bienes de los hijos menores de edad;
- c) cuando existe oposición de intereses entre diversas personas incapaces que tienen un mismo representante legal, sea padre, madre, tutor o curador; si las personas incapaces son adolescentes, rige lo dispuesto en el inciso a);
- d) cuando la persona sujeta a tutela hubiera adquirido bienes con la condición de ser administrados por persona determinada o con la condición de no ser administrados por su tutor;
- e) cuando existe necesidad de ejercer actos de administración sobre bienes de extraña jurisdicción al juez de la tutela y no pueden ser convenientemente administrados por el tutor;
- f) cuando se requieren conocimientos específicos o particulares para un adecuado ejercicio de la administración por las características propias del bien a administrar;
- g) cuando existen razones de urgencia, hasta tanto se tramite la designación del tutor que corresponda.

Artículo 110.– Personas excluidas. No pueden ser tutores las personas:

- a) que no tienen domicilio en la República;
- b) quebradas no rehabilitados;
- c) que han sido privados o suspendidos en el ejercicio de la responsabilidad parental, o han sido removidos de la tutela

- o curatela de otra persona incapaz o con capacidad restringida, por causa que les era atribuible;
- d) que deben ejercer por largo tiempo o plazo indefinido un cargo o comisión fuera del país;
 - e) que no tienen oficio, profesión o modo de vivir conocido, o tienen mala conducta notoria;
 - f) condenadas por delito doloso a penas privativas de la libertad;
 - g) deudoras o acreedoras por sumas considerables respecto de la persona sujeta a tutela;
 - h) que tienen pleitos con quien requiere la designación de un tutor. La prohibición se extiende a su cónyuge, conviviente, padres o hijos;
 - i) que, estando obligadas, omiten la denuncia de los hechos que dan lugar a la apertura de la tutela;
 - j) inhabilitadas, incapaces o con capacidad restringida;
 - k) que hubieran sido expresamente excluidos por el padre o la madre de quien requiere la tutela, excepto que conforme criterio judicial resulte beneficioso para el niño, niña o adolescente.

Artículo 111.– Obligados a denunciar. Los parientes obligados a prestar alimentos al niño, niña o adolescente, el guardador o quienes han sido designados tutores por sus padres o éstos les hayan delegado el ejercicio de la responsabilidad parental, deben denunciar a la autoridad competente que el niño, niña o adolescente no tiene referente adulto que lo proteja, dentro de los diez (10) días de haber conocido esta circunstancia, bajo pena de ser privados de la posibilidad de ser designados tutores y ser responsables de los daños y perjuicios que su omisión de denunciar le ocasione al niño, niña o adolescente.

Tienen la misma obligación los oficiales públicos encargados del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y otros funcionarios públicos que, en ejercicio de su cargo, tengan conocimiento de cualquier hecho que dé lugar a la necesidad de la tutela.

El juez debe proveer de oficio lo que corresponda, cuando tenga conocimiento de un hecho que motive la apertura de una tutela.

Parágrafo 2º

Discernimiento de la tutela.

Artículo 112.– Discernimiento judicial. Competencia. La tutela es siempre discernida judicialmente. Para el discernimiento de la tutela es competente el juez del lugar donde el niño, niña o adolescente tiene su centro de vida.

Artículo 113.– Audiencia con la persona menor de edad. Para el discernimiento de la tutela, y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe: oír previamente al niño, niña o adolescente; tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez; y decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.

Artículo 114.– Actos anteriores al discernimiento de la tutela. Los actos del tutor anteriores al discernimiento de la tutela quedan confirmados por el nombramiento, si de ello no resulta perjuicio para el niño, niña o adolescente.

Artículo 115.– Inventario y avalúo. Discernida la tutela, los bienes del tutelado deben ser entregados al tutor, previo inventario y avalúo que realice quien el juez designe.

Si el tutor tiene un crédito contra la persona sujeta a tutela, debe hacerlo constar en el inventario; si no lo hace, no puede reclamarlo luego, excepto que al omitirlo haya ignorado su existencia.

Hasta tanto se haga el inventario, el tutor sólo puede tomar las medidas que sean urgentes y necesarias.

Los bienes que el niño, niña o adolescente adquiera por sucesión u otro título deben inventariarse y tasarse de la misma forma.

Artículo 116.– Rendición de cuentas. Si el tutor sucede a alguno de los padres o a otro tutor anterior, debe pedir inmediatamente, al sustituido o a sus herederos, rendición judicial de cuentas y entrega de los bienes del tutelado.

Parágrafo 3º

Ejercicio de la tutela

Artículo 117.– Ejercicio. Quien ejerce la tutela es representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial, sin perjuicio de su actuación personal en ejercicio de su derecho a ser oído y el progresivo reconocimiento de su capacidad otorgado por la ley o autorizado por el juez.

Artículo 118.– Responsabilidad. El tutor es responsable del daño causado al tutelado por su culpa, por acción u omisión, en el ejercicio o en ocasión de sus funciones. El tutelado, cualquiera de sus parientes, o el Ministerio Público pueden solicitar judicialmente las providencias necesarias para remediarlo, sin perjuicio de que sean adoptadas de oficio.

Artículo 119.– Educación y alimentos. El juez debe fijar las sumas requeridas para la educación y alimentos del niño, niña o adolescente, ponderando la cuantía de sus bienes y la renta que producen, sin perjuicio de su adecuación conforme a las circunstancias.

Si los recursos de la persona sujeta a tutela no son suficientes para atender a su cuidado y educación, el tutor puede, con autorización judicial, demandar alimentos a los obligados a prestarlos.

Artículo 120.– Actos prohibidos. Quien ejerza la tutela no puede, ni con autorización judicial, celebrar con su tutelado los actos prohibidos a los padres respecto de sus hijos menores de edad.

Antes de aprobada judicialmente la cuenta final, el tutor no puede celebrar contrato alguno con el pupilo, aunque haya cesado la incapacidad.

Artículo 121.– Actos que requieren autorización judicial. Además de los actos para los cuales los padres necesitan autorización judicial, el tutor debe requerirla para los siguientes:

- a) adquirir inmuebles o cualquier bien que no sea útil para satisfacer los requerimientos alimentarios del tutelado;
- b) prestar dinero de su tutelado. La autorización sólo debe ser concedida si existen garantías reales suficientes;
- c) dar en locación los bienes del tutelado o celebrar contratos con finalidad análoga por plazo superior a tres (3) años. En

- todos los casos, estos contratos concluyen cuando el tutelado alcanza la mayoría de edad;
- d) tomar en locación inmuebles que no sean la casa habitación;
 - e) contraer deudas, repudiar herencias o donaciones, hacer transacciones y remitir créditos aunque el deudor sea insolvente;
 - f) hacer gastos extraordinarios que no sean de reparación o conservación de los bienes;
 - g) realizar todos aquellos actos en los que los parientes del tutor dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, o sus socios o amigos íntimos están directa o indirectamente interesados.

Artículo 122.– Derechos reales sobre bienes del tutelado. El juez puede autorizar la transmisión, constitución o modificación de derechos reales sobre los bienes del niño, niña o adolescente sólo si media conveniencia evidente.

Los bienes que tienen valor afectivo o cultural sólo pueden ser vendidos en caso de absoluta necesidad.

Artículo 123.– Forma de la venta. La venta debe hacerse en subasta pública, excepto que se trate de muebles de escaso valor, o si a juicio del juez, la venta extrajudicial puede ser más conveniente y el precio que se ofrece es superior al de la tasación.

Artículo 124.– Dinero. Luego de ser cubiertos los gastos de la tutela, el dinero del tutelado debe ser colocado a interés en bancos de reconocida solvencia, o invertido en títulos públicos, a su nombre y a la orden del juez con referencia a los autos a que pertenece. El tutor no puede retirar fondos, títulos o valores sin autorización judicial.

Artículo 125.– Fideicomiso y otras inversiones seguras. El juez también puede autorizar que los bienes sean transmitidos en fideicomiso a una entidad autorizada para ofrecerse públicamente como fiduciario, siempre que el tutelado sea el beneficiario. Asimismo, puede disponer otro tipo de inversiones seguras, previo dictamen técnico.

Artículo 126.– Sociedad. Si el tutelado tiene parte en una sociedad, el tutor está facultado para ejercer los derechos que corresponden al socio a quien el tutelado ha sucedido. Si tiene que optar entre la

continuación y la disolución de la sociedad, el juez debe decidir previo informe del tutor.

Artículo 127.– Fondo de comercio. Si el tutelado es propietario de un fondo de comercio, el tutor está autorizado para ejecutar todos los actos de administración ordinaria propios del establecimiento. Los actos que exceden de aquélla, deben ser autorizados judicialmente.

Si la continuación de la explotación resulta perjudicial, el juez debe autorizar el cese del negocio facultando al tutor para enajenarlo, previa tasación en subasta pública o venta privada, según sea más conveniente. Mientras no se venda, el tutor está autorizado para proceder como mejor convenga a los intereses del tutelado.

Artículo 128.– Retribución del tutor. El tutor tiene derecho a la retribución que se fije judicialmente teniendo en cuenta la importancia de los bienes del tutelado y el trabajo que ha demandado su administración en cada período. En caso de tratarse de tutela ejercida por dos personas, la remuneración será única y distribuida entre ellos conforme criterio judicial. La remuneración única no podrá exceder de la décima parte de los frutos líquidos de los bienes del menor de edad.

El guardador que ejerce funciones de tutela también tiene derecho a la retribución.

Los frutos pendientes al comienzo de la tutela y a su finalización deben computarse a los efectos de la retribución, en la medida en que la gestión haya sido útil para su percepción.

Artículo 129.– Cese del derecho a la retribución. El tutor no tiene derecho a retribución:

- a) si nombrado por un testador, éste ha dejado algún legado que puede estimarse remuneratorio de su gestión. Puede optar por renunciar al legado o devolverlo, percibiendo la retribución legal;
- b) si las rentas del pupilo no alcanzan para satisfacer los gastos de sus alimentos y educación;
- c) si fue removido de la tutela por causa atribuible a su culpa o dolo, caso en el cual debe también restituir lo percibido, sin perjuicio de las responsabilidades por los daños que cause;
- d) si contrae matrimonio con el tutelado sin la debida dispensa judicial.

Parágrafo 4º

Cuentas de la tutela

Artículo 130.– Deber de rendir cuentas. Periodicidad. Quien ejerce la tutela debe llevar cuenta fiel y documentada de las entradas y gastos de su gestión.

Debe rendir cuentas: al término de cada año, al cesar en el cargo, y cuando el juez lo ordena, de oficio, o a petición del Ministerio Público. La obligación de rendición de cuentas es individual y su aprobación sólo libera a quien da cumplimiento a la misma.

Aprobada la cuenta del primer año, puede disponerse que las posteriores se rindan en otros plazos, cuando la naturaleza de la administración así lo justifique.

Artículo 131.– Rendición final. Terminada la tutela, quien la ejerza o sus herederos deben entregar los bienes de inmediato, e informar de la gestión dentro del plazo que el juez señale, aunque el tutelado en su testamento lo exima de ese deber. Las cuentas deben rendirse judicialmente con intervención del Ministerio Público.

Artículo 132.– Gastos de la rendición. Los gastos de la rendición de cuentas deben ser adelantados por quien ejerce la tutela y deben ser reembolsados por el tutelado si son rendidas en debida forma.

Artículo 133.– Gastos de la gestión. Quien ejerce la tutela tiene derecho a la restitución de los gastos razonables hechos en la gestión, aunque de ellos no resulte utilidad al tutelado. Los saldos de la cuenta devengan intereses.

Artículo 134.– Daños. Si el tutor no rinde cuentas, no lo hace debidamente o se comprueba su mala administración atribuible a dolo o culpa, debe indemnizar el daño causado a su tutelado. La indemnización no debe ser inferior a lo que los bienes han podido razonablemente producir.

Parágrafo 5º

Terminación de la tutela

Artículo 135.– Causas de terminación de la tutela. La tutela termina:

- a) por la muerte del tutelado, su emancipación o la desaparición de la causa que dio lugar a la tutela;

- b) por la muerte, incapacidad, declaración de capacidad restringida, remoción o renuncia aceptada por el juez, de quien ejerce la tutela. En caso de haber sido discernida a dos personas, la causa de terminación de una de ellas no afecta a la otra, que se debe mantener en su cargo, excepto que el juez estime conveniente su cese, por motivos fundados.

En caso de muerte del tutor, el albacea, heredero o el otro tutor si lo hubiera, debe ponerlo en conocimiento inmediato del juez de la tutela. En su caso, debe adoptar las medidas urgentes para la protección de la persona y de los bienes del pupilo.

Artículo 136.– Remoción del tutor. Son causas de remoción del tutor:

- a) quedar comprendido en alguna de las causales que impide ser tutor;
- b) no hacer el inventario de los bienes del tutelado, o no hacerlo fielmente;
- c) no cumplir debidamente con sus deberes o tener graves y continuados problemas de convivencia.

Están legitimados para demandar la remoción el tutelado y el Ministerio Público.

También puede disponerla el juez de oficio.

Artículo 137.– Suspensión provisoria. Durante la tramitación del proceso de remoción, el juez puede suspender al tutor y nombrar provisoriamente a otro.

SECCIÓN 3ª

Curatela

Artículo 138.– Normas aplicables. La curatela se rige por las reglas de la tutela no modificadas en esta Sección.

La principal función del curador es la de cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz o con capacidad restringida, y tratar de que recupere su salud.

Las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinadas preferentemente a ese fin.

Artículo 139.– Personas que pueden ser curadores. La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela.

Los padres pueden nombrar curadores de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores.

Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente.

A falta de estas previsiones el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica.

Artículo 140.– Persona protegida con hijos. El curador de la persona incapaz o con capacidad restringida es tutor de los hijos menores de éste. Sin embargo, el juez puede otorgar la guarda del hijo menor de edad a un tercero, designándolo tutor para que lo represente en las cuestiones patrimoniales.

Personas con discapacidad, o incapaces y derechos humanos

No voy a profundizar en que son, los derechos humanos, y tan solo daré la definición más sencilla: “Son los derechos que toda persona tiene por el simple hecho de haber nacido, independientemente de cualquier consideración, solo por haber nacido y sin distinción de país de nacimiento, condición social o personal”

Las personas con discapacidades pueden ejercer sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales de la misma manera que las demás personas. La discapacidad "resume una gran cantidad de diferentes limitaciones funcionales que ocurren en cualquier población, de cualquier país del mundo. Las personas pueden ser discapacitadas a causa de algún impedimento físico, intelectual o sensorial; de alguna condición médica o por enfermedad mental. Dichos impedimentos, condiciones o enfermedades pueden ser por su naturaleza permanentes o temporales." (Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad). Se utilizan diferentes expresiones al referirse a personas con discapacidades. Por ejemplo, el término "personas discapacitadas" podría ser malinterpretado si se asume que la habilidad del individuo para funcionar como persona ha sido incapacitada. Esta guía utiliza el término

"personas con discapacidades", el cual es consistente con el lenguaje utilizado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

La ONU estima que actualmente hay 500 millones de personas con discapacidades en el mundo. Esta cifra aumenta cada año debido a diversos factores tales como la guerra y la destrucción, las condiciones de vida insalubres, o la falta de conocimiento acerca de la discapacidad, sus causas, prevención y tratamiento.

La mayoría de las personas con discapacidades vive en países menos desarrollados donde la gente no tiene acceso a servicios básicos, como el servicio médico. Asimismo, existe una clara relación entre la pobreza y la discapacidad. El riesgo de que se deteriore la situación es más grande para una persona que vive en un estado de pobreza, puesto que un miembro discapacitado de una familia demanda más recursos en ésta.

Las siguientes personas con discapacidades forman grupos especialmente vulnerables, que enfrentan discriminación por dos motivos: las mujeres, los niños, los adultos mayores, las víctimas de tortura, los refugiados y desplazados, y los trabajadores emigrantes. Por ejemplo, una mujer con discapacidad es discriminada por su género y también por su discapacidad.

Avance de las normas para los discapacitados

Los trabajos que realiza la ONU representan las acciones más importantes tomadas por una organización internacional en el área de discapacidad. Basándose en la Carta Internacional de Derechos Humanos, la

ONU formuló el primer documento específico relacionado con la discapacidad, la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental en 1971. Otros documentos importantes le han seguido pero ninguno de ellos es legalmente obligatorio. La década de 1980 marcó la primera fase de actividad en el establecimiento de normas internacionales inherentes a las personas con discapacidades. En 1981, la Asamblea General declaró el Primer Año Internacional de las Personas Discapacitadas. Asimismo, éste fue seguido por el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad en 1982 y la Década de las Personas Discapacitadas en 1983–1992. En los 90's todas las conferencias de la ONU trataron sobre los derechos de los discapacitados y refirieron la necesidad de instrumentos protectores (Conferencia Mundial de Derechos Humanos 1993, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer 1995, Hábitat II 1996). En la actualidad, el Comité Ad Hoc de Discapacidades está en el proceso de creación de una convención que proteja a las personas discapacitadas a nivel internacional. La Unión Europea ha demostrado un alto nivel de conciencia, el año del 2003 fue declarado el Año Europeo de las Personas con Discapacidad. Algunas otras participaciones incluyen la Década de las Personas con Discapacidad en Asia y el Pacífico (1993–2002), la Década Africana de las Personas con Discapacidad (2000–2009), y la Década Árabe de las Personas con Discapacidad (2003–2012).

En nuestro país, podemos ver los avances, en nuestra legislación a través de las distintas normativas, las que esquemáticamente, podemos sintetizar:



INCAPACES Y DERECHOS HUMANOS

■ LEY N° 22431

Sistema de protección integral de los discapacitados.

Buenos Aires, 16 de marzo de 1981.

Art. 2° - A los efectos de esta ley, se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.



INCAPACES Y DERECHOS HUMANOS

■ Ley N° 24901

Sistema de prestaciones básicas en habitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad.

Objetivo. Ambito de aplicación. Población beneficiaria.
Prestaciones básicas. Servicios específicos. Sistemas alternativos al grupo familiar. Prestaciones complementarias.

Sancionada: noviembre 5 de 1997.

Promulgada de hecho: diciembre 2 de 1997.

SISTEMA INTEGRADO DE JUBILACIONES Y PENSIONES

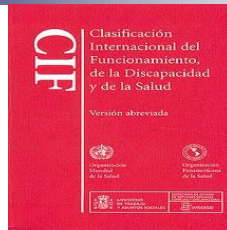
SISTEMA DE PRESTACIONES BÁSICAS EN HABILITACIÓN Y REHABILITACIÓN INTEGRAL A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Ley N° 24901

Sancionada: noviembre 5 de 1997.

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc., sancionan con fuerza de ley:

Sistema de prestaciones básicas en habitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad



DISCAPACIDAD:

NECESIDAD DE ACOMPAÑAMIENTO

INCAPACIDAD: LIMITACIÓN LABORAL

Ley N° 26279

Régimen para la detección y posterior tratamiento de determinadas patologías en el recién nacido. Alcances. Prestaciones Obligatorias. Constitución de una Comisión Interdisciplinaria de Especialistas en Pesquisa Neonatal. Propósito. Funciones del Ministerio de Salud.

Sancionada: agosto 8 de 2007.

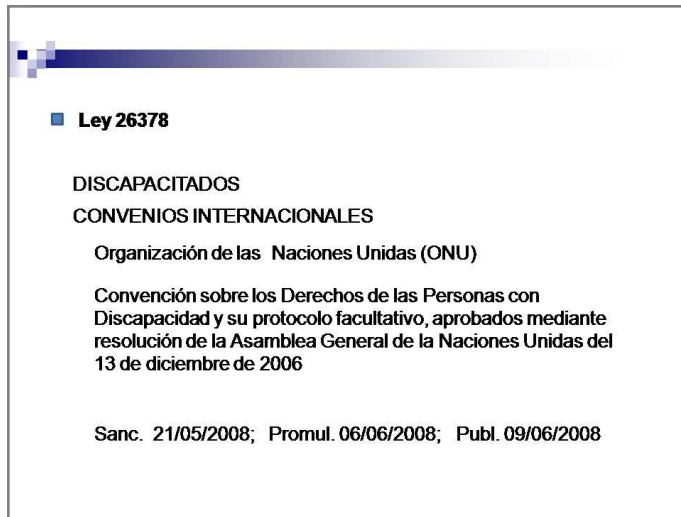
Promulgada de hecho: septiembre 4 de 2007.

La Clasificación internacional del funcionamiento de la Discapacidad y Salud, permite en nuestro medio, a través de parámetros pre establecido la posibilidad de encuadrar la situación de cada persona con discapacidad, dentro de aquellas facultades, y habilidades que le permiten desarrollarse dentro de la familia y la sociedad.

Debemos agregar, que al compendio de legislación mencionada, la **Ley 26529 de fecha 20 de noviembre de 2009 “Derecho de los pacientes en relación con los profesionales e instituciones de la salud”** por la que se complementa la ley 17132, ya mencionada precedentemente. Esta prevé disposiciones de carácter general en materia de derechos de los pacientes, consentimiento informado, directivas médicas anticipadas e historia clínica.⁵

⁵ Del Mazo, C. “Capacidad y autonomía de la voluntad de las niñas niños y adolescentes. Su intervención en los términos de la ley 26529” Revista de Derecho de Familia y de las Personas. N° 6 julio 2010. Pág. 212.

Sin embargo cuando hace referencia a los niños niñas y adolescentes, existen disposiciones que debemos hacer jugar, con la **Convención Internacional de los Derechos del Niño**, ratificada por ley 23849, y con la ley 26061, por lo que resulta compleja la aplicabilidad de la capacidad progresiva, y de difícil concreción en el caso concreto.



■ **Ley 26378**

DISCAPACITADOS
CONVENIOS INTERNACIONALES

Organización de las Naciones Unidas (ONU)

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de la Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006

Sanc. 21/05/2008; Promul. 06/06/2008; Publ. 09/06/2008

La **Ley 26657 “Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales”** publicada en el Boletín oficial el 3 de diciembre de 2010, constituye un avance trascendente en la protección de los derechos de las personas con enfermedades mentales. Más allá de las críticas que podamos formular debemos destacar la importancia, ya que adhiere a nuevos paradigmas que, desde las más recientes convenciones internacionales sobre derechos humanos impactan en nuestro derecho e introducen modificaciones sustanciales en el régimen jurídico de capacidad de las personas, el que ya no puede aplicarse de manera rígida.⁶

⁶ Llorens, L. R. – Revista de Derecho de Familia y de las Personas – N° 3 abril 2011. Pág. 209.

Si bien la mayor parte del articulado regula todo lo relativo a las internaciones psiquiátricas—tanto voluntarias cuanto involuntarias, además introduce un nuevo Artículo al **Código Civil** –Art. 153 ter que modifica o pretende modificar el sistema vigente hasta el momento en materia de capacidad de hecho de los dementes e inhabilitados declarados en juicio. Al ser escueta la redacción de la norma y no haberse modificado el resto del articulado del código, resulta innecesario hacer una interpretación integradora, a fin de poder determinar su alcance⁷

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala B. En fecha 04/12/2010, en el caso Carabajal Nora Antonia C. Aragón Olga y Ot. publicado en la Revista L. Ley en fecha 23/08/2010. Estableció la responsabilidad civil del establecimiento educativo para alumnos con capacidades distintas. Imponiendo con justeza responsabilidad civil a las demandadas, pero en su totalidad y no en un 70% como lo había hecho la sentencia de primera instancia, en razón que el trozo de carne que ingirió la educando, y que le produjo el atragantamiento, lejos estuvo de constituir un caso fortuito.

Conceptualización

Para lograr una comprensión integral del tema que nos ocupa, es necesario determinar ciertos conceptos básicos, a los que haremos mención a continuación:

⁷ Pestalardo, A. S. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. N° 5 junio 2011. Pág. 179.
Llambias, J. J. (2009). *Tratado de derecho Civil. Parte General*. T.I. 22ª edición actualizada por Patricio J. Raffo Benegas, reimpresión. Buenos Aires: Abeledo Perrot: Pág. 371.

Incapacidad física

Se entiende por incapacidad física la pérdida parcial o total de la capacidad innata de un individuo, ya sea por causas relacionadas con enfermedades congénitas o adquiridas, o por lesiones que determinan una merma en la capacidad de generar, controlar o efectuar movimientos de distinto grado de complejidad.

Es una compleja red de efectos de las anteriores causas, que tiene consecuencias médicas, jurídicas, sociales y económicas de diversa índole.

Muchas incapacidades están asociadas a accidentes ocurridos en oportunidad o circunstancia del trabajo; en tanto que otras incapacidades físicas provienen de accidentes viales, tanto automovilísticos como ferroviarios, también se desencadenan por secuelas de lesiones deportivas, estas últimas tanto de los denominados deportes de contacto, como de los llamados deportes extremos.

A pesar de las graves consecuencias mencionadas, no existe un criterio uniforme para su correcta valoración, lo que ha llevado a la proliferación arbitraria e indiscriminada de tablas para estimar el grado de incapacidad física en relación a la capacidad total de una persona, entendida como el 100% de sus posibilidades de acción corporal sobre el medio ambiente; tablas que en homenaje a su creador, el francés fundador de la Contabilidad, el matemático **François Barrême**, han recibido el nombre de **baremos** en español.

Estos baremos, que nacieron en el siglo XVII, han proliferado de tal manera, que hoy en día hay en promedio más de uno por cada nación y ello lleva a una verdadera **Babel** jurídica.

Discapacidad

La **discapacidad** es una realidad humana que ha sido percibida de manera diferente en diferentes períodos históricos y civilizaciones.

La visión que se le ha dado a lo largo del siglo XX estaba relacionada con una condición o función que se considera deteriorada respecto del estándar general de un individuo o de su grupo. El término, de uso frecuente, se refiere al funcionamiento individual, incluyendo la discapacidad física, la discapacidad sensorial, la discapacidad cognitiva, la discapacidad intelectual, enfermedad mental, y varios tipos de enfermedad crónica.

Por el contrario, la visión basada en los derechos humanos o modelos sociales introduce el estudio de la interacción entre una persona con discapacidad y su ambiente; principalmente el papel de una sociedad en definir, causar o mantener la discapacidad dentro de esa sociedad, incluyendo actitudes o unas normas de accesibilidad que favorecen a una mayoría en detrimento de una minoría. También se dice que una persona tiene una **discapacidad** si física o mentalmente tiene una función intelectual básica limitada respecto de la media o anulada por completo.

“Dentro de la experiencia de la salud, una discapacidad es toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano.”

Es entonces, la objetivación de los efectos de la deficiencia, el proceso por el cual una limitación funcional se manifiesta como una realidad en la vida diaria, con lo cual el problema se hace objetivo al interferir las actividades corporales.

Debemos, por tanto, hablar de *personas con discapacidad* y nunca de *discapacitados*. El término discapacidad es el término comodín, es un término aceptado en toda Iberoamérica (no así el de minusvalía) y es un término al que solemos recurrir siempre que no podemos o no queremos ser más precisos. Se puede tener una deficiencia sin por ello tener una discapacidad y se puede tener una minusvalía sin que medie una discapacidad.

El Día Internacional de las Personas con Discapacidad se celebra el 3 de diciembre en cada año.

El 13 de diciembre de 2006, las Naciones Unidas acordaron formalmente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el primer tratado del sistema de derechos humanos del siglo XXI, para proteger y reforzar los derechos y la igualdad de oportunidades de las cerca 650 millones de personas con discapacidad que se estima hay a nivel mundial.

Desde sus comienzos, las Naciones Unidas han tratado de mejorar la situación de las personas con discapacidad y hacer más fáciles sus vidas. El interés de las Naciones Unidas por el bienestar y los derechos de las personas con discapacidad tiene sus orígenes en sus principios fundacionales, que están basados en los derechos humanos, las libertades fundamentales y la igualdad de todos los seres humanos.

Los países firmantes de la convención deberán adoptar nuevas leyes nacionales, y quitar viejas leyes, de modo que las personas con discapacidad, por ejemplo, tengan los mismos derechos a la educación, al empleo, y a la vida cultural.

En 1976, las Naciones Unidas lanzaron su Año Internacional para las Personas con Discapacidad (1981), renombrado más adelante como

el Año Internacional de las Personas con Discapacidad. La década de las Personas con Discapacidad (ONU, 1983–1993) ofreció un Programa Mundial de Acción Referente a las Personas con Discapacidad. En 1979, Frank Bowe fue la única persona con una discapacidad que representaba cualquier país en el planteamiento de IYDP–1981 (*International year of disabled persons*, en español: Año Internacional de las Personas con Discapacidad). Hoy, muchos países han nombrado a representantes que son ellos mismos personas con discapacidad. La década fue cerrada en una dirección antes de la Asamblea General por Roberto Dávila. Bowe y Dávila son ambos sordos. En 1984, la **Unesco** aceptó la lengua de señas para el uso en la educación de niños y jóvenes sordos.

Un fallo⁸ de la Justicia Nacional, sigue marcando tendencia en materia de insanidad mental y su proyección jurídica en la vida del individuo afectado, a partir del sistema instituido por el Código Civil, pero interpretado a la luz de los documentos internacionales que tanto vienen bregando por el abordaje de esta problemática desde un ángulo respetuoso de las autonomías individuales que en nuestro sistema, han adquirido jerarquía constitucional.

Dos son las cuestiones que están aquí íntimamente vinculadas, el alcance jurídico de la incapacitación y la función que le cabe al curador de un discapacitado.

La primera de ellas es la que se podría decir sustancial, la función del curador como representante, y la segunda se presenta como una derivación necesaria, en tanto el curador aparece como el eslabón que le permite al incapaz o eventualmente y en su medida, al inhabilitado,

⁸ L. Ley 18–02–2011– Fallo comentado de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala G. de fecha 2010–09–02 C.L. Y OT. “La autonomía de gestión patrimonial variable en la relación curador–curado”

desarrollar sus potencialidades en un contexto de protección jurídica, para sí, y para terceros.

Deficiencia y minusvalía

La **Organización Mundial de la Salud**, distingue entre los conceptos:

Deficiencia

“Dentro de la experiencia de la salud, una deficiencia es toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica.”

Esta definición hace referencia a las anomalías de la estructura corporal y de la apariencia, y a la función de un órgano o sistema, cualquiera que sea su causa; en principio, las deficiencias representan trastornos a nivel de órgano.

Por tanto, no es correcto referirse a una persona que tiene una deficiencia con el nombre de la deficiencia en cuestión. Por ejemplo, referirse a una persona con síndrome de Down cómo *un Down*.

Minusvalía

“Dentro de la experiencia de la salud, minusvalía es una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que limita o impide el desempeño

de un rol que es normal en su caso (en función de su edad, sexo y factores sociales y culturales).”

La minusvalía no sólo se produce por la desventaja que tiene una persona, a la hora de cumplir un rol o llevar a cabo una acción, debida a una deficiencia y discapacidad. También se produce por la respuesta de la sociedad hacia la situación de dicha persona y la sociedad responde de distinta manera según las deficiencias sean visibles o invisibles y las desventajas graves o ligeras.⁹

Actos voluntarios

Unido al concepto de capacidad, encontramos los términos de **actos voluntarios**, en el art. 897 del C.C. que establece “*Los hechos se juzgan voluntarios si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad*”, el que se complementa con lo dispuesto por el art. 913 que dispone “*Ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior el cual la voluntad se manifieste*”

De modo que es preciso que esa voluntad interna, actuada por un sujeto que tiene discernimiento, intención y libertad sea además declarada –expresa o tácitamente– por un hecho exterior que permita conocerla e interpretarla.

⁹ Extraído de “Aplicación de la terminología propuesta por la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías”. Gutiérrez, Emmanuelle.

Discernimiento

Capacidad y discernimiento, son conceptos diversos en cuanto a fundamento y consecuencias, bien que –frecuentemente se los analice en forma conjunta.

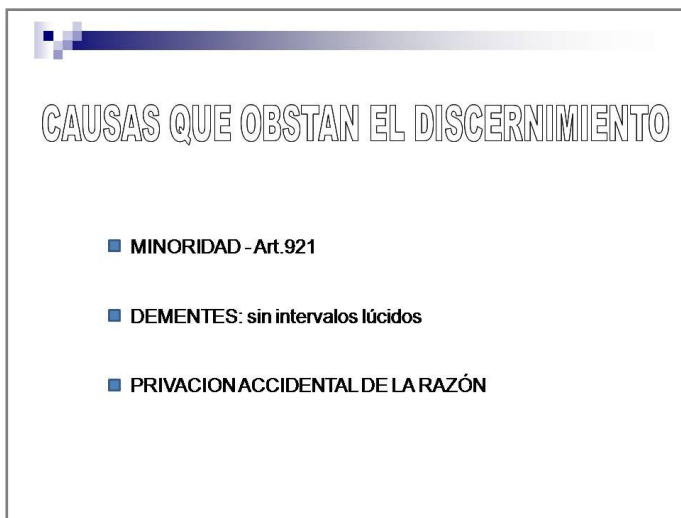
La capacidad está referida a la aptitud de las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones, y se sustenta en su madurez que le permite distinguir lo conveniente de lo inconveniente a sus intereses, teniendo por contrapartida la incapacidad. En cambio el discernimiento, es la aptitud de las personas para distinguir lo bueno de lo malo, también sustentada en su madurez o salud mental, pero cuya contrapartida es la falta de razón.

De allí entonces que el art. 921 C.C. establezca como actos realizados sin discernimiento, los ilícitos cometidos por menores de diez años, los ilícitos realizados por menores de catorce años, así como los realizados por los dementes, salvo que se encuentren en intervalos lucidos o los que por cualquier otra circunstancia estén sin uso de razón.

Dementes

Vélez Sarsfield empleo el termino dementes, en el **Título X de la Sección I del Libro I del C.C.** para predicar la incapacidad de obrar que les asiste a las personas afectadas por enfermedades mentales, ha sido criticada con acierto, en razón de la inexactitud de dicho termino para ser utilizado, con carácter genérico, como denominación común para todos los enfermos mentales, desde que la ciencia médica tiene tipificada a la demencia como una categoría mas de tales enfermedades.


Mas allá de la terminología legal, estimamos que las diferentes situaciones en las que dentro del propio marco del C.C. se puede encontrar el enfermo mental, sugieren la conveniencia de utilizar el término *insano* para aquel al que no le ha sido declarada su incapacidad mediante la respectiva sentencia de interdicción, reservando la expresión *demente* para quien ha sido judicialmente declarado como tal.



Aplicaremos el criterio médico jurídico, o también llamado criterio mixto, para la declaración de la interdicción, ya que es necesaria la interrelación concurrente de la enfermedad mental y la ineptitud del sujeto afectado para gobernar su conducta en general. No es la enfermedad mental por si, sino la comprobación de la virtualidad que ella tiene para determinar la conducta del enfermo, el presupuesto justificativo de la incapacidad que se declara. No basta la enfermedad como hecho sino que ella ha de ser causa de la inhabilidad del insano para conducir adecuadamente sus comportamientos.

Las críticas que la doctrina y jurisprudencia realizaron del texto del art. 141 C.C., llevo a su modificación por la ley 17711, el que quedo redactado: *“Se declaran incapaces por demencia, las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”*.

Vemos que el texto reformado adopta el criterio medico jurídico o mixto que es a nuestro juicio el correcto.



DEMENTES

- **Terminología del Código Civil:**
 - BIOLÓGICO - modif. por ley 17711: MÉDICO- JURÍDICO.
 - Demencia: una categoría más de las enfermedades mentales.

- **Terminología aceptada:**
 - Insano: no declarado.
 - Demente: declarado en juicio.

Competencia¹⁰

Muchas veces nuestra jurisprudencia se ha expedido, en el sentido del criterio territorial para la determinación de la competencia donde

¹⁰ Giavarino, M. “La competencia territorial en la internación psiquiátrica”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Setiembre 2010. N° 8. pág. 251
C.N.C. Sala H 2010/04/08 M.C.M.P.

se atiende a los problemas emergentes de la extensión geográfica del país y procura solucionarlos a través de reglas en cuya virtud se divide este en distintas circunscripciones judiciales. Razones obvias aconsejan que por regla general, sea el juez más próximo al domicilio de los litigantes, del lugar del hecho o del contrato o de la ubicación de los bienes, el que conozca del litigio.

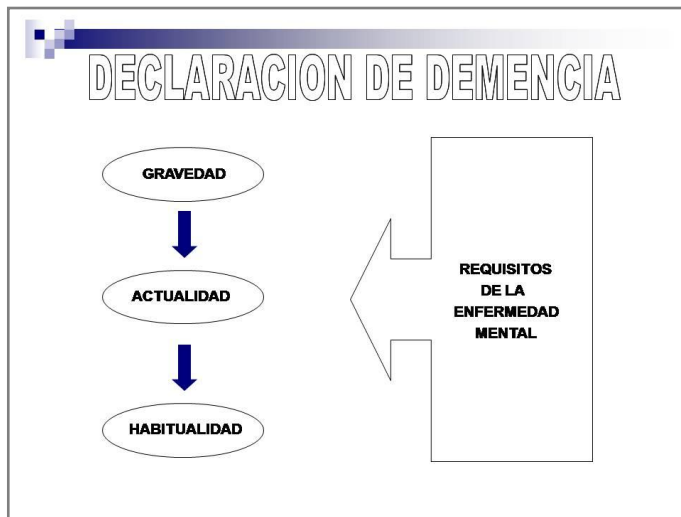
La **Cámara Nacional Civil Sala M.** en fecha 07/09/2011 in re, C.C.S/INSANIA–EL DIAL EXPRESS 11/10/2011, entendió que era pertinente mantener la competencia del tribunal donde se encuentra la residencia del presunto insano, ya que es allí donde deben desarrollarse las tareas específicas, incluyendo las visitas del curador, la verificación de la gestión de este último sobre la persona del causante y sus bienes, la actualización de los controles médicos y socio ambientales, etc. Por lo que el principio de perpetuatio jurisdictionis debe ceder frente al interés superior del insano, toda vez que habiéndose modificado los presupuestos fácticos que motivaron la intervención del juez que previno, no resulta tuitivo de los derechos de la persona sujeta al proceso, por razones de índole normativa y práctica el mantenimiento de la competencia originaria.

Declaración de demencia

Siguiendo a Falcon podemos decir que el proceso de declaración de incapacidad por insania cumple en estos supuestos la función primordial del Derecho Procesal, como instrumentación para llegar a la declaración de incapacidad, es decir la verificación judicial y el pronunciamiento que la declare, considerando que la enfermedad mental es una alteración de los procesos cognitivos y efectivos del desenvolvimiento

considerado como normal con respecto al grupo social de referencia del cual proviene el individuo.

El art. 140 del C.C. prescribe que: *“Ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente”*¹¹



Esta incapacidad, a diferencia de las otras enunciadas en el art. 54 del C.C. se encuentran dispuestas con carácter eventual en tanto obedecen a causas que, aun biológicas no son comunes a todas las personas y de ahí que pueda calificárselas de incapacidades anormales. Estas por revestir entidad excepcional imponen la necesidad de su constatación para declararlas e imputarles determinadas consecuencias. Así tratándose de la demencia, es menester determinar suficientemente la existencia de una

¹¹ Falcon, E. M. (2007). *Tratado de derecho procesal Civil y Comercial*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores. Pág. 785.

patología mental que, incidiendo en la conducta del enfermo, motiva la ineptitud de esta para dirigir su persona o administrar sus bienes a fin de poder recién declarar judicialmente su incapacidad y consecuente interdicción.

Además esta declaración permite a terceros un conocimiento cierto de la situación legal del enfermo contribuyendo ello a la seguridad jurídica al evitar la celebración de actos viciados de nulidad y susceptibles de impugnación judicial.¹²

Personas que pueden ser declaradas dementes

La declaración de la demencia exige, como presupuesto, el padecimiento por el denunciado de una enfermedad mental cuya virtualidad para tal efecto debe ser juzgada, tanto desde el punto de vista médico como desde el jurídico, aun cuando el primero se encuentra subordinado al segundo.

El art. 141 del C.C. al prescribir “*Se declararan incapaces por demencia, las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes*” traduce la relación de causalidad que exige el criterio mixto o biológico jurídico adoptado por nuestro legislador.

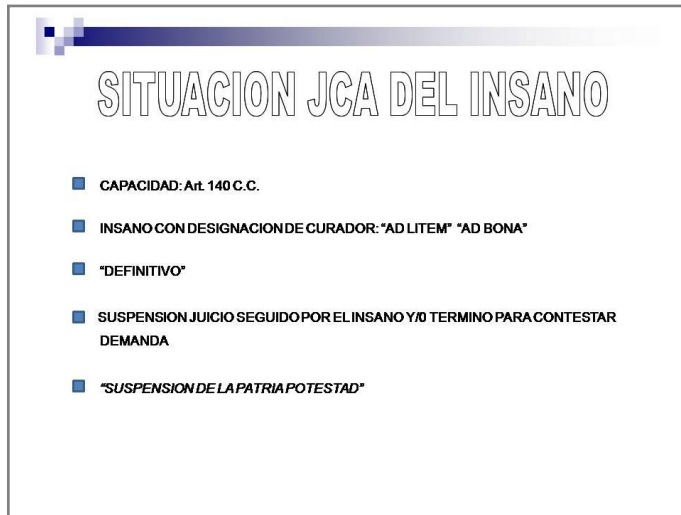
Respecto de los menores de catorce años, no corresponde pedir ni declararse la demencia en virtud del art. 145 del mismo cuerpo legal que reza: *Si el demente fuese menor de catorce años no podrá pedirse la declaración de demencia*”

¹² Ponce, Carlos Raúl “Proceso de declaración de incapacidad por insania”. Revista Derecho de Familia y de las Personas. Junio 2010. N° 5. Pag.191.

El anteproyecto, del Código Civil y Comercial, anteriormente mencionado, establece una modificación en cuanto a la edad, de las personas por quien puede interponerse la acción

Artículo 32.— Persona con incapacidad y con capacidad restringida. El juez puede declarar la incapacidad de una persona mayor de trece (13) años de edad que por causa de enfermedad mental se encuentra en situación de absoluta ineptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.

Esta disposición, se justifica, toda vez que el niño de catorce años, –13–se encuentra bajo el régimen de la patria potestad, por lo que serán sus padres los representantes necesarios para su asistencia y protección, atento lo dispuesto por el **Título 3° de la Patria Potestad del Código Civil.**



El diagrama muestra un flujo de decisión para la situación JCA del insano. Comienza con un cuadro de decisión que evalúa la capacidad según el artículo 140 del Código Civil. Si la capacidad es suficiente, se procede a la designación de un curador (ad litem o ad bona). Si no, se evalúa si la situación es definitiva. Si no es definitiva, se suspende el juicio seguido por el insano y/o se termina para contestar la demanda. Si es definitiva, se suspende la patria potestad.

SITUACION JCA DEL INSANO

- CAPACIDAD: Art. 140 C.C.
- INSANO CON DESIGNACION DE CURADOR: "AD LITEM" "AD BONA"
- "DEFINITIVO"
- SUSPENSION JUICIO SEGUIDO POR EL INSANO Y/O TERMINO PARA CONTESTAR DEMANDA
- "SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD"

Esta acción puede ser iniciada por abogados patrocinantes de quien inicia la acción en nombre del presunto insano, o bien por las **Asesorías de Menores e Incapaces**, quienes asumen la representación del presunto insano y controlan la legalidad de los procedimientos.

En la Provincia de Mendoza, las **Asesorías de Menores e Incapaces**, las que integran los Tribunales de Familia, quincenalmente se encuentran de turno, y asumen la iniciación, prosecución, hasta la inscripción de la sentencia ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, conforme esta reglado

Requisitos de la enfermedad mental

La enfermedad mental debe reunir ciertos requisitos para ser causa válida de la interdicción. Tales requisitos son el de la gravedad, la actualidad y la habitualidad.

- **La gravedad**, debe ser estimada en función de la incidencia que la enfermedad puede o no tener en el gobierno por el enfermo de sus propias conductas. Así podría ocurrir que siendo la enfermedad médicamente grave, resulte jurídicamente irrelevante a los efectos de declarar la demencia de quien la padece, aun cuando concurrieren los restantes requisitos. Es decir si la persona razona perfectamente en cuanto a la administración de bienes y los medios de vida que son necesarios para un desenvolvimiento normal.
- **La actualidad**: exige que la enfermedad exista al momento de la declaración de la demencia, un estado de insania

anterior y superado, carece de toda virtualidad para lograr la interdicción. Es por ello, que las normativas de forma establecen “la audiencia de visus”, a la que deberá asistir el causante, junto a su curador provisorio, con asistencia del **Asesor de menores e incapaces**, en presencia del **Juez** de la causa, quienes merituaran con las pruebas aportadas, las condiciones existentes para la declaración de insania, caso contrario, se podrán requerir nuevos elementos de convicción que hagan plena prueba de la capacidad mental de aquel.

- **La habitualidad:** exige que la insania mental constituya el estado ordinario de salud del enfermo y no un estado accidental. Exige que ella exista con gravedad suficiente y perspectivas ciertas de una razonable entidad temporal que permita descartar la posibilidad de un episodio patológico accidental.

Intervalos lúcidos

Existen intervalos lúcidos cuando el proceso de enfermedad evoluciona francamente hacia la curación y la lucidez que sobreviene es la expresión del restablecimiento de la normalidad; la enfermedad ha cesado aun cuando pueda reiterarse, luego de un tiempo, si volvieren a actuar las causas que le producen. En ese caso, el periodo de sanidad mental que se sucede entre uno y otro cuadro patológico configura el autentico intervalo lucido.

De acuerdo a esto no existirá, cuando la lucidez coexiste con la enfermedad como sucede en algunas patologías mentales en las que el sujeto conserva de modo habitual su lucidez. Tampoco lo hay cuando el predominio de la patología cede transitoriamente para dar lugar por escaso tiempo a la lucidez, aun cuando con persistencia latente o patente de la enfermedad. Tratase en este caso solo de momentos pero no de intervalos lucidos.

El concepto legal de **intervalos lúcidos** surge del art. 3615 del C.C. conforme al cual: *“para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón. Los dementes solo podrán hacerlo en los intervalos lucidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurar que la enfermedad ha cesado por entonces”*

La noción aparece ratificada por el último párrafo de la nota puesta al pie de ese artículo que concluye que se trata de una vuelta completa a la razón que no es una tranquilidad superficial, una remisión accidental y pasajera del mal. También completan este concepto los artículos 921 y 1070.

El intervalo lucido es un concepto de carácter jurídico y como tal, su significación se traduce en la virtualidad que tiene para que los actos otorgados por el insano durante el mismo gocen de plena eficacia.

Viabilidad procesal

Es la posibilidad de someter al presunto enfermo al juicio de interdicción por demencia, al respecto existen dos limitaciones:

- La edad: al respecto advierte el art. 15, que *“si el demente fuese menor de catorce años no podrá pedirse la*

declaración de demencia” El fundamento de esta disposición obedece a una razón de interés práctico, desde que resulta innecesario declarar la incapacidad de quien ya lo es por su edad y consecuentemente se encuentra sujeto a la misma representación que tendría por razón de la demencia. Además tal declaración prematura podría resultar perjudicial en cuanto, sin necesitarla, se estaría precipitando una interdicción socialmente desfavorable de quien precisamente por su corta edad, quizás, pudiera durante ella recuperar la salud mental.

- Impedimento de demencia rechazada: El art. 146 del C.C. dispone:”Tampoco podrá solicitarse la declaración de demencia, cuando una solicitud igual se hubiese declarado ya improbadada, aunque sea otro el que la solicitase salvo si expusiese hechos de demencia sobreviniente a la declaración judicial” Esta disposición guarda relación con el criterio médico adoptado por el codificador, no así con el mixto incorporado por ley 17711, lo que exige hoy una sentencia denegatoria de la solicitud.

Situación jurídica del insano

La realidad de la vida demuestra que el caso de los insanos no declarados interdictos es muy común. Distintas razones y circunstancias de diversa índole ya inherentes al propio enfermo o a las personas con quienes convive determinan esa frecuencia y de ahí, entonces, la particular importancia que tiene tratar su situación jurídica.

- **Capacidad:** Tratándose de una persona enferma, se comprenderá que la regla legal de capacidad no goza de la intangibilidad o estabilidad que ella tiene cuando se trata de una persona mentalmente sana. Se presentan situaciones particulares que demandan soluciones que se imponen al margen del principio legal y que se justifican porque, en definitiva, la capacidad y la incapacidad de hecho coinciden en cuanto la primera es reconocida y la segunda impuesta en beneficio de la propia persona.
- **Situación del insano al que se designa curador de bienes:** La afectación que sufre la capacidad del insano a propósito de la designación del curador a los bienes durante la tramitación del juicio de insania, prevista por el art. 148 del C.C. Al respecto la doctrina disiente acerca del grado de incidencia que tal medida tiene con relación a la capacidad. Se han expuesto diversas teorías al respecto, entre ellas las que se acepta en forma mayoritaria es la sustentada por LLAMBIAS, quien entiende que el nombramiento de curador a los bienes trae consigo solo una suspensión parcial de la capacidad limitada a los actos jurídicos de carácter patrimonial, atento a ello a la naturaleza de las funciones del *curador ad bona*, y que además es condicional desde que si se declara la interdicción aquella queda corroborada y convertida en definitiva. Sin embargo si la denuncia es rechazada la suspensión queda levantada retroactivamente y validos los actos obrados durante ella por el entonces presunto enfermo.

La **Cámara Nacional Civil Sala G.** en fecha 2010/09/02 “C.L y ot” resolvió que correspondía otorgar al incapaz la facultad de administrar

pequeñas sumas de dinero para sus gastos diarios, bajo la supervisión de su curador, pues era evidente lo beneficioso que resulta para su inserción social y eventual rehabilitación, la posibilidad de que maneje por si solo los ingresos que percibe”¹³

La responsabilidad

La responsabilidad por los actos lícitos e ilícitos se vincula no a la capacidad, sino al discernimiento.

Se reputan actos involuntarios, aquellos obrados con carencia de algunos de los elementos internos– discernimiento, intención o libertad.

Los dementes son reputados por la ley sujetos carentes de discernimiento, con lo que se comprende a los declarados y a los no declarados tales.

Por tanto son actos involuntarios tanto los actos lícitos como los ilícitos obrados por dementes como no declarados.

Excepcionalmente puede haber responsabilidad del insano cuando ha obrado un hecho ilícito en un intervalo lucido. Naturalmente la cuestión de la prueba varía según se trate de un demente declarado o de un insano de hecho, en la primera hipótesis quien pretenda atribuirle responsabilidad deberá acreditar la existencia del intervalo lucido, en la segunda, quien pretenda exonerarse probando la demencia existente pero no declarada deberá acreditar ese extremo y que ella existía al tiempo de la conducta antijurídica.

¹³ De Lorenzo, Miguel Federico “Aspectos problemáticos del régimen de los actos patrimoniales celebrados por insanos”. L. Ley 2008– F–769

Juzgamiento de los actos en vida del insano

Cuando se trata de juzgar los actos otorgados por el insano declarado en vida de este, es necesario que se conjuguen dos recaudos:

- **Que la demencia existiese al tiempo mismo de la celebración del acto.** Conforme al art. 473 del C.C. los actos anteriores a la declaración de incapacidad podrán ser anulados, si la causa de interdicción declarada por el juez, existía públicamente a la época en que los actos fueron ejecutados.
- **Que ella fuese notoria** si se trata de hacerla valer frente a terceros de buena fe y el acto fuese a título oneroso.

Juzgamiento de los actos del insano ya fallecido

El art. 474 del C.C. dispone *“después que una persona haya fallecido, no podrán ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de su incapacidad, a no ser que esta resulte de los mismos actos, o que se hayan consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad. Esta disposición no rige si se demostrare la mala fe de quien contrato con el fallecido”*

A los efectos de la impugnación e invalidación de los actos comprendidos en las excepciones es de aplicación que se deberá probar la falta de discernimiento al momento de la celebración y que siendo el negocio oneroso, la insania era notoria o no, en cuyo caso que el co–contratante tenía conocimiento de ella, dado que la propia norma levanta las limitaciones del

art. 474, al expresar “*se demostrare la mala fe de quien contrato con el fallecido*”.

Actos de última voluntad

La cuestión relativa a los actos de última voluntad se halla regida por los arts. 3615. y 3616 C.C., que contemplan el discernimiento en materia testamentaria.

El primero de esos artículos dispone “*Para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón. Los dementes solo podrán hacerlo en los intervalos lucidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces*”

En cuanto al art. 3616 establece “*La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario. Al que pidiese la nulidad del testamento le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones, pero si el testador algún tiempo antes de testar se hubiese hallado notoriamente en estado habitual de demencia, el que sostiene la valides del testamento debe probar que el testador lo ha ordenado en un intervalo lucido*”

En principio rige la validez del testamento, quien pretenda alegar su nulidad deberá probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de otorgarlo.

Nulidad de los actos

Los actos del insano están viciados en razón de la falta de discernimiento de su autor, y su anulación exige la comprobación de dicha circunstancia a traves de un proceso de conocimiento, ello hace que sean actos anulables a diferencia de los otorgados por los interdictos que son nulos.

La legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad, la tiene el propio insano una vez que ha recuperado la salud mental, o el curador, si por el contrario ha sido declarada su interdicción. Fallecido el insano, los herederos también podrán ejercer dicha acción con arreglo a lo previsto por el art. 474 del C.C.

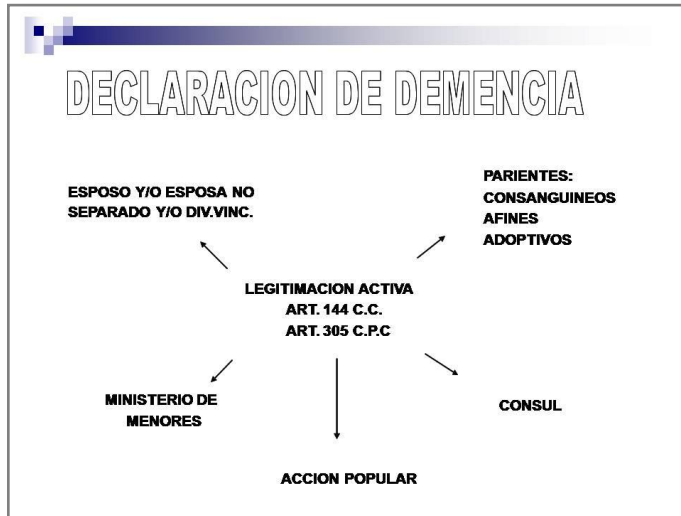
Respecto de la **prescripción**, es una cuestión discutida pues el art. 4031 C.C. dispone un plazo de dos años para los actos del demente declarado, pero nada dice respecto de los realizados por el simple insano, ello ha llevado a alguna doctrina a interpretar que por analogía es de aplicación ese artículo en tanto que otro criterio entiende que el caso queda sometido a la prescripción decenal del art. 4023 C.C.

La declaración de demencia

Coexistencia de disposiciones del Código Civil y de los Códigos Procesales

A propósito del requisito legal de la declaración judicial de la demencia como presupuesto para la interdicción del enfermo mental, el **Código Civil** contiene algunas disposiciones de carácter procesal que no por

ello resultan lesivas del principio constitucional por el que las provincias conservan para sí la atribución de dictar los códigos y leyes de procedimiento.



En efecto, analizadas en su espíritu, tales disposiciones no obedecen propiamente al propósito de operar con el carácter típicamente instrumental con que se comportan las normas procesales sino, de preservar la intangibilidad de los principios del **Código Civil** que ha adoptado en una materia de tanta trascendencia como es la relativa a la capacidad. En suma se ha querido con ello asegurar, mediante el respeto de garantías fundamentales tanto la genuina necesidad de la interdicción a declarar como la tutela que merecen los diversos intereses de las personas afectadas durante la tramitación del juicio de insania. Tratase de normas que se encuentran consustanciadas en grado tal con las disposiciones sustantivas que pasan así a co-integrar el sistema de estas últimas. Al respecto la **Corte Suprema de la Nación** tiene por doctrina sentada que si bien es facultad constitucional de las provincias legislar en materia de procedimiento, ello no le impide al

Congreso sancionar normas de carácter procesal cuando las mismas están destinadas a permitir o a asegurar el ejercicio de determinados derechos establecidos en los códigos fundamentales que le incumbe dictar¹⁴

Inexistencia de declaración de oficio

Conforme lo prescripto por el art. 142 C.C., en cuanto dispone que “*La declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte...*” queda expresa y categóricamente establecido el principio general en virtud del cual el juicio de insania solo puede ser instado a petición de parte legitimada pero nunca de oficio, sistema que mantiene el Anteproyecto del Código Civil y comercial– ver Art. 103– págs. 38 y ss.

Se ha querido con ello cuidar el carácter de tercero imparcial que le asiste al juez y evitar así la riesgosa incompatibilidad que significaría reconocerle la facultad de instar y declarar de oficio, nada menos que incapacidades en razón de enfermedades mentales.

Ahora bien, si el juez toma conocimiento de la presunta insania a propósito de la actuación de una persona en una causa sometida a su jurisdicción aquel –antes de declarar de oficio la interdicción o percibir la iniciación por igual vía del juicio de insania– lo que debe hacer es dar intervención al **Ministerio de Menores**, para que este, asumiendo la condición de parte, ejerza la facultad que le atribuye el inc. 3 del Art. 144 C.C.

Distinto es el caso cuando una solicitud de inhabilitación–art. 152 bis C.C. es desestimada por el juez, quien en razón de la entidad de la

¹⁴ C.S.N FALLO 138:157; 11–254 entre otros.

prueba producida, decide en cambio declarar la demencia de la persona denunciada.

La legitimación activa

Enumeración del art. 144 C.C.

El requisito de la solicitud de parte referido por el art. 142, se encuentra reglado por la enumeración que el art. 144, hace de las personas que pueden peticionar la declaración de la demencia. Ellas son: el esposo o esposa no separados personalmente o divorciados vincularmente, los parientes del demente; el **Ministerio de Menores**, el **Cónsul**, si el demente fuera extranjero y cualquier persona del pueblo, cuando el demente fuese furioso o incomodase a sus vecinos.

El carácter de esta enumeración se ha considerado taxativo toda vez que el texto no permite interpretar que la misma tenga un propósito meramente enunciativo.

Esta enumeración no importa un orden de prelación entre los legitimados. Por el contrario, a cada uno de ellos le asiste un derecho distinto que por tal, es independiente en la medida en que su ejercicio es conferido en grado principal y no subsidiario respecto de quienes le precedan en la enumeración.

Ese derecho es también excluyente, desde que ejercido por un legitimado quedan impedidos los otros de hacer lo propio.

Denuncia de insania

Muchas disposiciones legales, encuadran a estas personas que integran la sociedad, y que requieren nuestra atención en forma especial. Los juristas no pueden convertirse en psiquiatras o psicólogos, pero deberán conocer lo sustancial de las materias en que intervengan.

Las enfermedades mentales, tales como síndrome de Down, esquizofrenia, autismos, entre otras, y para poder aconsejar si corresponde iniciar un proceso de insania, inhabilitación, internación, o simplemente la toma de medidas tutelares que lo protejan, hace necesario, que se tenga conocimiento de lo que es la enfermedad mental, sus derivaciones, y los procedimientos a seguir en cada caso particular.

Los enfermos mentales, –cualquiera sea su diagnóstico– produce un desfase en el intercambio de información y en el consecuente reparto de conductas entre los sistemas externos al enfermo (familia, sociedades intermedias, sociedad en general) y el sistema interno (mente).

La debilidad mental, la esquizofrenia, la psicosis maniaco depresiva, la depresión grave o la demencia senil, entre los casos más destacados, producen una situación en la cual la persona recibe e interpreta de manera diferente a la normal los signos provenientes del mundo exterior y, por consiguiente, a su vez emite signos que el mundo exterior considera despreciativo.

Esto segrega al enfermo mental en mayor o menor medida del resto de la sociedad, lo sitúa a merced de la sociedad, en la medida en que no este en condiciones de protegerse e incluso, puede, con mayor o menor conciencia, provocar un daño a si o a terceros.

La ley interviene por eso, para evitar las consecuencias de estas situaciones, tanto en lo personal, como en lo patrimonial, instrumentando una calibración de los sistemas que en lo posible, corrija el desfase en el intercambio de información e impida el daño o la injusticia sobre el enfermo o sobre terceros. Naturalmente que a esta afirmación genérica se suman los valores culturales, que más concretamente indican cuales son los daños que deben ser evitados.

Asimismo, es de considerar, que no todas las enfermedades ni los enfermos son iguales, aunque todas aquellas produzcan ese mismo efecto de desacomodamiento entre los mundos interno y externo al enfermo.

Como principio general podemos afirmar que la denuncia tiene carácter facultativo desde que la sola aparición de la enfermedad no obliga a los legitimados a formular la solicitud de demencia. Estos, principalmente en el caso del cónyuge, los parientes y el Ministerio de Menores, por las razones afectivas y por la función tuitiva del patronato, respectivamente pueden y deben ponderar las circunstancias del caso y juzgar merituando lo que mejor convenga a los intereses del insano, la necesidad, conveniencia u oportunidad de formular la denuncia.

Una vez impuesta la denuncia y admitida por reunir los requisitos exigidos, no es posible desistir de ella, al estar cuestionada la capacidad de una persona, se afecta no solo el interés de esta sino también el interés público, por ello es que una vez puesto en marcha el trámite judicial de un proceso de insania el mismo debe proseguir hasta que la sentencia dilucide esta cuestión de orden publico comprometida en el proceso, sea accediendo a la declaración de incapacidad o desestimando la denuncia. De allí que el proceso no puede terminar por caducidad de instancia.

Cabe preguntarse, ¿Si el cónyuge separado de hecho con posterioridad a declararse la enfermedad mental del otro cónyuge, o con sentencia de separación personal dictada con fundamento en el Art. 203, del C.C. puede ser curador de su cónyuge demente, en caso de haberse demostrado una seria y permanente preocupación por el bienestar de este, a través de una conducta de cuidados y asistencia en todos sus problemas?

Tanto la doctrina¹⁵ y jurisprudencia¹⁶, han dado fundamentos contradictorios al respecto, ya, que si bien por imperio del Art. 476 del C.C. “El marido es el curador legítimo y necesario de su mujer...” sin agregar distinciones referentes al estado del vínculo conyugal, esta norma no se aplica cuando existe separación personal o divorcio vincular e incluso cuando media separación de hecho, si esta es anterior a la enfermedad del cónyuge. Asimismo, se aclara que no hay norma expresa que establezca la inaplicabilidad de este Artículo, no obstante quienes la sostienen la infieren del Art. 144 inc. 1º del C.C., que niega el derecho de pedir la declaración de demencia a “el esposo o esposa separados personalmente o divorciados vincularmente”.

El Anteproyecto del Código Civil y Comercial, expresa:

Artículo 33.– Legitimados. Están legitimados para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida:

- a) el propio interesado;
- b) el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado;
- c) los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado;
- d) el Ministerio Público.

¹⁵ Llambias “Código Civil Anotado” T.II. Pág. 1199. Borda “Familia II N° 1184.

¹⁶ C.N.C. Sala G. 28/03/90 E.D. 138–396– C.N.C. Sala E–29/12/97–E.D. 179–178– L. Ley 06/04/2006.

Pero la posición más ecléctica, entiende, que no puede ser aplicada como una regla ineludible y desvinculada de los datos facticos es decir como si mediara una norma expresa que prohibiera al cónyuge ser curador en caso de separación de hecho posterior a la enfermedad o en caso de separación personal declarada judicialmente, sin tener en cuenta las circunstancias del caso y el interés superior que se debe preservar al resolver sobre la designación o remoción de un curador.

La **Cámara Nacional Civil Sala H.** en fecha 04/02/2010 en el caso D.D.G.A., en el cual la Curadora Pública Oficial haciéndose eco de la solicitud que, a todo evento, efectuó la progenitora del causante, solicito se designe al interdicto dos curadores, su madre y su media hermana, cuestiono la validez constitucional de los Art. 386 y 475 del C.C. El primero de ellos, prohíbe terminantemente nombrar dos o más tutores y el segundo remite al primero en cuanto a los requisitos para la designación de curador. En ambos supuestos la prohibición es inequívoca, porque el codificador ha considerado sin ninguna duda que se trata de un cargo unipersonal.¹⁷ Fundando el decisorio en que es improcedente aplicar analógicamente los fundamentos de la tenencia compartida para conceder la pretendida curatela conjunta pues el conflicto familiar presupuesto en la primera, fundamentado en la igualdad de derechos y obligaciones de los progenitores respecto de sus hijos, dista de ser parecida a la problemática que la legislación resuelve en el Art. 386 del C.C. aplicable a la curatela por remisión al Art. 475 del texto legal.

¹⁷ Revista Derecho de Familia y de las Personas. N°7. Agosto 2010. Pág. 299.

Requisitos

Se ha hablado acerca del proceso de incapacidad, quienes pueden iniciarlo y cuáles son sus efectos, pero es necesario plantearse, en qué casos conviene esta acción y para que situaciones es efectiva.

Se deben analizar diversos factores:

- Capacidad sustancial activa para iniciar la acción.
- Fines y resultados de la acción.
- Imposibilidad de desistir, toda vez que al estar comprometido el interés público, debe ser continuado por el **Ministerio Público Pupilar**¹⁸
- Existen efectos colaterales aun no buscados por el legislador.
- Sus consecuencias se pueden prolongar durante toda la vida del denunciado.
- Otros fines no perseguido por el legislador, tales como tenencia de los hijos, divorcio, o simplemente castigar al denunciado.

Los intereses comprometidos por la denuncia le imponen a esta respetar ciertos requisitos destinados a garantizar su legalidad y seriedad, atento a la gravedad que supone pedir la interdicción de una persona con fundamento en su insania. Tales requisitos cuya imposición es materia propia de los códigos locales de procedimiento son:

- Acreditar la legitimación

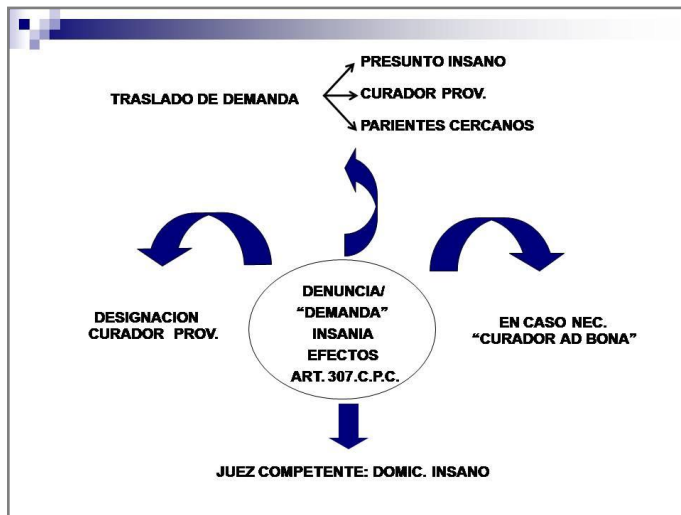
¹⁸ Cienfuentes, Santos; Rivas Molina, Andrés. (1978). Juicio de insania. 2° ed. Buenos Aires: Hammurabi. Pág. 345.

- Exposición de los hechos
- Certificación medica.

Efectos de la denuncia

¿A qué se refiere el Art. 140 del CC. con la verificación de la denuncia?

La interdisciplinar es fundamental, en la colaboración que debe recibir el juez quien requerirá de un examen de facultativos que le proporcione todos los elementos de convicción suficientes para arribar a una declaración razonable acerca de la petición de incapacidad mental de una persona sea para hacerle lugar o para rechazarla.



Tan trascendente es la decisión que se tome en uno u otro sentido, que la prueba pericial es elemento indispensable e insustituible en todo proceso de insania, so pena de nulidad de la resolución que en

definitiva se tome, en caso de que no se haya procedido así o que el examen médico carezca de elementos esenciales.

Similar normativa encontramos hoy en la ley que ratifica en nuestro país la **Convención Internacional de las Personas con Discapacidad**.

Internación involuntaria coactiva

La ley 22.914, sancionada el 15/09/1983 y publicada en el Boletín Oficial el 10/09/1983, establece la **internación de personas afectadas por enfermedades mentales alcohólicas crónicas y toxicómanos**, la ley 22.914, donde los funcionarios judiciales solucionaban la clandestinidad de la internación –verdadero desconocimiento de internación del alienado– obligando a los profesionales médicos psiquiatras a las comunicaciones de internaciones y a las comunicaciones sin respuesta de internaciones, estado evolutivo y alta. Ley injusta que traspasaba deberes y no exigía reciprocidad, además de no comprender el problema de asistencia de la enfermedad psiquiátrica ni del individuo enfermo.

Hoy la **Convención Internacional de las Personas con Discapacidad**, obliga a la reevaluación del paciente en casos de internación involuntaria cada tres meses a partir de su internación a fin de confirmar o modificar dicha decisión.

Protección de los derechos de pacientes con padecimientos mentales

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en fecha 05/02/2008, en re “Duarte J.A. s/Internación”, se expidió respecto a la necesidad de la inmediatez que debe existir respecto de aquella personas internadas

forzosamente, en los siguientes términos: Ante la existencia de una internación involuntaria de larga data, resulta imperioso, –atento su vulnerabilidad y desprotección–, extremar la salvaguarda del principio de inmediatez en resguardo de los derechos fundamentales de las personas internadas forzosamente, en procura de su eficaz protección." Aplicando, los criterios establecidos en los precedentes Competencia N 1524.XLI. "Cano, Miguel Ángel s/ insania" del 27 de diciembre de 2005 y " "Tufano" [Fallo en extenso: el Dial – AA30DF] " (Fallos: 328:4832).

El Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Sala /Juzgado 11, en fecha 23 de noviembre de 2010, en el caso “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires S/Habeas Corpus” hizo lugar a la acción de habeas corpus preventivo y colectivo promovida por el Asesor Tutelar y declaró la ilegalidad del memorandum 880765 DGASM–2010 Instructivo Sobre Procedimiento a Seguir en los casos de externación de niños, niñas y adolescentes en hospitales psiquiátricos, después de que el equipo profesional tratante hubiere decidido su alta médica y el juez que controlara la internación hubiere resuelto el cese de la internación, por falta de provisión de recursos necesarios.

Por su parte la **Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial de Corrientes**, en fecha 03/09/2010, in re, O.M.E. y M.C.J. c/ COMENCOR SALUD s/ JUICIO SUMARISIMO” MICROJURIS SALUD, DERECHO Y BIOETICA– confirmo la sentencia apelada, he hizo lugar a la demanda condenando a la empresa de medicina prepaga a cubrir el 100% de todas las prestaciones de cualquier naturaleza (farmacológica y kinesiológicas) necesarias para la atención de la hija menor discapacitada de los actores –quien padece hemiparesia branquio crural derecha– y reintegro a los actores las sumas que estos debieron afrontar para la atención de aquella, con arreglo

a la ley 24091, que establece el sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, aplicable a las empresas de medicina prepaga.

Igual criterio, siguió el **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro** en fecha 02 de marzo de 2011, en el caso R.N. y ot. s/Amparo s/ Apelación (Microjuris Salud, Derecho y Bioética Expresando que no cabe relegar la problemática de la discapacidad a través de reenvíos administrativos sino que por el contrario se debe establecer una inmediata protección de los derechos fundamentales que en estos casos se encuentran en juego, con una cobertura eficaz, buscando soluciones que se avengan a la índole de este tipo de pretensiones para lo cual deben encauzar los tramites por las vías más expeditivas y evitar que la utilización de otros carriles pueda conducir a la frustración de los derechos fundamentales...”

En la Provincia de Mendoza, el Código Procesal Civil, en su art. 307 establece “*El proceso se sustanciara por el procedimiento sumario con las siguientes modificaciones:*

- Cumplido los recaudos procesales establecidos en el art. 306, y subsanados en su caso los defectos conforme el art. 166, se designara **un curador provisorio** de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 19 y 46 inc. 6 de la lista de abogados, salvo el caso del art. 149 del C.C. no podrá ser curador el demandante. El juez en atención a las circunstancias del caso, antes de disponer la designación de **curador provisorio**, podrá pedir un informe a la oficina técnica correspondiente o medico de tribunales.
- Se correrá traslado de la demanda al **curador provisorio** y se hará conocer la misma al presunto insano y a los parientes que deben denunciarse conforme al art. 306.

- El juez en cualquier estado del proceso, puede decretar medidas precautorias sobre la persona y bienes del presunto insano.
- El juez deberá ver y escuchar personalmente al presunto insano y admitir las medidas de pruebas idóneas que ofreciere. Este podrá interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia que lo declara insano.
- Sin perjuicio de las facultades del juez en la apreciación de la prueba, para declarar la insania es indispensable dictamen concordante de dos peritos médicos por lo menos.
- El desistimiento del actor no extingue el proceso, que deberá ser instado por el **curador provisorio y el Ministerio Pupilar**.
- Es obligatoria la intervención de un representante del **Ministerio Pupilar**, quien deberá interponer recurso de apelación, si no lo hicieron los litigantes. Sera actor si el proceso se iniciare por denuncia, en los casos del segundo apartado del art. 305.
- La sentencia no tiene efectos de cosa juzgada material, pero no puede promoverse nuevo proceso por hechos anteriores a la sentencia que declaró o denegó la declaración de insania o la rehabilitación.

El Anteproyecto del Código Civil y Comercial, de mención ut–supra, establece, en sus partes pertinentes:

Artículo 40.– Registración de la sentencia. La sentencia debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento.

Artículo 41.– Internación. En la sentencia o después de dictada, el juez puede disponer la internación de la persona. Para ello debe tener

en cuenta las previsiones de la legislación especial, las reglas generales de esta Sección y, en particular, que:

- a) toda internación debe estar fundada en una evaluación que señale los motivos que la justifican, con intervención de un equipo interdisciplinario integrado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 36;
- b) la finalidad de la internación es evitar que la persona se haga daño a sí misma o a terceros, y facilitar los tratamientos necesarios o convenientes de acuerdo con su estado;
- c) la internación es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente, sea voluntaria o no;
- d) la sentencia que dispone la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión.

Partes en el juicio de insania

- **Curador ad litem y ministerio pupilar:** El primero conforme al art. 147 C.C., ejerce la función de representar al presunto insano durante el juicio hasta su terminación.
- **Denunciado:** no parece dudoso que deba reconocerse a este como insano su calidad de parte, más allá de la evidencia de que se encuentra en juego su propia capacidad, lo que de por sí sería suficiente para reconocerle legitimación, a pesar de cualquier texto legal.
- **Denunciante:** La doctrina nacional ha discutido si el denunciante es o no parte en el proceso. El vigente art. 627 del C.P.C.N. admite expresamente que aporte las pruebas que acrediten los hechos que ha invocado en su denuncia. Como se apunta en la doctrina procesalista, cuando a un sujeto se le reconocen facultades de probar, alegar, recurrir

y fiscalizar la actividad de otras personas que son indiscutiblemente tenidas por parte, no parece exagerado permitirle que conceptualmente comparta ese carácter, discusión que ha sido resuelta en el Anteproyecto.

- **Acción popular:** El denunciante en los términos del inc. 5 del art. 144 no es parte en el juicio, pues se limita a efectuar la denuncia.
- **Curador a los bienes:** La designación de un curador a los bienes es una facultad del juez, para el caso de que la demencia aparezca notoria e indudable, por lo cual no puede ser considerado parte esencial. Pero aun designado tampoco tiene participación en el juicio ya que su actividad se reduce a la administración de los bienes del insano.
- **Curador definitivo:** se lo designa una vez dictada la sentencia de interdicción razón por la cual solo se constituye en parte a los fines de la rehabilitación.

Un nuevo fallo de la Justicia Nacional sigue marcando tendencia en materia de insanidad mental y su proyección jurídica en la vida del individuo afectado a partir del sistema instituido por el Código Civil pero interpretado a la luz de los documentos internacionales que tanto vienen bregando por el abordaje de esta problemática desde un ángulo respetuoso de las autonomías individuales y que en nuestro sistema han adquirido jerarquía constitucional a partir de la reforma del año 1994.

El decisorio de la Sala G, de fecha 02/09/2010, resuelve la cuestión planteada por el curador oficial de un insano en orden a su obligación de rendir cuentas documentadas de su gestión. Se trata del caso de una persona que a pesar de su interdicción se ha mostrado apta para

administrar sus ingresos a nivel domestico lo cual justificaría reconocerle cierto poder de autogestión.

Este fallo, revaloriza al individuo y sus capacidades naturales, partiendo de un cuestionamiento del curador, oficial respecto de las cargas que le imponía el a quo en el marco de su desempeño, el decisorio compatibiliza muy acertadamente dos aspectos: la obligación del curador de dar cuenta de la gestión del patrimonio de su curado y el alcance de la capacidad de este, de obrar en los hechos de su vida cotidiana. Y esta compatibilización la hace el fallo, adecuando funcionalmente el “hacer” del curador al “poder hacer” de su curado.

Representación del insano

Curador Ad Litem

La interposición de la denuncia por el requisito de seriedad que debe satisfacer tiene la virtualidad de crear un estado de sospecha sobre la aptitud procesal del denunciado para proveer adecuadamente a su defensa. Ello ha llevado al legislador a disponer que deba designarse un curador provisorio que lo represente, y defienda en el juicio hasta que se pronuncie la sentencia definitiva.

La naturaleza de esta representación es legal y necesaria. En virtud del carácter legal que tiene, la voluntad del denunciado es sustituida por la del representante y no obsta a este efecto sustitutivo el hecho de que el insano pueda intervenir por su parte independientemente al curador, dado que se trata en ese caso de dos intervenciones distintas. Dicho efecto explica que el curador en su actuación obedezca a su propio criterio a diferencia del

representante convencional que actúa conforme a las instrucciones recibidas. El carácter necesario de la representación determina que la participación del curador sea indispensable a los efectos de la validez del proceso en general y de las actuaciones que lo integran en particular, so pena de la nulidad de aquel o de alguna de estas.

Curador Ad Bona

Su participación no es indispensable sino posible en la medida en que concurren presupuestos que justifican su nombramiento. Art. 148 y 471 del C.C.

Así, La Sala A de la Cámara Nacional en lo Comercial, en fecha 04/08/2011 en el caso A.M.R.C/COTO CICSA S/ORDINARIO “Rechazo el recurso de apelación interpuesto por la Sra. J.I.F. curadora del actor M.R.A. por cuanto desde el mismo momento de su designación como curadora estaba habilitada para actuar en el proceso y efectuar peticiones idóneas para hacerlo avanzar. En tanto admitió el planteo de nulidad deducido por la Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara, decretando la nulidad del acto impugnado por vicio en el procedimiento que antecedió a la declaración de perención...”

Inhabilitación

Dentro del sistema tuitivo del derecho argentino, encontramos otro régimen diferente del de la incapacidad, o discapacidad, la inhabilitación. Este instituto fue incorporado a la legislación interna por ley 17711, a través del Art. 152 bis C.C., habiendo sido ampliado por el Art. 152 ter, por ley 26657 **Ley Nacional de Salud Mental** de fecha 31/12/2010.

El Art. 152 bis, tuvo la finalidad de otorgar protección a las personas afectadas por diversos tipos de deficiencias morales, psíquicas o de conducta que inciden sobre su discernimiento y las colocan en situación de inferioridad para la gestión de su patrimonio.

Para una parte de la doctrina jurídica es un régimen de semicapacidad, pues resulta el medio técnico elegido para suplir las imposibilidades que padecen personas en principio no carentes de razón para discernir sus actos, pero cuyas deficiencias pueden ocasionar igualmente perjuicios personales y/o patrimoniales, no solo para si, sino para sus entornos familiares.

Quedan encuadradas en este régimen las personas que siendo capaces para la generalidad de sus actos, sin embargo, no pueden efectuar válidamente, ciertos actos determinados sin la conformidad de alguien externo.

Tenemos que dejar en claro aquí, la diferencia, entre representación y asistencia, la primera es la de sustituir la voluntad del representado, mientras que la segunda es la de coadyuvar la voluntad del asistido con la de su asistente.

La característica fundamental del régimen de asistencia consiste en que no hay representación, sino complementación de la voluntad del asistido. En donde este sigue actuando por sí, pero la validez o nulidad de sus actuaciones quedan subordinadas a la expresión de voluntad del “asistente” denominado en el caso “curador”. Por cuanto la función del curador no es representar al inhabilitado sino asistirlo en sus actos.

Tenemos que concluir que el inhabilitado, no es un incapaz, son en principio plenamente capaces, pero esa capacidad se restringe para algunos actos en particular que específicamente se enumeran en una

sentencia de inhabilitación y que generalmente tienen que ver con los actos que exceden la ordinaria administración.

Dispone el Art.152 bis.–C.C.¹⁹

Podrá inhabilitarse judicialmente:

- a quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio;
- a los disminuidos en sus facultades cuando sin llevar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio;
- a quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes.

Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos.

¹⁹ Pérez Ríos, José Luis “El procedimiento en los juicios de inhabilitación del Art. 152 bis del C.C.” Revista Derecho de Familia y de las Personas. Julio 2010. Nº 6. Pág. 198.

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]. (Artículo agregado por Ley 17.711).

Del texto se desprende, que no hay inhabilitaciones administrativas, sino que se requiere necesariamente de la promoción de un juicio que pruebe algunos de los supuestos taxativos del artículo mencionado. Como así para la rehabilitación, se requiere de un proceso inverso, que también se obtiene por sentencia judicial fundada.

La sentencia que declara la inhabilitación es constitutiva, y sus efectos se producen desde que ha pasado en autoridad de cosa juzgada²⁰.

Si bien al inhabilitado se le provee de un curador, la misión de este difiere bastante de la que posee alguien con dicho cargo respecto de un declarado incapaz. Al inhabilitado se le designa, un asistente a los fines de la realización de algunos actos específicos. Para el resto actúa por sí.²¹

Con la sanción de la ley 26657, en fecha, 03/12/2010, el legislador adopta un sistema flexible, con abandono del régimen rígido en materia de incapacidad de hecho hasta el momento vigente. Así, tras sentar la presunción de capacidad de todas las personas (art. 3), su art. 42 incorpora al Código Civil el art. 152 ter. Este último precepto, en lo que aquí nos interesa, prevé que las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán "especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible".

No menos relevante resulta el cambio propuesto en cuanto al modelo de abordaje de la problemática en materia de salud mental. La ley lo

²⁰ C.N.C. Sala C. 28/12/04 "R.A.c/ S.U. y F.R.B. M.D.R. s/escrituración"

²¹ C.N.C. Sala J. "S.L.A.18/07/97 L.L. 1998-B-494

extrae de la órbita exclusiva de los médicos psiquiatras, en cuyas manos tradicionalmente ha reposado el diagnóstico, el tratamiento y la atención de la salud mental de las personas, para su "sustitución" por lo que denomina equipo interdisciplinario.

En efecto, el art. 8 obliga a promover que la atención mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente. Entre ellas, se incluyen expresamente las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes.

Este lineamiento es reafirmado por otras disposiciones de la ley. Así, en su art. 9, se establece que el proceso de atención debe llevarse a cabo "en el marco de un abordaje interdisciplinario e intersectorial"; en el art. 12, que los tratamientos psicofarmacológicos se realicen en el marco de abordajes interdisciplinarios; en los arts. 15 y 16, que la internación debe disponerse según criterios terapéuticos interdisciplinarios y que debe contar con una evaluación diagnóstica interdisciplinaria; en el art. 23, que la decisión de disponer "el alta, externación o permiso de salida" es también una facultad del equipo interdisciplinario; y en el art. 42, incorpora el art. 152 ter, Código Civil, que estatuye que la declaración judicial tanto de inhabilitación como de incapacidad debe fundarse en "un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias". Mayor contundencia denota lo establecido en el art. 5, que reza que "La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación". Todo ello evidencia una clara toma de posición que busca desarticular la prevalencia de la profesión médica en la materia. Más, ante la falta de deslinde de los aspectos

que cabe encomendar a cada una de las áreas mencionadas por la ley, es dable preguntarse si ha mediado una adecuada valoración de los ámbitos de incumbencia propios de cada una las dichas disciplinas comprometidas.

Así encontramos un avance en el tratamiento de las personas con discapacidad, el que se ve reflejado en las disposiciones de esta normativa que viene a incorporar a nuestra legislación de fondo el Art. 152 ter del C.C.,

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 (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

Artículo 43: Sustitúyese el artículo 482 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 482: No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial.

Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.

A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud para las personas que se encuentren afectadas de enfermedades mentales y adicciones, que requieran asistencia en establecimientos adecuados aunque no justifiquen la declaración de incapacidad o inhabilidad.

Artículo 44: Derógase la Ley 22.914

La Cámara Nacional Civil Sala J. in re “S.L.A. de fecha 18 de julio de 1997, resolvió “Es procedente desestimar la declaración de

inhabilitación respecto de una persona consumidora de sustancias psicoactivas y en cambio fijar un régimen de protección conforme el Art. 12 de la C.I.D.P.D.²²

El Anteproyecto, del Código Civil y Comercial, reiterando los conceptos mencionados, dispone:

Inhabilitados

Artículo 48.– Pródigos. Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. La acción sólo corresponderá al cónyuge, conviviente, ascendientes y descendientes.

Artículo 49.– Efectos. La declaración de inhabilitación importa la designación de un curador que debe asistir al inhabilitado en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia.

Artículo 50.– Cese de la inhabilitación. El cese de la inhabilitación se decreta por el juez que la declaró, previo examen interdisciplinario que se pronuncie sobre el restablecimiento de la persona.

Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador.

Sentencia

La doctrina dicente sobre si es de carácter constitutiva o declarativa, finalmente se ha declarado que tiene carácter heterogéneo, participando de los caracteres de la sentencia declarativa y constitutiva. Lo primero, en cuanto constata en el caso concreto la presencia de los presupuestos con figurativos de la demencia, lo segundo en cuanto, luego de la constatación de los hechos declara la interdicción del sujeto.

²² Revista Derecho de Familia y de las Personas. N° 1. Setiembre 2009. Pág. 275. N° 2. Octubre de 2009. Pág. 247.

El código procesal civil de la provincia de Mendoza, establece en cuanto a " *las costas serán satisfechas por el demandado, si prosperara la acción y por el actor o actores, (excluido el ministerio pupilar). El juez podrá eximir de costas al actor por motivos de conveniencia familiar y si no apareciese como temeraria o maliciosa su actitud en el proceso.*

La ley 26413 que regula las funciones del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, establece la obligatoriedad, de la inscripción de la Sentencia que declare la misma en su Arts. 77.

La curatela desde la óptica del derecho penal

Efecto de la sentencia en juicio penal

Art. 151 C.C." *La sentencia sobre demencia y su cesación solo hacen cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos declarados en este Código mas no en juicio criminal para excluir una imputación de delitos o dar lugar a condenación.*"

Efectos de la sentencia penal en juicio civil

Art. 152 C.C. "Tampoco constituye cosa juzgada en juicio civil para los efectos de que se trata en los artículos precedentes, cualquiera sentencia en un juicio criminal que no hubiese hecho lugar a la acusación, por motivo de la demencia del acusado o que lo hubiese condenado como si no fuese demente el procesado."

Inhabilitación de los penados

El art. 12 del C.P. establece que los condenados a pena de reclusión o prisión por más de tres años y mientras dure la pena, la privación de la patria potestad, de la administración de sus bienes y del poder de disposición de los mismos por actos entre vivos quedando el penado sujeto a la curatela del C.C. para los incapaces.

De tal forma la norma en cuestión impone una incapacidad al condenado a más de tres años de reclusión y prisión. La situación jurídica del penado es entonces de plena capacidad salvo en aquellos aspectos previstos por la norma sobre los que se hará efectiva, en forma taxativa, la incapacidad en ella prevista.



Nuestra doctrina civilista, en seguimiento de la opinión de Orgaz, considera que tal situación tiene como fundamento la necesidad de proveer a la protección del penado y de su familia tanto en el manejo de sus

bienes como en las relaciones paterno filiales, frente a la imposibilidad material en que se encuentra para atenderlo en forma personal y adecuada.

Sin embargo, otra corriente doctrinaria considera a esta medida como una verdadera interdicción, de carácter punitivo, lo que se revela por la circunstancia de que se impone de acuerdo a la gravedad de la condena.

Una situación especial la contempla el Art. 16 del Código Penal, que establece “Transcurrido el término de la condena, o el plazo de cinco años, señalado en el Art. 13, sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida, lo mismo que la inhabilitación absoluta del Art. 12”

Esta norma sienta el principio, que cesa la inhabilitación del condenado, quien durante la libertad condicional, cumplió lo requerido por el Art. 13 del mismo cuerpo legal.

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial, no se detiene en el tema, solo hace una mención somera en el Art. 110 inc. F–ver pag.41– no resolviendo el problema.

Limitaciones a la capacidad de hecho

Es indudable que estamos frente a una incapacidad de hecho habida cuenta de la representación que para suplirla prevé la norma penal en examen.

La incapacidad prevista alcanza solamente los aspectos contemplados:

- **Privación de la patria potestad**, no implica la pérdida de la patria potestad –art. 307–, sino solo la suspensión transitoria de su ejercicio –art. 309–.
- **Privación de la administración de sus bienes**, el curador se encuentra obligado en su caso a rendir cuentas de su gestión.
- **Privación del derecho de disponer de sus bienes por actos entre vivos**.

Conveniencia de su derogación

La interdicción de los penados es un resabio de la muerte civil y como tal se ha propiciado su derogación entre ellos puede mencionarse –proyecto de C.PEN. DE SOLER DE 1960– dejando asentado que el derecho penal actual es de acto y no de autor.

Limitaciones a la capacidad de derecho

Las incapacidades de derecho que pueda sufrir el penado se encuentran previstas en la legislación general y no solo en el C.C.:

- Ser tutor o curador para quienes hayan sido privados de ejercer la patria potestad o sean condenados a pena infamante –art. 398 inc. 10 y 475 C.C.–.

- Ser testigos en instrumentos públicos quienes por sentencia estén privados de serlo –art. 990 C.C.–.
- Contraer matrimonio con quien haya sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges – art. 166 inc. 7 C.C.–.

Rehabilitación

En tal situación debe considerarse, no solo el cumplimiento total de la pena impuesta, sino también todos aquellos casos en que la misma se tenga por cumplida por prescripción, amnistía o indulto conforme lo prescripto por los artículos 61, 65 y 68 del C.P.

Competencia

El Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, –Ley 1908, actualmente derogada, en algunas circunscripciones de la provincia, por Ley 6730/7007–, establecía en su Art. 432, que el Tribunal de juicio, léase Cámara en lo Criminal, al dictar la sentencia cuya pena excedía los tres años de prisión, el mismo Tribunal, debía designar curador al condenado, nombramiento que podía recaer en persona de la confianza del convicto. Esta situación se ha visto modificada toda vez que la disposición, que regula la sentencia, no expresa normativa similar, por lo que la competencia para la atribución de curador al condenado recae sobre los Tribunales de Familia, conforme lo dispone el Art. 52 inc. h, de la Ley 6354.

La anomalía, que puede advertirse en esta omisión, está dada en que si se considera que el Tribunal Penal, es quien al juzgar al encartado, ha conocido sus circunstancias personales, familiares y sociales, es quien estaría en mejores condiciones para designar como lo establecía la disposición anterior, a quien fuera persona de la confianza del enjuiciado, para representarlo en los actos de administración y disposición de sus bienes, siendo que la situación actual demanda demoras innecesarias, en la protección del enjuiciado, no solo porque deben cumplirse con los trámites procesales propios del juicio civil, sino también por el abarrotamiento existentes en los Tribunales de Familias de conocimiento público, teniendo en cuenta la variada y amplia competencia que pesan sobre los mismos.

Jurisprudencia

Incapaces en la ley penal

- El artículo 10 del Código Penal modificado por ley 26.472 y modifica ley 24.660 –art. 32–
- El artículo 12 del Código Penal y la incapacidad que genera:

En la causa N° 25.801/06 "SOTELO, MIGUEL ANGEL P/ROBO AGRAVADO P/EL EMPLEO DE ARMAS Y VIOLACION DE DOMICILIO EN CONC. IDEAL – P. LIBRES" – STJ DE CORRIENTES – 10/04/2006 EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, ante la presentación del Fiscal General quien solicita se acoja favorablemente sólo en lo que respecta a la inconstitucionalidad del art. 12 de C.P. –la que es

coincidente con la solicitud de la defensa invocando las previsiones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por ley 23.213, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5 apartado 6. Menciona asimismo jurisprudencia de este Superior Tribunal de Justicia–.

Expidiéndose el Tribunal en el sentido siguiente: “Si bien en anteriores casos sostuve la constitucionalidad de la norma penal de fondo –art. 12–, siendo deber de todo juez evitar dilaciones que atenten contra la celeridad procesal, votaré siguiendo el criterio mayoritario de mis pares, el cual ha entendido que la incapacidad civil que instituye dicha norma no tiene finalidad proteccionista sino que se trata de una pena accesoria; criterio reforzado con cita del Dr. Zaffaroni cuando dice que el encierro no imposibilita fácticamente al penado para realizar los actos para los que el art. 12 lo incapacita; “...no puede seguirse que la incapacidad civil del art. 12 se instituye para proteger al penado y que no tienen el carácter de una pena” (CFR autor citado Tratado de Derecho Penal T. “V”, p. 254, in fine).

Dicho voto ha sostenido también que de ser cierto que esas incapacidades se fundamentan en la incapacidad de hecho que se deriva del solo factum de la privación de libertad, se llegaría a la absurda consecuencia de que nuestra ley penal se ocupa de tutelar a quienes han cometido injustos graves dejando desprotegidos a quienes cometieron delitos menores y también a aquellos que no han cometido delito alguno.

De modo entonces, que esta pena accesoria resulta ser la más semejante a la muerte civil desaparecida en Baviera en 1849 y en Francia en 1854. Soler lo suprimió en el proyecto de 1960, donde reconocía finalmente el carácter de pena de la misma.

La reforma constitucional de 1.994, que incorpora a través del inc. 22 del art. 75, los tratados internacionales, mantiene idéntica concepción

sobre la pena. (CFR: SENT. N° 42/03; N° 45 del 22/03/05, ambas del S.T.J. de Ctes.).”...

¿Quién puede ser curador del penado?

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C (CNCiv) (Sala C) Fecha: 21/11/1985 Partes: Martínez, José M. Publicado en: LA LEY 1986-A, 489-DJ 986-II, 66 Resolvió, en el sentido que existiendo una persona sanamente interesada en desempeñarse como curador del penado, sujeto al sistema de representación establecido por el Código Civil para los incapaces (art. 12, Cód. Penal), y frente a los deseos por éste expresados, parece lógico recurrir a ella que, sin duda, se podrá dedicar con más esmero que una representante oficial, cuando la persona propuesta no permite suponer la existencia de inconveniente alguno para un correcto desempeño. (Del dictamen del Asesor de Menores de Cámara confirmado por el tribunal). En la curatela dativa la elección del curador es potestativa de los jueces, claro está, en la medida que tal potestad pueda ser admitida en el interés del causante. (Del dictamen del Asesor de Menores de Cámara confirmado por el tribunal).

Competencia (en particular) – curatela de un penado

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E (CNCiv) (Sala E) en fecha: 23/03/1995 Partes: Sánchez, Luis A. Publicado en: LA LEY 1995-D, 82 – DJ 1995-2, 455, Resolvió: Que el juez civil competente para designar curador a los condenados a pena de prisión o

reclusión mayor de tres años (art. 12, Cód. Penal) es el de la jurisdicción donde el penado tiene su domicilio (arg. art. 5º, inc. 8º y 12, Cód. Procesal), mientras éste mantenga en él el asiento de su familia o de sus negocios.

El domicilio del curador del condenado no determina la competencia del juez que ha de entender en tal cuestión, pues aquella decisión es el presupuesto de la posterior designación del representante legal. La jurisdicción del magistrado del fuero penal que ha pronunciado la condena no determina la competencia del juez civil que ha de designar curador, pues el art. 12 del Cód. Penal no lo ha previsto así.

Capacidad – Condenados penalmente – Demanda entablada en forma personal contra el Estado Nacional y la Provincia – Legitimación y personería – Falta de designación de Curador – Subsanción

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fecha: 14/03/2000 in re López Pérez, Viviana y otras v. Provincia de Buenos Aires y otro/s daños y perjuicios. Publicado: Fallos 323:452. sostuvo que las actoras Nélide Rita Fernández, Sandra María Fernández, Claudia Viviana Giuliani e Isabel Arancibia se encuentran en la actualidad alojadas en el Servicio Penitenciario Federal, cumpliendo condenas de más de 3 años. Considera que, en consecuencia, resulta de aplicación el art. 12 Ver Texto del Código Penal que impone a las nombradas la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena de la capacidad de administrar sus bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos; como así también el art. 489 Ver Texto del Código Civil, que otorga a los curadores el deber de ejercer las acciones y defensas judiciales de sus representados. En esas

condiciones, sostiene que las actoras se encuentran impedidas de actuar por propio derecho, como lo hacen, y debe hacerlo el curador designado. ... Que en relación a la personería, ella debe ser subsanada en atención a lo reglado por el art. 489 Ver Texto del Código Civil. En efecto el art. 12 Ver Texto del Código Penal, in fine, establece que el penado quedará sujeto a la curatela establecida en el Código Civil para los incapaces; dicho curador tiene asignada la ejecución de las acciones y defensas judiciales de sus representados, según el art. 489 Ver Texto citado, de modo que el reclamo debe ser formulado por éste, sin perjuicio de la representación ya acreditada en autos.

Los discapacitados y el transporte público

Hablar de accesibilidad a los bienes sociales no es algo que refiera exclusivamente a las personas con discapacidad sino que se refiere a todos los ciudadanos y al concepto mismo de ciudadanía y a la vida en un estado democrático. En este sentido pensemos la importancia que ha tenido en la historia de nuestra sociedad el acceso a la educación y como con la gratuidad de la educación pública se ha pretendido garantizar el acceso a igualdad de oportunidades a todos los habitantes del territorio nacional, sin importar origen, género, o condición económica. Tal la importancia de garantizar el acceso a la educación, que la misma se complemento con la promoción del transporte de los estudiantes a las escuelas a través del boleto escolar. ¿Entonces porque limitar el acceso de las personas con discapacidad y/o con movilidad reducida?

En este sentido todas las personas desean que los bienes, en especial los fundamentales para vivir, sean accesibles, pero dadas las

dificultades que tienen que enfrentar las personas con discapacidad para gozar de ciertos bienes que los demás individuos usan, la accesibilidad física pasó a ser un planteo muy referido a ellas.

En el caso específico del transporte público, justamente porque es público, es un derecho de todas personas, y refiere al acceso de un bien social, pero este se ha visto impedido para las personas con movilidad reducida y en especial para quienes usan silla de ruedas, aunque quisieran abonar el costo que el mismo tiene. Esto se debe a que los vehículos (colectivos, trenes, subtes) o el acceso a los mismos (andenes) no está adaptado a sus necesidades, por lo tanto algo que es público, que es para todos, está negado para ciertos ciudadanos.

La Cámara Nacional Civil de la Capital Federal, en fecha 12/11/2008, in re– “Jhoslen, Eduardo Julián Andrés c/Transporte D.U.V.I. Sociedad Anónima Línea 86 s/daños y perjuicios” sostuvo:

"Las presentaciones efectuadas por el actor y los boletos acompañados, coincidentes con los horarios en que verosíblemente podría tomar el colectivo para concurrir a su lugar de trabajo a las 9 y regresar a las 18 a su domicilio, y que además llevan impresa la tarifa de \$ 1,10 que correspondía al costo del servicio semi rápido por autopista que utilizaba, constituyen indicios precisos y concordantes que permiten presumir que fueron adquiridos por el actor ante una negativa de los conductores de la línea a emitirle boletos gratuitos. La presunción como medio de convicción consiste en "recoger o interpretar una serie de hechos, hitos y circunstancias o indicios que aisladamente carecen de sentido final, pero que unidos por simientes lógicas permiten llegar a determinadas conclusiones por la fuerza de convicción que establecen las secuencias razonadas y ligadas inescindiblemente... Este tipo de razonamientos no aspira a demostrar la verdad de sus conclusiones como derivación necesaria de sus premisas, sino

solamente afirman la probabilidad, o sea que probablemente son verdaderos" (ver Falcón, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", tomo II, p. 145, y nota n° 16) La presunción consiste en el proceso lógico en virtud del cual de un hecho dado, que ha de constar fehacientemente, se induce otro hecho cuya realidad no consta, pero del que, por la relación que tiene con aquél en el que la presunción se funda, se exime de la prueba directa. Y nuestro ordenamiento procesal la admite cuando los indicios en los que se funda, además de probados, por su número, precisión, gravedad y concordancia produjeren convicción en el juzgador de conformidad con las reglas de la sana crítica. Los mencionados indicios, unidos al testimonio de Gau, a mi juicio permiten tener por probado que el actor intentó viajar en ese servicio en forma gratuita con la presentación del mencionado pase y que ello le fue negado en algunas oportunidades por los conductores de la línea.

Que el incumplimiento de una ley que implementa una medida de acción positiva, como la que prevé el transporte gratuito para los discapacitados, es en sí mismo un acto de discriminación, pues viola el derecho de igualdad tal como se lo concibe actualmente, esto es el tratamiento diferente para aquellos que se encuentran en situación de inferioridad de oportunidades. Pero más allá del encuadre dado, no es discutible que todo incumplimiento de una ley genera responsabilidad civil si se reúnen los demás presupuestos que prevé nuestro ordenamiento."

"Entiendo que el desconocimiento por parte de los dependientes de la demandada del derecho del actor debió haberle generado cierta zozobra y sensación de impotencia encuadrable dentro del concepto de daño moral."

Asimismo la sentencia de la **Corte Suprema de Justicia de la Nación**, declaro la inconstitucionalidad del Art. 42 inc. b del decreto 118/2006 (Adla LXVI-B-1375) que limita el derecho de las personas con discapacidad a gozar de las prerrogativas que les confiere la ley 25635, que

les permite acceder gratuitamente a los servicios de transporte de pasajeros de larga distancia.²³

Discapacitado ~ discriminación

El término discriminación contra las personas por discapacidad significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior, o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales" (art. I. 1. 2, a de la Convención citada).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F., de Capital Federal, en fecha 02/10/2008 en el caso P.D. c/Club Hípico Argentino y ot. Publicado en La Ley 10/12/2008 con nota de Pablo Slonimski 10/12/2008 La Ley 10/12/2008, 8 10/12/2008, sostuvo:

- Se configura una discriminación de acuerdo al art. 1 de la ley 23.592 ante la actitud asumida por el club hípico que aceptó el ingreso de una persona no vidente –en el caso, participó con éxito en competencias internacionales– con la condición de que no practicara el deporte dentro de las instalaciones, puesto que cualquier jinete que se orienta y desea consagrarse en la práctica sistemática de la equitación en sus diversas disciplinas, ha de buscar en los clubes hípicos un ámbito de docencia natural, de esfuerzo, de

²³ Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Agosto de 2010. Pág. 279.

exigencias y también de contención individual y social, que no puede serle negado por esa condición.

- Es procedente la demanda resarcitoria iniciada por una persona no vidente a quien le fue permitido practicar equitación en un club hípico, más posteriormente al solicitar su ingreso como socio le fue informada la aceptación de la postulación con la condición de no practicar el deporte por razones de seguridad, siendo que no resulta procedente, en razón de su discapacidad, negarle lisa y llanamente la posibilidad de entrenar en un deporte que puede ser desarrollado –según sus reales posibilidades– por personas no videntes.

La discriminación cometida por el Club Hípico que aceptó el ingreso como socio de un no vidente con la condición de que no practicara el deporte en las instalaciones, es susceptible de afectar un interés no patrimonial consagrado por la ley, que atañe al reconocimiento de la persona como tal y la dignidad e igualdad, así como la autodeterminación, que constituyen derechos subjetivos de la personalidad en el contexto de la tutela pública de los derechos del hombre.

Centrándonos en los discapacitados físicos, dado que éstos gozan de los mismos derechos y garantías que otorga la Carta Magna a todos los habitantes de la Nación, toda restricción fundada en la discapacidad como tal –lo subrayo– sería, a su respecto, discriminatoria. Pero esta afirmación no obsta, desde luego, la posible selección con base en criterios de diferenciación, más allá de determinada discapacidad, en función de distinciones o exigencias

objetivas razonables a fin de lograr satisfacer las finalidades buscadas por la Constitución. Como señala Kiper²⁴, debe descartarse la vieja idea de igualdad para los iguales y reemplazarla por otra que consiste en "igualdad de oportunidades y de trato para todos". O, si se prefiere, utilizando la fórmula de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, recién citada, "el término discriminación contra las personas por discapacidad significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior, o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales" (art. I. 1. 2, a de la Convención citada).

Ha recordado Patricia Miguel en su monografía *Incapacitados*, que el mayor reto para quienes padecen alguna discapacidad ha sido lograr persuadir a la sociedad de que no forman parte de una clase aparte. Históricamente han sido compadecidos, ignorados, denigrados o segregados, e incluso, reclusos en instituciones. Hasta la segunda mitad del siglo XX a la sociedad le resultó difícil reconocer que los discapacitados (aparte de su defecto específico) tienen análogas aptitudes, necesidades e intereses que el resto de la población; por ello seguía existiendo un trato discriminatorio en aspectos importantes

²⁴ Conf. Kiper, C. (1998). *Derechos de las minorías ante la discriminación*. Buenos Aires: Hammurabi. Pág. 121, y sus citas.

de la vida. Había quienes se resistían a dar trabajo o promocionar a discapacitados, propietarios que se negaban a alquilarles sus casas y tribunales que a veces privaban a los discapacitados de derechos básicos como los de custodia de los hijos. En las últimas décadas esta situación ha ido mejorando gracias a cambios en la legislación, a la actitud de la población y a la lucha de los discapacitados por sus derechos como ciudadanos e individuos productivos. Los discapacitados físicos, en el ejercicio de sus derechos, han luchado por establecer los siguientes principios: ser evaluados por sus méritos personales, no por ideas estereotipadas, o sea prejuicios, acerca de las discapacidades; conseguir que la sociedad realice cambios y adaptaciones que les permitan participar con más facilidad en la vida de relación, empresarial y social (por ejemplo, facilitar el acceso con sillas de ruedas al transporte público, a edificios y a espectáculos) y, finalmente, poder integrarse con la población capacitada.

El movimiento en favor de los derechos de los discapacitados ha encontrado oposición en grupos que consideran exorbitante el costo para realizar los cambios necesarios. Además, la ausencia de instalaciones que facilitarían la integración de los discapacitados en la vida pública es utilizada a veces por las personas capacitadas como excusa para ignorar este tema.

El programa internacional de los derechos humanos, tal como se lo ha diseñado en los Tratados –recordé antes a la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con

Discapacidad que no se halla en la enumeración del art. 75, inc. 22, pero sí genéricamente incluida en la disposición del inc. 23 del mismo artículo–, está sujeto a las leyes de derecho interno que reglamentan su vigencia como derecho positivo, y su ejercicio (art. 14 de la Constitución Nacional). Desde la jerarquía que han adquirido, provocan la constante confrontación de esos contenidos con los de la legislación infraconstitucional, es decir, los códigos y las leyes civiles, muchos de ellos dictados con anterioridad a la vigencia de los tratados. De manera que el desafío actual está signado por la exigencia ineludible de interpretar los contenidos normativos de modo de lograr su adecuación a la realización efectiva de los derechos humanos consagrados en los tratados, o la eventual sustitución de los contenidos normativos que se reputen eventualmente incompatibles, anacrónicos, con la realización de sus fines.

Ahora bien, una cosa sería desnaturalizar su vigencia a través de leyes reglamentarias –preexistentes o sancionadas posteriormente–, que no fuesen compatibles con ese programa (lo que las expondría a la declaración de su inconstitucionalidad)²⁵, y otra diferente es su inevitable particularización en el derecho local, influido por los valores immanentes, la conciencia social y las opiniones prevalecientes en un momento histórico. Así, pues, es menester deslindar adecuadamente lo esencial de los contenidos internacionalizados y de su reglamentación en la legislación local, a fin de determinar si tal reglamentación

²⁵ Roveda, E. *Derechos Humanos de las Personas con Padecimiento Psíquico, necesidad de revisar el sistema de capacidad del Código Civil Argentino* –Revista de Familia y de las Personas. N° 1. Setiembre 2009. Pág. 178.

responde a razonables directivas de política jurídica a la luz de los enunciados que contienen los tratados.

Al nivel legislativo –amén del constitucional ya recordado– es fundamental tener en cuenta el art. 1° de la ley 23.592, anterior a la reforma constitucional, según el cual "quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material causados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata Sala III –Edial Express de fecha 17/10/2011– revoco parcialmente la sentencia de primera instancia, por cuanto la medida que ordena la presentación ante el Juzgado de un informe médico cada seis meses, no resulta proporcional y adaptada a las circunstancias de la persona en los términos de la **Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad**, expresando que con la sanción de la ley 26.378, la Argentina ha ratificado la **Convención Internacional sobre Derecho de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo** quedando incorporado dicho tratado dentro del entramado constitucional y legal de nuestro país(Art. 75 inc. 22 C.N.) Haciendo mención a lo dispuesto por el Art. 2 de la ley donde explicita que el alcance de estas medidas, al disponer que..."por ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y

adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales...” Sumado a lo dicho, el Art. 12 de la Convención establece “igual reconocimiento como persona ante la ley, en lo que nos resulta relevante para el supuesto... los Estados Partes aseguraran que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho Internacional en materia de derechos humanos. ...De allí que en los procesos de capacidad se han sustituidos las palabras **insania y curatela**, y se deben reformular las caratulas de los expedientes siguiendo el nuevo paradigma de *apoyo y salvaguardias*– que conforme a la Real Academia Española implican “custodia” “amparo” “garantía” (I Jornadas Internacionales de Derecho Civil en la Provincia de Buenos Aires. 1º Congreso Europeo Americano de Derecho Civil, La Plata 18,19, y 20 de mayo de 2011)

La **Suprema Corte de Justicia** en el caso, S. de B.M. del C.c/Ministerio de Justicia, revoco la sentencia de Cámara por considerar comprometida la seguridad de la paciente por una internación psiquiátrica sin cumplir con los recaudos de la C.I.D.P.D.²⁶

²⁶ C.S. 2009/09/01 Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Nº 3. Noviembre 2009.