

Buenos Aires, de 16 junio de 2016

**AUTOS Y VISTOS:**

Encontrándose estas actuaciones en condiciones de resolver con relación a la rehabilitación jurídica de la Sra. M. P. F. DNI nº..., teniendo en cuenta que se ha cumplido con lo previsto por los arts. 33 a 47 del Código Civil y Comercial;

**CONSIDERANDO:**

I.- A fs. 59, esto es, con fecha 11 de junio de 1997, se dicta sentencia de incapacidad de la Sra. M. P. F., confirmada por el Superior a fs. 78.

A fs. 222/226 obra la evaluación interdisciplinaria realizada por la Dirección General de Salud Mental del Ministerio de Salud de la CABA, y a fs. 235 evaluación de la psicóloga de la Unidad de Letrados para la revisión de Sentencias que Restringen el Ejercicio de la Capacidad Jurídica, el que motivó el dictamen de dicha Unidad en el sentido de solicitar la rehabilitación de la Sra. F...

Resulta significativo advertir que pese a que del informe interdisciplinario de fs. ... se desprende que la nombrada tiene un diagnóstico de retraso mental desde los primeros años de vida, con pronóstico de cronicidad y progresividad, requiriendo asistencia para su vida cotidiana y apoyo para el ejercicio de los actos jurídicos, tanto de la evaluación psicológica de fs. 235 como de la audiencia mantenida con la Sra. F. y sus hermanos en los términos del art. 40 del CCyC (ver fs. 239) surge la innecesariedad de sostener la restricción de capacidad que pesa sobre aquélla.

En efecto, tanto de la mentada evaluación como del resultado del contacto personal mantenido con M. F., se advierte por sus propios dichos y los de sus hermanos que el presente proceso se inició a instancias de quien era pareja de su madre con el fin de obtener un beneficio secundario de orden patrimonial (automóvil para discapacitados), y que tanto su madre (en vida) como sus hermanos no estuvieron de acuerdo con esta decisión.

Se indica que M. continúa viviendo en la casa familiar, que asiste a CEPLA de lunes a jueves en jornada completa y que tiene un acompañante terapéutico y una cuidadora que vive con ella en forma permanente. Que siempre ha votado y que le gustaría seguir haciéndolo, que realiza compras para la vida diaria, que toma medicación para dormir que ella misma administra y que no recibe beneficio previsional alguno. Se observa además el afecto y contención que recibe por parte de sus hermanos y la estrecha relación que los une, siendo éstos quienes también la sostienen económicamente.

II.- Frente al contexto expuesto, adelanto mi opinión en el sentido de que la situación de la Sra. M. P. F. no encuadra dentro los términos del art. 32 del Código Civil y Comercial.

La aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) por la Asamblea de las Naciones Unidas el 13/12/2006 –ratificada por nuestro país– ha marcado una verdadera ruptura de paradigma en el discurso de los derechos humanos de las personas con discapacidad o padecimientos mentales, dejando de lado el modelo rehabilitador o médico para acoger plenamente el modelo social de la discapacidad, por el cual se considera que las causas que originan la discapacidad son, en gran medida, sociales. Desde este enfoque se insiste en que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad en igual medida que las demás, pero siempre desde la valoración y el respeto de la diferencia.

Este modelo se encuentra relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos, y aspira a potenciar el respeto por la dignidad, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social, y sentándose sobre la base de determinados principios: vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, diálogo civil, entre otros.

Parte de la premisa de que la discapacidad es en cierta medida una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. Asimismo, apunta a la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propia vida, y para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera, a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades (Palacios, Agustina, El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Colección Cermi.es – Cinca, Madrid, 2008, ps. 67 y ss.).

Desde esta perspectiva, la citada CDPD se construye en torno del reconocimiento de la subjetividad de las personas con discapacidad, afirmando que deben ser tratadas como sujetos de derechos, con igual dignidad y valor que las demás, siendo obligación del Estado reconocer su titularidad en todos los derechos, pero también, fundamentalmente, su capacidad para ejercerlos por sí mismas (ver Laufer Cabrera, Mariano, “Reforma legal en base a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Capacidad Jurídica y Acceso a la Justicia”, RE-REDI, Bs. As., 2010, ps. 13 y ss.; y Olmo, Juan Pablo- Martínez Alcorta, Julio A., “Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Medidas de apoyo y de salvaguardia. Propuestas para su implementación en el régimen jurídico argentino”, RDF nº 49, Abeledo- Perrot, Bs. As., 2011, ps. 41 y ss.).

El art. 12 de la CDPD es una norma clave del citado instrumento internacional. Esta norma enuncia como principio el de “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, y continúa diciendo: “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Los Estados Partes asegurarán 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...”. Este parámetro comparativo –“en igualdad de condiciones con las demás”– aporta como consecuencia derivada que la capacidad jurídica de las personas con discapacidad podría verse limitada en aquellas condiciones en las que las demás personas también podrían ver limitada su capacidad; es decir, no exclusivamente por motivo de discapacidad.

El art. 12 de la CDPD constituye el núcleo medular del modelo social de la discapacidad, marco teórico necesario para la consideración de todas las personas con padecimientos mentales.

Este modelo ha merecido recepción a nivel local a partir de la sanción de la ley 26.657 y, más tarde, del Código Civil y Comercial.

Tanto la citada ley como el Código reformado proponen poner fin a las categorías jurídicas cerradas y dar paso a un sistema mediante el cual las tradicionales figuras de “interdicción” e “inhabilitación” se desvanezcan en una única categoría de capacidad genérica restringida o limitada respecto de ciertos actos jurídicos que se especifiquen en la sentencia.

La directriz interpretativa de este sistema se refuerza con lo previsto por el art. 3 de la citada ley, los arts. 23 y 31 incs. a) y b) del Código Civil y Comercial, que sientan como regla la presunción de la capacidad de ejercicio de los derechos y que las limitaciones a esta capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona, y el art. 38 del mismo Código, que especifica que la afectación de la autonomía personal de las personas con alteraciones mentales debe ser la menor posible.

Desde otra perspectiva, el mismo art. 3º de la ley 26.657 define a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Por ende, deja atrás el enfoque aislado del individuo centrado puntualmente en su afección psiquiátrica -la que hasta el presente se diagnosticaba, en general, a partir de parámetros y clasificaciones abstractas- y toma en especial consideración las particularidades del paciente y su interacción con el entorno familiar y social, en el aquí y ahora.

Esta tendencia ha sido reforzada por el Código Civil y Comercial, cuyo art. 32 dispone que “El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que de el ejercicio de su plena apacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador”.

Recuérdese que incluso antes de la última reforma del ordenamiento civil y la sanción de la ley 26.657, a raíz de la modificación introducida por la ley 17.711, el art. 141 del Código derogado recogía lo que se ha dado en llamar el criterio mixto biológico-jurídico, al decir: “Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”.

Ello significa que aun existiendo discapacidad mental es preciso evaluar las consecuencias que dicha discapacidad proyecta sobre cualquiera de los extremos enunciados: la administración de los bienes (valoración socioeconómica) y la preservación de la persona de riesgos, para ella y para terceros (valoración individual- social) (conf. Cifuentes, Santos; Rivas Molina, Andrés y Tiscornia, Bartolomé, Juicio de Insania. Dementes, sordomudos e inhabilitados, Hammurabi, 2da. ed., Buenos Aires, 1997, ps. 27 y 28). Ausente uno de estos requisitos, no cabe la restricción de la capacidad de las personas.

La jurisprudencia es conteste en esta afirmación. Así se sostuvo que “De acuerdo con el ‘criterio mixto biológico jurídico’, para determinar cuándo una persona es insana en sentido jurídico, se requiere que exista enfermedad mental, puesto que ello es indispensable para que se dé seguridad al pronunciamiento, y que la consecuencia de la enfermedad sea la imposibilidad del sujeto de administrar su patrimonio y dirigir su persona” (CNCiv., sala C,16/10/1985, “M., J., C.”, LL, 1986-C-360).

III) En definitiva, a tenor de todo lo expuesto, desde la perspectiva del modelo social de la discapacidad, la limitación de la capacidad de las personas exige un examen severo.

Esta mirada se condice, además, con la idea de que en estos procesos no cabe juzgar situaciones estáticas sino dinámicas, ya que el estado psíquico de una persona puede modificarse con el transcurso del tiempo.

En estos términos, la jurisprudencia ha resaltado que “las situaciones concretas de la vida pueden actualizar la necesidad de ampliación de capacidades subjetivas que tiendan al mejor cumplimiento del reconocimiento de la autovalía del sujeto, en su devenir evolutivo dinámico. En la medida en que las capacidades personales crecen y se amplifican en la proyección familiar y social, exigen el reconocimiento jurídico dinámico que las sitúe en el plano de las capacidades de obrar, a fin de evitar la discriminación indebida”. En este marco, es “deber de los operadores jurídicos comprender la dinámica de la discapacidad, para evitar la discriminación y limitación del principio de igualdad constitucional... la capacidad o la discapacidad son conceptos que evolucionan y que resultan de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan la participación plena y efectiva en la sociedad y en igualdad de condiciones con los demás” (Trib. Flia. N° 2, Mar del Plata, 6/9/2010, “C. S. G. S s/Insania y Curatela”, RDF 2011-III, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 191).

En consonancia con este cambio de paradigma algunos fallos acentuaron la mirada cautelosa aún en el marco del viejo Código Civil cabía tener para declarar la incapacidad de una persona. Así, por ejemplo, la sala L de la Cámara Nacional Civil, en un fallo del 29/12/2010, revocó la declaración de insania y en su lugar dispuso la inhabilitación de una persona que había demostrado cierto grado de autonomía que le posibilitaba vivir solo dada la ayuda que le brindaba su familia, y manifestado sus deseos de trabajar y superarse. En tal contexto, se resolvió que “aun cuando el denunciado pueda tener una enfermedad mental, no corresponderá que se lo declare incapaz, si puede dirigir su persona y administrar sus bienes o tareas de uso cotidiano, como acontece en la especie. En tal sentido ha de recordarse lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad... especialmente en cuanto a rescatar y valorizar el área de capacidad que guarde el enfermo, así como también el criterio de excepción con que se evalúa no solo la internación sino la declaración de insania de una persona” (CNCiv, sala L, 29/12/2010, “R., E. L. s/ insania”).

En el mismo sentido, la sala M del mismo Tribunal, con fecha 14/09/2010, revocó una sentencia de primera instancia que había declarado la inhabilitación de un sujeto, tras advertir que “no sólo se trata de verificar la existencia de alguna enfermedad mental sino de vincularla con la vida de relación del enfermo y a partir de ello establecer si éste requiere de una absoluta o relativa protección jurídica, debiendo estarse, en laduda, en favor de la capacidad” (CNCiv, sala M, 14/09/2010, “G., S. s/Inhabilitación”).

En definitiva, como bien se ha resaltado, la restricción excepcional de la capacidad no se fundamenta en una característica de la persona (criterio subjetivo), sino en una situación que requiere de la conjunción de dos presupuestos (criterio objetivo). El Código Civil y Comercial establece expresamente que la restricción de la capacidad sólo puede ser en beneficio de la persona (conf. art. 31 inc b). Esta regla límite del “beneficio de la persona” debe someterse a un estricto test de proporcionalidad que descarte eventuales abusos en el marco de un paternalismo injustificado cuyo resultado es la violación de los derechos de las personas (conf. Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, 2da ed. ampl. y revisada, Astrea, Buenos Aires, 2007, ps. 413 y ss.; y Garzón Valdez, Ernesto, Garzón Valdez, Ernesto, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Revista digital DOXA*, n° 5, 1988).

En el particular caso que nos ocupa, es cierto que la Sra. F. presenta un cuadro de discapacidad que exige la presencia de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, pero no lo es menos que ese apoyo lo ejercen sus hermanos tanto en forma personal como a través de la contratación de cuidadores y acompañantes terapéuticos.

Como adelanté, el modelo social aspira a que las personas con discapacidad no sean impedidas del ejercicio de su capacidad a través de técnicas de sustitución de su voluntad, sino que al contrario, se les brinden los mecanismos de desarrollo de dicho ejercicio a través de medidas de asistencia. Este cambio desde el modelo de sustitución de la voluntad para la toma de decisiones hacia el modelo de asistencia para la toma de decisiones parece un paso previo en la construcción de una sociedad inclusiva, que no limite ni restrinja los derechos de las personas en razón de su discapacidad (conf. Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad...*, cit., p. 151).

Desde esta perspectiva, como se vio, el art. 12 de la CDPD consagra un sistema de apoyos y salvaguardias para asistir a la persona en el ejercicio de su capacidad.

El apoyo se relaciona con la intervención de un tercero en la esfera de la autonomía de la persona con un sentido muy diferente que la intervención propia del modelo binario. Por ende, no supone una sustitución, sino una promoción y un apoyo de la autonomía. No se trata de decidir por la persona, sino de ayudar a decidir, de acompañar en la decisión, de decidir con la persona y para la persona. De este modo, las medidas de apoyo pueden y deben proyectarse cuando así lo requiera la situación de la persona y, obviamente, con las debidas garantías, en todas las esferas en las que actúa y en todos sus derechos (conf. Cuenca Gómez, Patricia, “La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CDPD en el Ordenamiento jurídico español”, [www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comisión% 20I/1-cuenca.pdf](http://www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20I/1-cuenca.pdf)).

La CDPD aborda a lo largo de todo su articulado distintos tipos de asistencia o apoyos. En lo que respecta a los apoyos brindados por personas éstos pueden darse a través de la comunidad o en forma individual; por intermedio de organizaciones públicas o privadas, fundaciones, personas jurídicas, etc. En esta línea, el art. 19 de la CDPD prescribe el deber de los Estados Partes de adoptar medidas efectivas y pertinentes para facilitar a las personas con discapacidad el derecho a su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que “Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliar, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta” (inc. b). A su vez, según sea el caso, pueden proporcionarse de modo informal o con la debida designación y control jurisdiccional.

Así, se proponen algunas notas distintivas en relación al régimen de los apoyos: a) en tanto es un derecho, la persona con discapacidad los puede exigir de la sociedad en general y del Estado en particular; b) por regla general, debe ser voluntario, es decir, compete a la persona elegir libremente quien habrá de prestarle el apoyo, salvo situaciones excepcionales en las que corresponderá al juez competente imponerlo como obligatorio; c) podrá extenderse al ámbito psicológico, a la propia formación de la voluntad; d) debe ser suficiente y real; e) cuando es voluntario tiene como presupuesto que es confiable, o sea, no se sustenta en la sospecha, aunque ello no impide que sea vigilante; y f) en determinados supuestos se impone que sean imperativos (conf. Marín Calero, Carlos, “Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad” en Palacios, Agustina y Bariffi, Francisco (coords.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Ediar, Bs. As., 2012, ps. 395 y ss.).

En España se concibe a la provisión de apoyos para la toma de decisiones como “un procedimiento judicial inspirado por el principio de intervención mínima en el que prevalece el criterio ‘pro capacidad plena’”, procedimiento que puede sustanciarse como de jurisdicción voluntaria o contenciosa -según los casos- y que concluirá mediante una resolución sobre el Repertorio Individual de Apoyos, en el que se nombrará un gestor de apoyos que es la persona responsable “de acompañar y asistir activamente a la persona apoyada para que pueda adoptar, con la máxima autonomía, sus propias decisiones” (Pereña Vicente, Montserrat, *La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?* *Diario La Ley (España)*, N° 7691, Sección Doctrina, 9 Sep. 2011, Año XXXII, Editorial La Ley). Empero, se entiende que en muchos casos en los que no se presenta contradicción o controversia, los jueces deberían ser liberados de esta función pudiendo ser sustituidos por otros profesionales del derecho, por caso, los notarios quienes se encuentran habilitados para evaluar “no sólo las cualidades intelectivas del otorgante y la naturaleza del acto o contrato que pretenda otorgar sino también el principio general del derecho de mayor interés de la persona con discapacidad y cuya apreciación deberá efectuar el notario conforme al principio de control de legalidad que preside la actuación notarial” (conf. Castro-Girona Martínez, Almudena, “La Convención de los derechos de las personas con discapacidad”, <http://www.el-observatorio.org/.../Doc-2-Almudena-Castro-Giro...> el 8/12/2011).

Esta filosofía ha sido receptada en el Código Civil y Comercial, cuyo art. 43 dispone que “Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida...”.

De todo lo expuesto, en el contexto fáctico de autos, se desprende con evidencia que la función de apoyo de la Sra. F. es cumplida de manera intensa y adecuada por sus hermanos, quienes ejercen un rol de contención y asistencia integral que no precisa del control judicial.

No es novedoso afirmar que la familia constituye un pilar para que las personas con discapacidad alcancen la mejor calidad de vida posible. El modelo social de la discapacidad no hace más que reforzar esta premisa, si se advierte que apunta a que los cambios se focalicen en el contexto, más que en el propio individuo.

Dentro del vasto campo que observa el ordenamiento jurídico internacional, se pueden divisar sendos instrumentos que aluden a la trascendencia de la familia en este sentido. Así, cabe mencionar los “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental”, cuyo Principio 7 afirma que “1. Todo paciente tendrá derecho a ser tratado y atendido, en la medida de la posible, en la comunidad en la que vive. 2. Cuando el tratamiento se administre en una institución psiquiátrica, el paciente tendrá derecho a ser tratado, siempre que sea posible, cerca de su hogar o del hogar de sus familiares o amigos...”. Más elocuente la “Declaración de Madrid”, cuyo apartado 4 subraya que “Las familias de las personas con discapacidad, en particular de los niños y niñas con discapacidad y de los discapacitados severos incapaces de representarse a sí mismos, representan un papel esencial en su educación e inclusión social. Por lo tanto las autoridades públicas deben establecer medidas adecuadas a las necesidades de las familias, que permitan a éstas organizar el apoyo a las personas con discapacidad de la forma más integradora”.

De manera más reciente, la CDPD expresa en su Preámbulo que “las personas con discapacidad y sus familias deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que la persona con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones”.

El individuo no es un ser aislado, sino un miembro activo y reactivo de grupos sociales, su experiencia es determinada por su retroalimentación con el medio, especialmente, por el lugar que ocupa en el contexto más importante de su vida: su familia.

Frente a lo expresado, en el particular caso de autos, este decisorio debe encaminarse a ajustar el estatus jurídico de la Sra. F. a su situación no sólo individual sino también familiar. En consecuencia, dado el apoyo que la nombrada recibe de su familia, estimo prudente ponderar el caso de autos a la luz del principio de autodeterminación, logrando así una evaluación jurídica incluyente y no estigmatizante que reconozca la subjetividad del individuo.

Por estas consideraciones, en virtud de las constancias obrantes en autos, oído el Sr. Defensor de Menores e Incapaces a fs. 241, de conformidad con lo dictaminado por la Unidad de Revisión precedentemente, y lo dispuesto por los arts. 31 a 47 del Código Civil y Comercial,

RESUELVO:

- a) Rehabilitar la Sra. M. P. F. (DNI: ...), declarando que es una persona capaz para dirigir su persona, administrar sus bienes y realizar actos de disposición sobre su patrimonio.
- b) Notifíquese a la nombrada en forma personal, y a los Ministerios Públicos en sus respectivos despachos.
- c) Comuníquese a los Registros del Estado Civil y Capacidad de las Personas y Secretaria Electoral.

Procédase al levantamiento de la inhibición general de bienes oportunamente trabada. Pasen los autos al Registro de Incapaces para su anotación y oportunamente archívese.

Fdo.: MARIA VICTORIA FAMÁ, JUEZ SUBROGANTE