

\*.4C2102.251682.\*

MXP 6332/15

"S. O. S/INSANIA"

N° 202/15 Monte Caseros, 18 de agosto de 2015

**RESOLUCIÓN.-**

**Y VISTOS:**

Los autos caratulados: “S., O. S/ INSANIA”,  
**EXPTE. N° MXP 6332/15**, en trámite por ante este Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral, a mi cargo, Secretaría N° 1 a cargo de la Dra. NAOMI ROSA VALLEJOS, y

**CONSIDERANDO:**

§ 1. Que a fs. 9/11, en fecha 30 de julio de 2015, se presenta la Dra. ..., en su carácter Asesora de Incapaces, y en ejercicio de las funciones encomendadas por el art. 39, inc. a), d) y f) del dec. ley N° 21, promueve Juicio de Insania de la Sr. O. S., MI N° ..., nacida el 11 de junio de 1991, domiciliada en ... de esta ciudad.

Expone que el pasado 15 de abril de 2015 compareció ante la Defensoría local el Sr. M. J. S., MI N° ..., a efectos de solicitar se promueva la insania de quien es su hermana, quien padece “retraso mental”, sufriendo una incapacidad total y permanente del ochenta por ciento (80%), tal como hacen constar los certificados médicos que se acompañan (fs. 2vta). Que el Sr. S. es quien se ocupa del cuidado y atención de su hermano, ya que este no cuenta con otro persona o familiar que pueda hacerse cargo de él, por lo tanto solicita su designación como curador definitivo.

Dice que “a fin de realizar los trámites necesarios ante organismos oficiales con el objeto de obtener Pensión de discapacidad (...), es necesario que se designe judicialmente un curador, discierna el cargo y autorización expresa para percibir haberes, tal como está establecido en el artículo 144 del Código Civil. Que para que la presunta insana pueda percibir la pensión que ANSES otorga a los casos como el presente, se necesita se proceda a la apertura de cuenta judicial donde se depositará en adelante el importe en dicho concepto, y así, la presunta insana pueda percibir su pensión, que redundará en su beneficio, especialmente por el carácter alimentario que representa”. De allí que a fin de presentar en el Departamento liquidaciones de la Comisión Nacional de Pensiones, se requiere certificación expedida por S.Sa. donde conste la iniciación del trámite.

Funda el derecho en los arts. 141, 144 y 147 del Código Civil y arts. 634 y ss. CPCC de la provincia. Ofrece prueba testimonial a fin de acreditar la idoneidad material y moral de quien desea ser curador definitivo. Finalmente solicita que se tenga por promovido juicio de insania, sin requerir expresamente la declaración de incapacidad de la nombrada, pero sí la designación de curador definitivo y provisional “hasta tanto se discierna la Curatela Definitiva”.

§ 2. Que entre la presentación de la demanda que se atiende y la consideración de la misma por esta autoridad judicial, entra en vigencia un nuevo ordenamiento. En efecto, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1° de la ley 27.077, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) sancionado por ley 26.994, entró en vigencia el pasado 1° de agosto de 2015. Esto presenta en el caso una cuestión de aplicación de la ley en el tiempo que debe resolverse conforme la disposición del art. 7° CCC. Allí se dispone que la nueva normativa es de aplicación inmediata, de modo que el análisis de la demanda que se considera aquí debe, necesariamente, realizarse bajo la aplicación de la nueva normativa. Quiere decir esto que el hecho de que la demanda de insania se haya presentado días antes de la entrada en vigencia del CCC, no

petrifica la situación jurídica de la persona que se dice tutelar, debiendo resolverse su situación con las viejas normas que en aquella se citan. No, por el contrario.

Así como, en atención a que en el CCC la declaración de incapacidad es un supuesto residual, en el caso de la persona declarada incapaz con anterioridad a la entrada en vigencia y que con el nuevo régimen no puede ser calificada como tal, se puede solicitar la revisión de su situación<sup>1</sup>, en casos como el presente, en los que nos encontramos en los vestíbulos del proceso, corresponde analizar la proponibilidad objetiva de la demanda a la luz de las disposiciones de los arts. 31 y ss. CCC. Pudo serlo –tal vez– con el régimen anterior, pero su análisis tiene lugar con el nuevo régimen de aplicación inmediata a situaciones pendientes. No se trata del análisis de los requisitos formales de la demanda, que se rigen por la ley procesal vigente al momento de su presentación, sino de su contenido jurídico.

§ 3. Que, entonces, tengo presente que de acuerdo a lo dispuesto en el último párrafo del art. 32 CCC, *“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”*. Se trata de un supuesto que ha sido calificado por autorizada doctrina como excepcionalísimo, por el que se contempla con criterio objetivo (que no depende de un diagnóstico de la persona ni de su pertenencia a un grupo social), una situación que se describe como de absoluta imposibilidad de interacción y/o comunicación por cualquier modo, medio o formato adecuado. Se restringe de tal modo las causales de interdicción, que sólo se la mantiene y reserva en exclusiva para el supuesto señalado, “en que la persona no muestra ningún signo evidente de conciencia de sí o del ambiente, y se encuentra absolutamente imposibilitada de interaccionar con los demás o de reaccionar a

---

<sup>1</sup> Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 122.

estímulos adecuados. A este criterio debe sumársele otro requisito exigido por el Código: la insuficiencia o ineficacia del sistema de apoyos”.<sup>2</sup>

Como la normativa vigente limita la declaración de incapacidad a un supuesto de excepción, con razón se ha dicho que prácticamente “reemplaza la declaración de incapacidad por la declaración de capacidad restringida, donde la persona conserva su capacidad pero se la restringe para un acto o ciertos actos determinados, para los cuales se prevé la adopción de una o varias medidas de apoyo. Esto es un cambio fundamental, porque la persona sigue manteniendo su capacidad, con las salvedades que impliquen la restricción para determinados actos, para los cuales contará con apoyo. Y la función del apoyo será la promoción de la autonomía y la asistencia para la toma de decisiones que respondan a sus preferencias (...) Asimismo, a diferencia del Código derogado, que establecía un modelo de atribución de la capacidad o incapacidad desde un criterio médico, basado en un diagnóstico de la persona, el nuevo Código introduce un criterio interdisciplinario, desde el cual la evaluación será realizada desde una diversidad de disciplinas que exceden y enriquecen el criterio derogado”<sup>3</sup>.

Es que, desde el criterio imperante en el Código derogado, en base al cual se formula la demanda que aquí se atiende, lo biológico determinaba a lo jurídico, al punto de fusionar o fundir las dimensiones médica y legal de la incapacidad. “La innovación trascendental que aporta la CDPD en la materia, conforme a estándares universales de derechos humanos, consiste en garantizar que ninguna persona sea cuestionada sobre su capacidad jurídica (que obviamente no es capacidad en sentido médico) como consecuencia directa de un diagnóstico de discapacidad. Y para ello resulta imprescindible desligar formalmente la restricción y la limitación de la capacidad de una persona de su enfermedad o discapacidad”<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> KRAUT, Alfredo J. – PALACIOS, Agustina, en *Código Civil y Comercial de la Nación*, dir. por Ricardo L. Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p. 151.

<sup>3</sup> *Ibíd.*, p. 153.

<sup>4</sup> *Ibíd.*, p. 179.

Se trata nada menos que del paso del modelo de sustitución (paradigmáticamente expuesto en la demanda de este proceso) al modelo de apoyo (art. 12.2 CDPD). Se “obliga así a dejar de un lado los procedimientos existentes de sustitución de la voluntad (la tutela) y sustituirlos por otros de apoyos, exigiendo en todo caso que las medidas sean de carácter individual, proporcionales y temporales. Es cierto que pueden existir otras interpretaciones de lo dispuesto en el art. 12 de la CDPD, pero difícilmente pueda mantenerse que su tenor admita, por ejemplo, los procesos de incapacitación”<sup>5</sup>.

De lo expuesto se desprende con claridad que “sólo en casos extremos en los que no exista ninguna posibilidad de establecer apoyos se mantiene la posibilidad de la curatela, la que debe ponderarse restrictivamente so pena de incurrir en un avasallamiento de los derechos de la persona. Sólo este excepcionalísimo supuesto mantiene la figura del curador”<sup>6</sup>. De allí que los “apoyos deben ser siempre la primera alternativa al momento de solicitar medidas judiciales relativas a la capacidad jurídica de las personas, ya que se trata de la medida menos restrictiva de la autonomía y es la que se corresponde plenamente con los estándares universales de derechos humanos. Es por ello que el juez nunca podrá imponer una medida más restrictiva sin haber considerado, evaluado y determinado que los apoyos no resultan suficientes ni eficaces para garantizar el ejercicio de los derechos de la persona”<sup>7</sup>.

La claridad del nuevo sistema se refuerza a poco de compulsar los *Fundamentos* de la reforma, se lee allí: “...la noción de incapacidad, en la que juega mayormente la figura de la representación, se reserva para casos extremadamente excepcionales, configurados por aquellos supuestos en los que, lamentablemente, la persona se encuentra en situación de absoluta falta de habilidad

---

<sup>5</sup> ROIG, Rafael, *Sobre la capacidad*, en *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Ediar, Bs. As., 2012, p. 22.

<sup>6</sup> DABOVE, María I., en *Código Civil y Comercial de la Nación*, dir. por Lidia Garrido Cordobera, Alejandro Borda y Pascual E. Alferillo, Astrea, Bs. As., 2015, t. 1, p. 48.

<sup>7</sup> KRAUT, Alfredo J. – PALACIOS, Agustina, en *ob. cit.*, p. 256.

para dirigir su persona o administrar sus bienes (estado de coma permanente, padecimientos mentales profundos que impiden tomar decisión alguna, etcétera)”.

§ 4. Que la demanda que se considera tiene un claro propósito crematístico, más allá de que indirectamente pueda redundar en un beneficio de la persona que se dice tutelar, cual es la obtención de una pensión por discapacidad que percibiría su curador. El problema es que, según se expone en la demanda, para que ello suceda, es necesaria la designación de curador; y para que se designe curador, se requiere la declaración de incapacidad de una persona. ¿No es muy alto el precio que debe pagar una persona para obtener una pensión, el que se declare su incapacidad? ¿Es ello posible bajo la vigencia del CCC y la CDPD? Rotundamente no.

No se dan en el caso –desde el mismo instante de considerar el tenor de la demanda lo advierto– ninguno de los dos presupuestos de la declaración de incapacidad de una persona y la consecuente designación de un curador (art. 32 CCC): a) imposibilidad de la persona de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado; b) demostración de adopción de un sistema de apoyos previo y adecuado a la situación existencial de la persona en cuestión, y su ineficacia comprobada. Desde este punto de vista –el único posible a mi criterio teniendo en cuenta la legislación vigente– la demanda es objetivamente improponible.

§ 5. Que, en efecto, estamos frente a una demanda objetivamente improponible toda vez que el objeto perseguido (declaración de incapacidad de una persona) resulta improcedente en razón de la no idoneidad, juzgada en abstracto, de los propios hechos en que se funda la demanda (*causa petendi*), los que no son aptos para obtener una sentencia favorable. En otros términos, considero que en el estado actual de la legislación, no es objetivamente proponible una demanda que persigue la declaración de incapacidad de una persona humana para, de ese modo, obtener la designación de un curador y, consecuentemente, obtener por vía administrativa el pago de una pensión por discapacidad.

El error en todo caso está en las normas que exigen para obtener una pensión por discapacidad, la designación de un curador definitivo o la tramitación de una curatela. Son ellas las que deberán readecuarse<sup>8</sup>. Pues, repito, la designación de curador en casos en los que las personas padecen enfermedades mentales es posible sólo en casos excepcionalísimos, limitación a la que no debería sujetarse –entendiendo– la obtención de una pensión. Pero esta es otra cuestión que deberá tramitarse por la vía administrativa o judicial correspondiente. No obstante ello, si en alguna medida contribuye a la obtención de la pensión pretendida, se ordenará expedir testimonio o copia certificada de la presente para su presentación ante los órganos correspondientes.

§ 6. Que corresponde preguntarse si puede readecuarse<sup>9</sup> una demanda como la que aquí se rechazará. Entiendo que no. De su tenor resulta claro que sólo se pretende dar inicio a un trámite judicial como medio necesario (por ser un recaudo impuesto por la reglamentación de una ley) de designación de curador de una persona, y la consecuente obtención de un beneficio asistencial. Todo al alto costo de declarar la incapacidad de una persona. ¿Es esto beneficioso para la persona? Sin dudas que cualquier beneficio asistencial lo será, en mayor o menor medida, pero no su obtención condicionada a la seria lesión de los derechos humanos de la persona beneficiada. El costo, repito una vez más, no se compadece con el beneficio. Y lo fundamental es que no es jurídicamente posible.

De modo que no es compatible la finalidad de la demanda o la causa por la cual ella se pide, con la readecuación del trámite. Porque la

---

<sup>8</sup> Es el decreto 432/97, reglamentario de las disposiciones del art. 9° de la ley 13.478 (modificado por leyes 15.705, 16.472, 18.910, 20.267 y 24.241), el que en el inc. f) del art. 5° del Anexo aprobado por su art. 1°, dispone, con cuestionable constitucionalidad, que: *“En el caso de peticionantes que de acuerdo con dictámenes o certificados médicos sean presuntamente incapaces, previo al otorgamiento del beneficio, la institución o persona que lo tenga a su cargo, deberá iniciar la tramitación de la respectiva curatela y acreditar dicha circunstancia”*.

<sup>9</sup> En doctrina, desde el punto de vista de la aplicación de la nueva normativa a los procesos judiciales iniciados con anterioridad al 1° de agosto de 2015, pero sin sentencia, se postula con razón que el trámite deberá readecuarse según la etapa procesal en la cual se encuentre. Conf. OLMO, Juan P., en *Código Civil y Comercial de la Nación*, dir. por Julio C. Rivera y Graciela Medina, Astrea, Bs. As., 2014, t. I, p. 156. Siempre y cuando, entiendo, se le haya dado inicio con una demanda objetivamente proponible.

readecuación conduciría, en primer lugar, a la promoción de un proceso de declaración de capacidad restringida, pues es necesario que en él se arbitren medidas de apoyo cuya ineficacia habilitaría la vía de la declaración de incapacidad. Pero sucede que en ese proceso de declaración de incapacidad, no procede la designación de un curador, que es lo que se pretende en este caso para tramitar el beneficio asistencial. Es decir, la readecuación del trámite conduciría a la promoción de una demanda totalmente distinta a la impetrada, que no se mostró interés en propiciar, la que no colmaría las expectativas perseguidas y que, es muy probable, no terminaría en la declaración de incapacidad.

Por otro lado, esa demanda o solicitud de medidas de apoyo debería contener, como mínimo: la justificación de la necesidad de las medidas de apoyo –nada surge al respecto de los hechos expuestos en este proceso– y la explicación relativa a los beneficios que le supondría a la persona su adopción; una propuesta de diseño específico de apoyos, adecuado a la persona a la que se refiere, teniendo en cuenta las habilidades y necesidades de la persona; propuesta de la persona o personas en quienes recaería la función o funciones de apoyo, etc. Para todo lo cual es insuficiente una readecuación de este trámite, sino la promoción de uno nuevo, previo conocimiento y exposición de la situación real y particular de la persona a apoyar y asistir en la toma de sus decisiones.

§ 7. Que otra cuestión que me planteo es si se puede adoptar esta resolución sin escuchar o entrevistarme previamente con la persona en cuestión. Creo que para la operatividad del art. 35 CCC, es necesario previamente que una demanda objetivamente proponible sea idónea para sujetar a esa persona al trámite de declaración de incapacidad (o de restricción de su capacidad). No cualquier presentación que desde el inicio no reúne mínimamente los recaudos necesarios para dar curso al trámite de declaración de incapacidad de una persona, puede judicializar la situación de ésta, poniéndola en la situación de tener de comparecer –en principio– ante los estrados judiciales. Es decir, para que opere el art. 35 CCC, y se someta una persona al trámite judicial de declaración de su incapacidad o de capacidad restringida, entiendo



que debe dar inicio a dicho trámite una demanda idónea y objetivamente proponible. No es este el caso.

Por lo expuesto y lo dispuesto en los arts. 31 y conec. del CCC y art. 12 de la CDPD,

**RESUELVO:**

1º) RECHAZAR “in limine” la demanda de designación de curador promovida en autos.

2º) ORDENAR la expedición de testimonio y/o copia certificada de la presente a fin de que sea presentada, si el interesado lo estima corresponder, ante los organismos administrativos correspondientes.

Regístrese, insértese, agréguese copia al expediente y notifíquese.-

CÉSAR H. E. RAFAEL FERREYRA  
Juez  
Juzgado Civil, Comercial y Laboral  
Monte Caseros (Ctes.)