

ANÁLISIS DEL DICTAMEN DE MAYORÍA

AVANCES

CAPACIDAD JURÍDICA

- Como siempre afirmamos, el artículo 43¹, al instaurar los sistemas de apoyo en el Código, es un aspecto positivo.
- En el artículo 32² se incluyó la necesidad de que se apliquen en primer lugar y en todos los casos sistemas de apoyo (con cita al artículo 43). En caso de ser ineficaces y solamente frente a un supuesto de hecho asimilable al estado de coma, se podrían tomar otras medidas.

ASPECTOS NEGATIVOS

CAPACIDAD JURÍDICA

- El artículo 24³ del dictamen de mayoría afirma que son “*incapaces de ejercicio*” las “*persona[s] declarada[s] incapaces por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión*”.
Problemas:
 - Se instaura un sistema de sustitución de voluntad, prohibido por la Convención y el Comité, aún en su modalidad parcial.
 - **Creemos firmemente que el inciso “c” debe eliminarse, siendo éste nuestro principal reclamo.** Este tipo de declaración no resulta necesaria ni siquiera en el supuesto excepcional de sustitución para ciertos actos contemplado en el último párrafo del artículo 32. A su vez, de hecho, si la persona se encuentra en la situación que describe el art. 32 en su último párrafo, no existe posibilidad de que pueda realizar actos de ninguna clase. Por ello, resulta superflua y no tiene sentido la declaración de incapacidad en relación con esos supuestos excepcionales, en el caso de que tuviera la intención de evitar la validez de los actos realizados por esa persona.
 - La incapacidad tiene un efecto estigmatizante que tiene que ser tenido en cuenta.
 - No quedan expresamente excluidos los casos de sistemas de apoyos (da a lugar a interpretaciones diversas). Esto se reafirma en el hecho de que dentro de la “**SECCIÓN 3ª Restricciones a la capacidad**” se incluya el “**PARÁGRAFO 2º Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad**”. Asimismo, así lo indica el artículo 101.c. Una medida de apoyo consiste en un asesoramiento y no puede ser considerada una restricción involuntaria de derechos.
 - La situación jurídica de muchas PCD es asimilada a la de niños/as y “*persona[s] por nacer*”.

¹ ARTÍCULO 43.- *Concepto. Función. Designación. 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. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

² ARTÍCULO 32.- *Persona con capacidad restringida y con incapacidad. 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 del ejercicio de su plena capacidad 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 interactuar 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.

³ ARTÍCULO 24.- *Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:*

a) *la persona por nacer;*

b) *la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo;*

c) *la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.*

- El artículo 32 (ya citado) presenta los siguientes problemas:
 - Mantiene una atribución en función del **estado de la persona** (“*padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad*”) y del **resultado de la decisión** (“*estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes*”). En el primer caso se hace referencia al estado de salud y a una cláusula que seguirá impactando desproporcionadamente en el colectivo de personas con discapacidad psicosocial. Todo esto, como hemos expresado en anteriores documentos, está expresamente vedado por el Comité por considerarlo una **discriminación prohibida por la Convención (se restringen derechos solamente en razón de un diagnóstico o una discapacidad)**.
 - Incluso para los casos extremos (situación de coma) se mantiene la posibilidad de declarar una incapacidad total y la designación de curadores/as. Creemos que este supuesto excepcionalísimo de hecho no justifica la creación de una figura especial y del andamiaje institucional y normativo codificado. Consideramos que esta cláusula excepcional puede malinterpretarse a fin de que muchas PCD vean sus derechos restringidos, tal como ocurre hasta ahora.
 - El término “incapacidad” está presente en muchas partes del Código. Si bien el artículo 32 último párrafo parece circunscribirlo a los casos de coma, lo cierto es que no se condeciría con el resto del articulado. Por ejemplo, el artículo 2467 y el 295 nulifican testamentos y la posibilidad de ser testigos a las personas “incapaces”. No parecería entonces lógico que el Código esté contemplando la posibilidad de que personas en situación de coma intenten esas dos acciones. Por ende, la terminología empleada parece asociarse más al sistema del viejo Código y se corre el riesgo de que se interprete en contra de los derechos de las PCD.

- El artículo 37⁴ presenta los siguientes problemas:
 - “[D]iagnóstico y pronóstico” son conceptos médicos que nada tienen que ver con el ejercicio de la capacidad jurídica.
 - La intervención de un “*equipo interdisciplinario*” tampoco es necesaria a los fines de homologar una propuesta de apoyo.

- El artículo 48⁵ presenta los siguiente problemas:
 - Se mantiene en forma autónoma la figura restrictiva de la inhabilitación para casos de prodigalidad con un criterio de atribución basado en el **resultado de la decisión** (“*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*”). Como dijimos antes, esto está prohibido por el Comité.
 - Pese a que lo pedimos el año pasado explícitamente en la ponencia ante la Audiencia Pública, **se mantiene una definición de discapacidad que contraviene la Convención y puede tener efectos en normas a otros niveles en el futuro. Ídem para el artículo 2448.**

⁴ ARTÍCULO 37.- **Sentencia.** 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, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible.

Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario.

⁵ Parágrafo 5º 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. A estos fines, 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. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes.

Asimismo, el artículo 1741 contempla quien “*sufre gran discapacidad*” (expresión que se da de bruce con el modelo social de la discapacidad instaurado en la Convención).

- Los artículos 100⁶, 101⁷ y 102⁸ presentan los siguientes problemas:
 - Se admite el hecho de que el apoyo sea el “representante” de la persona con capacidad restrictiva. Esto desvirtúa la figura del apoyo, **y lo torna sustitutivo**.
 - Se afirma como regla general que “[l]as personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí”, dejando la puerta abierta a la interpretación que las personas que tengan apoyos sean consideradas incapaces.
 - Se establece una dualidad poco clara (inclusive en su definición) constituida por los conceptos de asistencia y representación.
- El artículo 138⁹ presenta los siguiente problemas:
 - Se mantiene la regulación de la curatela (con remisión directa a la regulación de la tutela de niños/as). Si bien corresponde la eliminación de la figura, sabemos que la misma se aplica a otros supuestos no relacionados con nuestra temática, tales como la ausencia simple (artículo 79) y la presunción de fallecimiento (artículo 88). En todo caso, ha de abolirse a los efectos de que pueda afectar los derechos de las PCD (así lo ha determinado el Comité).
 - La función del curador hace referencia a la recuperación de la salud y a “cuidar a la persona”, lo cual no se corresponder con el ejercicio de la capacidad jurídica.
- El artículo 139¹⁰ presente el siguiente problema:
 - En el medio de la regulación de la curatela se hace referencia a la designación de apoyos, siendo dos figuras distintas.

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

- El artículo 41¹¹ presenta los siguientes problemas:

⁶ CAPÍTULO 10 Representación y asistencia. Tutela y curatela SECCIÓN 1ª Representación y asistencia

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

⁷ 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 parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe;

c) de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos; de las personas incapaces en los términos del último párrafo del artículo 32, el curador que se les nombre.

⁸ ARTÍCULO 102.- Asistencia. Las personas con capacidad restringida y las inhabilitadas son asistidas por los apoyos designados en la sentencia respectiva y en otras leyes especiales.

⁹ 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, y tratar de que recupere su salud. Las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinadas preferentemente a ese fin.

¹⁰ 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 y apoyos 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.

¹¹ ARTÍCULO 41.- Internación. La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección. En particular:

a) debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad;

b) sólo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros;

c) es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente;

d) debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica;

e) la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión.

Toda persona con padecimientos mentales, se encuentre o no internada, goza de los derechos fundamentales y sus extensiones.

- Tal y como hemos afirmado previamente, la internación y cualquier procedimiento involuntario está prohibido por la Convención (incluyendo disposiciones a tal efecto de la Ley Nacional de Salud Mental Nro. 26.657). Creemos que es errado regular esta materia en el Código Civil, haciendo remisión expresa a las normas de la sección de capacidad jurídica, y mucho menos cuando se avalan prácticas prohibidas. Afirmar que una internación involuntaria es un “recurso terapéutico” es falso.
- Remite a la sentencia del artículo 37. Es decir, se asimila una evaluación de capacidad jurídica con una evaluación sobre el supuesto estado de salud de una persona. Son dos cosas totalmente diferentes, que deberían estar reguladas por separado.