

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

"Se desprende del Código Civil que tiene dos formulas básicas para tratar la aptitud de las personas, o las considera capaces o bien incapaces. Y como una suerte de *tercius genus*, admite la inhabilitación que es un régimen, que partiendo de la capacidad, le impide al inhabilitado la realización de ciertos actos sino cuenta con la voluntad complementaria de un curador, Es evidente que con las aptitudes que posee J. A., le ha permitido el desarrollo de una vida relativamente sencilla, realizando un aporte útil a la comunidad dentro del marco de sus posibilidades.- Es fácil darse cuenta que la incapacitación en este caso no es la respuesta adecuada, pues la incapacitación en su formulación negativa fue pensada como un instrumento de protección de las personas con síndrome de Down, pero como explica Xanthos ("La enfermedad mental juzgada según el cuadro jurídico de su proyección social", LL-1998-C-688/9) lleva "al campo de una verdadera despersonalización" . La interdicción niega la existencia de la persona como sujeto de derecho, lo que es lo mismo que decir que lo niega como ciudadano y como integrante de nuestra sociedad."

"En este caso es evidente que no alcanza con la voluntad complementaria de un eventual curador para tutelar los intereses de J. A. S., pues hay actos complejos que directamente no los comprende de allí que no necesita un complemento volitivo, sino directamente requiere que otro con control judicial disponga por sí. Por ello para ciertos actos la voluntad complementaria sería un riesgo, puesto que en la inhabilitación la intervención del curador cuando se realiza un acto de disposición no requiere de autorización judicial. De allí que no es suficiente garantía, ni protección para los actos complejos la figura de la inhabilitación, pues no lo protege contra los errores y malos manejos del curador.- Por otra parte tampoco se justifica la declaración de su incapacidad pues numerosos actos sí los puede realizar, sin necesidad de que su voluntad sea complementada.- Por ello considero que una aplicación exegética de las normas sobre capacidad civil, en este caso, importaría hacer operar al derecho como lo sostiene Novoa Monreal como un verdadero obstáculo para el cambio social, y sin dudas acá también se hace "...perceptible la desconexión que existe entre el Derecho y las realidades sociales que hoy vive el mundo." (Novoa Monreal, Eduardo; "El Derecho como obstáculo al cambio social", Siglo XXI editores, pag.13, 1981)."

"No puede dejar de soslayarse que nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales a los que ha adherido nuestro país, disponen claramente principios aplicables en el sub-case tal el de igualdad, no discriminación y progresividad social; principios estos que se conculcarían de no adoptarse una solución adecuada a este caso."

"Indudablemente en este caso en particular, ni la interdicción ni la inhabilitación tal cual están legisladas dan una respuesta constitucionalmente válida. De allí que siguiendo el mandato constitucional debo dar una respuesta que tutele de manera efectiva los derechos del interesado mas allá de las disposiciones del Código Civil.- Lo que necesita entonces el interesado es que decrete su incapacidad parcial para los actos en que no tiene aptitud para comprender sus alcances, pero sin afectar todo el amplio espectro de su personalidad."

"Atendiendo a la edad actual del interesado, y el nivel o grado de enfermedad, la aptitud que posee para entender, y comprender ciertas acciones tal como da cuenta el informe

médico referido, y como personalmente pude corroborar en la extensa entrevista mantenida, debe disponerse las medidas protectorias que sean constitucionalmente adecuadas a su situación, dando una nómina de actos para los cuales se lo declara incapaz, todo ello sujeto a ulteriores modificaciones si el desarrollo científico aporta nuevos elementos o el propio desarrollo de S. aconsejen modificar este status.- Debe tenerse en cuenta lo explicado por el Psiquiatra Forense en cuanto a que "uno de los datos que mas pueden ser de interés en este caso, es que los retrasos cognoscitivos (comprensión del lenguaje, expresión verbal, memoria, inteligencia, etc.) se van acentuando a medida que transcurre los años. Es decir, los test de inteligencia dan casi normales en los primeros meses de vida, ... pero está bastante claro que el paciente que padece esta enfermedad tiene un envejecimiento cerebral precoz, y a partir de los 30 años se detecta un déficit cognoscitivo progresivo marcado que lleva a una demencia de tipo Alzheimer.... Es por ello que las medidas aquí adoptadas en protección del propio interesado deben ser revisadas periódicamente, estimando el suscripto en una primera oportunidad en cinco años un lapso prudencial en el cual deberá revisarse lo aquí resuelto.”

TEXTO COMPLETO DEL FALLO

En la ciudad de Federación, Provincia de Entre Ríos, a los 18 días del mes de mayo del dos mil siete, VISTOS: Estos autos caratulados "S., J. A. S/Inhabilitación", Expte. N° 6754, traídos a despacho para dictar sentencia, de los que, RESULTA: Que a fs.24/26 se presenta la Sra. M. E. V. de S. con patrocinio del Dr. H. A. H., promoviendo juicio de Inhabilitación para disponer de los bienes de su hijo J. A. S., D.N.I: (...)); de 22 años.- Que basa su pretensión en el informe Psicopedagógico realizado por la licenciada M. Z. M. P. N°..., quien lo trato desde el año 1.994 hasta 1.998 en donde fue diagnosticado con "Deficiencia mental de grado leve" lo que la lleva a petitionar se declare judicialmente su inhabilitación y no la incapacidad teniendo en cuenta que lo que se pretende es limitar la capacidad de J. A. S. y no () encasillarlo en categorías globales como la incapacidad absoluta.//-

Que a fs 27/28 se tiene por promovido JUICIO DE INHABILITACION contra J. A. S. ordenándose se CORRA VISTA al Ministerio Pupilar y por presentada la prueba ofrecida, así también se tiene por presentada a la señora M. E. V. de S. en ejercicio de su propio derecho.-

Que a fs 29 comparece la Defensora de Pobres y Menores Subrogante y contesta la Vista, y estima que se debe dar curso a la acción instaurada, Que a fs. 42 se designa como curador provisional a la Dra. P. M. C. y quién a fs.42 aceptó el cargo.-

Que a fs. 45 se fija audiencia testimonial, y a fs. 49 y vta. presta declaración la señora S. Z. de P., a fs.50 y vta. la señora M. Z. T. y a fs. 51 y vta. lo hace el señor C. A. F. D.-

Que a fs. 56 se cumple el plazo del traslado ordenado a fs 52 y se corre Vista a ambos Ministerios.-

Que a fs. 57 contesta vista la Defensora de Pobres y Menores -subrogante- manifestando no tener objeciones que formular a la declaración de inhabilidad y designación de la progenitora como curadora de J. A. S.- . Que a fs.58 se pronuncia el Agente Fiscal y

considera procedente la declaración de inhabilitación de J. A. S. y la designación de su madre M. E. V. de S.-

A fs.59 se llaman autos a sentencia.- Que a fs. 60 se exhuman los autos y se dispone la realización de un nuevo informe médico del presunto insano.-

Que los galenos a fs 61 cumplen con lo solicitado.- Que a fs.66 se ordena al Psiquiatra Forense, incorporado recientemente al Tribunal un informe sobre las principales características del síndrome de Down; el que obra agregado a fs.67 de los autos.- Se llama nuevamente autos para dictar sentencia y, CONSIDERANDO: QUE debe darse respuesta al pedido formulado por M. E.a V. de S., madre de J. A. S., joven de 22 años con síndrome de Down, de que se lo inhabilite. Dado que por la enfermedad que padece no puede desempeñarse con plena aptitud en todas sus relaciones, sin embargo, sostiene no por ello debe incapacitárselo.-

Ante tal petición puedo en ejercicio de las facultades propias del cargo aplicar la solución que resulte jurídicamente adecuada -Iura novit curiae- aunque no se corresponda con la expresamente solicitada,- Liminariamente debo hacer algunas consideraciones sobre el tratamiento jurídico que se le da a la cuestión.- En nuestro país son pocos las normas específicas que refieren a la situación de personas con síndrome de Down, solo se pueden mencionar Ley sobre Licencia por Maternidad para el caso de Nacimiento de un bebe con síndrome de Down N° 24.716 y las normas que tratan sobre discapacidad en general y que prevén ciertos beneficios fiscales, laborales y de la seguridad social, o bien, para sus familiares a cargo.-

Sin perjuicio de esta falta de legislación la realidad demuestra una cada vez mayor inserción en nuestra sociedad de las personas con síndrome de Down.- La importancia de la cuestión es enorme, basta mencionar que en algún estudio se señala que en Argentina hay 40.000 familias de personas con síndrome de Down, y uno de cada 671 nacimientos vivos (estadística de la Maternidad Sardá de Buenos Aires), aproximadamente el 0.15% de los nacimientos de un año es de bebés con síndrome de Down. (Lic. María Cristina Millan, en <http://www.sidisalta.com.ar/capacidades.html>).- Pero no debe dejar de observarse que el problema abarca una cuestión aún mayor, pues debe enmarcarse dentro de la situación de personas con discapacidad en general; y allí las proporciones se incrementan notablemente. Basta con citar que en un trabajo de María Victoria Famá (Salud Mental y Derecho Humanos Hacia un sistema de gradualidad, "Revista de Derecho de Familia", n°31, Lexis Nexis), se señalan estudios de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que indican que en el mundo hay 450 millones de personas afectadas con trastornos mentales, neurológicos o de conducta de algún tipo.- También se visualiza que el desarrollo cultural de nuestra sociedad esta muy por delante del derecho y de las acciones directas protectorias que debe adoptar el estado, es evidente que el esfuerzo de los familiares, especialmente los padres, las instituciones educativas, educadores en general y de las ONGs, y los buenos resultados obtenidos en la integración de las personas con síndrome de Down no encuentra correlato en la legislación.- En el sub-case la cuestión tiene las siguientes particularidades.- En autos el informe Medico de fs.61 (Dres. Borghi y Versalli) complementario del de fs.35 (Dres.Borghi y Cueva) dan cuenta que "presenta un Síndrome de Dawn de carácter leve, coeficiente intelectual superior a 50% sobre cuatro grados posibles al que seguiría el grado

moderado (35 a 40%) grave (20% a 35%) y profundo (menos del 20%). Porcentual establecido sobre la media de la población normal. Por lo que está capacitado para realizar actividades rutinarias, independientes o bajo relación de dependencia, trabajos simples, repetitivos, preferentemente de orden manual conoce el valor del dinero, y es hábil en transacciones simples de compraventa habituales, pero no se encuentra en condiciones de administrar su patrimonio sin la supervisión de un tercero o curador. No se encuentra en condiciones de asumir y comprender los alcances de una relación en pareja. La condición antes descripta es de carácter permanente, aunque tiene capacidad de aprendizaje y para establecer relaciones afectivas, pero sin alcanzar estándares de normalidad".- Debo destacar que además de las testimoniales rendidas a fs.49 y vta. por S. Z. de P., la de fs.50 y vta por M. Z. T. y fs.51 y vta por C. A. F. D. y especialmente de la extensa entrevista personal mantenida con J. A., me ha provocado un profundo convencimiento de que él no es de ninguna manera un "incapaz".-

Sostengo esto a pesar de que el interesado, no sabe leer ni escribir, y que posee alguna dificultad para modular, pues posee una notable capacidad para comunicarse y una extrovertida personalidad, y con ello puede superar muchas las limitaciones que le impone su congénita afección.-

Menciono como ejemplo de ello, el hecho de que sabe utilizar una computadora personal, en su casa juega con los video-games, y que en la entrevista que mantuvimos me señaló con soltura las partes de la PC de mi Despacho.- Conoce el valor del dinero, y realiza las compras de su casa familiar y de lo que necesita para su propio departamento, donde vive solo, sin su madre ni hermanos. A título ejemplificativo menciono que me expresó que había comprado una pelota en \$38, pago con dos billetes de \$ 20 y le devolvieron dos monedas de \$ 1 cada una.- Por su parte su madre me comentó que efectivamente iba solo al supermercado hace las compras y se prepara comidas sencillas, usando la cocina o el horno de microondas. Todo ello sin siquiera ingresar a su casa, pues J. A., vive en un departamento que está pegado a la vivienda familiar e interconectado con esta, pero con acceso independiente.- Entiendo que logra superar su "analfabetismo" mediante la memorización de las palabras y los números -pareciera que las iconografiza- y de este modo logra desenvolverse con naturalidad en una vida que no le depara mayores preocupaciones.- Me expresó J. A., en la audiencia, y lo corroboró en todo momento su madre, que anda en bicicleta, juega al basket y al fútbol; es más, se demostró como un conocedor de los principales equipos de este deporte, narrándome no solo algunos nombres de jugadores de su equipo -River Plate-, sino que en la entrevista me contó los resultados de los principales partidos de la última fecha antes de la entrevista.-

J. A. entiende perfectamente las responsabilidades que implica el trabajo, pero me manifestó que por ahora no trabajaba porque no le gustaba.- Su madre aclaró que igualmente el colaboraba en tareas menores de la casa (vgr. barre, colabora con el jardín) y se ocupa de gran parte de la limpieza de su propio departamento.- A pesar de estar intelectualmente limitado, en todo momento demostró que posee un pensamiento lógico y posee una llamativa memoria.- Yendo al tratamiento legal de la cuestión, se desprende del Código Civil que tiene dos formulas básicas para tratar la aptitud de las personas, o las considera capaces o bien incapaces. Y como una suerte de *tercius genus*, admite la inhabilitación que es un régimen, que partiendo de la capacidad, le impide al inhabilitado la

realización de ciertos actos sino cuenta con la voluntad complementaria de un curador, Es evidente que con las aptitudes que posee J. A., le ha permitido el desarrollo de una vida relativamente sencilla, realizando un aporte útil a la comunidad dentro del marco de sus posibilidades.- Es fácil darse cuenta que la incapacitación en este caso no es la respuesta adecuada, pues la incapacitación en su formulación negativa fue pensada como un instrumento de protección de las personas con síndrome de Down, pero como explica Xanthos ("La enfermedad mental juzgada según el cuadro jurídico de su proyección social", LL-1998-C-688/9) lleva "al campo de una verdadera despersonalización" . La interdicción niega la existencia de la persona como sujeto de derecho, lo que es lo mismo que decir que lo niega como ciudadano y como integrante de nuestra sociedad.- Tampoco lo es el régimen de inhabilitación pues "El área especialmente afectada por la sentencia de inhabilitación se circunscribe, en principio, a la posibilidad de realizar actos de carácter patrimonial. En términos generales no se ve afectada la libertad del inhabilitado en lo personal ni la responsabilidad que le pueda caber por actos ilícitos dado que nadie duda, que por el solo hecho de ser inhabilitado de su discernimiento. Asimismo, en lo que hace a la validez de sus actos posteriores a la sentencia queda limitada la cuestión a que ellos hayan sido sometidos a restricción especial o general: No son aplicables los arts.473 y 474 del código civil. Se abre paso a una interpretación que no se detiene allí las posibilidades de las funciones que el juez puede encomendar al asistente -curador- Se trata de impedir que (los inhabilitados) se infieran daños en la persona o que ello ocurra en el patrimonio. En principio la restricción recae sobre los actos dispositivos. Son estos los que alteran el capital productivo de los bienes. Frente a los actos de administración, la ley exige que el juez disponga expresamente los que quedan abarcados por la curatela (Cifuentes Santos, Código Civil Comentado, T.1, pag.114, 2005 La Ley).- Como sostienen Goldemberg Isidoro H. y Tobias José W., ("Reformas aconsejables al régimen legal de los dementes e inhabilitados " LL-1994-c-887) el enfoque de la inhabilitación es "patrimonialista".- En este caso es evidente que no alcanza con la voluntad complementaria de un eventual curador para tutelar los intereses de J. A. S., pues hay actos complejos que directamente no los comprende de allí que no necesita un complemento volitivo, sino directamente requiere que otro con control judicial disponga por sí. Por ello para ciertos actos la voluntad complementaria sería un riesgo, puesto que en la inhabilitación la intervención del curador cuando se realiza un acto de disposición no requiere de autorización judicial. De allí que no es suficiente garantía, ni protección para los actos complejos la figura de la inhabilitación, pues no lo protege contra los errores y malos manejos del curador.- Por otra parte tampoco se justifica la declaración de su incapacidad pues numerosos actos sí los puede realizar, sin necesidad de que su voluntad sea complementada.- Por ello considero que una aplicación exegética de las normas sobre capacidad civil, en este caso, importaría hacer operar al derecho como lo sostiene Novoa Monreal como un verdadero obstáculo para el cambio social, y sin dudas acá también se hace "...perceptible la desconexión que existe entre el Derecho y las realidades sociales que hoy vive el mundo." (Novoa Monreal, Eduardo; "El Derecho como obstáculo al cambio social", Siglo XXI editores, pag.13, 1981).-

No puede dejar de soslayarse que nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales a los que ha adherido nuestro país, disponen claramente principios aplicables en el sub-case tal el de igualdad, no discriminación y progresividad social; principios estos que se conculcarían de no adoptarse una solución adecuada a este caso.-

La reforma constitucional de 1994, "ha dado lugar a que buena parte de la doctrina constitucional acuñara el concepto de "bloque constitucional federal" para abarcar la cúspide normativa de doble fuente -interna e internacional-, comprensiva de la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional -sea en forma originaria o derivada-, las opiniones consultivas, y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta cúspide ha marcado el surgimiento de un nuevo orden simbólico configurado en torno a los derechos humanos, que se plasma en el paradigma naciente de lo que se ha dado en llamar un "Estado constitucional de Derecho" o más precisamente un "Estado social y democrático de derecho" (Fama María Victoria, "Salud Mental y Derechos Humanos: Hacia un sistema de gradualidad....", Revista Derecho de Familia, Julio/agosto 2005, Lexis Nexis, pag.64).-

Dentro de este marco del estado social de derecho, como sostiene Rubial Debello la igualdad es igualdad por la ley lo cual significa que hay que construirla artificialmente, ya que este principio generador de derechos no sólo va dirigido al administrador o al juez, sino también al legislador, que es quien debe lograr la igualdad final, consciente de las desigualdades del punto de partida. En consecuencia -agrega- la idea central inspiradora del derecho social no es la igualdad de las personas humanas, sino la de la nivelación de sus desigualdades naturales o creadas" (Ruibal Debello Milton, sobre el concepto de igualdad en Cursillo sobre los Derechos Humanos y sus garantías Cuadernos nº 13 Facultad de Derecho Montevideo, 1990 Citado por Pinard en "Los Derecho Humanos en las Constituciones del Mercosur", pag.222, Ciudad Argentina).-

De allí que el tradicional criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se reactualiza, en tanto ha sostenido que la igualdad "no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en igualdad de circunstancias se concede a otros; de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes, según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquier otra inteligencia o excepción a este derecho es contraria a su propia naturaleza y al interés social" (fallos 105:273; 117:229).-

Como ya lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos "La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Velázquez Rodríguez", Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, Nº 4, par. 167 y 168), precedente vinculante para nuestro país a partir de lo que ha entendido la Corte Suprema (in re "Simon") sobre el alcance que debe dársele a las sentencias de ese Tribunal continental.-

El sistema del Código Civil, de incapacidad no respeta el derecho a la igualdad pues quién no es declarado incapaz, se le reconocen todos los derechos, y a quién se lo declara incapaz, no le reconoce nada, aunque tenga capacidad para numerosos actos. La interdicción denigra al sujeto que posee ciertas aptitudes, pues lo despersonaliza, basándose en parámetros o estándares de normalidad productivistas, de tipo físicos, intelectuales, estéticos y de otra especie que hoy no pueden admitirse pues la sociedad en su cotidianidad ya no los

admite.- Conformando el bloque federal constitucional encontramos numerosas disposiciones en la legislación internacional y en resoluciones de organismos internacionales.-

Al respecto pueden citarse en la Legislación Internacional, las siguientes Convenciones Internacionales contra la Discriminación: * Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.-

* Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. (Aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 1999) * Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador". preámbulo.-

Y los siguientes documentos ONU: * Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza. Adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Entrada en vigor: 22 de mayo de 1962, de conformidad con el artículo 14.-

* Declaración Universal de los Derechos humanos.-

* Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.- * Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976.- * Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. Resolución Aprobada por la Asamblea General, Cuadragésimo octavo periodo de sesiones, de 20 de diciembre de 1993.-

La OIT tiene por su parte: * C100 Convenio sobre Igualdad de Remuneración, 1951.-

* C111 Convenio sobre la Discriminación (empleo y ocupación), 1958.-

* C122 Convenio sobre la Política del Empleo, 1964.-

* C159 Convenio sobre la Readaptación Profesional y el Empleo (personas inválidas), 1983.-

* C168 Convenio sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo, 1988.- Y dentro de las normas del derecho positivo nacional se han dictado las siguientes leyes: La ley Antidiscriminación N° 23.952.- Ley de creación del INADI N° 24.515, instituto encargado de elaborar políticas nacionales y medidas concretas para combatir la discriminación, la xenofobia y el racismo.- El decreto 1086/2005 crea el Plan Nacional

Contra la Discriminación.- Y la Ley 25785 impone que un cupo mínimo del 4% de los programas sociolaborales financiados por la nación deben destinarse a personas con discapacidad.- En nuestra provincia desde el año 1982 rige la Ley nº 6866 de Protección de Discapacitados.-

Indudablemente en este caso en particular, ni la interdicción ni la inhabilitación tal cual están legisladas dan una respuesta constitucionalmente válida. De allí que siguiendo el mandato constitucional debo dar una respuesta que tutele de manera efectiva los derechos del interesado mas allá de las disposiciones del Código Civil.-

La adecuada atribución de capacidad legal en función de las propias aptitudes personales constituye un verdadero imperativo constitucional; y se enmarcan dentro de la finalidad social y democrática del derecho que aludimos antes.- En este marco comparto la opinión de Kraut quien sostiene que "es por ello urgente un cambio en el concepto de "Inclusión" como principio de un movimiento en favor de los derechos civiles de los discapacitados. Cabe tener en cuenta que las leyes crean sus propios marginados, facilitan su segregación y los ubican en una zona de vulnerabilidad caracterizada por la índole precaria del trabajo y por frágiles soporte relacionales o en una abierta zona de exclusión y constante marginación" (Kraut Alfredo, Salud Mental Tutela Jurídica, Rubinzal Culzoni, pag.19) Reitero, en nuestro Código Civil no existe una figura que de una respuesta cabal entre la muerte civil que representa la incapacitación o interdicción y el régimen de inhabilitación, el cual resulta inadecuado y deja en definitiva desprotegido al interesado para los actos complejos como lo vengo explicando.-

Por ello la respuesta jurisdiccional debe venir de una integración de normas buscando la solución mas progresista, que mejor permita la integración y pleno desarrollo de la persona con síndrome de Down a nuestra sociedad, en la decisión que se adopte esta en juego la eficacia de las normas supraleales (Convenios y Tratados Internacionales) que nuestro país ha suscrito, y que, a veces pareciera se esfuerza en no cumplir.-

Existen pocos precedentes judiciales que traten estas situaciones complejas que refieren a la capacidad de las personas y que busquen una alternativa entre dos soluciones legislativas que ponen al justiciable en la lamentable situación de recibir de parte del Juzgador una respuesta que no es otra cosa que la opción que ha realizado entre dos males.-

Puede citarse un precedente -muy publicado- se trató de una causa resuelta por el prestigioso Dr. Eduardo J. Cardenas, quien en 1985 como Juez de Primera Instancia de la ciudad de Buenos Aires, autorizo a trabajar a un enfermo mental en la misma Clínica Psiquiátrica en la que se encontraba y a administrar el dinero que obtuviera como remuneración (ED-116-125), sostuvo el nombrado jurista que "entre la capacidad total y la incapacidad total, existen infinitos grados, matices y circunstancias. El Juez, entre la protección debida y la represión indebida debe -y puede- buscar el punto justo donde la persona y la sociedad queden amparadas, sin que aquella se vea privada de las posibilidades de progreso y esta de un miembro útil" (ED-116-129).- También en el citado precedente el Defensor de Menores, Dr. Alejandro C. Molina, sostuvo ante la Cámara de Apelaciones que "si de acuerdo con la ley el juez puede decidir sobre la libertad o la reclusión del enfermo mental, sobre la capacidad o la incapacidad o sobre éstas o la inhabilitación parece

razonable reconocerle la facultad de mantener a cargo del incapaz el ejercicio personal de algunos de sus derechos, los cuales siempre serán frente a su internación o a la inhabilitación, pero de gran trascendencia en el camino de recuperación social en que todo enfermo debe quedar incluido o incorporado desde que se inicia el proceso de insania" (ED-116-131).-

La resolución no fue objetada por la Sala correspondiente integrada por Jorge H. Alterini, Agustín G.J. Durañona y Vedia y Santos Cifuentes.- Con la lucidez que la caracteriza, la Dra. María Josefa Méndez Costa, enseña que "La primera observación básica de la propuesta reside en la enunciación reproducida u satisface una demanda insistentemente planteada por la doctrina y los tribunales, presionados por la definición del Código vigente que restringe las posibilidades de la declaración de incapacidad al supuesto único de enfermedad mental (art.141) que resulta falso ante el progreso científico de la psicología y la psiquiatría y que es, además pero con igual o mayor valoración negativa, con frecuencia violatorio del debido respeto a los derechos humanos." ("Derecho de Familia " N°31, " Adultos incapaces en la legislación argentina proyectada", pag.106, Lexis Nexis) Y nos recuerda la profesora santafesina que "los retrasados o minorados intelectuales no son enfermos aunque su condición provenga de una enfermedad (Malbrán María del Carmen, "la discapacidad mental condición humana o enfermedad, en La incapacidad civil de los discapacitados intelectuales y la patria potestad prorroga, FCJS de la UNL Santa Fe, 1993, ps.33 y ss.). Es su circunstancia, entre cuyas causas el síndrome de Down es sólo una de las posibles y no la más frecuente" (op cit.p.106).- Considero mas adecuado el tratamiento dado a la cuestión por el Proyecto de Reforma al Código Civil argentino del año 1998, que dispone "que los alcances de la sentencia que decreta la interdicción en el Proyecto de 1998 no se reducen a ubicar al denunciado en posición jurídica de incapaz de obrar con incapacidad absoluta. Se exige que adopte un contenido personalizado y pormenorizado puesto que el art.32 dice que la sentencia debe "determinar la extensión y los límites de la incapacidad a tal efecto, si el estado del interdicto lo hace posible y conveniente, el tribunal debe especificar los actos que el interdicto puede realizar por sí o con asistencia de curador. Si el Tribunal considera que la persona está en situación de conservar su capacidad con ciertas limitaciones a los poderes de disposición, puede declarar su inhabilitación" (Mendez Costa, op cit., p.109) ... "Es decir, el tribunal es competente para optar dentro de una gama de posibilidades que, en orden de gravedad decreciente, son las siguientes: 1) la incapacidad de obrar, diríase, sin límites, 2) la incapacidad de obrar atenuada mediante la admisión a celebrar determinados actos por sí mismos o con asistencia del curador, o de unos y otros; 3) la inhabilitación civil que comporta la capacidad de obrar con limitaciones a los poderes de disposición, institución que el Proyecto regula en los arts. 42 a 44, en cuya virtud se designa curador al inhabilitado para que lo asista en los actos de disposición inter vivos, además de otros que pueden incluirse en la sentencia".-

"La conclusión del Proyecto está respaldada por amplia doctrina en posición revisionista de la legislación actual sobre dementes. Kemelmajer de Carlucci, después de exponer el panorama del interés generalizado por las enfermedades mentales, afirma que una idea común subyace en todas las iniciativas al respecto: "no es aconsejable dividir el mundo jurídico de los enfermos mentales en abstracto y en compartimentos estancos. Por el contrario, la situación deber ser resuelta judicialmente atendiendo a la situación que, en concreto, cada patología presenta, dado que los psiquiatras modernos muestran el

polimorfismo de las alienaciones mentales" (Kemelmajer de Carlucci, Aida, "La demencia como base de las nulidades en el Código Civil, RDPC, nro.8, ps.9 y ss., 1,2 y sus referencias. Mendez Costa, op.cit., pag.109).- Como sostiene Famá "... cualquiera sea la patología del enfermo y su contexto sociocultural y familiar, el hecho de quedar incluido en una categoría legal que presume una absoluta incapacidad en el desarrollo de sus aptitudes personales y en el ejercicio de sus derechos fundamentales, entraña de por sí una degradación de su personalidad, y resulta una intromisión excesiva del sistema legal en su libertad de intimidad, debidamente resguardada en el art. 19 de nuestra Constitución. (op.cit. Pag.78).-

Continúa diciendo Famá, "En este contexto, nuestro Código Civil -aun luego de la reforma mencionada- propone un sistema rígido con tipologías jurídicas herméticas, como las del insano (con capacidad total y absoluta) y la del inhabilitado (con capacidad asistida en algunos supuestos), que choca abiertamente con las posibilidades de rehabilitación y resocialización del enfermo. (Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil..., cit.,ps. 524 y 525.) ... En un enfoque radicalmente distinto, el derecho moderno resalta el papel de la persona humana en el ordenamiento jurídico y el cúmulo de intereses extrapatrimoniales que lo tienen por destinatario ("Salud Mental y Derechos Humanos", Revista Derecho de Familia n°31, pág.71) En idéntico sentido expresa Galende que "la legislación consistía en anular derechos y garantías de los enfermos, sancionar su incapacidad, hasta la privación permanente de su libertad por decisión médica, el desafío actual que muchos enfrentamos consiste en restituir en plenitud el poder y los derechos suprimidos a los enfermos mentales, especialmente el de una ciudadanía plena, a la vez que limitar el poder de los profesionales. La sociedad, el poder político, el derecho y el poder judicial en especial, tiene una deuda enorme con los enfermos mentales, ya que han sido parte interviniente en la condena a la indignidad a la que se los sometió durante más de doscientos años. (GALENDE Emiliano, "Psiquiatría: Poder, Derecho y Disciplinas Médicas y Jurídicas", Revista Derecho de Familia n°31, pág.58, Lexis Nexis)", En el derecho extranjero podemos ver que se ha tratado adecuadamente el tema, así podemos señalar; que Mendez Costa (Op. Cit. pag.106) cita al Código Civil de Quebec ofrece figuras análogas con mas simples estructuras. Preve, el régimen de protección de los mayores de edad para asegurar la de su persona, la gestión de sus bienes y, en términos generales, el ejercicio de sus derechos. El art. 258 dispone: " Se nombra al mayor de edad un curador o un tutor para representarlo, o un consejero para asistirlo, en la medida que su ineptitud para cuidar de sí mismo o administrar sus bienes, en consecuencia, especialmente, de una enfermedad, de una deficiencia o de un debilitamiento debido a la edad que altera sus facultades mentales o su aptitud física para expresar su voluntad" .-

Por su parte el art. 200 del Código Civil español, redacción de la ley 13 de 1.983 dispone como causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias preexistentes de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma.-

Según la legislación alemana de 1.992, son posibles de limitación plena de la capacidad de obrar quienes se encuentran en estado mental patológico que excluya el libre ejercicio de la voluntad, y de restricción a la capacidad, quienes en razón de una enfermedad psíquica o de una disminución psíquica o mental no puede administrar sus asuntos total o parcialmente, lo que no comporta de por sí un menoscabo de su plena capacidad si bien puede afectarle.

(sobre el derecho alemán, ley de 1.992, ver la información suministrada por Tobías, José W, ("Enfermedad mental...", cit., p. 1395, II, C.).-

También parte importante de la doctrina especializada sostiene posturas innovadoras al respecto, así Santos Cifuentes (con el seudónimo de Xanthos) opina que "los declarados incapaces absolutos de hecho, como son los insanos declarados tales, pasan al campo de una verdadera despersonalización, impidiéndoles desde entonces el juego normal de sus movimientos y decisiones, tanto en lo que hace a su persona como en lo que refiere a sus bienes, y hasta deben soportar la ingerencia en muchos aspectos de sus intimidades, de sus libertades cotidianas y del complejo diario de sus vidas " (LL 1998-C-pag.689).-

En función de lo expuesto se observa que nuestro sistema legal tiene una suerte de inconstitucionalidad sistémica, sostengo esto pues, si bien -como sostuviera en los años 30 Bonnet- "el derecho va la saga de los hechos", tampoco es concebible que no se haya dado un aggiornamiento de la legislación civil luego de tantos años, en una cuestión que es harto conocido el avance que ha tenido la ciencia y la sociedad; existiendo además sistemas jurídicos similares al nuestro que podrían haber servido de antecedentes válidos para modificar las desactualizadas normas sobre capacidad.- La falta de actualización legislativa provoca lo que Osvaldo Alfredo Gozaini denomina "omisión inconstitucional". ("Introducción al Derecho Procesal Constitucional", Rubinzal Culzoni, 2006, pag.159).- Debo subrayar enfáticamente que en este caso no está en juego una mera cuestión terminológica sino que aquí se trata de atender y dar respuesta a un tema mucho mas sensible y es el de la dignidad del actor como persona. Y además de ello esta en juego la operatividad de todos los derechos que le corresponden y que he citado supra a título meramente enunciativo.-

Como los derechos constitucionales puestos en crisis por la legislación civil, son directamente aplicables (CSJN in re " ["Ekmedjian c Sofovich" \[Fallo en extenso: elDial - AA519\]](#) "), la omisión legislativa sobre la materia no puede funcionar como excusa para incumplir la manda constitucional.-

De allí que si nuestra Constitución Ley Fundamental y todos los Tratados de Derechos Humanos a ella equiparados, fijan como pautas programáticas la idea de desarrollo social y progresividad social, que van de la mano de los derechos de igualdad y respeto de la dignidad de la persona, el quid iuris, consiste en ver si el Código Civil, es una adecuada regulación de las disposiciones constitucionales a las que le deben su razón de ser.-

Indudablemente en este caso en particular, ni la interdicción ni la inhabilitación tal cual están legisladas dan una respuesta constitucionalmente válida. De allí que siguiendo el mandato constitucional debo dar una respuesta que tutele de manera efectiva los derechos del interesado mas allá de las disposiciones del Código Civil.- Lo que necesita entonces el interesado es que decrete su incapacidad parcial para los actos en que no tiene aptitud para comprender sus alcances, pero sin afectar todo el amplio espectro de su personalidad.-

Como el sistema de capacidad se encuentra descolocado respecto de los preceptos constitucionales que vengo mencionando, y no se trata de una norma en particular, no cabría decretar la inconstitucionalidad, pero si me permite un apartamiento de la solución

(Fallos 319:1840) cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados en otro rango superior y produzca consecuencias notoriamente disvaliosas, resulta necesario dar preeminencia al espíritu de la ley, a sus fines, al conjunto armonioso del ordenamiento jurídico y a los preceptos fundantes del Derecho en el grado y jerarquía que estos son valorados por el ordenamiento normativo.-

En materia de interpretación de los convenios colectivos, el tribunal afirmó que debe computarse la totalidad de los preceptos en juego en manera armónica, en procura de una aplicación racional de suerte que no se admitan soluciones injustas que prescindan de las consecuencias que se derivan de cada criterio particular ("Tursi Vicente c Banco de la Nación Argentina" Fallos:324:1381, citado por Ricardo Lorenzetti en Teoría de la Decisión Judicial" Rubinzal Culzoni, pag.187, 2006).- De allí que atendiendo a la edad actual del interesado, y el nivel o grado de enfermedad, la aptitud que posee para entender, y comprender ciertas acciones tal como da cuenta el informe médico antes referido, y como personalmente pude corroborar en la extensa entrevista mantenida, debe disponerse las medidas protectorias que sean constitucionalmente adecuadas a su situación, dando una nómina de actos para los cuales se lo declara incapaz, todo ello sujeto a ulteriores modificaciones si el desarrollo científico aporta nuevos elementos o el propio desarrollo de S. aconsejen modificar este status.- Debe tenerse en cuenta lo explicado por el Psiquiatra Forense en cuanto a que "uno de los datos que mas pueden ser de interés en este caso, es que los retrasos cognoscitivos (comprensión del lenguaje, expresión verbal, memoria, inteligencia, etc.) se van acentuando a medida que transcurre los años. Es decir, los test de inteligencia dan casi normales en los primeros meses de vida, ... pero está bastante claro que el paciente que padece esta enfermedad tiene un envejecimiento cerebral precoz, y a partir de los 30 años se detecta un déficit cognoscitivo progresivo marcado que lleva a una demencia de tipo Alzheimer... Los tratamientos instituidos, que van desde hormonales (tiroides) hasta los modernos inhibidores de la acetilcolinesterasa que se han puesto de moda para tratar las demencias, y tratamientos contextuales (psicoterapias alternativas como la equinoterapia, terapias de grupo, musicoterapia, etc) no han logrado el resultado esperado. Estas características hacen ominoso el pronostico de esta enfermedad, cualquiera sea el CI del paciente en la adolescencia, y debería ser tenido en cuenta a la hora de calificar su inhabilitación social".- Es por ello que las medidas aquí adoptadas en protección del propio interesado deben ser revisadas periódicamente, estimando el suscripto en una primera oportunidad en cinco años un lapso prudencial en el cual deberá revisarse lo aquí resuelto.- En función de lo expuesto se lo declara incapaz para: REALIZAR ACTOS DE DISPOSICION, ADMINISTRACION, y GARANTIA, de bienes inmuebles, muebles registrables, y otros bienes de cualquier tipo cuyo importe supere el 50% de un salario mínimo vital y móvil, suma que estimo adecuada pues ella supera habitualmente las compras al menudeo, de cualquier naturaleza y por cualquier título inclusive los que refieran a ACEPTACION DE HERENCIAS y DONACIONES, o de GRAVAR los mismos, el fundamento radica en que J. A. S., no tiene capacidad para comprender por si el alcance de estos actos, y se requiere una medida de protección para sus intereses; de allí que corresponde nombrar como ADMINISTRADOR DE APOYO y CURADOR, a su madre, con la salvedad que para realizar actos de DISPOSICION de todo tipo, o los de ADMINISTRACION EXTRAORDINARIA u otros que no sean de simple administración deberá SOLICITAR AUTORIZACION JUDICIAL.- Para realizar actos que importen

cambiar su estado civil, reconocer hijos, u obligaciones alimentarias. Puesto que su capacidad tampoco alcanza para comprender el alcance de los mismos.- Ocupar cargos electivos, públicos o privados en los que intervenga de administrador o director. Conservando sus derechos electorales activos, en elecciones generales como así también en entidades asociativas sin fines de lucro.- De este modo se protege y conservan sus derechos electorales activos, especialmente el poder votar, cosa que puede comprender, pero no puede asumir la responsabilidad de asumir cargos que requieran un análisis mas o menos profundo de cuestiones patrimoniales.- También para intervenir en juicio puesto que la complejidad de decisiones que debe tomar no se cubren con la asistencia letrada pues todo justiciable tiene un margen de discrecionalidad que es ajeno al ejercicio mismo de la actividad abogadil, y que considero el interesado no alcanzaría a comprender.- Corresponde dada la prueba de autos y por haber sido quién hasta este momento estuvo a su lado asistiendolo, nombrar a su madre como Curadora, para los actos en que es declarado incapaz quien para realizarlos deberá solicitar autorización judicial. Asimismo y sin perjuicio de lo deberes propios de las relaciones parentales se le impone la obligación de informar a este Juzgado, de todas aquellas circunstancias que ameriten la intervención para salvaguarda de los intereses de su hijo o para evacuar consultas sobre el alcance de la capacidad de su hijo respecto de algún acto o negocio en particular.- En último término atendiendo a la falta de normativa específica como quedó expresado entiendo pertinente remitir una copia de la presente con la salvaguarda de la identidad del actor al Senado y Cámara de Diputados de la Nación, como así también a los representantes que posee nuestra Provincia en ambas cámaras a los efectos de que de considerarlo pertinente proceden al estudio y eventual legislación de la cuestión.- Por lo expuesto, doctrina, jurisprudencia y disposiciones citadas, RESUELVO: 1º) DENEGAR la petición de inhabilitación solicitada y DECRETAR LA INCAPACIDAD PARCIAL de J.A.S., DNI: ..., domiciliado en calle nº. de esta ciudad. Quién queda interdicto para REALIZAR ACTOS DE DISPOSICION, ADMINISTRACION, y GARANTIA, de bienes inmuebles, muebles registrables, y otros bienes de cualquier tipo cuyo importe supere el 50% de un salario mínimo vital y móvil, de cualquier naturaleza y por cualquier titulo inclusive los que refieran a ACEPTACION DE HERENCIAS y DONACIONES, o de GRAVAR los mismos. Y todo negocio que carezca de monto o sea indeterminado, o cuyo cumplimiento en cualquier forma importe superar la suma mencionada. Para realizar actos que importen cambiar su estado civil, reconocer hijos, u obligaciones alimentarias. Para ocupar cargos electivos, públicos o privados en los que intervenga de administrador o director;; y para intervenir en juicio, conservando sus derechos electorales activos, en elecciones generales como así también en entidades asociativas sin fines de lucro. El nombrado conserva todos los derechos no alcanzados por la interdicción, debiendo su ejercicio someterse a las leyes y reglamentos que los regulen- 2º) Nombrar como CURADORA, a su madre, Sra.M. E. V.de S., quién para realizar los actos en que es declarado incapaz su hijo deberá solicitar autorización judicial. Asimismo y sin perjuicio de los deberes propios de las relaciones parentales se le impone la obligación de informar a este Juzgado, de todas aquellas circunstancias que ameriten la intervención para salvaguarda de los intereses de su hijo o para evacuar consultas sobre el alcance de la capacidad de su hijo respecto de algún acto o negocio en particular. Por secretaría se recabará la aceptación del cargo,- 3º) LIBRESE OFICIOS a los REGISTROS de Estado y Capacidad de las Personas, y los de la Propiedad donde tuviera bienes el interesado, con todos los datos de rigor, con copia de la presente que se adjuntara.- 4º) OCURRAN en el plazo de CINCO AÑOS la curadora con el

