

## Insania Nuevo Codigo Civil Y Comercial Capacidad Restringida

### JURISPRUDENCIA

### Insania. Nuevo Código Civil y Comercial. Capacidad restringida

Se confirma la sentencia que declaró la insania del causante, al acreditarse que las limitaciones que presenta en su diario desenvolvimiento encuadran su situación en la categoría de incapaz conforme a las normas del nuevo Código Civil y Comercial.

En la ciudad de Mendoza a los tres días del mes de febrero de dos mil dieciseis, reunidos en la Sala de Acuerdos de la Excm. Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas, de Paz y Tributaria, las Dras. Alejandra Orbelli y Marina Isuani, no así la Dra. Silvina Miquel por encontrarse en uso de licencia, trajeron a deliberación para resolver en definitiva la causa N° 1651/02/4F/51697 caratulada: ?G. M. A. P/INSANIA?, originaria del Cuarto Juzgado de Familia de la Primera Circunscripción Judicial, venida a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Sra. Asesora de Menores a fs. 68, en contra la resolución de fs. 66 y vta., que ratificó la sentencia de fs. 37/38 que declara la incapacidad del Sr. M. Á. G.- Habiendo quedado en estado los autos a fs. 90, se practicó el sorteo que determina el art. 140 del C.P.C., arrojando el siguiente orden de votación: Dras. Marina Isuani, Alejandra Orbelli y Silvina Miquel.- De conformidad con lo dispuesto por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, se plantearon las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Es justa la sentencia apelada? SEGUNDA: Costas.-

**SOBRE LA PRIMERA CUESTION, LA DRA. MARINA ISUANI DIJO:** I.- Que a fs. 68, el Ministerio Pupilar apela la resolución obrante a fs. 66 y vta., por la cual se ratifica la sentencia dictada a fs. 37/38 que declara la insania del Sr. M. Á. G.- A fs. 73, obra la fundamentación del recurso deducido por la Sra. Asesora de Menores, quién manifiesta que pese a que la resolución del a-quo coincide con su criterio, por cuanto la incapacidad del causante se encuentra debidamente acreditada en autos, debió apelar la misma a los efectos de que se cumpla con una exigencia ineludible de la Ley (art. 307 inc. 7 del C.P.C.). De dicha fundamentación se corre traslado al Curador ad-litem. A fs. 75 se presenta la Dra. Marta O'Lery de Gil Posleman, titular de la Tercera Defensoría de Pobres y Ausentes, y contesta el traslado conferido solicitando una nueva valoración de los hechos, en el sentido mas favorable a la presunta incapaz y en función del interés común. Asimismo se notifica a fs. 86/88 a la curadora definitiva Sra. M. A. G., quien no contesta el traslado conferido.- II.- De las constancias de autos surge que a fs. 37/38 en fecha 26/08/2003 se declara la insania de M. Á. G., designándose curadora definitiva a la Sra. M. A. G., siendo confirmada dicha resolución a fs. 47, por resolución dictada por este Tribunal en fecha 15/10/2003. A fs. 57 en fecha 04/11/2014 acepta el cargo de curadora definitiva la Sra. M. A. G.. A fs. 59 se presenta la Dra. Verónica Inés Elespe, Asesora de la Tercer Asesoría de Menores e Incapaces y de conformidad con lo dispuesto por la Ley de Salud Mental N°26657 solicita amplio diagnóstico social por profesionales del CAI en el domicilio de la Sr. G. y examen psiquiátrico a realizarse por intermedio del Cuerpo Medico Forense y Criminalístico del causante. A fs. 62 obra glosado dictamen del CAI y a fs. 63 obra examen psíquico efectuado por el Cuerpo Médico Forense y Criminalístico informando que el causante debe ser incluido en el Art. 141 del Código Civil. A fs. 66 en fecha 27/03/2015 se dicta resolución ratificando la sentencia de fs. 37/38 en todas sus partes, la cual es apelada a fs. 68 en fecha 01/04/2015 por la Asesora de Menores e Incapaces.- III.- Antes que nada corresponde aclarar que atento a la reciente sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994 promulgada según Decreto 1795/2014 y publicado en el Boletín Oficial N° 32.985 del 8-10-2014; con la modificación introducida por la Ley N° 27.077 cuyo Art. 1° sustituyó el Art. 7° de aquella y dispuso su entrada en vigencia a partir del 1° de agosto de 2015, la presente causa será resuelta con arreglo a dicha Ley. En rigor el Código Civil y Comercial de la Nación en lo que respecta a inhabilitación e incapacidad, no hace más que plasmar en su articulado disposiciones que en cierta medida ya regían en el derecho argentino ya sea por haber sido contempladas expresamente en la ley 26.657 o estar contenidas en los tratados internacionales suscriptos por nuestro país y cuya operatividad resulta indiscutida (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). Así, si bien en el Código de Vélez no existía una enunciación de las reglas generales que rigen la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica que sí contiene el art. 31 del C.C.C.N., las mismas ya constituían derecho vigente por estar establecidas en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, arts. 3, 4, 7, 10 de la ley 26.657; arts. 12 y 19 de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de Naciones Unidas, integrados a la ley 26.657 por su art. 2. Lo mismo sucede con el art. 32 que establece los extremos que deben presentarse a fin de restringir judicialmente la capacidad de una persona o en su caso declarar su incapacidad, reproduciendo lo establecido ya por el art. 12 de la mentada Convención y art. 4 de la ley 26.657. Asimismo el Art. 32 limita la declaración de incapacidad y la designación de un curador a los supuestos de personas que se encuentran absolutamente imposibilitadas de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio, o formato adecuado y el sistema de apoyo resulte ineficaz. Por otra parte las reglas procesales que incluye el Cód. Civ. y Com. reproducen en gran medida, algunas con variantes, aquellas tradicionales que traían el

Código de Vélez y la ley de salud mental en materia de declaración de incapacidad. Estimo que en estos casos se impone la aplicación inmediata de la nueva ley toda vez que estamos en presencia de una situación jurídica que se venía gestando, que no es instantánea, que no se ha consumado sino que, por el contrario, perdura en el tiempo. Ahora bien, a partir de la incorporación del art. 152 ter al Código Civil, tanto en las sentencias de incapacidad como en las de inhabilitación se debían especificar las funciones y actos que se limitaban a la persona, y se debía designar un curador que cumpliera funciones de representación o asistencia respecto de los actos cuyo ejercicio se limitaba. La Cámara de Apelaciones de Familia en relación al art. 152 del anterior Código Civil reformado por la ley 26.657 interpretó en fallo de fecha 3/08/2012, Expte. N° 15/12 ? Bruno María Belén p/ Medidas de apoyo y salvaguarda (LS06-366), que tanto la inhabilitación del art. 152 bis como la incapacidad del art. 141 se mantenían, teniendo en cuenta entre otras razones que las normas relacionadas con los incapaces absolutos de hecho, no habían sido derogadas Así: el art. 54 inc.3 C.C. que reputaba incapaces absolutos de obrar a los dementes; el art. 56 que establecía la representación de los dementes por el curador que se les nombre; el art. 62 que extendía los efectos de la representación de los incapaces a todos los actos de la vida civil que no fueren exceptuados por el Código; los arts. 468, 469, 472 y 473 del mismo cuerpo legal, que regulaban la curatela y la nulidad de los actos jurídicos realizados por los dementes luego de la sentencia que los declara incapaz y de los anteriores cuando la enfermedad mental era pública. También hicimos referencia, a que, la entonces proyectada reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, no derogaba la categoría de incapaz absoluto. Allí se resolvió que frente a cada caso concreto el juez podía, según lo requirieran las circunstancias que se presentaran, declarar la incapacidad absoluta o relativa de obrar, señalando en el primer caso, qué actos podía el insano realizar por sí sólo sin la representación del curador y cuáles con su asistencia y en el segundo caso, para qué actos necesitaba de la asistencia del curador o un tercero facilitador y con qué carácter; o podía disponer medidas de apoyo sin necesidad de declararlo incapaz o inhabilitarla cuando ello no resultaba necesario para su adecuada protección jurídica. Esta era la posición de prestigiosa doctrina que sostenía que ?la nueva ley no deroga ni modifica los artículos 54, 55, 56, 57, 58, 141, 152 (primero y segundo párrafo), 472, 473, 474, 1041, ni ningún otro que los dos mencionados en sus ?disposiciones complementarias? (incorpora el 152 ter y modifica el artículo 482). Así, siguen existiendo en el Código incapaces de hecho absolutos (entre ellos los dementes) y los inhabilitados (dentro de los cuales están los disminuidos en sus facultades mentales sin llegar al supuesto de la demencia). Como todos sabemos, en el régimen del Código Civil, el incapaz absoluto no puede, en principio, ejercer derechos por sí mismo y depende de representación de su curador. El inhabilitado, en cambio, es una persona en principio capaz que a causa de la inhabilitación tendrá disminuida su capacidad de obrar (disposición por actos entre vivos y los actos de administración que le restrinja la sentencia). La nulidad relativa es la sanción para los actos celebrados en contravención con lo dispuesto en dichas normas; el acto puede ser confirmado. Parecería que en el campo de los ?dementes? (tal la terminología del Código no modificada), la nueva norma ha querido ?cambiar el paradigma? disponiendo en el artículo 152 ter que los jueces tendrán que establecer en la sentencia los actos que limiten su capacidad. Con ello ahora no sólo los inhabilitados, sino también los incapaces del artículo 54 son ?en principio capaces? para todos los actos que el juez no limite en su sentencia. Parte de nuestra doctrina defiende la posición de la ley, argumentando que ella respeta el principio de capacidad progresiva y lo prescripto por los tratados internacionales que nuestro país ratificó. Nadie está hoy en contra de la capacidad progresiva, que significa ir reconociendo el ejercicio de los derechos en la medida real de las aptitudes físicas y psíquicas de la personas, pero no hay que perder de vista aquello que nos enseñaron en el primer curso de Derecho Civil: la incapacidad de hecho no es un ?castigo?, sino una forma de ?protección?. Hay consenso doctrinario y judicial en que hoy se protege mejor a las personas con discapacidades sin desplazarlas totalmente en su accionar por su representante, pero si invertimos la regla, al considerarlo capaz al incapaz de hecho, estamos diciendo que puede ejercer todos los actos salvo los que limite la sentencia; de esa forma, lejos de proteger al enfermo mental, lo estamos dejando ?desamparado?. Lo lógico, y hacia allí debería ir una futura reforma, sería mantener el principio de incapacidad (para los incapaces) y que la sentencia estableciera claramente cuáles actos pueden realizar por sí mismos sin requerir representación o, eventualmente, aquellos que requerirán de un régimen de asistencia. ( cfr. Covi, Luis Daniel, ?Capacidad de las personas con padecimientos mentales , LA LEY 25/10/2011, 25/10/2011, 1 - LA LEY2011-F, 758 Cita Online: AR/DOC/3292/2011\*). El actual art. 32, si bien mantiene la condición de incapaz absoluto, la limita a supuestos excepcionales en donde por la alteración mental de la persona, no solamente se estime que del ejercicio de su capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes, sino que además se requiere que la misma se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo. Así se ha dicho que ?la incapacidad es el supuesto de excepción en el nuevo régimen. A su turno, y aún admitida como opción viable, el Código exige también un criterio objetivo, que excede de un diagnóstico de la persona y/o a su pertenencia a un grupo social. Lo que califica es la situación de la persona: absoluta imposibilidad de interacción y/o comunicación por cualquier modo, medio o formato adecuado. La imposibilidad no es cualquier dificultad o complejidad, sino que debe ser un impedimento de carácter absoluto, tal como exige la norma. Se trata de aquella persona que se encuentra en situación de ausencia de conciencia de sí, de su

alrededor, carente e imposibilitada de comunicación con el entorno, con otras personas, y por todo lo cual un sistema de apoyo aparece insuficiente, correspondiendo entonces la figura de un curador que ejerza representación pura (cfr. Fernández, Silvia A., su comentario al art. 32 en ?Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, coor. Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián, tomo 1, pág. 87, Sistema Argen-tino de Información Jurídica). Hay dos requisitos esenciales de procedencia para la declaración de incapacidad: ? 1) imposibilidad absoluta de manifestación de la voluntad, aun utilizando tecnologías adecuadas; 2) que el sistema de apoyos resulte ineficaz. Caso contrario corresponderá, eventualmente, una sentencia de capacidad restringida y la consecuente designación de apoyos (cfr. Olmo, Juan Pablo, su comentario al art. 32 en ?Código Civil y Comercial de la Nación Comentado - Tomo I?, Directores Julio César Rivera Graciela Medina, Coordinador, Mariano Esper. Ed. La Ley. 2.014). Tal como ya lo expresara, corresponde entonces analizar la cuestión venida en recurso a la luz de la nueva normativa vigente. Bajo la vigencia del Código de Vélez, para la procedencia de la declaración de incapacidad de los enfermos mentales, se exigía la concurrencia de una serie de recaudos formales y sustanciales. Dichos requisitos son exigidos en el código vigente: legitimación (art. 33); examen de profesionales (art. 31 inc. c) y 37); verificación de la dolencia por el Juez (art. 35). Los presupuestos sustanciales están contemplados en el art. 32 al exigir que se trate de una persona que padece una adicción o alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar un daño a su persona o a sus bienes. Los requisitos formales estaban establecidos en los arts. 140 y 142 del Código anterior. El art. 144 establecía quiénes pueden pedir la declaración de demencia. Actualmente dichos presupuestos están contenidos en los arts, 22, 31 inc. a) y c) 33 y 37. Complementando las previsiones de la Ley de fondo nuestro C.P.C., en resguardo de la capacidad de las personas, establece en su art. 305 inc. 1) que: ?tienen personería para intervenir en el proceso por declaración de insania...el cónyuge, los ascendientes y descendientes sin limitación de grado, los hermanos y el Ministerio Pupilar?. A su vez el art. 306 exige acompañar con la demanda un ?certificado médico que acredite el estado mental? del demandado, facultando al Juez el art. 307 del mismo cuerpo legal, en su inc. 1) últ. párr., a pedir ?un informe a la Oficina Técnica correspondiente o Médico de Tribunales?, siendo dos peritos por lo menos conforme el inc. 5ª de esta última norma indispensable para declarar la insania.- En lo que hace a los recaudos sustanciales, ellos estaban con-templados por los arts. 141 y 468 del Código Civil y de sus términos podían considerarse que el requisito previo para poder declarar la incapacidad de una persona era que se encontrara afectada por una enfermedad mental típica, cualquiera sea su denominación y ubicación dentro del cuadro de las enfermedades mentales que la ciencia psiquiátrica de cada tiempo pueda formular. En la actualidad la capacidad restringida está basado en un criterio interdisciplinario y compuesto de dos presupuestos: a) el intrínseco: debe tratarse de una persona mayor de 13 años que padece de una adicción o una alteración mental permanente y prolongada de suficiente gravedad: el art. 32 aborda un criterio subjetivo, que hace alusión concreta a la persona que padezca una adicción o alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad. Pero desde un análisis hermenéutico que tenga presente los principios del art. 31 y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, el criterio determinante para la restricción debe estar desligado de la pertenencia de una persona a un grupo social, y no debe ser supeditado exclusivamente a una etiqueta o diagnóstico médico o psiquiátrico, sino que principalmente deberá basarse en las posibilidades circunstanciales de comprensión de la naturaleza y consecuencias del acto por parte de la persona: y b) el extrínseco: debe valorarse si, con relación a uno ciertos actos determinados, del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes (cfr. Kraut, Alfredo Jorge y Palacios, Agustina, su comentario al art. 32 en ?Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado?, Lorenzetti, Ricardo Luis, Director, De Lorenzo, Miguel Federico y Lorenzetti, Pablo, coordinadores, tomo 1, pág. 143 y ss, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.) En la pericia agregada a fs. 63 los profesionales intervinientes llegan a la conclusión que M. Á. G. se encuentra vigil, desorientado orientado en tiempo, espacio y situación. No se comunica verbalmente. Señala las cosas que necesita, Controla esfínteres. Necesita que lo bañen. Come solo, deambula solo. No sale de la casa solo. Colabora en tareas sencillas de la casa. No se encuentra en condiciones de prestar consentimiento informado para el suministro de medicación. Su patología es crónica e irreversible. Juicio critico insuficiente. Necesita supervisión d terceros en forma permanente. Dado el tipo de psicopatología descripta, retraso mental grave, epilepsia, con supervisión de persona responsable se lo incluye en el Art. 141 del Código Civil y Comercial vigente a la fecha en que se practicara el examen. Estimo que atento al diagnóstico social emitido por el CAI (fs. 62) y examen psíquico (fs.63) y las limitaciones que presenta M. Á. G. en su diario desenvolvimiento, encuadran su situación en la categoría de incapaz conforme a la nueva normativa sustancial plenamente aplicable al caso y a los nuevos paradigmas que guiaron su dictado. Es por ello que corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar en todas sus partes la resolución de fs. 66 y vta. Así voto.- Sobre la misma cuestión la Dra. Orbelli adhiere al voto que antecede.- **SOBRE LA SEGUNDA CUESTION, LA DRA. MARINA ISUANI DIJO:** Atento a la naturaleza del presente proceso, no corresponde emitir pronunciamiento sobre las costas del recurso de apelación promovido por el Ministerio Pupilar (arts. 308 del C.P.C.).- Así voto.- Sobre la misma cuestión la Dra. Orbelli adhiere al voto que antecede.-

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, pasándose a dictar sentencia, la que a continuación se inserta.- SENTENCIA:  
Mendoza, 03 de febrero de 2016.- Y VISTOS: Por los motivos dados, la Cámara; RESUELVE: I.- Rechazar el recurso de  
apelación interpuesto y confirmar en todas sus partes la resolución de fs. 66 y vta. II.- Omitir pronunciamiento sobre las costas  
en esta instancia.- NOTIFIQUESE Y BAJEN.- Dra. Marina Isuani -Juez de Cámara- Dra. Alejandra Orbelli -Juez de  
Cámara- SE DEJA CONSTANCIA QUE LA PRESENTE RESOLUCION ES FIRMADA POR DOS MAGISTRADOS  
ATENTO A ENCONTRARSE DE LICENCIA LA Dra. SILVINA MIQUEL (ART. 88 Ap. III del C.P.C. LEY 3800) Dr.  
Marcelo Daniel OLIVERA -Secretario- Correlaciones: CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA  
NACIÓN - LIBRO I - TÍTULO I - CAPÍTULO 2 - SECCIÓN 3ª - PARÁGRAFO 1º Principios comunes (arts. 31 a 42) D.,  
J. s/insania y curatela - Cám. Civ. y Com. Mar del Plata - Sala III - 22/12/2015 Herrera, Julián, LA EVALUACIÓN  
INTERDISCIPLINARIA EN LOS CASOS DE RESTRICCIÓN AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN EL  
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, Erreius on line, Abril 2015, 005512E