



Provincia del
Chubut



MINISTERIO DE LA
DEFENSA PÚBLICA
PROVINCIA DEL CHUBUT

EL CURADOR PROVISORIO ES SOLO CAUTELAR

(ó La Convención es mas importante que el CPCC)

Todos están acostumbrados a manejar el término CURADOR, pero en realidad no todos, salvo los abogados, saben ¿Qué es un curador? Que puede y no puede hacer...Y cuál es, en definitiva su función?...

Comencemos por algo básico: el curador es **como un tutor** y tiene que **cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud.** (art. 138 Código Civil y Comercial)

Pero además, el tutor tiene que **BRINDAR PROTECCIÓN A LA PERSONA Y BIENES DE QUIEN NO HA ALCANZADO LA PLENITUD DE SU CAPACIDAD CIVIL CUANDO NO HAYA PERSONA QUE EJERZA LA RESPONSABILIDAD.**

Estas dos figuras, ensambladas entonces, nos dan el marco normativo por el cual debe actuar un curador: **REPRESENTANDO Y CUIDANDO A QUIEN NO TIENE CAPACIDAD.**

En el viejo Código Civil como el actual Código de Procedimientos Civil y Comercial, han previsto la figura del CURADOR PROVISORIO, esto es, la persona que designa el juez para que cumpla esta función que acabo de describir durante el que se llamaba **PROCESO DE DECLARACION DE INSANIA O INHABILITACION.**

Vélez Sarsfield, siguiendo un paradigma tutelar vigente al momento, estableció que al momento de iniciarse un proceso de declaración de demencia, debía designarse un curador provisorio que **lo represente y lo defienda** en el pleito, hasta que se pronuncie la sentencia definitiva (ART. 147). O también llamado **curador ad litem** (es decir curador durante el proceso). **Ah...y además ser tutor de los hijos de su representado (art 140 CCyC)**

Autores clásicos del derecho del siglo XX discutían sobre cuál era el rol que debía desempeñar, mientras que para Llambías, era un *mero auxiliar del juez que debía actuar objetivamente*, para Orgas debía ser *un genuino abogado de la persona y contradecir el pedido de la declaración de demencia.*

Y en el medio de esta discusión, estaba entrampada la persona bajo este paradigma tutelar, donde se entendía que la persona sometida el proceso, no necesita defensa o no necesita una defensa en sentido estricto, porque el proceso se le sigue en su favor, no en su contra. Así, por ejemplo en el año 1992, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal decía cosas como esta: **"...para el incapaz lo más importante no es el dictado de la sentencia de incapacidad, si no la posterior actividad de control sobre su**

persona y la de su curador, que debe realizar el juez, con la concurrencia del MINISTERIO de INCAPACES ...”¹

Para reforzar esta posición ideológica, los códigos de procedimientos judiciales en todas las provincias, establecieron que al iniciarse el proceso de declaración de incapacidad o de demencia, el juez designará un curador provisional cuyas funciones subsistirán hasta que se discierna la curatela definitiva o se desestime la demanda.

Ahora, con la puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, se ha producido un cambio de paradigma importantísimo tratando de reflejar los derechos incluidos en la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, y estableciendo nuevos derechos en este código y tratando de suprimir aquellos que se correspondían con un sistema tutelar.

Así, la figura del curador, aparece solamente en el artículo 32 para los casos excepcionales cuando la persona se encuentre *absolutamente imposibilitada de interacción con su entorno y de expresar su voluntad por cualquier medio, modo o formato adecuado y el sistema de apoyo resulte ineficaz*. Y durante el proceso sólo para determinados actos cautelares que necesiten asistencia especial.

Y en el artículo 36, en cuanto a la intervención del interesado en el proceso se afirma que ***al iniciarse el pedido de restricción de la capacidad si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que lo represente y le preste asistencia letrada en el juicio***. Garantizando de esa forma el derecho de acceso a la justicia incluyendo el de defensa en juicio, que no es cualquier derecho, sobre todo para este grupo tan silenciado de personas. Es el derecho esencial, del cual quizás llegan a depender todos los demás incluso el derecho a la vida, si consideramos que en la Argentina y según un informe del CELS/2007, se seguían practicando esterilizaciones forzadas a mujeres declaradas insanas sin contar con su consentimiento informado, se seguían usando terapias de electroshock cuestionadas por la OMS, etc.

Entonces, el proceso de cambio puede resumirse de la siguiente manera:

Código de Vélez desde 1869 hasta julio 2015: Proceso de demencia designación de curador provisorio durante el proceso judicial hasta la sentencia;

Código Civil y Comercial a partir de agosto 2015: el curador es excepcional y en los procesos cautelares y aparece la figura del abogado que le preste asistencia letrada en todo el juicio.

Entonces, la designación de CURADOR PROVISORIO ya no es la regla, sino la excepción.

¹ - (dictamen del asesor de menores de cámara)- (Cámara Nacional De Apelaciones En Lo Civil, sala A. Fecha: 7/10/1992, la ley 1993,DJ 1993-I, 647. Partes C.J.F.)



Provincia del
Chubut



MINISTERIO DE LA
DEFENSA PÚBLICA
PROVINCIA DEL CHUBUT

Aunque el Código Civil de Vélez Sarsfield ha sido reemplazado, el Código de Procedimientos que antes les mencioné sigue vigente, y con él los operadores jurídicos de toda la provincia seguimos leyendo la letra procesal como norma principal, y no sólo de primera instancia -aclaro- ya que aún siguen designando o ratificando la participación de CURADORES PROVISORIOS a las personas involucradas en un proceso judicial, sólo porque lo menciona en el Código de Procedimiento.

O en su caso, además de CURADORES PROVISORIOS también designan ABOGADOS DEFENSORES, por las dudas o porque lo dice el nuevo Código, pero en este caso ni siquiera se le permite a la persona elegir la designación de su propio abogado, sino que directamente se le designa un abogado del Estado.

Siguen citándose en las resoluciones, autores clásicos que fueron destacados en un proceso civil cuya característica era esencialmente tutelar, mientras que en la actualidad el razonamiento debe variar a un paradigma completamente distinto, analizado y operativizado en clave de derechos humanos.

Estos problemas de interpretación, en la aplicación de las normas surgen porque aquella íntima relación existente HASTA 31 de julio de 2015 entre CÓDIGO CIVIL (derogado a partir del 01 de agosto de 2015) y Código Procesal Civil y Comercial (sin reformar) sigue vigente solo en el razonamiento de los operadores jurídicos.

La Convención es más importante que el CPCC

La constitucionalización del derecho privado que es quizás, la más importante reforma que se ha producido en la historia jurídica argentina y que entró en vigencia el pasado mes de agosto con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, contiene las reglas de fuente, es decir cual es la ley (art 1) que debo aplicar para resolver un caso, y cómo debo interpretarla (art 2). En ambos artículos remiten a los tratados internacionales de derechos humanos en los que la Argentina sea parte. Pero no sólo alcanza a los tratados internacionales de derechos humanos, sino también a los antecedentes de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a las interpretaciones de la Comisión Interamericana Derechos Humanos, a lo dicho por los Comité de interpretación de cada uno de los tratados de derechos humanos, las Opiniones Consultivas, las Observaciones Generales, etc etc., lo que garantiza muchas interpretaciones especializadas sobre cómo resolver cada caso en concreto. Y que vienen desde hace mucho tiempo diciendo cómo debe aplicarse la ley.

Pero fíjense que cuando hablamos de los derechos de las personas con discapacidad, no sólo estamos hablando de la Convención específica sino que también hablamos de los derechos garantizados en:

- Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)
- Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)
- Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)
- Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)
- Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)
- Convención del Derecho de los Tratados (Convención de Viena)
- 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental - ya incluida en el texto de la 26657
- Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud
- los Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas

A todo este marco normativo me da acceso el nuevo Código Civil y Comercial y sin embargo nosotros, la mayoría de los operadores jurídicos, seguimos mirando lo que dice el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chubut, que – dicho sea de paso- está tratando de modificarse desde hace como 10 años y aún sigue así.

Como es sabido, el Derecho procesal, es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas de los sujetos procesales y la aplicación de leyes civiles a los casos concretos de controversia de las partes. Por lo tanto no es un derecho autónomo, sino que es el instrumento para que los derechos de fondo puedan realizarse en un proceso ante un órgano jurisdiccional. Al decidir nuestro país, modificar el derecho sustancial, es evidente que algunos clásicos institutos del derecho formal quedan heridos de muerte, por ello, los magistrados necesitaran recurrir a la creación de nuevas figuras, por aplicación del **control de convencionalidad** y una novedosa aplicación del principio de **iura novit curia**, con el fin de permitir que las partes puedan reflejar



Provincia del
Chubut



MINISTERIO DE LA
DEFENSA PÚBLICA
PROVINCIA DEL CHUBUT

sus derechos constitucionales plenamente vigentes y que no encuentran en el cuerpo procesal provincial actual un camino adecuado para la controversias que tienen que resolver.

Un Código Procesal Civil y Comercial que especialmente en cuanto a los derechos de las personas con discapacidad en relación con la legislación de fondo es desechable porque, solo como ejemplo:

- a. Desde el nombre del trámite –Declaración de Incapacidad o Inhabilitación- debe variar a Proceso de Determinación de la Restricción de la Capacidad;
- b. No contiene medidas de ajuste razonable (art. 12 CDPCD) lo que implicaría no hacer más una cedula de notificación para anotar a la persona y que reclame el Oficial Notificador una FIRMA de una persona con discapacidad en la de la iniciación de un proceso de restricción de capacidad y lo que implica. Debería suplirse con una audiencia donde se utilicen todos los medios técnicos que permitan una adecuada comunicación;
- c. No contiene el principio de inmediación (art. 35 y 36 del CCyC) para lo cual debería establecerse una audiencia en cada oportunidad previo al dictado de una resolución;
- d. Debe desaparecer la figura del curador provisorio como regla y dejarlo como excepción (art. 32 in fine del CCyC);
- e. El juez puede disponer de cualquier equipo interdisciplinario especializado para la realización de las pericias;
- f. Deben establecerse pautas para la selección de los sistemas de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona cuya capacidad se restrinja (art 12 CDPCD y 43 del CCyC);
- g. Debe determinarse que organismo cumpla con la función de salvaguarda (art 12 CDPCD) a los fines de controlar el sistema de apoyo asignado en la sentencia;

Esta es, entonces la discusión local, en la cual desde esta ciudad de Rawson y Trelew los Defensores Públicos estamos embarcados, porque entendemos que la reforma de Código Civil y Comercial ha producido un cambio de paradigma importantísimo que viene a romper aquélla estrecha relación entre normas nacionales de fondo y provinciales de procedimiento. Todos los operadores deben

aplicar –y tienen facultades para ello por el control de convencionalidad- a los fines de garantizar efectivamente los derechos de este grupo vulnerable.

Ahora bien ¿ésta es sólo una discusión procesal? Es una discusión de forma?

No, es una discusión de fondo, en realidad de lo que estamos hablando es del respeto a la CAPACIDAD JURÍDICA de todas las personas, especialmente de las personas con discapacidad contenida en el art 12 de la Convención.

Michael Bach ² destaca algo tan simple como que **“tener capacidad jurídica de obrar propia resulta central para la forma en que una persona puede formar su potestad como persona. Si uno puede heredar un bien (en virtud del derecho a la personalidad jurídica reconocida según la interpretación mayoritaria del artículo 16 del PIDCP), pero no puede enajenar dicho bien para adquirir otros bienes necesarios para un proyecto de vida personal (debido a que se considera que uno no dispone de la capacidad jurídica necesaria para realizar tales actos), es difícil ver el modo en el cual la personalidad de la persona se ve efectivamente reconocida y protegida”** O que un Banco me permita hacer un depósito pero luego cuando quiero retirar el dinero me dicen que no tengo capacidad para ello y necesito un curador.

El mismo Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General sobre el art 12 de la Convención, afirmó que **hay un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 12 de la Convención. Ciertamente, no se ha comprendido en general que el modelo de discapacidad basado en derechos humanos implica pasar del paradigma de la sustitución en la adopción de decisiones a uno basado en el apoyo para tomarlas** y por supuesto que un CURADOR, provisorio o definitivo, NO ES UN SISTEMA DE APOYOS, sino todo lo contrario, es realmente y sin eufemismos procesales, un medio para la SUSTITUCIÓN DE DECISIONES.

También afirma Bariffi ³: **“El primer elemento central del art. 12.2 es la “garantía” de igualdad en el goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad más básicos y fundamentales como la vida, la integridad física y psíquica, la igualdad y la libertad. Se trata de**

² - BACH M (2012)-“El derecho a la capacidad jurídica a la luz de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa” en BARIFFI, F & PALACIOS A., Coordinadores- mencionado en BARIFFI Francisco José – El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad” – Editorial CINCA 2011 – pag 257 nota n° 534 - Michael Bach, director administrativo del Instituto para la Investigación y el Desarrollo sobre la Inclusión y Sociedad (IRIS) Canadá

³ - Francisco Bariffi - Coordinador de la Red Iberoamericana de Expertos sobre la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Conferencia que puede ser consultada íntegramente en la siguiente dirección web:
http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/conferencia_cdpd/Ponencias/francisco_bariffi_mesa2.pdf



Provincia del
Chubut



MINISTERIO DE LA
DEFENSA PÚBLICA
PROVINCIA DEL CHUBUT

una "garantía" que implica un cambio de paradigma y con ello frente a un cambio radical del sistema imperante. Quizás sólo comparable con el cambio de paradigma que supuso en su momento la implementación del principio de legalidad en el derecho penal y que obliga a los Estado a "garantizar" ciertos derechos sin excepción y bajo pena de incumplir con las normas básicas de derechos humanos, como el derecho de defensa en juicio, la inviolabilidad de la persona, el principio de "no hay crimen sin ley que lo defina" por nombrar sólo algunos.

Entonces, el Estado debe garantizar estos derechos derivados del compromiso internacional por aplicación de la Convención de Viena de los Tratados (art 27) que ya ha sido aplicado en innumerables fallos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando establece las pautas mínimas de análisis del CONTROL DE CONVENCIONALIDAD creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que no pueden los operadores jurídicos, invocar una legislación provincial procesal que ha quedado vetusta en relación con varios tratados internacionales, al cambiar la legislación de fondo que pretende operativizar.

En sintonía con lo que vengo afirmando, a principios de este mes, se realizó en la ciudad de Bahía Blanca un Congreso de Derecho Civil, donde se concluyó en la Comisión N° 1 sobre CAPACIDAD RESTRINGIDA E INCAPACIDAD que:

"...La persona implicada en un proceso de determinación judicial de su capacidad jurídica es capaz durante ese proceso, con excepción de aquellos actos o funciones que eventualmente sean objeto de medidas cautelares en los términos del artículo 34 del CCyC y en cumplimiento de los criterios generales sobre el carácter excepcional de tales restricciones..."

Entonces, la plena capacidad es la regla que debe aplicarse indefectiblemente y la figura del Curador tanto Provisorio o Definitivo es la excepción, así que desde este **II Foro de Salud Mental y Derechos Humanos** ⁴ **reclamamos que se abandone esta práctica de mirar ese Código Procesal Civil y Comercial como único camino para la toma de decisiones vinculadas con los derechos de las personas con discapacidad.**

Es cierto que estas diferencias de criterio en la interpretación jurídica de los derechos, es producto de una época de cambio que debe ser interpretada como un proceso positivo que nos lleva al ejercicio efectivo

⁴ - II Foro de Salud Mental y Derechos Humanos celebrado en Rawson Chubut, el día 16 de Octubre de 2015, organizado por la Mesa Interinstitucional de Salud Mental de dicha ciudad

de más derechos. Y que habrá más discusiones, mas resoluciones contradictorias así como criterios obsoletos aplicados como solución a casos nuevos, porque como dijo el **Lic Aguaysol** en el I Foro de Salud Mental y Derechos Humanos del año pasado, ***"...nadie se acuesta medioeval y al otro día se levanta renacentista..."***

Pero también es cierto que mucha gente está ya cansada de esperar a que sus derechos se hagan realidad.

Es nuestra responsabilidad profesional poner en crisis estas situaciones, ayudando a crear mejores y más justas soluciones para que de una vez por todas los derechos lleguen efectivamente a todas las personas. Y en este sentido de ideas, me viene al recuerdo las palabras de Michael Foucault que afirmó: **"El papel del intelectual no es el de situarse «un poco en avance o un poco al margen» para decir la muda verdad de todos; es ante todo luchar contra las formas de poder allí donde éste es a la vez el objeto y el instrumento: en el orden del «saber», de la «verdad», de la «conciencia» del «discurso»..."**⁵.

⁵ - Entrevista Michel Foucault por Gilles Deleuze. "Microfísica del Poder". M. Foucault. Edit. La Epiqueta. Madrid. (pp. 77 – 86.) en: <http://ceguch.8m.com/foucault.htm>