

LA INCAPACIDAD COMO VARIABLE*1

Por **Nelly Taiana de Brandi** y **Luis Rogelio Llorens**

La demencia y la evolución histórica del concepto

Larga, lenta y dificultosa ha sido la evolución histórica de los conceptos “**incapacidad**” y “**demencia**”. En los albores de la humanidad el demente era suprimido físicamente; en el medioevo recibió el trato de un “poseído por el demonio” a quien había que exorcizar y, mientras tanto, mantener segregado, aislado. Luego fueron excluidos en internados correccionales. Fue poco antes de la Revolución Francesa cuando el Dr. Felipe Pinel reconoció a la demencia como una enfermedad a la que era menester atender como tal, recomendando un trato humanitario.

Pero, recién en el transcurso del siglo XX, se ha reconocido en el demente a una persona humana, titular de derechos. Tal reconocimiento no ha sido suficiente para modificar su trato discriminatorio y la valoración negativa de la persona afectada, tanto en la sociedad como en la legislación. Muestra de ello es la designación peyorativa que reciben los dementes: “causante”, la sustitución de su persona por el curador, así como la falta de previsión de la ley en cuanto a la obligación judicial de escucharlo en forma previa a cualquier resolución que los involucre.

Adecuación del concepto de incapacidad

Ha llegado el momento de dar forma a un nuevo concepto de “**incapacidad**” y, sobre todo, de proveerle al supuesto “**incapaz**” un **tratamiento médico-jurídico** distinto, personalizado, adecuado a cada caso, que elimine para los

*Publicado en www.astrea.com.ar

(1) Emanuelle Calò, *Il ritorno della volontà*, 1999, Dot A Giuffrè SpA, Milano, Italia.

pacientes el abandono y la reclusión y les asegure su mayor permanencia dentro de la comunidad y la familia a la que pertenecen, verdaderos ámbitos de contención.

Esa adecuación particular, personal, es la que señala el artículo 152 bis², que más allá de sus defectos y remisión al régimen de la interdicción, dispone la flexibilización del régimen de protección: “[...] *Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso*”.

La crítica que hace Llambías a este párrafo es, a nuestro entender, el principal mérito de la norma. Dice el autor: “[...] *Finalmente, nos parece inconveniente la extrema flexibilidad del contenido de la inhabilitación, a que autoriza la parte final del art. 152 bis, según ‘las circunstancias del caso’ [...] La incapacidad es asunto que ha de regularse a través de categorías uniformes [...] En función de las circunstancias del caso el arbitrio judicial a que da pábulo la directiva aludida, podrá crear inhabilitaciones sui generis [...] Esa extrema flexibilización del régimen de la inhabilitación puede llevarlo a su fracaso, por la imposibilidad de hacer conocer a los terceros todos los matices que puedan presentar las restricciones de capacidad peculiares de cada inhabilitado [...]*”.

Justamente esos matices son los que debe tomar en cuenta el juez al decidir, de tal manera de no cercenar la actuación del enfermo más allá de lo necesario y permitir la estimulación de sus partes sanas, que las hay en toda persona. En todo caso, en un principio la publicidad en protección de los terceros se agotará en la exteriorización de la existencia de sentencia de inhabilitación; para conocer sus alcances el interesado deberá recurrir al contenido cartular, o sea, al texto de aquélla en cada caso.

La dicotomía entre capacidad e incapacidad es sólo una división de laboratorio que influye negativamente y distorsiona estudios e investigaciones.

En la realidad cotidiana debemos aceptar que la incapacidad se presenta en grados o facetas, y que en toda persona enferma hay zonas sanas que deben ser protegidas y estimuladas. El rechazo o el temor que su trato ha provocado en extraños y propios, el sinnúmero de prejuicios y reservas intelectuales, la ignorancia, no hacen sino ahondar lo enfermo y paralizar o destruir los sectores sanos. Dice Luis César Guedes Arroyo³ refiriéndose a los ancianos y nosotros lo

(2) 1 Artículo 152 bis – Podrá inhabilitarse judicialmente:

1º ...

2º A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio.

3º ...

Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

(3) Guedes Arroyo, Luis C., trabajo presentado a las IV Jornadas de Reingeniería en Salud Mental y II Jornadas de Salud Mental y Derecho. Noviembre 2000.

extendemos a todos los incompetentes, sean ellos jóvenes, adultos o ancianos: “[...] *merecen preferencia y, sin embargo, ni siquiera les ofrecemos igualdad*”.

Desde ya rechazamos para nuestro enfermo el término “*causante*”, que utiliza el proceso tribunalicio para ellos, extendiendo la denominación que reserva para las personas fallecidas. En el supuesto que nos ocupa se trata de cuestiones de vida y no de muerte.

Estamos frente a **un ser humano diferente** en menor o mayor grado, que es, que continúa siendo persona y que, más aún, puede recuperarse de su ineptitud actual, sanando zonas fronterizas o recuperándose totalmente. De todos modos, necesita **aprender a vivir** como es.

Importancia de la comunidad y la familia

Tanto la familia como la comunidad son necesarias para la formación y desarrollo del incompetente en el lenguaje bioético, del incapaz o discapacitado, según el derecho. Debe concluir la división de la humanidad entre capaces e incapaces como dos campos absolutos, pues ella no se adecua a la realidad.

La consigna debe ser: a) llegar a la declaración de incapacidad –art. 141 CC⁴– como medida extrema y acudir, en la generalidad de los casos, a la inhabilitación –art. 152 bis CC–; b) terminar con los depósitos de “*irrecuperables*” convertidos en números para instalar centros de salud humanos y solidarios; c) propiciar el régimen de atención ambulatoria en todos los supuestos en que sea posible y, en todo caso, trabajar para llegar a ella; d) proveerles actividades que puedan realizar de tal manera de contribuir a su autoestima e independencia, no sólo haciéndolos sentir útiles e integrados, sino generadores de su propio sustento; y e) estimular su creatividad, la que en esas personas se da, en numerosos casos, en gran medida.

El afecto y la educación son los medios idóneos que permiten la pertenencia del enfermo al cuerpo social, pero para ello es menester una política destinada a preparar a la familia y a hacer de la ley la llave para su integración, no su exclusión.

Alcances de la legislación nacional vigente

Pecan por defecto y por exceso los arts. 141 y 153⁵ del Código Civil, que declaran incapaces a los dementes “*por causa de enfermedades mentales*” y a los “*sordomudos [...] que no pueden darse a entender por escrito*”.

Por una parte, la demencia no es la única falencia psíquica que impide el manejo de la propia persona y, a su vez, la forma escrita no es la única forma de manifestarse de los sordomudos. Asimismo, ni nuestra legislación, ni aun el último proyecto de reforma al Código Civil, prevén las causas físicas que pueden obstar a la manifestación de la voluntad, no obstante existir ésta.

(4) Artículo 141 – Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.

(5) Artículo 153 – Los sordomudos serán habidos por incapaces para los actos de la vida civil, cuando fuesen tales que no puedan darse a entender por escrito.

Si bien los primeros artículos citados disponen que no hay demencia sin verificación y declaración judicial pues la ley presume “*el sano juicio*”, los artículos 897⁶, 898⁷ y 900⁸ del mismo cuerpo legal disponen que no hay acto voluntario sin “*discernimiento, intención y libertad*” y que los hechos sin tales atributos “*no producen por sí obligación alguna*”.

Colegimos del entendimiento de los artículos parcialmente transcriptos que, no obstante la declaración terminante del art. 141, ningún escribano autorizará un acto otorgado por quien concurra falto de discernimiento y ello sea advertido por el profesional.

Una mención especial al artículo 152 bis del Código Civil

No es suficiente para superar estas falencias la previsión del art. 152 bis, inc. 2º, que se refiere a los “*disminuidos en sus facultades*” porque cuando la familia se decide a actuar, generalmente recurre a la interdicción y los jueces, al no tener contacto con el enfermo, no transforman en inhabilitación la petición de insania.

Al respecto dispone el Código Procesal Civil de la Nación, en su art. 633: “[...] *Antes de pronunciar sentencia, y si las particularidades del caso lo aconsejaren, el juez hará comparecer al presunto demente a su presencia o se trasladará a su domicilio o lugar de internación [...]*”. Igual temperamento adoptan los Códigos de rito en las provincias argentinas. De lo transcripto resulta que es posible que el juez declare insana a una persona a la que ni siquiera ha entrevistado, basándose tan sólo en los exámenes periciales y en la actuación del curador *ad-litem*.

Tal vez colabore con ello: a) el emplazamiento del artículo dentro del Código y la remisión a la interdicción por demencia, que conlleva asimilar los inhabilitados con los interdictos como si se tratara del mismo instituto⁹; b) que la norma designa “*curador*” al “*asistente*”, no permitiendo desde la denominación una distinción de funciones que es fundamental; c) no se pronuncia por la condición básica de capacidad del enfermo; d) no se refiere al ejercicio de los derechos personalísimos ni de familia; e) no queda clara la esfera de acción válida y eficaz del agente; f) no contempla recursos ante la falta de consenso del curador; g) no regula la inscripción de la inhabilitación y su publicidad.

En definitiva, la reforma de 1968 pretendió regular con un único artículo una situación tan importante, totalmente distinta de la incapacidad, de tanta repercusión recuperatoria para el asistido y tan trascendente en la vida comu-

(6) Artículo 897 – Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad.

(7) Artículo 898 – Los hechos voluntarios son lícitos o ilícitos. Son actos lícitos, las acciones voluntarias no prohibidas por la ley, de que puede resultar alguna adquisición, modificación o extinción de derechos.

(8) Artículo 900 – Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna.

(9) Dr. Pettigiani en “La inhabilitación y la capacidad para testar”, ED 182-373. Sostiene el Señor Juez que la reunión del artículo 152 bis es respecto al régimen procesal de la inhabilitación, lo que no conlleva asimilar al inhabilitado con el incapaz.

nitaria. De todos modos, que la inhabilitación no es incapacidad surge de la falta de su inclusión en los artículos 54¹⁰ y 55¹¹ del Código Civil.

Legislaciones alemana y holandesa

En este aspecto son enriquecedoras las legislaciones alemana (1990) y holandesa (1994), que prevén un régimen de asistencia para el “*débil*”, independiente de la incapacidad, la que regulan a otros fines, en otro sector de su articulado. Se trata de una protección del ser humano “*diferente*”¹².

No cabe duda de que en estos casos el interés fundamental tutelado es el del enfermo, no el de su familia, herederos o terceros en general, tanto que, en estas legislaciones, así como en Austria, se prevé la petición del asistente por el mismo interesado. En este último país, la asistencia por imposibilidad física que impide la manifestación de la voluntad sólo puede ser solicitada por el interesado.

Previsiones respetuosas de la dignidad del enfermo y en especial del enfermo incapaz, en España

Hay una verdadera apertura hacia el reconocimiento “*de la importancia de la voluntad de personas que por las más diversas razones, habían quedado hasta ahora ajenas a la toma de decisión que les concernían*”¹³.

Al respecto cabe una referencia especial a la Ley de Cataluña número 21/2000 sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente. Reconoce la normativa el **derecho de toda persona a ser informado o no respecto de su salud y establece la necesidad de su conformidad a los tratamientos clínicos y sanitarios a recibir**. También prevé los procedimientos tendientes a asegurar la “*concreción práctica*” de sus derechos al disponer que todo enfermo debe intervenir tanto como sea posible en la toma de decisiones. Específicamente consagra el derecho del incapaz a ser informado “*en función de su grado de comprensión [...] sin perjuicio de hacerlo a su representante*”.

Pero he aquí la gran novedad legislativa; esta ley reconoce la operatividad de las “*voluntades anticipadas*”. El documento de voluntades anticipadas es aquel dirigido al médico responsable, en el cual una persona mayor de edad, con capacidad suficiente y libremente, expresa las instrucciones a tener en cuenta si se halla en una situación en que circunstancias de hecho no le permitan expresar personalmente su voluntad. En este documento, la persona

(10) Tienen incapacidad absoluta:

1º Las personas por nacer;
2º Los menores impúberes;
3º Los dementes;

4º Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito;

(11) Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar.

(12) Como lo designa con generosa solidaridad el editorial de *La Nación* del 25 de febrero de 2001.

(13) Emanuelle Calò, op. cit.

puede también designar a un representante, que será el interlocutor válido y necesario con el médico o el equipo sanitario, para que la sustituya en el caso de que no pueda expresar su voluntad por sí misma. En la exposición de motivos, la ley que nos ocupa narra la trascendencia que en estas cuestiones tienen la “*Declaración Universal de los Derechos Humanos*” de 1948 y el “*Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina*” del Consejo de Europa de 1997, que al respecto dispone¹⁴, en su capítulo octavo, que “[...] se respete lo expresado con anterioridad acerca de una intervención médica por un paciente que al momento de la intervención, no está en condiciones de expresar su voluntad [...]”.

Trato semejante ha regulado el Parlamento de Galicia en la Ley 3/2001, la que, a diferencia de la norma catalana, no reconoce en forma expresa el derecho a la designación del representante delegado del disponente.

No difiere de las leyes catalana y gallega la Ley 12/2001, que regula la “*Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid*”.

También ha legislado sobre las instrucciones previas el Parlamento extremeño.

El reconocimiento de esta importante legislación foral de total avanzada ha sido recientemente receptada en la ley española de aplicación nacional número 41/2003, publicada el 19 de noviembre de 2003, que contiene el total reconocimiento del Derecho de Autoprotección y lo desarrolla en forma integral. Próximamente dedicaremos un trabajo especial para su comentario.

Efectos de la declaración de incapacidad frente a la pérdida de la capacidad en los hechos

Si bien en el Código Civil están previstos los arts. 140¹⁵ y 3616¹⁶, su andamiento no es absoluto. No obstante su enunciación tan precisa, su vigencia en la práctica sufre importantes recortes. Si sólo son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, y para ser tales deben ser actuados con discernimiento, intención y libertad, quienes actúan faltos de ellos, en un grado tal que no puedan comprender la significación de su actuar, aún no declarados legalmente incapaces, no pueden otorgar negocios jurídicos. ¿Qué contratante de buena fe estaría dispuesto a celebrar un negocio jurídico con un incompetente no declarado tal en juicio? ¿Qué notario estaría dispuesto a autorizar un acto si uno de sus requirentes se presenta inhábil para otorgarlo?

(14) Emanuelle Calò, op. cit., pág. 43.

(15) Artículo 140 – Ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente

(16) Artículo 3616 – La ley presume que toda persona está en su sano juicio, mientras no se pruebe lo contrario. Al que pidiere la nulidad del testamento le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones; pero si el testador algún tiempo antes de testar se hubiese hallado notoriamente en estado habitual de demencia, el que sostiene la validez del testamento debe probar que el testador lo ha ordenado en un intervalo lúcido.

El gran dilema de las ciencias médica y jurídica

La medicina del siglo XXI tiene ante sí un desafío al que debe dar respuesta: **obtener la calidad de vida** que deberá acompañar su prolongación lograda en jóvenes y mayores, merced a la asepsia hospitalaria y los adelantos científicos en la mecánica, la farmacología y la ciencia médica, especialmente los hallazgos realizados en la ingeniería genética.

Estos logros conllevan mayores supuestos de inhabilidad que pueden extenderse por largos períodos y aun acentuarse o agravarse o, en algunos supuestos, superarse. No sólo significan el aumento del número de personas susceptibles de ser declaradas tales, sino también traen gran diversidad en las formas en que se presentan las incompetencias. Hoy la responsabilidad médica no se agota en mantener con vida a la persona o en la lucha encarnizada por obtener a ultranza la recuperación de la salud.

El derecho también se encuentra frente a un dilema, y en su resolución debe elegir entre dos paradigmas de igual jerarquía: por una parte, **el respeto a la dignidad humana** y, por la otra parte, **la seguridad jurídica**.

Si concluimos que el desconocimiento de la dignidad humana nos deja vacíos de sujeto-hombre, del bien último fundamento del derecho, es nuestra gran tarea llegar a establecer qué calidades, qué valores son esenciales a esa dignidad.