



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN DE LA CARRERA DE ABOGACÍA

Un nuevo enfoque de la persona incapaz o de capacidad restringida por padecimiento de una adicción o alteración mental: art. 32 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Tutor: Pablo César Mortarotti

Legajo: VABG51681

Alumno: Lucía Amelia Bergero

Año: 2016

Agradecimientos: *En este momento de culminación de mi etapa universitaria quiero detenerme a agradecer a todas las personas que me acompañaron y alentaron en cada año que transité... a mi mamá, a mi papá, que me acompañó en todo momento y ahora lo sigue haciendo desde otro lugar, a mi hermana, a mi novio, a mis abuelos, mis tíos, mis primos, que siempre estuvieron presentes. También quiero agradecer a la persona que me brindó un lugar en el ámbito laboral, con el que aprendo todos los días de su profesión que ejerce con tanta dedicación y responsabilidad, Escribano Franco Suarez. Todos ellos me brindaron la confianza y contención necesaria para que hoy pueda recibirme de Abogada, por eso quiero celebrar mi logro haciéndolos partícipes de alguna manera.*

INDICE

Resumen	6
Abstract	8
Introducción	10
Metodología	13
CAPÍTULO I: Capacidad e incapacidad	
I.1. Consideraciones generales del Instituto en el marco del C.C	15
I.1.1. Casos de Incapacidad de hecho en el C.C. Art. 54	17
I.1.2. El caso del inhabilitado en el C.C. Art. 152 bis	21
I.2. Consideraciones generales del Instituto en el C.C.C.N	25
I.2.2. Casos de incapacidad de ejercicio o capacidad restringida en el C.C.C.N. Art. 24 y 32	29
I.2.3. El caso del inhabilitado en el C.C. Art. 48	33
I.3. Finalidad de la restricción de la capacidad o declaración de incapacidad	34
CAPÍTULO II: Antecedentes normativos.	
II.1. El Derecho Romano como antecedente del instituto	37
II.2. Antecedentes en nuestro país	40
II.3. Análisis de la Ley de Salud Mental	41
II.4. Los Derechos personalísimos del discapacitado en el C.C.N	47
II.5. Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad	52
II.6. La cuestión en otros países	55

CAPÍTULO III: El procedimiento de declaración de incapacidad o capacidad restringida.

III.1. Reglas generales a la restricción de la capacidad. Principios comunes. Artículo 31 C.C.C.N57

III.2. Declaración de incapacidad o capacidad restringida59

III.2.1. Legitimados60

III.2.2. El contenido de la sentencia63

III.2.3. Revisión de la sentencia65

III.3. Internación.....68

III.4. Cese de la incapacidad y de las restricciones a la capacidad72

III.5. Jurisprudencia del régimen de capacidad restringida75

CAPÍTULO IV: Ejercicio de los actos del sujeto de capacidad restringida o incapaz.-

IV.1. Actos realizados por la persona incapaz o con capacidad restringida con posterioridad a la declaración de incapacidad o capacidad restringida77

IV.2. Actos realizados por la persona incapaz o con capacidad restringida con anterioridad a la declaración de incapacidad o capacidad restringida80

IV.3. Actos realizados en vida por una persona fallecida antes de la inscripción de la sentencia que declare su incapacidad o la restricción de la capacidad.....82

IV.4. Medidas de Autoprotección84

IV.4.1. Acto de Autoprotección.....84

IV.4.2. Acto de Autoprotección o Directivas Anticipadas en el Marco del C.C.C.N.....88

IV.5. Sistema de Apoyo y Representación.....90

Conclusiones.....95

Listado de referencias98

Resumen

El presente trabajo analiza la “nueva” situación jurídica comprendida en el artículo 32 del Código Civil y Comercial de la Nación referida a las personas mayores de trece años que padezcan una adicción o alteración mental permanente o prolongada y de las que se encuentren absolutamente imposibilitadas de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad.

Para abordar la temática se realizó un análisis del régimen de capacidad establecido en el Código Civil de Vélez, el que reguló la situación de las personas consideradas en dicho artículo, siguiendo lineamientos de otro paradigma.

Luego se procedió al tratamiento de los antecedentes normativos, especialmente el estudio de la Ley Nacional de Salud Mental, para poder observar la evolución en la consideración de los derechos y el trato de aquella categoría de personas, objeto de estudio en este trabajo.

Posteriormente, se analiza el articulado del Nuevo Código Civil y Comercial vigente en referencia al régimen de capacidad, delimitando los conceptos fundamentales, principios generales, y los lineamientos que adopta el mismo en relación a la temática.

Además, se intenta analizar las herramientas que regula el nuevo cuerpo normativo para que las personas con capacidad restringida o incapacidad de ejercicio puedan ejercer sus derechos.

Luego del análisis realizado se arriba a la conclusión de que los avances médicos, de educación, y también del Derecho exigían una nueva regulación para esta categoría de sujetos.

El cambio era evidente, y el Código Civil de Vélez regulaba la situación acorde a la época en que el mismo había sido dictado, lo que implicó una desactualización con efectos perjudiciales para los destinatarios de los preceptos.

Por todo lo dicho, se estima que el nuevo paradigma en materia de discapacidad receptado en el Código Civil y Comercial vigente responde a la realidad social actual, más allá de algunas cuestiones que son dables de analizar.

Palabras claves: Código Civil. Ley Nacional de Salud Mental. Nuevo Código Civil y Comercial. Capacidad restringida o incapacidad de ejercicio. Régimen de capacidad.

Abstract

This paper will analyze the "new" situation of older persons of 13 years who suffer from an addiction or permanent or prolonged mental impairment and which are absolutely unable to interact with its environment and express their will; included in article 32 of the Civil Code and commercial of the nation.

To address the thematic of the regime of capacity established in the code Civil of Velez was made an analysis, which regulated the situation of the people considered in said article, along the lines of another paradigm.

Then we proceeded to the treatment of the regulatory background, especially the study of the National Mental health law, to observe the developments in the consideration of the rights and treatment of that category of people, object of study in this work.

Subsequently, discussed the articles of the new civil and commercial code valid in reference to capacity rating, defining the fundamental concepts, principles, and guidelines adopted by it in relation to the subject.

In addition, attempts to analyze the tools that regulate the new regulatory body so that persons with restricted ability or inability to exercise can exercise their rights.

After the analysis arrives at the conclusion that medical advances, education, and also in the law demanded a new regulation for this category of subjects. The change was evident, and Velez Civil Code regulated the situation according to the time that it had been dictated, which meant a downgrade with detrimental effects on the recipients of the precepts.

By the above estimated that the new paradigm in disability underpinned in the new Civil and commercial code responds to the current social reality, beyond some issues which are anchorages analyze.

Keywords: Civil Code. National Mental health law. New Civil and commercial code.

Restricted ability or inability to exercise. Regime of capacity.

Introducción

La capacidad es un atributo de las personas, es necesaria para adquirir derechos y ejercerlos por sí; sucede que por distintos motivos y en beneficio de éstas, el Derecho entiende que esa posibilidad de ejercerlos por sí puede verse comprometida en determinados casos.

Por esto y a los fines de proteger la vulnerabilidad de quienes se encuentran en esa situación el Derecho reguló la cuestión.

“Tradicionalmente la capacidad fue definida como la aptitud para adquirir derechos y la posibilidad de adquirir y disponer por sí” (Buteler Cáceres, 2001, p. 68). Desglosando el concepto se puede decir que la capacidad de hecho es la de ejercer por sí los derechos de que se trata (Alterini, 1997).

Consecuentemente la incapacidad de hecho fue definida como: “aquella situación que se presenta en el caso de aquellas personas que por imposibilidad física o moral de obrar o que por su dependencia de una representación necesaria no pueden ejercer por sí actos de la vida civil” (Buteler Cáceres, 2001, p. 110). En el Código Civil de Vélez (en adelante C.C.) se enumeraban taxativamente los supuestos, y todos aquellos que se encontraban comprendidos dentro de éstos, se consideraban incapaces absolutos de hecho, existiendo también una categoría intermedia, a los que solo se les limitaba la capacidad en relación a determinados actos.

Así se reguló la figura todos estos años hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante C.C.C.N.); el que se caracteriza por ser un sistema flexible que prioriza la autonomía de la voluntad y deja de lado esta tajante clasificación

intentando considerar de un modo particular la situación del sujeto en cuestión y en base a ello restringir la capacidad.

Ahora bien, el trabajo final de graduación tiene como objetivo general analizar los casos de incapacidad o capacidad restringida a raíz de una afección mental o adicción regulados en el C.C.C.N. con una mirada al pasado, y con una finalidad comparativa, ya que los casos de capacidad restringida que establece hoy el artículo 32, involucran todo un abanico de situaciones de vulnerabilidad que en el antiguo Código se encontraban reguladas en diferentes categorías.

Para poder lograr el análisis de estos casos, se siguen objetivos específicos a lo largo del trabajo, tales como conocer los antecedentes en los que se basó el C.C.C.N. en esta materia, analizar la Ley de Salud Mental y las opiniones doctrinarias al respecto, analizar la regulación derogada y vigente en cuanto al caso de los inhabilitados, el caso de los incapaces absolutos de hecho y de capacidad restringida, la legitimación para solicitarla, explicar los principios rectores en materia de capacidad jurídica (incluye reglas de fondo y también procedimentales en el marco del nuevo código), analizar la participación de la persona limitada en su capacidad en la vida civil, los actos anteriores y posteriores a la sentencia y sus efectos, y demás cuestiones con el fin de detallar los antecedentes de la figura hasta llegar a nuestros días, y allí sí poder ver como son tratados hoy los mismos casos y a partir de esto arribar a las ventajas y desventajas, si las hubiere, que nos ofrece la nueva regulación en la materia.

El trabajo se centraliza en artículos específicos que regula el nuevo código, como relevantes se pueden mencionar: el 24, que establece los casos de incapacidad de ejercicio, específicamente el inciso tercero, que es el caso de la persona declarada

incapaz; en concordancia con este, el artículo 32 que es el que regula la situación de las personas con afecciones mentales y adicciones y también de las que padecen de una incapacidad absoluta para obrar por sí, el 31 que ofrece las reglas de fondo y procedimentales generales que recepta el C.C.C.N., entre otros.

En cuanto a la estructura, el trabajo final comprende cuatro partes fundamentales. La primera tiene una finalidad netamente introductoria que incluye las consideraciones generales y conceptos básicos regulados en el C.C. y en el C.C.C.N. En la segunda parte se analiza la evolución normativa de la figura, el tratamiento de la misma a nivel nacional e internacional. En el tercer capítulo se abordan aquellas cuestiones de fondo y procedimentales, para luego tratar la situación particular del sujeto limitado en su capacidad en la sociedad, su participación en actos de la vida civil antes y después de la sanción del Código, las herramientas con las que cuenta para poder hacerlo y las nuevas medidas para prever la protección de sus intereses ante una eventual situación de incapacidad.

Teniendo en cuenta estas consideraciones en cuanto a lo desarrollado a lo largo del trabajo, y el fin comparativo del mismo, en esta última parte se elaboraron las conclusiones finales, que incluyen los aspectos positivos y negativos de la reforma. Aquello que beneficia al incapaz, o a aquella persona a la que se le limita la capacidad, y también si hubiese algún aspecto negativo.

Metodología

Para el desarrollo del presente Proyecto de Investigación Aplicada se utilizó el tipo de estudio descriptivo; se realizó una descripción de los aspectos generales del tema y una comparación de cómo era abordado antes y ahora con el Nuevo código civil y comercial; brindando una información completa del instituto sometido a análisis que permite la comparación de las dos regulaciones.

La estrategia metodológica que se utilizó fue la cualitativa ya que se recabaron datos e información acerca de la temática abordada, con el afán de descubrir, profundizar, describir y comparar este instituto permitiendo un conocimiento profundo del tema, a través de las normas que lo estudian, los casos jurisprudenciales, opiniones de autores, y la regulación en el antiguo y nuevo código.

Siguiendo este lineamiento, en un primer momento se utilizaron fuentes de información terciarias y secundarias, para poder conocer aquellos aspectos más generales de la capacidad e incapacidad, ya que al ser menos especializadas permitieron la incorporación de conceptos básicos para analizar el instituto y luego sí trabajar con las fuentes directas de información; lo que permitió arribar a una investigación más profunda y específica a través de la legislación que regula la materia, ya sea el Código civil de Vélez, el Código Civil y Comercial de la Nación, jurisprudencia, la ley de salud mental, y las opiniones doctrinarias al respecto.

En cuanto a la técnica de recolección de datos, se utilizó preferentemente el análisis documental que permitió el análisis de fuentes primarias, secundarias y/ o terciarias para interpretar como es regulada la capacidad y la incapacidad en el marco del

nuevo Código, fundamentos, procedencia, herramientas con las que cuenta el declarado como tal.

En cuanto a la delimitación temporal del presente trabajo, se tomó como punto de partida el año 1871, en cuanto por entonces entra en vigencia el Código Civil de la República Argentina, el que constituyó la base del Derecho Civil Argentino hasta el año 2015, con la entrada en vigencia del Código civil y Comercial de la Nación; dado que el trabajo tiene fines comparativos se remite al Código civil de Vélez en muchas oportunidades, y también se realiza un análisis de como repercutía en la sociedad la manera en la que estaba antiguamente regulado el instituto, y como fue evolucionando la figura hasta llegar al sistema que nos rige hoy.

En cuanto a los niveles de análisis, la investigación comprende el estudio de legislación, doctrina y jurisprudencia nacional, en algunos casos también se hace uso de convenios internacionales que fueron firmados por la República Argentina y que implicaron grandes aportes para la regulación de la materia.

CAPÍTULO I: CAPACIDAD E INCAPACIDAD

Para poder adentrarse a la temática tratada es fundamental abordar las consideraciones generales y los casos regulados en el C.C. y C.C.C.N., introduciendo conceptos básicos e inevitablemente llevando una comparación de ambos regímenes, lo que implica ir entendiendo los cambios del nuevo paradigma receptado por el C.C.C.N.

I.1. Consideraciones Generales del Instituto en el marco del C.C.

Para poder entender el caso de las personas con capacidad restringida y/ o incapacidad es necesario determinar conceptos básicos acerca de la capacidad jurídica; y dado los fines comparativos que tiene el presente trabajo, además, es necesario determinar en dos apartados distintos el abordaje de la cuestión teniendo en cuenta el marco del antiguo código en un primer momento y luego enmarcándolo en el Código que nos rige hoy. Parece conveniente y práctico tratarlo de ese modo, ya que incluso en varios aspectos generales no coinciden los dos cuerpos normativos anteriormente mencionados.

En primer lugar, es importante establecer que el derecho civil tradicional ha considerado a la capacidad como un atributo de la persona, entendiéndose como tal aquella calidad inherente al sujeto de Derecho; junto con el nombre, domicilio y estado. La capacidad tradicionalmente fue definida como: “la aptitud para adquirir derechos y la posibilidad de administrar y disponer por sí” (Buteler Caceres, 2001, p. 68).

En este concepto, podemos observar “la capacidad de derecho”, en la primer parte del mismo, y en la segunda “la capacidad de hecho”.

Alterini (1997), entendió que la capacidad de hecho es la de ejercer por sí los derechos de que se trata. Esta podía darse de un modo pleno y total, como así también podía faltar totalmente, o en cierta medida.

De este modo, se hablaba de personas incapaces absolutamente, que eran las enumeradas en el artículo 54 del derogado código civil, o de aquellos que padecían una incapacidad relativa de hecho, los que solo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar, establecidos en el artículo 55 del C.C., y también de aquellos plenamente capaces; es por eso que en este concepto podemos hablar de situaciones en donde estaba presente y también podía faltar de modo absoluto.

La incapacidad de hecho, aquella restricción a la capacidad de obrar, hoy llamada incapacidad de ejercicio, fue definida de la siguiente manera:

Son incapaces de hecho o incapaces de obrar, o incapaces propiamente dichos, aquellas personas que por imposibilidad física o moral de obrar o que por su dependencia de una representación necesaria no pueden ejercer por sí actos de la vida civil (Buteler, 2001,p.110).

El fundamento de esta fue salvaguardar ciertas insuficiencias del sujeto, que no tenía la necesaria madurez psicológica, o estaba afectado por alguna enfermedad. Sus características fueron consideradas las siguientes: Este tipo de incapacidad tenía su fundamento en circunstancias personales del sujeto, los actos que la ley le impedía realizar podían ser realizados por representantes, fue clasificada en absoluta y también relativa, aprovecha única y exclusivamente al incapaz, está instituida en su beneficio, y está organizada por la ley para darle protección, se subsana a través del instituto de la representación (Buteler Caceres, 2001).

I.1.1. Casos de incapacidad de hecho en el C.C. Art. 54.

El artículo 54 enumeraba las personas que padecían incapacidad absoluta de hecho. El cual rezaba: “*Tienen incapacidad absoluta 1° las personas por nacer, 2° los menores impúberes 3° los dementes 4° Sordomudos que no saben darse a entender por escrito.*”

El caso de la demencia y la sordomudez, eran considerados supuestos de incapacidad absoluta de hecho; por entender que constituían impedimentos absolutos para que exprese o dé a conocer la voluntad quien la padecía; lo que conllevaba a la declaración judicial de incapacidad absoluta de estas personas (Buteler Caceres, 2001).

El artículo 141¹ del C.C. decía que se declaraban incapaces por demencia a las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes. Se consideraba que este concepto combinaba el requisito jurídico con el requisito biológico.

La palabra demencia era considerada en un sentido amplio, comprendía todos los géneros de la locura, y demás variedades y manifestaciones de enfermedades mentales; correspondía al concepto de alienación o bien enajenación mental, el que fue definido por un psiquiatra argentino, Nerio Rojas, de la siguiente manera:

La enajenación mental es un trastorno general y persistente de las funciones intelectuales, cuyo estado patológico es ignorado o mal comprendido por el enfermo, que produce la desadaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente, sin provecho ni para el ni para la sociedad. (Buteler Caceres, 2001).

¹ 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.

De esta definición brindada por Rojas se puede destacar que el demente era considerado “un inadaptado”; lo que provocaba un perjuicio para él y para la sociedad.

Desde el punto de vista del Derecho, la solución era la declaración judicial de incapacidad de éste sujeto considerado como tal, seguido de que su voluntad sea suplida por un representante por considerar que éste no tiene aptitud para dirigir su persona y sus bienes; este sistema de regulación que predominó por tantos años no era ajeno a la realidad social que consideraba a aquellas personas que padecían enfermedades mentales inaptas.

Sucedo que los cambios sociales, la influencia de la Convención de los Derechos con Personas con Discapacidad, el impacto de la Ley de Salud Mental, y otros factores, intentaron que este concepto de inadaptación solo le quepa a una persona que se encuentra en situación de ausencia de conciencia de sí de su alrededor, carente e imposibilitada de comunicación con el entorno; y en los demás casos se intentará justamente que el sujeto no quede excluida del medio.

En capítulos posteriores se tratará la declaración de incapacidad, el proceso de declaración de incapacidad o capacidad restringida, las personas legitimadas para solicitar la declaración, la sentencia, sus efectos; adelantando que el más importante era el establecido en los artículos 472 del antiguo código referido a que declarada la incapacidad eran de ningún valor los actos posteriores de administración que el incapaz celebrase, reforzado por el artículo 1041 que establecía que son nulos por su dependencia a una representación necesaria.

Ahora bien, en este capítulo se va a tratar un tema que fue controvertido en el Derecho, ya que la ciencia no avalaba el concepto, que era el de “los intervalos lúcidos del demente”.

Los intervalos lúcidos no fueron admitidos por la ciencia psiquiátrica, aunque tenían un claro significado en el Derecho; en el artículo 141 se eliminó lo de intervalo lúcido, pero se siguió hablando de esto porque seguía vigente en artículos como el 3615² que establecía respecto la facultad de testar que los dementes solo podrán hacerlo en los intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces.

En la nota al artículo 3615, Vélez Sarfield explicaba que solo se mencionaba a los dementes en ese artículo porque esta era considerada una expresión genérica que designaba todas las variedades de la locura, era la privación de la razón con sus accidentes y fenómenos diversos. Todas las especies de demencia tienen por principio una enfermedad esencial de la razón y por consiguiente falta de deliberación y voluntad. Y con relación a los intervalos lúcidos explicaba que no son una tranquilidad superficial, una remisión accidental y pasajera del mal sino una vuelta completa de la razón, que disipa las ilusiones y los errores de que estaba poseído el demente.

Por último, en el artículo 54 se consideraba como incapaz absoluto de hecho el caso del sordomudo que no sabe darse a entender por escrito, y en concordancia con éste el artículo 153 del Código Civil decía “*Los sordomudos serán habidos por incapaces para los actos de la vida civil, cuando fuesen tales que no puedan darse a entender por escrito.*”

² Artículo 3615: Para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón. Los dementes sólo podrán hacerlo en los intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado por ese entonces.

Este artículo fue cuestionado por el hecho de que datan desde hace años los procesos de readaptación de los sordomudos, y además, por el principio de que hay una ley natural de compensación: la falta de uno de los sentidos, agudiza de tal manera y en tal grado a los demás, que en medida apreciable se puede llegar a superar el impedimento. (Buteler Cáceres, 2001)

Existió la opinión de que la categoría del sordomudo era una manifestación concreta de lesiones cerebrales, o de insuficiencia mental, por lo que estaría dentro de la categoría de dementes, en la mayoría de los casos; pero no se negaban los casos de sordomudos intelectualmente lúcidos, con una aptitud mental de lograr un desarrollo mental, lo que mantendría la categoría independiente tal cual lo prescribía el artículo 54, en el inciso 4.

En algunos aspectos, la regulación de los sordomudos y dementes era considerada de la misma manera, como se dijo anteriormente (en cuanto a la declaración de incapacidad de los mismos por considerar no podían expresar su voluntad; respecto las personas que podían solicitar la declaración judicial de la incapacidad, representación y cesación de incapacidad).

Según se establecía en el artículo 155³, del C.C., el examen de los facultativos verificaba si podían darse a entender por escrito. Si no podían expresar su voluntad de ese modo, los médicos examinaban también si podían padecer enfermedad mental que les impidiese dirigir su persona o administrar sus bienes y en tal caso se seguía el trámite de la incapacidad por demencia.

³ Artículo 155 C.C.: El examen de los facultativos verificará si pueden darse a entender por escrito. Si no pudieren expresar su voluntad de ese modo, los médicos examinarán también si padecen de enfermedad mental que les impida dirigir su persona o administrar sus bienes y en tal caso se seguirá el trámite de incapacidad por demencia.

Como se puede observar, la demencia y la sordomudez tuvieron un trato similar; las distinciones radicaban por considerar que el sordomudo tenía discernimiento, lo que conlleva a que sean responsables por hechos ilícitos, puedan tomar la posesión e incluso estaban habilitados para contraer matrimonio (Alterini, 1997).

Actualmente en el código vigente solo son consideradas incapaces de ejercicio, las personas por nacer, los menores de edad, y los declarados incapaces por sentencia judicial (declaración que como dijimos está sujeta a casos extremos).

Este trabajo está orientado a analizar la antigua incapacidad de hecho absoluta, hoy la incapacidad de ejercicio; más específicamente apunta al antiguo caso del demente, el caso del inhabilitado, categorías que ya no están consideradas como tal, pero que entrarían en el artículo 32 del nuevo código civil y comercial; por lo que se intenta hacer una breve reseña de la capacidad y la incapacidad, los casos que fueron considerados todos estos años de incapacidad absoluta, y más específicamente el tratamiento que recibe en el Derecho aquella persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad.

I.1.2. El caso del inhabilitado en el C.C. Art 152 bis.

El artículo 152 bis⁴ del código civil de Vélez hablaba de aquel estado intermedio, consideraba el caso de los llamados fronterizos o semialienados, aquellas personas que

⁴ Artículo 152 bis C.C.: Podrá inhabilitarse judicialmente: 1º A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestas a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio. 2º A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar el supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente un daño a su persona o patrimonio. 3º A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiera a su familia a la pérdida del patrimonio. Solo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes. Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a

padecían, por cualquier causa, una disminución en sus facultades o bien anomalías psicopáticas; que han de contemplarse para organizar su protección legal (Buteler Caceres, 2001).

Las categorías legisladas en este artículo eran cuatro:

1) Ebrios habituales, esto es alcoholistas crónicos: “Se entiende por embriaguez habitual la inclinación al consumo de bebidas alcohólicas, sin mensura alguna. De tal suerte se produce la ebriedad y ésta, repetida y convertida en costumbre, se transforma en alcoholismo crónico” (Ghirardi, 1980, p. 41).

Obviamente que para que el supuesto haya estado comprendido dentro del artículo 152 bis, se exigía que se trate de un verdadero estado patológico y permanente ocasionado por el abuso de la bebida, que como consecuencia tenga un impacto negativo en la vida social y en los actos de quien la padecía y no de una embriaguez de poca duración, breve y aislada.

2) Toxicómanos, o personas familiarizadas con estupefacientes, este era el caso de aquellas personas que padecían un “estado de intoxicación periódica o crónica pernicioso para el individuo y la sociedad producida por el abuso repetido de una droga, sea ésta natural o sintética” (Ghirardi, 1980, p. 43).

Existían características que permitían identificar si se estaba en presencia de un toxicómano, se relacionaban con una necesidad insuprimible de drogarse, el aumento de las dosis ingeridas, y la dependencia física a las mismas; de ahí que cuando los efectos producidos por la droga alcanzaban una entidad tal que provocaban ineptitud para cuidar

la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación. Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos. 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.

de los propios intereses se recurría al remedio de la inhabilitación (Ghirardi, 1980, p.43).

Este punto que trataba el artículo 152 bis como supuesto de inhabilitación es un tema que nos sigue afectando a todos como parte de la sociedad; si bien el tratamiento del tema requiere de un análisis profundo, ya que afecta a varias facetas (médico, jurídico y social), si se puede decir a nivel general que una persona que padece adicciones puede caer en el vicio por inducción o por su propia decisión, como es el caso de los enfermos que consumen narcóticos como paliativo a los dolores, o aquellos que por su profesión se encuentran en contacto con la misma, lo que implica acceder fácilmente y acostumbrarse al consumo.

Con esto dicho, se entiende que por una u otra causa son muchas personas las que hoy padecen adicciones, y el derecho debe cada día más regular esta cuestión, desde el punto de vista preventivo, como un deber del Estado, pero en relación a la temática que se está abordando (en aquellos casos en los que una persona ya padece de esta adicción), ayudándolo a desenvolverse en la vida civil, lógicamente de manera conjunta con un grupo de médicos que se requiere en estos casos.

3) Los disminuidos en sus facultades: Se las consideraba así a aquellas personas que se encontraban en un estado intermedio entre la plena normalidad y la alienación; que conservaban aunque disminuido, el uso de su razón, y podían, aunque con restricciones actuar en derecho (Ghirardi,1980).

No llegaban al caso del artículo 141, no eran considerados dementes pero el juez estimaba que del ejercicio de su plena capacidad podía resultar un daño a su persona o patrimonio y es por eso que constituía un supuesto más de inhabilitación.

La debilidad mental reconoce multitud de orígenes: deficiencias congénitas, puede ser sobreviniente o causada, enfermedades específicamente mentales, o por alguna afección orgánica que repercute en el cerebro y consecuentemente en la vida de relación del sujeto (Ghirardi,1980).

4) Quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes hubiesen expuesto a su familia a la pérdida del patrimonio: “Desde el punto de vista médico- forense tradicionalmente fue entendida como una disipación de los propios bienes en forma sistemática y rápida” (Ghirardi, 1980, p.44). Este gasto desmedido, descontrolado e irracional si tenía como objeto el patrimonio de esa persona, indudablemente acarrea un riesgo que lo afectaba no solo a él sino a su entorno, y era considerado por eso un supuesto de inhabilitación.

En los tres primeros supuestos del artículo 152 bis del C.C., era claro el propósito protector que se dirigía al inhabilitado, mientras que en el último caso se intentaba proteger a la familia además. Otro común denominador de los tres primeros casos era el de la anormalidad mental, esto no era considerado así en el caso del prodigo.

Como lo explica Ghirardi (1980), la prodigalidad clínica puede ser esencial, la que experimenta una persona perfectamente normal y sana desde el punto de vista médico, y sintomática, que es expresión de una indudable enfermedad mental con desordenes de conducta, debilidad volitiva y déficit general del juicio.

En lo que sí se coincidía en todos los casos era en el remedio legal: la inhabilitación, con la correlativa disminución de sus derechos.

Ahora bien, en estos cuatro casos mencionados procedía la designación de un curador, que tenía una simple función de asistencia y no de representación como era el caso de los incapaces absolutos de hecho del artículo 54.

Es decir, el curador lo asistía al inhabilitado en los actos de administración y disposición que le fueron prohibidos en la sentencia de inhabilitación; era indispensable la conformidad expresa del mismo respecto de aquellos actos y en caso de que negase esa conformidad o no le fuere posible concederla el inhabilitado podía recabar con la asistencia del Ministerio de Menores e Incapaces la autorización judicial que la supla. En el caso la celebración de actos sin la conformidad del curador, los mismos eran de ningún valor. Se consideraban nulos, de nulidad relativa (Buteler Caceres, 2001).

Por todo lo dicho, es de manifiesto que la situación del inhabilitado era mucho más beneficiosa que la de del incapaz absoluto; se lo consideraba capaz, de capacidad restringida, le estaba permitido obrar por sí, todo cuanto no le esté prohibido.

I.2. Consideraciones generales del Instituto en el C.C.C.N.

En el C.C.C.N. la capacidad está tratada en el capítulo 2, del título primero del libro primero, se aborda en 29 artículos (del 22 al 50); el capítulo tiene tres secciones, y la tercera de ella, a su vez cinco párrafos.

La primera sección contiene los principios generales relativos a la capacidad en sus dos manifestaciones, la segunda el régimen de las personas menores de edad, y la tercera, que es sobre la que el trabajo hace hincapié, y a su vez la más extensa, el régimen de restricciones a la capacidad.

Esos cinco párrafos de esta última sección tratan los principios comunes a todo el sistema de restricción a la capacidad, el sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad, actos realizados por persona incapaz o capacidad restringida, el cese de la incapacidad y de las restricciones a la capacidad y los inhabilitados.

A medida que se vaya desarrollando el trabajo, se tratara de abordar todas estas cuestiones que trata el C.C.C.N, se puede adelantar que se considera un sistema garantista, abierto y tutelar; ya que es un sistema que prioriza la dignidad y limita las restricciones solo a lo esencialmente tuitivo de la persona, propendiendo a mantener su inserción en el medio social, laboral y familiar, y a resguardar sus derechos fundamentales de rango personalísimo Estudio de E. Saux (citado en Kiper y Daguerre, 2015).

La capacidad de derecho está definida en el artículo 22 del C.C.C.N., que reza: *“Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad, respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.”*

El artículo 23 del Código Civil y Comercial de la Nación se ocupa de definir la capacidad de ejercicio: *“Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”*.

La clasificación en este nuevo código se mantiene, aunque se suprimen las categorías de incapaces absolutos y relativos de ejercicio, hay modificaciones en esta temática más profundas que se irán desarrollando a través de los capítulos.

Ahora bien, la aparición de la problemática y el consecuente cambio en la regulación de la misma, surge como respuesta a una necesidad que imperaba desde hace años y tiene que ver con una multiplicidad de factores: médicos, filosóficos, sociológicos y por sobre todo de un cambio en el Derecho (reemplazo del Derecho-ley por el que le da más prioridad a los Derechos Humanos) lo que implica el respeto de los Derechos de todas las personas, incluyendo el de las más vulnerables, como es el caso de las que padecen alguna discapacidad.

La modificación del régimen de capacidad de las personas es el cambio trascendental que presenta el actual código, un avance de la autonomía de la voluntad por sobre cuestiones legales de orden público, dejando de lado esa tajante clasificación de incapaces de hecho que ponía en grave riesgo a la persona que la padecía, y considerando, las situaciones que predominan en el siglo XXI, que tienen que ver más bien con una gran aceptación y consideración de las personas con discapacidad, las que a través de la Ley de Salud Mental (26.657) y la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad lograron de algún modo que el Derecho tienda a reconocerles la igualdad y los derechos que le fueron tanto tiempo vulnerados.

Otra situación clave que exigía la reforma de este régimen es el avance en la medicina que genera nuevos casos de incapacidad, y tiene que ver con aquella incapacidad que sobreviene, dado que la expectativa de vida aumentó a niveles altos, y no siempre esto acompaña la calidad de la misma.

Actualmente un gran porcentaje de la población adulta sufre por alguna enfermedad o por el paso del tiempo un deterioro cognitivo que de ningún modo entraría en la clasificación de los antiguamente considerados incapaces de hecho absolutos, pero

que sí necesitan de alguna medida de protección, para el ejercicio de la vida civil. También los “nuevos incapaces” de este siglo son aquellos que por enfermedades o accidentes graves se encuentran en estado vegetativo; los que muchos años antes no hubiesen logrado sobrevivir. La reforma quiere abarcar todas estas situaciones, de modo que se logre esa efectiva igualdad y la no vulneración de derechos, lo que también requiere de un arduo trabajo institucional y de una evaluación minuciosa respecto la situación que atraviesa cada persona a considerar.

En razón de que este trabajo apunta a un análisis exhaustivo respecto la restricción de la capacidad e incapacidad de ejercicio, es interesante resaltar que en la tradicional regulación de la incapacidad de hecho, el caso concreto de la persona mayor de edad con problemas de salud mental, era uno de los casos de incapacidad absoluta, ya que se consideraba que su actuar era riesgoso para sus bienes o persona, lo que implicaba la consecuente designación de un curador que lo represente en todos los actos, luego con la ley 17.711 se introdujo la categoría de los “disminuidos en sus facultades mentales” lo que se podría considerar como un avance, que intentaba buscar un punto medio entre aquel absolutamente capaz de hecho, y el absolutamente incapaz de hecho, todo inclinándose a la reforma que actualmente llegamos, impulsada por los motivos que se citaron anteriormente, y que combinan un cambio social con una evolución del derecho, lo que provoca la redacción de estos artículos que se citarán a continuación y regulan la materia.

Como modificación sustancial se puede hablar de que los supuestos de personas incapaces de ejercicio, ya no son los enumerados en el código de Vélez en el artículo 54.

Hoy, están contemplados en el artículo 24 del Código civil y comercial, si bien el artículo 23 al definir la capacidad de ejercicio ya anticipa que toda persona puede ejercer sus derechos excepto limitaciones impuestas por el Código y en una sentencia judicial.

El artículo 32 trata el caso de la persona con capacidad restringida y con incapacidad; y aquí es donde se produce el cambio radical la regla es la restricción de la capacidad y excepcionalmente la declaración de la incapacidad.

I.2.2. Casos de incapacidad de ejercicio o capacidad restringida en el C.C.C.N. Art. 24 y 32.

Precedentemente, al tratar la capacidad e incapacidad en el C.C.C.N. se mencionaron artículos claves, como el 32, en relación a las personas con capacidad restringida, y el caso excepcional de la incapacidad; y también los artículos 22 y 23 referidos a la capacidad de derecho y de ejercicio respectivamente.

Este apartado está dedicado a aquellas personas que están comprendidas en los supuestos de incapacidad de ejercicio; son tan solo tres categorías y están enumerados en el artículo 24 del Código Civil y Comercial de la Nación:

- a) *La persona por nacer: categoría que se mantiene por razones biológicas, lógicamente está impedida de realizar por sí misma cualquier acto de la vida civil*
- b) *La persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente: Este es el caso de la persona menor de edad*
- c) *La persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa declaración*

Se puede observar que suprime la categoría del sordomudo que no sabe darse a entender por escrito, y las personas con capacidad restringida son personas básicamente capaces, a quienes la sentencia les prohíbe realizar por sí mismas determinados actos.

Ahora bien, del artículo 32 del C.C.C.N. podemos desglosar varias cuestiones, el cual reza: *“El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyo resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.”*

Intentando analizar el artículo se puede observar que el piso es la edad de trece años; se dejan de usar etiquetas como la de “demente” o “disminuido en sus facultades” y hace referencia ahora a una persona que padece una adicción o alteración mental. Se elimina además la categoría de sordomudos, como ya venimos observando, y con esta eliminación queda fuera toda restricción que derive de una discapacidad física o sensorial que suponga solo una limitación en la comunicación o en la manifestación de la voluntad la que se puede dar a conocer por otros medios o formatos adecuados.

De este artículo se desprenden las dos categorías:

1) Personas con incapacidad: Son aquellas que se encuentran absolutamente imposibilitadas de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, en estos casos la sentencia que así las declaren implica la consecuente designación de un curador; (ejemplo: un estado de coma).

De este concepto se deduce que el supuesto de incapacidad en el nuevo código está limitado a un caso extremo y excepcional, ya que en primera instancia se tiende a que a la persona se la considere de capacidad restringida, con las consecuencias que eso conlleva; a diferencia de que lo establecía el antiguo código que era bastante menos drástico, lo que a su vez implicaba seguramente una mayor cantidad de casos de incapacidad absoluta que los que tendrían que surgir a partir de este nuevo sistema.

2) Personas con capacidad restringida: Son aquellas a las que hace referencia la primera parte del artículo 32, es decir la persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

La categoría de las personas humanas con capacidad restringida quizás amplía más este vasto campo que media entre quienes son considerados razonablemente aptos para moverse en la vida civil y comercial y quienes evidencian una vulnerabilidad extrema que justifica la privación, como regla, de su aptitud para ejercer por sí mismos sus derechos Estudio de E. Saux (citado en Kiper y Daguerre, p. 29. 2015).

“Las mismas involucran todo un abanico de situaciones de vulnerabilidad que en el Código derogado se ubicaban dentro de la interdicción por causas síquicas como en el caso de la inhabilitación judicial” Estudio de E. Saux (citado en Kiper y Daguerre, p. 29.

2015). Se las considera personas básicamente capaces; su capacidad es restringida en relación a aquellos actos que especifica la sentencia, para los cuales necesita la designación del o los sistemas de apoyo que cumplan una función de asistencia, y deben funcionar en orden a las necesidades y circunstancias particulares de la persona.

Nuevamente se hace hincapié en la característica que tiene el sistema, y se diferencia del anterior, es una regulación flexible que conlleva a que el juez dicte la sentencia según más le convenga a la persona considerada en cuestión, como principio básico que se resguarden sus derechos, que se intente darle prioridad a la autodeterminación y no excluirla de los ámbitos de la vida, y es por eso que se considera que en la sentencia se puede declarar la incapacidad y a la vez autorizar la realización de determinados actos por parte del incapaz, también se puede limitar la capacidad de la persona para determinado o determinados actos, y para esto se le ofrece un sistema de apoyo, además, dadas las circunstancias, este sistema de apoyo que se caracteriza por cumplir un rol de asistencia puede también cumplir funciones de representación para determinados actos, según sea más conveniente.

Básicamente, se intenta que la sentencia se adecue al caso puntual y a las necesidades y circunstancias de la persona. Se espera que realmente tenga resultados favorables esta metodología elástica y flexible que brinda el sistema, tan diferente a la anterior, que intenta reparar aquellos errores o desafortunadas situaciones de exclusión en casos en los que se podría haber suplido su incapacidad.

Se espera no surjan nuevos inconvenientes que se pueden dar por el cambio brusco y tan marcado que requiere de una readaptación por parte de las instituciones, profesionales y jueces que han trabajado muchos años con el sistema anterior.

I.2.3. El caso del inhabilitado en el C.C.C.N. Art.48.

En un título anterior se trató el caso del inhabilitado, el que se encontraba contemplado en el artículo 152 bis del C.C., esta categoría tradicionalmente fue considerada como la del estado intermedio entre los plenamente capaces y los absolutamente incapaces. Hoy, a raíz de los cambios que trae aparejado el nuevo sistema este caso también se ve afectado.

En líneas generales, se puede ver que la incapacidad absoluta se limita a casos extremos, la capacidad restringida, según la trata el nuevo código, es la que comprende la mayoría de los casos, situaciones que en el código derogado eran consideradas como de incapacidad absoluta, y en este nuevo régimen pueden estar dentro de esta categoría, además se observan casos que tal vez eran comprendidos dentro del artículo 152 bis del código de Vélez (el que regulaba la inhabilitación) y que hoy pueden ser considerados como capaces, de capacidad restringida, ya que actualmente solo se limita la regulación de la inhabilitación al caso del prodigo.

La inhabilitación está regulada en el artículo 48 del C.C.C.N., el tema es tratado en el Parágrafo 5° de la Sección 3° del Capítulo 2 del Título I del Libro Primero.

El artículo 48 del C.C.C.N. califica a los mismos como quienes *“por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio”*.

En tal sentido, se sigue manteniendo la protección “del interés patrimonial familiar, se restringe la tutela no a la familia, como se establecía en el Código de Vélez, sino solo a las personas pre aludidas, entre las cuales no figuran los hijos mayores de edad no discapacitados, ni los ascendientes, ni tampoco otras personas con eventuales

derechos alimentarios respecto de la persona a quien se pretende inhabilitar Estudio de E. Saux (citado en Kiper; Daguerre, P. 59. 2015).

Además, el artículo mencionado anteriormente, nos ofrece un concepto de persona con discapacidad, la define como: *“aquella que padece una alteración mental permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.”*

En concordancia con la modificación del régimen de capacidad de ejercicio en relación a la representación y el surgimiento de los sistemas de apoyo como herramienta para aquellos que se les limita la capacidad, el artículo 48 prescribe que se le designa un apoyo al declarado inhabilitado para que lo asista en el otorgamiento de actos de disposición y en los demás que fije el juez en la sentencia.

Es importante este último aspecto, como así también todo lo que implique la protección de esta persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad desde el primer momento, a medida que se va desarrollando el proceso, y una vez que ya es declarada como tal.

I.3. Finalidad de la restricción de la capacidad o declaración de incapacidad

Desde una perspectiva tradicional la regulación de la restricción a la capacidad o declaración de incapacidad tuvo como finalidad la protección del sujeto declarado o considerado como tal, ya que la condición referida a su edad o salud mental lo tornaba vulnerable frente a la realización de actos de la vida civil, por lo que el Derecho le ofreció herramientas, como la representación, para permitirle la realización de estos a través de

otra persona; la restricción a la capacidad o declaración de incapacidad de una persona se instituyó con el fin de brindarle protección a la persona que la padece para que no realizara actos que pudieran resultar perjudiciales para su persona y/ o patrimonio.

En el marco del C.C.C.N., el fin continúa siendo proteger a la persona, instituir la restricción o incapacidad en su beneficio, pero ahora agrega algunos aspectos más, que tienen que ver con darle mayor prioridad al respeto de los Derechos Humanos de la persona, promoviendo la autonomía de la voluntad, sustituyendo en la mayor cantidad de casos posibles la figura del curador por un sistema de apoyo, que asegure una mayor satisfacción de las necesidades de la persona y que evite que su voluntad sea reemplazada y en muchos casos no considerada.

En la nueva regulación se tiende a que las restricciones a la capacidad sean en beneficio de la persona, que ésta mantenga su inserción en el medio social, laboral, y familiar resguardando sus derechos. Como ya se viene diciendo, se intenta no excluirla, sino más bien brindarle un sistema en donde dentro de sus posibilidades pueda actuar en la vida civil, a través de las herramientas que le ofrece el Derecho.

Son importantes y trascendentales los cambios que ofrece esta nueva regulación, se espera que las instituciones y el esquema jurídico actual puedan responder a lo que efectivamente establece la ley, y se resguarden los derechos de los ciudadanos, ya que nadie está exento de encontrarse en una condición tal que implique la aplicación de estos artículos, la designación de un sistema de apoyo, o curador, porque como se mencionó anteriormente “los nuevos incapaces del siglo veintiuno” son los que resultan afectados por una incapacidad que sobreviene a raíz de diversos factores y de eso nadie está

eximido; de allí radica el interés de que en la práctica los resultados sean los esperados, y realmente se alcance esa efectiva igualdad y respeto de los Derechos Humanos.

CAPÍTULO II: ANTECEDENTES DE LA ACTUAL REGULACIÓN

Es necesario poder mirar hacia atrás para ver cómo llegamos al actual sistema de capacidad establecido en el C.C.C.N., por eso, este capítulo estará dedicado a conocer los antecedentes de la materia, la evolución normativa, y como es regulada la cuestión en otros países. Partiendo del Derecho Romano que es considerada fuente de las legislaciones modernas.

II.1. El Derecho Romano como antecedente del Instituto

“El derecho romano es el conjunto de normas y principios que rigieron la conducta del pueblo romano desde la fundación de Roma (año 753 a J.C) hasta la muerte del emperador Justiniano (año 565 d J.C)” (Ghirardi y Crespo, p. 21,2000).

Se toma al Derecho Romano como un antecedente, porque si bien nos encontramos en lo que se denomina “segunda vida del Derecho Romano” (etapa en la cual ya no está vigente el mismo), su importancia continúa, se lo sigue estudiando y analizando porque es la fuente y razón de las legislaciones modernas.

Se han analizado artículos del Código Civil argentino, hoy derogado, el cual tomó gran parte de su contenido del Derecho Romano, y eso remarca aún más la importancia de considerarlo como un antecedente fundamental; ya que este a su vez es un antecedente del que nos rige actualmente.

En lo que hace específicamente a la materia que se está abordando, los romanos tenían una clasificación: Seres humanos que no eran personas (estos eran incapaces absolutos de derecho), como era el caso del esclavo; las personas incapaces de derecho

relativas y por otro lado en cuanto a la incapacidad de hecho estaban los de incapacidad absoluta y relativa.

En este punto se puede observar que haciendo la salvedad del caso de la incapacidad absoluta de derecho, en lo que resta, la clasificación es similar al del Código de Vélez, vigente hasta hace muy poco tiempo.

Ahora bien, como se pudo ver en el capítulo anterior, un caso de incapacidad absoluta de hecho en el C.C. era el caso del demente y por otro lado también estaba aquel disminuido en sus facultades, que era considerado un supuesto de inhabilitación.

Como antecedente a esta cuestión, el Derecho romano hacía una distinción entre los enfermos mentales: locos furiosos, que alternaban intervalos de lucidez con accesos de furor, y los mentecatos, débiles mentales que vivían por siempre, sin padecer accesos violentos, en un estado de imbecilidad o semiimbecilidad (Ghirardi y Crespo, p. 246, 2000).

La protección jurídica con el correlativo nombramiento del curador llegó primero para los locos furiosos (*furiosus*) por considerarse que padecían una incapacidad natural, evidente para cualquiera, por lo que no se necesitaba una información previa para acreditar el estado de la enfermedad. Con el andar del tiempo llega la protección de los mentecatos (*mentecapti*), para los que si se necesitaba de una verificación de su minusvalía intelectual por considerar que la patología que padecían no era manifiesta (Ghirardi y Crespo, 2000).

La solución frente a los dos casos de enfermos mentales era la incapacidad total; pero una vez declarados tales existían variaciones y esto era porque el *furiosus* era considerado un loco que alternaba accesos de furor con intervalos lucidos de aparente normalidad; eso implicaba que en estos lapsos de tiempo recuperaba su total capacidad,

quedando en suspenso las funciones del curador hasta tanto terminen esos periodos y era ahí donde reasumía sus funciones (Ghirardi y Crespo, 2000).

Otro caso que se analizó y que tiene su antecedente en el Derecho Romano, es el caso del prodigo; supuesto tratado en el artículo 152 bis del Código Civil de Velez Sarfield y en el artículo 48 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Esta regulación de la institución de prodigalidad se remonta al Derecho Romano, en donde ya se declaraba pródigos a todos los que dilapidaban bienes recibidos del padre o del abuelo paterno, colocándolos bajo la vigilancia y protección de un curador (Ghirardi y Crespo, 2000).

En estos casos, se observa que existía una finalidad de protección del patrimonio de la familia que con el tiempo fue cambiando ya que posteriormente la institución se generaliza, y se establece que es pasible de declaración de prodigalidad todo aquel que dilapide sus bienes independientemente de la procedencia de los mismos (Ghirardi y Crespo, 2000)

Ghirardi y Crespo (2000) en su obra marcan que esta solución del Derecho Romano es mucho más perfecta que la que luego fue consagrada por el Código Civil Argentino en el artículo 152 bis, ya que este artículo expresa la clara protección a la familia del prodigo mientras que la solución romana, en cambio, en su última formulación permitía proteger a cualquier dilapidador, tuviese o no parientes con el fin de no olvidar el interés del propio pródigo que quedaba desprotegido si no tenía familia.

De hecho, en la actualidad, en la regulación de la institución se sigue protegiendo el patrimonio de la familia (*cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con*

discapacidad) y no el de la de la persona que dilapida los bienes y pudiese causarse algún perjuicio a sí mismo, como caer en la indigencia.

En cuanto a la capacidad del pródigo podía realizar por sí mismo los actos que no comprometan su patrimonio, y tenía prohibida la realización de aquellos que podían ponerlo en peligro. En estos actos prohibidos, era el curador quien actuaba por el (Ghirardi y Crespo, 2000).

El Derecho Romano también regulaba como incapacidades de hecho a los casos de enfermedades o defectos físicos de carácter permanente: ciegos, enfermos incurables, sordos y mudos, o sordomudos.

II.2. Antecedentes en nuestro país

Sin dudas, y como se pudo observar en el primer capítulo, el Código Civil de Vélez es sumamente importante para entender como es regulada hoy la capacidad e incapacidad de ejercicio; más allá de que este cuerpo normativo resulta trascendental porque es el que estuvo vigente en nuestro país todos estos años.

El mismo fue sancionado el 25 de Septiembre de 1869 y entro en vigencia en el año 1871; obra del Doctor Dalmacio Velez Sarfield, e inspirado en códigos y proyectos de Códigos como el francés, el derecho científico, leyes españolas, los precedentes patrios, usos y costumbres e indudablemente el Derecho Romano (Buteler Caceres, 2001).

En el primer capítulo se hizo mención de artículos trascendentales que formaron parte de este cuerpo normativo, que tenían que ver con la capacidad e incapacidad, este es

el antecedente inmediato del Código que actualmente se encuentra vigente y es inevitable hacer una comparación de artículos, como se hace a lo largo del trabajo final.

Este fue el Código que rigió tantos años en nuestro país, y que a pesar de reiterados intentos de modificación, siguió vigente hasta el año 2015.

Dicho cuerpo normativo al regular el instituto, contenía términos discriminatorios para designar a aquellas personas con diferentes padecimientos psicológicos, al tiempo que restringía las evaluaciones profesionales al ámbito de la medicina, eludiendo la interdisciplinariedad necesaria para la toma de decisiones tan complejas como aquellas que tienen que ver con la restricción y autonomía de las personas (Alonso, Otero, Orlandelli, Salinas, 2013).

Lógicamente, a raíz de los cambios sociales y el impacto de la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad y la ley de salud mental, todas estas cuestiones citadas precedentemente fueron revisadas y modificadas.

Como se viene diciendo a lo largo del trabajo, la sanción del nuevo Código, y especialmente la nueva regulación en la materia responde a desarrollos conceptuales, políticas y prácticas que se venían dando en nuestro País.

II.3. Análisis de la Ley de Salud Mental

El C.C.C.N. sigue los lineamientos expresados en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley de Salud Mental; es por eso que es considerada un antecedente primordial en la regulación de la capacidad del mismo debido que introduce conceptos novedosos en la materia.

La Ley Nacional de Salud Mental, de ahora en adelante L.S.M., fue sancionada en el año 2010 y reglamentada en el año 2013, vino a poner de relieve el paradigma adoptado por la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, sirviendo esta de plataforma legal a fin de establecer un piso normativo en cuestiones vinculadas a la salud mental y al tema de la capacidad (Duizeide,2015, Apartado III).-

La misma introduce cambios en el paradigma tradicional, considerando al antiguo demente como un sujeto de pleno derecho y no como un sujeto de protección; además incorpora el concepto de capacidad progresiva, el respeto, la autonomía del sujeto considerado incapaz, el abordaje de un equipo interdisciplinario que sirva como apoyo para la toma de decisiones, entre otros cambios trascendentales.

Dicho esto, y remarcando la importancia de la Ley 26.657, nos adentramos a su articulado para lograr un mejor análisis de la misma:

La ley tiene por objeto asegurar la protección de la salud mental y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas personas con padecimiento mental (Art. 1 LSM).

En este artículo se puede observar el cambio de terminología en comparación con el C.C. que en su artículo 141 hacía referencia a “personas con enfermedades mentales”; la L.S.M. habla de personas con padecimiento mental, ya que la protección se da a personas enfermas mentalmente, y también a todas aquellas personas que no puedan dirigir sus acciones o administrar sus bienes, ya sea por alguna enfermedad que no sea mental o adicciones (Alonso Sainz y Orlandelli, 2013).

En el art. 3 de la L.S.M. se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos, y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción

social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Se reconoce la presunción de capacidad de todas las personas.

Se da un giro al reconocer siempre la capacidad de ejercicio y goce de los derechos de las personas que, según la antigua práctica doctrinaria y judicial, debían ser representados por otros. De este modo se promueve la estricta consideración de la persona como sujeto digno, capaz de tomar sus decisiones en forma independiente para lo cual se intenta fortalecerla. Se explica que empoderar a la persona con discapacidad es una de las medidas mediante las cuales se intenta estabilizar la psiquis (Duizeide, 2015, Apartado III).

Siguiendo los lineamientos de este sistema que apunta a la inclusión de la persona con discapacidad en su sentido más amplio y en todos los ámbitos, el artículo 4 de la L.S.M⁵, incluye también a personas que padecen adicciones como parte integrante de las políticas de salud mental.

En el art. 7 de la L.S.M. el Estado reconoce los derechos de las personas con padecimiento mental. A modo de ejemplo se pueden mencionar derechos tales como el de recibir una adecuación sanitaria, un tratamiento que implique la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado, al consentimiento informado, el derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades, entre otros.

⁵ Artículo 4: Las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Las personas con uso problemático de drogas, legales e ilegales, tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en su relación con los servicios de salud.

En el art. 8 de L.S.M. se hace referencia al equipo interdisciplinario, el que debe asegurar la atención de la salud mental y debe estar integrado por profesionales, técnicos, y otros capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente.

El fin del mismo es que: “interaccionen buscando un espacio de confluencia y un código común para operar sobre un individuo o grupo con trastornos psíquicos o en situación de crisis” Estudio de N. Stingo (citado en Alonso Sainz, et al. p. 61). Estos miembros del equipo de salud mental provienen de distintas disciplinas, con formaciones diferentes y ámbitos de estudio diverso ya que la diversidad de conocimientos médicos y psicológicos y su rápida renovación requiere de varias especialidades para el tratamiento de un caso específico o grupo Estudio de N. Stingo (citado en Alonso Sainz, et al. 2013).

Es muy importante este avance en la materia, no solo evaluar desde el punto de vista médico a la hora de la restricción de la autonomía de la voluntad, sino también tener en cuenta otras disciplinas, ya que la persona es una totalidad integrada por lo biológico, psicológico y social.

Continuando con el análisis de los artículos, también es de resaltar que a partir de esta normativa la internación es considerada como un recurso terapéutico de carácter restrictivo que solamente es llevado a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social. Debe promoverse el mantenimiento de vínculos, contactos y comunicación de las personas internadas con sus familiares, allegados y con el entorno laboral y social, salvo excepciones debidamente fundadas (Art. 14 LSM).

Además, en el artículo 27 de la L.S.M. se establece la prohibición de creación de nuevos manicomios, un aspecto trascendente en la materia ya que por muchos años se consideró el centro de internación y aislamiento del enfermo mental.

Como se hizo alusión hasta el momento esta ley nos ofrece cambios radicales en el sistema tutelar y patrimonial que venía rigiendo en nuestro país, el cual obedecía a las circunstancias sociales y culturales de la época; ya que toda regulación tiene estricta relación con el momento histórico en el que se sancionó.

Ahora bien, como sociedad se ha avanzado a grandes escalas en diversos aspectos, y este es uno de ellos. La persona con algún tipo de afección mental ha sido incluida en la sociedad, rompiendo de ese modo la clasificación tajante entre sano y enfermo, intentando que en la medida que sus posibilidades lo permitan pueda tomar sus decisiones, teniendo una participación activa en la vida social, incluyendo la posibilidad de realizar actos jurídicos.

Este trabajo apunta a analizar el impacto de estos cambios sociales en el Derecho, ya que hoy después de esta evolución normativa en la materia se ven plasmados en el articulado del C.C.C.N.

Este es un tema que afecta a toda la sociedad, porque como se dijo en el capítulo primero, nadie se encuentra exento de padecer alguna afección mental a futuro, y en eso tiene que ver mucho la evolución de la medicina que permite mayores supervivencias frente a algún tipo de enfermedad o accidente, que tal vez en años anteriores hubiese sido imposible; y aunque no se sea protagonistas de una situación tal, es necesario que la sociedad asuma el compromiso de solidarizarse con este sector vulnerable que necesita una regulación que lo ampare y proteja.

A simple vista, en el análisis de la ley se ve un claro aspecto positivo por considerar que la misma a través de su articulado intenta garantizar una igualdad en materia de derechos humanos, tanto para quienes padezcan una afección mental como para quienes no, lineamientos claros que recepta el C.C.C.N.

De todos modos, frente a esta regulación, que luego toma el C.C.C.N. en muchos aspectos, es posible que en la práctica no se logre lo deseado.

Se espera que con los años, las falencias sean cada vez menores, y estas en su gran mayoría tienen que ver con la necesidad de un cambio estructural de las instituciones en nuestro país, ya que por ejemplo si el artículo 27 de la L.S.M establece la prohibición de manicomios, se espera que en reemplazo se tenga acceso a una institución que garantice un cuidado extremo, los recursos necesarios para esos fines y la mayor atención a quien lo necesite.

Es muy importante la prohibición de los manicomios porque fue considerada una cuestión socialmente cuestionada y debatida ya que en nuestro país este tipo de internaciones psiquiátricas presentaban irregularidades por la violencia y la arbitrariedad con la que se manejaban, de todos modos es necesario que en su reemplazo se pueda ofrecer aquello que carecía esta institución tan cuestionada.

Si bien la ley tiene una mirada hacia el futuro, hacia el cambio, como es por ejemplo el cierre de estas instituciones no hay que ignorar la situación de aquel “loco institucionalizado”, el que ya no quiere salir del manicomio, que hizo de él su hogar, y no sabe vivir en un mundo ajeno. En estos casos, es necesario que se abran las puertas de las instituciones, pero junto con ello tomarle la mano y conducirlo a través de estrategias

conjuntas con el resto de la sociedad, a la cual este sujeto pertenece (Otero y Salinas, 2013).

Al mismo tiempo, también lo que se espera de este cambio demasiado tajante, en la consideración de los incapaces absolutos, y los sujetos de capacidad restringida, es que solo sea para su beneficio, ya que en el afán de evitar cualquier tipo de situación que podría haber acaecido en el antiguo régimen, tal como negarle el ejercicio de determinados actos a una persona que sí podría haberlos realizado con ayuda, puede darse la posibilidad de que una persona que no esté mentalmente bien realice algún tipo de acto que lo perjudique; esto es una línea muy delgada entre el equilibrio que tiene que darse entre esta “ampliación del marco de libertad” del sujeto en cuestión, con la necesidad de protegerlo.

Las normas solas no bastan, se requiere de una revisión total de las prácticas judiciales y asistencialistas, así como la implementación del paradigma de que la salud mental es una cuestión de derechos humanos. Importa el nacimiento de una nueva etapa histórica para nuestro país cuyo compromiso es garantizar un sistema de salud mental más justo y accesible para todos (Robles, 2016, Apartado X).

II.4. Los Derechos Personalísimos del discapacitado en el C.C.N.

“Los derechos de la personalidad engloban como fundamento prístino el reconocimiento de que toda persona posee un valor en sí misma y que merece respeto de su dignidad” (Valente, 2014, Apartado I). El tratamiento de esta cuestión es importante en relación a los sujetos considerados en este trabajo, ya que se encuentran en situación de vulnerabilidad y muchas veces son los que reciben las mayores ofensas y violación de sus derechos.

En nuestro ordenamiento los Derechos Humanos forman parte de un Derecho positivo supranacional, algunos consagrados por documentos internacionales con jerarquía constitucional y otros aprobados por ley interna, formando parte del ordenamiento jurídico nacional (Valente, 2014, Apartado I).

El C.C.C.N., intenta establecer una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado; en el artículo 1, establece que los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte; y en el artículo 2 del mismo, se establece también que a la hora de interpretarlo es necesario atenerse a las disposiciones que surgen de los tratados sobre Derechos Humanos.

Haciendo una ligera enumeración de los derechos personalísimos podemos mencionar algunos importantes que están reconocidos legamente:

- 1) El Derecho a la vida, el que se consagra expresamente en el artículo 10 de la Convención sobre las Personas con Discapacidad, sobre el que se hará hincapié más adelante.
- 2) El derecho a la intimidad, honra, identidad, reconocido en el artículo 52 del C.C.C.N, el que establece que puede reclamar la prevención y reparación de los daños aquel que sufra una ofensa a estos derechos mencionados. En este artículo se intenta que sean objeto de tutela todos aquellos derechos considerados “derechos personalísimos a la integridad espiritual”, también se entiende que estos derechos enumerados son una derivación de lo que implica el derecho a la dignidad humana.

3) El derecho al cuerpo que está consagrado en el artículo 56 del Código civil y comercial que establece la prohibición de disponer del propio cuerpo, si esto causa una disminución permanente de la integridad o resulte contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para mejorar la salud.

4) El derecho a la igualdad, el que es tan importante cuando se trata de este grupo de personas vulnerables, ya que es uno de los que menos se respeta. El mismo está consagrado en el artículo 16 de la constitución Nacional⁶ y en los tratados internacionales de derechos humanos.

El artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional establece que corresponde al Congreso Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos, y las personas con discapacidad.

Es importante detenerse en este derecho, y tratar de analizar, algunas de las causas que provocan la desigualdad, empezando por el estigma.

El estigma es la causa muchas veces de la discriminación, la que también otras tantas conlleva a la desigualdad en el trato.

El termino estigma es definido de la siguiente manera: “un conjunto de actitudes, habitualmente negativas, que un grupo social mantiene con otros en virtud de que éstos presentan algún tipo de rasgo diferencial o “marca” que permite identificarlos” (Valente, 2014, Apartado IV).

⁶ Artículo 16 C.N.: La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y las cargas públicas.

De este concepto se puede dilucidar fácilmente las consecuencias negativas del “estigma”, en razón del mismo se vulneran los derechos anteriormente mencionados, tales como el honor, la intimidad, la libertad, y la igualdad; ya que “estigmatizar” implica considerar diferente a un grupo de personas, lo que conlleva a un trato desigual, por su condición de tal.

5) El Derecho a la salud: El mismo está contemplado en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el que establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad.

6) El Derecho a la libertad: Este es un Derecho fundamental para todos los seres humanos, se encuentra reconocido en varios artículos de nuestra Carta Magna, dada la importancia del mismo, y que muchos otros de otros dependen del respeto a éste.

En lo que respecta al grupo de personas tratadas en este trabajo, el cumplimiento de este derecho debe ser estrictamente cumplido, ya que muchas veces se vulnera, y se producen restricciones o limitaciones de la libertad. Esto se puede manifestar de dos maneras claras: en aquellos casos en los que la persona con capacidad restringida se encuentra privada de tomar aquellas decisiones que tengan que ver con su persona o patrimonio, y también cuando se llevan a cabo internaciones psiquiátricas que restrinjan su libertad ambulatoria. El sistema actual intenta y tiende a cambiar estos aspectos y

brindarle una mayor protección al sujeto, se espera que efectivamente se vean amparados, y no sufran ninguno de los dos tipos de restricción o limitación arbitraria.

Ahora bien, marcada ya la importancia y la recepción de los Derechos Humanos en el Código que nos rige es necesario hablar de la evolución del concepto de discapacidad que fue la que consecuentemente trajo una nueva regulación en la materia, y es por eso que resulta trascendental hacer mención a este cambio.

La Organización Mundial de la Salud cambia el viraje del asunto, cuando pasa de la clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías a la clasificación Internacional de Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (Valente, 2014, Apartado IV).

El cambio radicó en dejar de ver a la discapacidad como la enfermedad-impedimento, para pasar ahora a considerarla como limitación o dificultad que un individuo puede experimentar en la realización o en el desempeño de sus actividades (Valente, 2014, Apartado IV).

El nuevo cambio de paradigma trae como consecuencia considerar a este grupo de personas vulnerables en base a sus fortalezas y no sus deficiencias, todo esto dándole una especial atención a su entorno, que es el que lo va a ayudar a encontrarse inserto en la sociedad de un modo activo.

De hecho, como se verá en los próximos capítulos el nuevo Código brinda esa herramienta a través de “sistemas de apoyo” que son los que tienen como finalidad promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

Es decir, la discapacidad se analiza tomando en cuenta el contexto social, porque es allí donde la persona en cuestión deberá alcanzar ese proceso de integración, ayudado por el entorno que lo rodea.

La vulneración de estos derechos mencionados anteriormente se produce por todas aquellas personas que de alguna manera se relacionan con él y lo limitan en su vida social, logrando que el sujeto con algún tipo de discapacidad no pueda desarrollarse de un modo independiente, alcanzando esa igualdad con ellas.

“Debe verse a la discapacidad como un fenómeno universal, ya que lejos de sintetizar la situación de un grupo sectorizado de la sociedad, debe comprenderse que toda la población es vulnerable, o al menos, está en situación de riesgo” (Valente, 2014, Apartado VI).

II.5. Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad

Se trata de un Instrumento de Derechos Humanos, cuyo fin es proteger los Derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

La convención de los Derechos de las personas con discapacidad, de ahora en adelante C.D.P.D., fue aprobada en nuestro país a través de la ley N° 26.378 en el año 2008, y obtuvo jerarquía constitucional mediante la sanción de la norma 27.044 del año 2014.

La Convención adhiere al modelo social de la discapacidad, estableciendo que la persona con discapacidad debe ser tratada como sujeto de derechos, con igual dignidad y valor que las demás, y que es obligación del Estado reconocer su titularidad en todos los derechos, pero también, fundamentalmente, su capacidad plena de ejercerlos por sí misma. Asimismo, dentro de sus ejes centrales enfatiza la interacción entre la deficiencia

individual y el entorno, las barreras arquitectónicas y actitudinales de toda sociedad, y el respeto por la voluntad y la preferencia de la persona con discapacidad. (Duizeide, 2015, Apartado II).

Dicho esto, es momento de adentrarnos a algunos de los artículos de dicha convención. Empezando por el objetivo, y las personas que se encuentran amparadas por la misma.

En el artículo 1 de la C.D.P.D se deja establecido el propósito de la misma: “Promover, proteger, y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

Además, en este mismo artículo deja en claro a quienes se consideran personas con discapacidad: “Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.”

Dicho esto, es oportuno hacer referencia a los artículos que tienen que ver con los derechos personalísimos, desarrollados en el apartado anterior, ya que esta convención tiene como fin asegurarlos, en condiciones de igualdad con el resto de las personas.

Algunos de los que se reconocen son: El derecho a la vida, la libertad de desplazamiento y de nacionalidad, de expresión y opinión, seguridad de las personas, la igualdad ante la ley sin discriminación, el respeto a la integridad física y mental, el de la salud.

En el artículo 10 de la C.D.P.D. se reconoce el Derecho a la vida el que establece: *“Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos*

y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”.

El Derecho a la Igualdad es reconocido en el artículo 5 de la C.D.P.D., en donde se deja sentado que Los Estados Partes deberán reconocer que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida y sin discriminación alguna, además prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad garantizando a toda persona con discapacidad protección legal y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

El artículo 12 de la C.D.P.D., también establece que las personas con discapacidad tienen derecho en todos partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, al igual que capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Para esto los Estados Partes deberán proporcionar acceso a las personas con discapacidad para que puedan tener el apoyo para ejercitar su capacidad jurídica.

Además, en este artículo se impone que los Estados partes aseguren que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias, que aseguren que las relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

II.6. La cuestión en otros países

Una vez analizados los antecedentes primordiales para el C.C.C.N., también se torna interesante ver como se regulan algunos aspectos que se relacionan con la materia en otros países.

Algunos han realizado reformas legislativas que contemplan la posibilidad de que una persona designe su propio curador para el caso de una incapacidad sobreviniente, o bien realice alguna disposición relativa a su cuidado o de sus bienes ante cualquier eventualidad.

En nuestro país el C.C.C.N. en el artículo 60 establece la posibilidad de que una persona plenamente capaz pueda anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad, este tema se abordará en capítulos posteriores.

Es importante hacer una breve reseña de la evolución y el tratamiento de la cuestión en otros países en relación a esto.

En Alemania existió hasta el año 1991 una regulación que contemplaba dos institutos jurídicos: la interdicción (procedimiento judicial para aquellos casos en los que la enfermedad o debilidad mental que padecía el sujeto llevaba a la necesidad de la designación de un tutor que lo representara en la vida patrimonial y personal) y la segunda posibilidad estaba dada para aquellos casos en donde la incapacidad se limitaba a ciertos actos, lo que conllevaba un régimen de curatela con el consentimiento del afectado (Pestalardo,2012).

La nueva ley de asistencia, reemplaza las dos posibilidades mencionadas por un único instituto jurídico: la asistencia (La asistencia puede ser para algunos casos particulares o bien más amplia).

El régimen de asistencia es subsidiario, y tiende a que el afectado pueda disponer en relación a su asistente, como así también en relación a su gestión; lo que obliga al Tribunal a tomar en cuenta las propuestas y deseos del sujeto en cuestión.

En España, desde Noviembre del 2003, (fecha en la que se modifica el Código Civil), existe la posibilidad de que cualquier persona con capacidad de obrar, pueda a través de un documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su persona o bienes, incluida la designación de un tutor, para el caso de una incapacidad sobreviniente (Pestalardo,2012).

En Canadá, las alternativas para la protección del mayor de edad incapaz son tres: La representación, la representación en determinados actos (lo que implica cierta autonomía para el incapaz), y luego la asistencia para determinados actos, o bien para casos limitados en el tiempo (Pestalardo, 2012).

Estos son algunos países, y algunos de los aspectos que son regulados por distintos ordenamientos jurídicos y se relacionan con la temática abordada.

En las regulaciones mencionadas anteriormente se encuentran muchos puntos en común en relación a la posibilidad de que sea el afectado el que disponga a través de un documento voluntario y en pleno uso de sus facultades, que se respete su voluntad en determinadas cuestiones frente a cualquier eventualidad que implique la pérdida de su plena capacidad.

CAPITULO III: EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD O CAPACIDAD RESTRINGIDA

El C.C.C.N. prevé normas procesales que se limitan a establecer reglas generales de observancia en toda decisión restrictiva de la capacidad de ejercicio de los derechos de las personas, la legitimación para intervenir en el proceso, la decisión del juez consistente en el dictamen de un equipo interdisciplinario, medidas cautelares, entre otros aspectos.

III.1. Reglas generales a la restricción de la capacidad. Principios comunes. Artículo 31 C.C.C.N.

El artículo 31 del Código civil y comercial vigente nos ofrece las reglas generales en cuanto a cuestiones procedimentales y de fondo referidas a la restricción de la capacidad.

Artículo 31: *“La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: a. la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, b. las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona; c. la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial; d. la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión; e. la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; f. deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.”*

En este apartado, se procede a un análisis de cada uno de los principios establecidos en el artículo, según los comentarios de la Doctora Marisa Herrera en el Código Civil y Comercial comentado, Tomo I (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015)

a) **La capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume:**

Esto quiere decir que para permitir cualquier restricción a la capacidad se necesita probar rigurosamente tal situación mediante un proceso.

b) **las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona:** La capacidad restringida supone que la persona conserva su capacidad, la cual es limitada solo para determinados actos; el hecho de que sea siempre en su beneficio responde a un principio básico en la regulación de la materia que tiene que ver con que la finalidad de la restricción de la capacidad es el respeto a los derechos, a la voluntad y a la preferencia de la persona, en concordancia con lo que establece el artículo 12 de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad.

c) **la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial:** Este principio tiene que ver con la modificación que establece la Ley de Salud Mental en esta temática y que produce un quiebre en relación al vínculo médico-psiquiátrico con las restricciones a la capacidad; hoy se considera que no sólo depende de la ciencia médica psiquiátrica la existencia o ausencia de salud mental y su correlativa restricción de la capacidad en base a eso; se necesita además de un abordaje interdisciplinario, un trabajo conjunto de psiquiatras, enfermeros, trabajadores sociales, de un equipo interdisciplinario que pueda determinar la

situación de la persona y como se dijo en el inciso anterior, en base a eso poder llevar a cabo un diagnóstico que respete lo que sea más beneficioso para ella.

d) La persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión: Este principio también es trascendental, porque impacta puntualmente en un caso especial que en el código derogado era un supuesto de incapacidad absoluta de hecho, el caso de los sordomudos que no sabían darse a entender por escrito, hoy se elimina esta causal de incapacidad teniendo en consideración las distintas maneras de comunicarse de las personas.

e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios: Este principio se desprende de la situación de que la persona con capacidad restringida o incapaz es parte en el proceso.

f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades: Este principio hace referencia a que siempre que se limita la capacidad tiene que ser en beneficio de la persona.

III.2. Declaración de incapacidad o capacidad restringida

En el régimen del C.C. la regulación del juicio de insania y los procesos que se le asimilaban (inhabilitación) adherían al denominado modelo rehabilitador (las causas de la discapacidad eran científicas y las medidas que adoptaba el juez se sustentaban exclusivamente en la decisión de profesionales de salud) (Roitbarg, 2016, p. 110).

Actualmente, el C.C.C.N. asume que la mayoría de las causas de las discapacidades reconocen un origen social, por lo que el proceso tiene variantes que se analizan en el capítulo.

Como ya se viene advirtiendo, la gran diferencia que radica entre un modelo y el otro, en este aspecto, es que en el anterior se designaba un curador para que reemplace la voluntad del declarado incapaz, en cambio actualmente se prevé un sistema de apoyos que en lugar de llevar a cabo ese reemplazo, complementa la voluntad de la persona que es restringida en su capacidad, y solo se llega a la designación del curador en casos excepcionales.

Ahora bien, a continuación se analiza el articulado referido al proceso de declaración de incapacidad y capacidad restringida.

III.2.1. Legitimados

Tal como lo hacía el Código de Vélez en los artículos 144 y siguientes, el C.C.N. estatuye normas instrumentales vinculadas al diseño del procedimiento judicial para la declaración de incapacidad de ejercicio o capacidad restringida, plasmando las mismas entre los artículos 33 a 40 Estudio de E. Saux (citado en Kiper y Daguerre, 2015, p. 34).

Si bien siguen genéricamente la estructura del “juicio de insania” del Código derogado, lo hacen con las necesarias adecuaciones que el nuevo diseño de la temática adquiere Estudio de E. Saux (citado en Kiper y Daguerre, 2015).

En cuanto a los legitimados para solicitar la declaración de incapacidad, el artículo 144 del Código Civil de Vélez establecía: *“Los que pueden pedir la declaración de demencia son: 1. El esposo o esposa no separados personalmente o divorciados vincularmente 2. Los parientes del demente 3. El Ministerio de Menores 4. El respectivo*

cónsul, si el demente fuera extranjero. 5. Cualquiera persona del pueblo, cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos.”

En tal sentido, actualmente el artículo 33 del C.C.N. establece: *“Están legitimados para solicitar la declaración de incapacidad y capacidad restringida: a) el propio interesado, b) el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado c) los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad dentro del segundo grado, e) el Ministerio Público.”*

Haciendo un análisis del artículo anteriormente transcrito se puede observar que el mismo corrige en varios aspectos al artículo 144 del Código Civil de Vélez, estableciendo como legitimado al propio interesado, al conviviente mientras la convivencia no haya cesado, mencionando al Ministerio Público (perfeccionando así la anterior alusión al Ministerio de Menores que establecía el C.C.) y suprimiendo las cuestionadas alusiones del respectivo cónsul si el demente fuera extranjero y a cualquier persona del pueblo, cuando el demente sea furioso o incomode a sus vecinos.

El artículo 34 del C.C.N. establece que durante el proceso el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de las personas.

Estas facultades plasmadas como medidas cautelares son, deliberadamente, amplias y adaptables a las necesidades del caso concreto bajo juzgamiento. El juez puede determinar que actos requieren la asistencia “de uno o más apoyos”, cuales “la representación de un curador”, pueden también designar redes de apoyos y personas que actúen con funciones específicas según el caso Estudio de E. Saux (citado en Kiper y Daguerre, 2015, p. 34).

En relación a la garantía de los derechos patrimoniales, alguna de las medidas puede ser la inhibición general de bienes, la designación de un curador que los administre en nombre de su titular mientras dure el juicio, entre otras que puede tomar el juez para tales fines.

Además, en el proceso se debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el mismo, lo que implica entrevistarlos personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquel. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, debe estar presente en las audiencias (Roitbarg, 2016)

Este principio de inmediatez es establecido en el artículo 35 del Código Civil y Comercial de la Nación. El mismo implica además un resguardo a la dignidad, y a la tutela de los derechos personales del interesado, y tiene por norte el derecho a la información, establecido en el inciso d) del artículo 31 del Código vigente, que se transcribió precedentemente.

Sin dudas, y como se establece en el inciso e) del artículo 31 del C.C.C.N. uno de los aspectos más novedosos de las normas procesales del nuevo código en esta materia es la reafirmación de calidad de la parte de la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso, el que tiene que intervenir en el proceso representado por un abogado o uno provisto por el Estado, si careciere, tal como lo determina el artículo 36 del Código Civil y Comercial vigente.

El artículo 36 del C.C.C.N. regula la intervención del propio interesado en el proceso, el que puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa, y fija la regla de competencia correspondiendo que la acción sea promovida ante el juez que tenga

competencia por materia en la jurisdicción correspondiente al domicilio de la persona o al lugar donde ella esté internada.

Era necesaria la enunciación explícita del mismo como parte del proceso, ya que se lo consideraba, desde hace tiempo, una omisión importante por parte del antiguo código, lo que implicaba excluir a las personas con discapacidad de las garantías del debido proceso y consecuentemente una evidente situación de discriminación. “Queda de este modo evidenciada en la técnica utilizada que por un lado se dan unas reglas generales y luego se pasa al dictado de normas específicas de carácter operativo en el procedimiento que estamos tratando” (Castro, 2015, p. 166)

III.2.2. El contenido de la sentencia

En lo que concierne a la prueba, tal como lo disponían los artículos 142 y 143 del Código de Vélez al aludir a la necesaria existencia de un “examen de facultativos” (junta médica conformada por siquiátras o forenses con formación en siquiátría, que debían integrarse en número impar por si hubiera disidencias) el C.C.N. en su artículo 37 establece en su último párrafo que para expedirse es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario Estudio de E. Saux (citado en Kiper y Daguerre, 2015, p. 38)

En tal sentido, y en cuatro incisos, la norma de referencia establece el contenido de la sentencia, la que deberá determinar: a) diagnóstico y pronóstico b) la época en la que la situación se manifestó c) los recursos personales, familiares y sociales existentes y el régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible.

El artículo 38 del C.C.C.N. establece que la sentencia que se dicte debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que

queden limitados, procurando que la afectación de la autonomía personal sea lo menor posible.

Ahora bien, en la norma parece presentarse una omisión regulatoria que tiene que ver con que establece el caso de la persona de capacidad restringida, que es aquella que en la sentencia se le especifica las funciones y actos que se le limitan, pero no el caso de la persona a la que se le declara la incapacidad y se tendrían que establecer los actos que si puede realizar por sí sola, si es que hubiese algunos.

El nuevo sistema propone que las sentencias de declaración de capacidad restringida o incapacidad sean a medida según la situación personal del interesado.

El mismo artículo prescribe que la sentencia debe designar una o más personas de apoyo o curadores y además señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación.

La sentencia que declara la incapacidad o capacidad restringida debe ser inscripta en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, esto guarda relación con la oponibilidad de terceros frente dicha declaración y también con el régimen de nulidades establecido en el Código Civil y Comercial vigente.

La sentencia es un pronunciamiento constitutivo de un estado determinado en orden a la capacidad o capacidad con restricciones de una persona. Una vez que el fallo se inscribe registralmente, nadie puede invocar su desconocimiento ni buena fé en su actuar Estudio de E. Saux (citado en Kiper y Daguerre, 2015)

Es importante considerar la situación de la omisión de inscribirla registralmente, lo que conllevaría a que la persona que se vincule con el no conozca su situación de

capacidad restringida o incapacidad. En ese sentido se entiende que si la persona que se vincula con el declarado incapaz o de capacidad restringida alega su buena fé derivada del desconocimiento del fallo puede rechazar la pretensión de anulación del acto que se trate Estudio de E. Saux (citado en Kiper y Daguerre, 2015).

III.2.3. Revisión de la sentencia

El Código Civil y Comercial en su artículo 40 dispone que *“la revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado. Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su caso, a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido”*.

No siempre la cuestión fue regulada de esta manera; tradicionalmente el Código Civil de Vélez consideraba a la persona que padecía una enfermedad mental incapacitada para dirigir su persona y sus bienes, esto conllevaba a que sea objeto de amparo jurisdiccional, mediante la declaración de insania y después de un proceso judicial, hasta tanto sea rehabilitado por otra sentencia (Cardenas, Grimson y Alvarez, 1985).

Por lo expuesto, se puede observar que era necesario que se presente un determinado estado diverso al originario, y así procedía un nuevo examen de la situación originariamente declarada en una sentencia de insania o inhabilitación a través del proceso de rehabilitación, el que perseguía la restitución a la plena capacidad jurídica.

Todo esto basado en lo que se viene diciendo a lo largo del trabajo que tiene que ver con el concepto biológico- jurídico que seguía el tradicional Código Veleziano, el que consideraba que la revisión de la sentencia iba a proceder en caso de recuperación, lo que conllevaba a que esta declaración quede cristalizada en el tiempo en la mayoría de los casos en perjuicio de quien la ley quería proteger.

Un avance en este aspecto fue la disposición que la Ley de Salud Mental introdujo en el artículo 152 ter del Código civil derogado, el que establecía que las declaraciones judiciales de incapacidad o inhabilitación debían fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias, las que no podían extenderse por más de tres años y debían especificar las funciones y actos que se limitaban, procurando que la afectación de la autonomía de la voluntad sea lo menor posible.

Esta exigencia de revisión se adecua con la concepción interdisciplinaria de la L.S.M., como se analizó precedentemente, y con la idea de que el padecimiento mental de una persona no se puede considerar un estado inmodificable, ya que esto implicaría vulnerar los derechos del afectado.

La incorporación del artículo 152 ter al Código derogado, marcó la adopción de un régimen gradual de la capacidad, el que mantuvo nuestro Código Civil y Comercial vigente, que determina que se parte siempre de la capacidad plena de la persona, por lo que cualquier afección a la misma debe ser evaluada con un criterio estricto Estudio de S. Guahnon y M. Seltzer (citado en Alonso, et al. 2013).

Ahora bien, la disposición incorporada al Código derogado, que marca un gran avance, y un acercamiento al artículo 40 del C.C.C.N. transcripto con anterioridad, tiene como punto clave el término que importa un plazo en el cual debe hacerse oficiosamente

un reexamen de la situación del declarado incapaz o inhabilitado Estudio de S. Guahnon y M. Seltzer (citado en Alonso, et al. 2013).

Al tiempo que se adecua con el artículo 12 de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad, del cual se habló en el capítulo anterior, en cuanto este establece que los Estados deben asegurar a las personas comprendidas en él, la sujeción a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente.

Esta incorporación que establece un plazo para la revisión del contenido de la sentencia, y consecuentemente la situación del padeciente, tiene gran importancia a los fines de evitar que el estado del sujeto sea inmodificable, la declaración puede convalidar la sentencia anterior, o modificarla si es que hubiese cambiado la situación del sujeto.

Como se pudo observar a través de este breve análisis de los precedentes del artículo 40 del C.C.C.N., se fue evolucionando en dicho concepto, ya que en un primer momento a través de la tradicional regulación podía no haber adecuación entre la situación legal de la persona con su real estado de salud, ya que la declaración judicial que determinaba su condición podía quedar cristalizada con el paso del tiempo, aun en el caso de una recuperación del padeciente.

Luego la Ley de Salud Mental incorpora un plazo que se considera de reevaluación, para evitar aquellos casos que se podían presentar con la anterior regulación, el que no se consideraba de caducidad automática, ya que si una persona realmente seguía necesitando del amparo de la ley por la gravedad de su estado de salud, la declaración debía mantenerse.

Hoy, el artículo 40 del C.C.C.N. sigue la misma línea e incorpora aspectos tales como la posibilidad de revisión en cualquier momento por el propio interesado, el hecho de que no constituye un nuevo proceso sino una revisión de la sentencia dictada, la situación de que la revisión de la sentencia es impuesta en el mencionado artículo como un deber del juez, y en donde el Ministerio Público tendrá el deber de control, al margen del derecho reconocido al interesado, e incorpora la audiencia personal con el sujeto afectado; todo esto tiene mucho que ver con la consideración del sujeto como parte del proceso, entre otros lineamientos que toma de la Ley de Salud Mental.

III.3. Internación

El abordaje de esta cuestión es bastante complejo, y para un mejor desarrollo del mismo es importante analizar cómo fue regulada la internación en nuestro país hasta llegar al tratamiento actual.

Se partirá de la modificación que introduce la ley 26.657 al artículo 482 del Código Civil, reforma que fue de gran importancia y también marcó las pautas para los artículos que regulan la internación en el Código Civil y Comercial vigente.

En un primer momento, el Código Civil derogado regulaba la internación en su artículo 482 el cual en su primer párrafo establecía: *“El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial.”*

A través de lo dispuesto por la ley 26.657, el primer párrafo quedó redactado de la siguiente manera: *“No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz*

por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial.”

Haciendo una comparación, se pueden percibir los cambios que introduce la ley 26.657; en primer lugar ya no habla de demente ahora hace referencia a “incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones”, lo que también implica ampliar el marco de protección hacia aquellas personas con adicciones.

La modificación al artículo prescribe que podrá ser privado de su libertad en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.

Se debe entender por riesgo cierto aquel que surge de una evaluación actual, realizado por el equipo interdisciplinario, cuyo fundamento no puede reducirse exclusivamente a un diagnóstico, y por inminente, a aquel con altas probabilidades de suceder o agravarse en un corto período de tiempo (Alonso Sainz y Orlandelli, p.99; 2013).

Se puede observar también la inclusión de una mirada interdisciplinaria al establecer como condición para que proceda la internación que el sujeto deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial, limitando al profesional del ámbito judicial a la aprobación y control de tal medida.

A partir de la vigencia de este régimen, la internación de las personas no puede ser ordenada judicialmente, el ingreso de la persona al ámbito hospitalario a raíz de una afección tiene que ser determinado por un equipo interdisciplinario.

Se estima que este cambio en relación a este punto es altamente provechoso, ya que dudosamente un juez pueda contar con los conocimientos necesarios que se requieren

para determinar si la persona en cuestión (que padece una alguna afección mental o adicción) deba ser internada.

Se entiende que para tomar una decisión de tal magnitud e importancia, como es la privación de la libertad de una persona, se requiere del aporte de varias disciplinas para la pertinente evaluación y correlativa determinación.

Continuando con este análisis comparativo del tratamiento de “la internación”, el segundo párrafo del artículo 482 del Código Civil establecía *“Las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez, de las personas que por padecer enfermedades mentales, o ser alcoholistas crónicos o toxicómanos pudieren dañar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública. Dicha internación solo podrá ordenarse, previo dictamen del médico oficial.”*

Luego de la modificación al artículo el texto del segundo párrafo establece: *“Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentran en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.”*

Si analizamos cada uno de los textos, se puede observar que el segundo abarca más que el anterior, no queda limitado solo a la autoridad policial la disposición del traslado, sino que se refiere a cualquier autoridad pública, y amplía las patologías a “cualquier tipo de adicción” (Alonso Sainz y Orlandelli, 2013).

Además, elimina el concepto de tranquilidad pública, pero se entiende que se encuentra implícito, ya que el accionar de una persona que tiene un riesgo para sí o para terceros puede afectar la tranquilidad pública (Alonso Sainz y Orlandelli, 2013).

El artículo 482 previo a la reforma establecía en el tercer párrafo que a pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la internación de quienes se encuentren afectados de enfermedades mentales aunque no justifiquen la declaración de demencia, alcoholistas crónicos y toxicómanos que requieran asistencia en establecimientos adecuados, debiendo designar un defensor especial a los fines de asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aun evitarla.

Con la modificación al artículo se establece que el juez en igualdad de condiciones puede disponer la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud de las personas que se encuentran afectadas por enfermedades mentales y adicciones.

Una vez analizado el artículo 482 del Código Civil y la reforma del mismo a través de lo dispuesto por la ley 26.657, es hora de adentrarnos al tratamiento en el Código Civil y Comercial vigente.

La internación sin consentimiento de una persona está regulada en el artículo 41 del C.C.C.N., el cual establece que la misma solo va a proceder si cumple con determinados requisitos:

- a) *Debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario, que señalen los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad.*
- b) *Solo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros*
- c) *Es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente*

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

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

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

La Ley de Salud Mental establece lineamientos centrales en esta materia, los cuales sigue el Código Civil y Comercial vigente, entendiendo a la internación como un recurso terapéutico de carácter restrictivo que solamente puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social.

En cuanto al traslado de la persona cuyo estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, a un centro de salud para su evaluación el nuevo Código Civil y Comercial en su artículo 42 dispone que sea dispuesto por autoridad pública y en el caso de que sea admitida la internación, deberá cumplirse con los plazos y modalidades establecidos en la legislación especial.

Las fuerzas de seguridad y servicios públicos deben prestar auxilio inmediato.

III.4. Cese de la incapacidad y de las restricciones a la capacidad

Este capítulo estuvo dedicado a analizar el procedimiento de declaración de capacidad restringida e incapacidad, y todo aquello que repercute en el mismo y sea de trascendencia o pueda impactar en las personas que padecen una adicción o alteración

mental, como por ejemplo, la internación (recurso terapéutico que también puede ser viable en determinadas circunstancias para aquellas personas).

Es por esto, que a los fines de darle un cierre a este capítulo es pertinente tratar el cese de la incapacidad o las restricciones; el cual puede ser total si la remisión fuese absoluta; dejando sin efecto la sentencia, o bien, parcial que implica que el juez mantenga la incapacidad ya declarada o la restricción a la capacidad según el caso Estudio de E. Saux (citado en Kiper y Daguerre, 2015)

Esta cuestión se encuentra establecida en el artículo 47 del C.C.C.N. el que reza: *“El cese de la incapacidad o de la restricción de la incapacidad debe decretarse por el juez que la declaró, previo examen de un equipo interdisciplinario integrado conforme a las pautas del artículo 37, que dictamine sobre el restablecimiento de la persona.*

Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador o apoyo.”

En cuanto a la legitimación para solicitar el cese pueden hacerlo las mismas personas que estaban legitimadas para requerir la declaración de incapacidad o la restricción de la capacidad, analizados precedentemente en este capítulo. (Roitbarg, 2016)

Para poder desarrollar este punto es importante tener en cuenta todo lo mencionado en relación al proceso, ya que tiene una estricta vinculación.

Especialmente, todo lo analizado en el artículo 40 del C.C.C.N. referido a la revisión de la sentencia, la que puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado, sin perjuicio de la obligación legal de cada tres años actualizar los informes, ya que a través de esta re-evaluación de la situación del sujeto afectado se puede convalidar la sentencia anterior que declara la incapacidad o capacidad restringida o bien

modificarla si se produjo una modificación de la situación de la persona en cuestión, lo que podría llevar al cese de la incapacidad o restricciones.

La normativa vigente se diferencia de la regulación anterior, que requería que se presente un estado diverso al originario que llevó al sujeto a ser declarado incapaz para que se dé el proceso de rehabilitación con la finalidad de la restitución de la capacidad plena.

Actualmente, el restablecimiento de la persona que le permita la restitución al ejercicio de los derechos por sí depende del examen interdisciplinario, cumpliendo de esta manera una de las reglas generales impuestas en el artículo 31 inc c) que establece que la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial.

A partir de este nuevo examen se puede arribar al restablecimiento total de la capacidad si así lo ameritan las condiciones personales y contextuales o al menos morigerar los actos anteriormente restringidos, alcanzando el sujeto afectado una mayor amplitud en su actuar.

Según lo dispone el artículo 39 del C.C.C.N. para que el cese de los efectos sea oponible a terceros, la nueva resolución debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

III.5. Jurisprudencia del régimen de capacidad restringida

Parece oportuno incluir en este capítulo lo expresado por la CAMARA CIVIL DE APELACIONES- SALA I en los autos “G.Y. s/ declaración de incapacidad”⁷ al referirse

7

C.Apel.Civ.yCom.Gualeyguaychu,SalaI,“G.Y.s/declaracióndeincapacidad”.citaonline:AR/JUS/77819/2015

a la sentencia dictada por el Magistrado de la instancia de origen, en la cual se resuelve declarar la incapacidad para el ejercicio de derechos por parte de la causante, basándose en la entrevista personal, y dictamen médico. Situación que no parece ajustarse a las disposiciones del artículo 32 del Nuevo Código Civil y Comercial, en tanto carece de una visión interdisciplinaria para dictaminar las aptitudes de la persona, y a partir de allí determinar la restricción a la capacidad, ya que solo toma en cuenta el aporte de la medicina.

En dicho fallo no se confirma la sentencia respecto de la incapacidad de la causante, porque la misma no satisface las exigencias del artículo 32 del C.C.C.N. ya que de haber tomado en cuenta aquellos aspectos positivos que surgieron del informe médico, sumado a la visión interdisciplinaria requerida por la Ley de Salud Mental no se hubiese arribado a la declaración de incapacidad de la persona.

El artículo 32 del Código Civil y Comercial, establece que para el caso de aquella persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, procederá la declaración de capacidad restringida si del ejercicio pleno de su capacidad pudiese ocasionar bienes para su persona o bienes.

Se restringirá la capacidad para determinados actos, respecto los cuales el juez le designara el apoyo o apoyos necesarios, y se limitará la situación de la incapacidad solo para casos excepcionales.

Se consideró entonces que el caso de la causante, está más bien comprendido en los supuestos de capacidad restringida del nuevo artículo 32 y no en los casos excepcionales de incapacidad.

Y es por eso, que se resolvió no confirmar la sentencia de la instancia de origen, por no ser un caso de declaración excepcional de incapacidad contemplado en el artículo analizado con anterioridad, y por considerar que no se mantiene una restricción de capacidad acorde a sus circunstancias, de acuerdo lo establece el régimen legal vigente en materia de discapacidad, capacidad de ejercicio y derechos humanos.

Es pertinente tratar este caso, porque implica la revisión de la sentencia que declaró la incapacidad de una persona antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, discutiéndose si la misma al efectuarse siguió los preceptos de este cuerpo normativo actual, ya que las normas de éste resultan de aplicación inmediata porque sobrevienen y versan sobre el estado y la capacidad de las personas.

Es decir, es importante que todas las personas mencionadas en la categoría que establece el artículo 32 del C.C.C.N., objeto de análisis en este trabajo, gocen de los beneficios del nuevo régimen protectorio, y especialmente tomar en cuenta el caso de la incapacidad como un situación excepcional, y determinarlo luego de haber tenido en consideración las particularidades de la causa, a través de un equipo interdisciplinario.

Capítulo IV: Ejercicio de los actos del sujeto de capacidad restringida o incapaz

Como se ha visto a lo largo del trabajo, y cómo surge del concepto de las personas con capacidad restringida o incapacidad de ejercicio, éstas se caracterizan por la restricción parcial o total que tienen para la realización de los distintos actos, a raíz de padecer alguna adicción o alteración mental o bien encontrarse absolutamente imposibilitadas para relacionarse con su entorno (tal es el caso por ejemplo de una persona en estado vegetativo).

Este capítulo, está dedicado a analizar el ejercicio de los actos de estas personas y sus efectos, la herramienta tradicional con la que contaron los incapaces de hecho para adquirir derechos y contraer obligaciones: curatela y el instituto que regula el C.C.C.N.: Sistema de apoyos, lo cual es una novedad legislativa que en lugar de sustituir la voluntad del sujeto afectado, la complementa; también se analiza el instituto de las medidas de autoprotección, tan útiles para los tiempos que vivimos en la actualidad, en donde la incapacidad de ejercicio es una realidad que nos puede tocar a todos y en cualquier momento, por eso es importante preverla con anterioridad determinando las cuestiones relativas a dicha situación.

IV.1. Actos realizados por la persona incapaz o con capacidad restringida con posterioridad a la declaración de incapacidad o capacidad restringida

En este apartado en especial, se analizan los artículos trascendentales del Código Civil de Vélez referidos a la cuestión, para luego proceder a los del Código Civil y Comercial vigente, e intentar llevar a cabo una comparación.

Es necesario para comenzar a abordar el análisis del articulado del C.C. en relación a esta cuestión tomar en cuenta el instituto de la representación.

Los incapaces de hecho no podían obrar por sí, y frente a esta situación el artículo 56 del Código Civil de Vélez establecía que: *“Los incapaces pueden, sin embargo, adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley”*

Este instituto es importante para poder comprender con la herramienta que contaron todos estos años las personas con capacidad restringida o incapacidad para obrar; y luego proceder a tratar los efectos de los actos realizados por la propia persona afectada.

El instituto de la representación se mantiene como medio de protección solo que ahora se abre además un sistema más flexible y dinámico con la novedad de los “sistemas de apoyo”, instituto que se analizará a continuación.

En este título se desarrollan los actos de la persona realizados por sí misma, y los consecuentes efectos antes y después de la sanción del Código vigente.

Ahora bien, en el tratamiento de la temática se distinguieron los actos posteriores a la declaración de incapacidad y los anteriores.

El Código derogado disponía, lo siguiente en relación a los posteriores:

El artículo 472 del C.C. establecía: *“Si la sentencia que concluya el juicio declarase incapaz al demandando, serán de ningún valor los actos posteriores de administración que el incapaz celebrare”*

Complementaba esto el artículo 1041 del C.C. que rezaba: *“Son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria”*

Y el 1042 del C.C.: *“Son también nulos los actos jurídicos otorgados por personas relativamente incapaces en cuanto al acto, o que dependiesen de la autorización de un juez, o de un representante necesario”*

Estas disposiciones seguía el Código de Vélez frente a esta situación; dicho esto, el Código vigente en relación a la validez de los actos posteriores a la inscripción de la sentencia toma en cuenta lo dispuesto por el artículo 44 del C.C.: *“Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”*

Es decir, la regla general es que son nulos en la medida en que contraríen lo dispuesto en la sentencia. El criterio mantiene similar pauta al artículo 1042 del Código derogado (transcripto precedentemente), pero la principal diferencia es que en el artículo 44 del Código vigente, se establece la ineficacia de los actos que contraríen la sentencia, pero a partir de su inscripción.

Más allá que en el Código derogado la registración de la sentencia era necesaria, la inscripción de la misma era para la oponibilidad frente a terceros, ya que la nulidad se computaba a partir del dictado del mismo fallo y no a partir de la inscripción de la

misma, como es regulado actualmente, de allí radica la importancia de la distinción Estudio de E. Saux (citado en Kiper y Daguerre, 2015).

Es decir, la inscripción de la sentencia surtía efectos frente a los terceros, ya que no hubiesen podido conocer la existencia de la situación por otros medios, salvo que la demencia hubiese sido ostensible, en este caso no se podía recurrir a la falta de inscripción para eximirse de responsabilidad (Taiana, 2015).

Lógicamente en el régimen de Vélez la demencia era una enfermedad mental que conforme los paradigmas, circunstancias médicas y sociológicas de la época solía tener repercusión pública; con el avance de la sociedad y los cambios de paradigmas la notoriedad de la demencia dejó de ser un parámetro seguro como eximente de responsabilidad frente a los casos en que la sentencia no se encuentre inscripta, por lo que el artículo 44 del C.C.C.N. establece los efectos de la misma a partir de su inscripción, y este parece ser el medio más seguro para evitar conflictos.

IV.2. Actos realizados por la persona incapaz o con capacidad restringida con anterioridad a la declaración de incapacidad o capacidad restringida

En relación a estos actos el Código derogado se pronunciaba en este sentido:

Artículo 473: *“Los anteriores a la declaración de incapacidad podrán ser anulados si la causa de interdicción declarada por el juez existía públicamente en la época en la que los actos fueron ejecutados. Si la demencia no era notoria, la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, contra contratantes de buena fe y a título oneroso”*

Nos remitimos a lo dicho con anterioridad, por la situación de la época en la que se sancionó el Código Civil derogado se puede observar que el acento está puesto en la notoriedad de la enfermedad mental en el momento en que los actos fueron ejecutados.

En el contexto histórico en el que fue redactado, la enfermedad mental solía tener un carácter manifiesto y las contrataciones se daban siempre de manera personal por lo que tal situación se podría haber llegado a percibir (Taiana, 2015).

Sin embargo, aunque el avance de la medicina permite que no siempre se evidencie la enfermedad, y las contrataciones actualmente no se dan siempre de manera personal el artículo 45 del Código vigente, se asemeja bastante a la anterior redacción.

El mismo se expresa de la siguiente manera: *“Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple algunos de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible en la época de la celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe c) el acto es a título gratuito.”*

La primera diferencia es que este artículo hace referencia a los actos anteriores a la inscripción no a la sentencia. Además incluye como requisito independiente que se trate de un acto a título gratuito.

Como se puede observar, un artículo no difiere tanto del otro, si podría ser motivo de cuestionamiento que se mantenga el inciso a) que se refiere a la evidencia de la enfermedad mental, que como ya se advirtió, en los tiempos que vivimos los progresos médicos y los conocimientos informáticos, permiten que la enfermedad mental no siempre se dé de una manera evidente y muchas veces las contrataciones se realizan sin presencia de los intervinientes.

Y en cuanto al inciso c) referido a los actos a título gratuito también es motivo de reflexión, ya que existen supuestos en donde los padres, por ejemplo, desean transmitir a sus hijos bienes a título gratuito con el fin de que lo administren en beneficio de aquellos, en caso de que en el futuro devengan incapaces.

Esta estigmatización de los actos a título gratuito, con el afán de proteger al sujeto afectado, suele verse distorsionada; ya que en el ejemplo mencionado con anterioridad se puede observar que si ese acto resultare nulo alegando que el mismo perjudica a la persona en cuestión, afectaría la autonomía de la voluntad y se estaría impidiendo que un sujeto beneficie a una persona que quiere (Taiana, 2015).

Además, es motivo de cuestionamiento lo amplio que resulta este artículo; el mismo puede ser interpretado en dos sentidos: que hace referencia a todos aquellos otorgados por el sujeto en cuestión tras la sentencia pero antes de su inscripción, o todos aquellos otorgados con anterioridad a la inscripción.

Como se puede apreciar, esta situación puede traer conflictos, solo con el tiempo podremos observar los beneficios y desventajas de la redacción.

IV.3. Actos realizados en vida por una persona fallecida antes de la inscripción de la sentencia que declare su incapacidad o la restricción de la capacidad

Este supuesto, estaba previsto en el artículo 474 del Código de Vélez: *“Después que una persona haya fallecido, no podrán ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de incapacidad, a no ser que ésta resulte de los mismos actos, o que se hayan*

consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad. Esta disposición no rige si se demostrare la mala fe de quien contrató con el fallecido”.

En este caso se intentó preservar los actos y contratos otorgados por una persona una vez fallecida, con dos salvedades: a) en el caso de que la incapacidad resulte de los mismos actos, es decir, si en el contrato que celebró las cláusulas son irracionales, se podría presumir que podía estar afectado por alguna incapacidad en ese momento, b) o bien aquellos que se celebraron con posterioridad a la demanda de incapacidad.

Actualmente, el artículo 46 del Código Civil y Comercial vigente, se pronuncia en este sentido: *“Luego de su fallecimiento, los actos entre vivos anteriores a la inscripción a la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental resulte del acto mismo, que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que el acto sea a título gratuito, o que se pruebe que quien contrato con ella actuó de mala fe”.*

Como se puede percibir, en algunos aspectos, tiene similitudes con la anterior redacción; de todos modos, es un artículo controvertido. Puede que si se lo analiza profundamente, y se intenta proyectar en la práctica la aplicación del mismo sea fuente de conflictos y vaya en contra del sistema de protección de la persona con incapacidad o capacidad restringida que sigue el actual Código Civil y Comercial.

Se entiende así porque una vez que la persona fallece, cualquier impugnación que resulte de los actos que realizó en vida, ya no serían para protegerlo a él, sino más bien a terceros.

IV.4. Medidas de Autoprotección

Es momento de adentrarnos a esta figura que tiene una estrecha relación con la temática abordada en el trabajo ya que “el acto de autoprotección” tiene como finalidad prever soluciones para la eventualidad de una incapacidad sobreviniente por parte del otorgante que impida exteriorice su voluntad.

Los actos de autoprotección son receptados en el Código Civil y Comercial Vigente, especialmente en cuanto a las directivas anticipadas en salud y la designación del propio curador.

Si bien la regulación es limitada y poco clara, es importante tratar de hacer una interpretación del articulado que recepta esta figura, ya que es un instrumento sumamente importante que refleja la voluntad y los deseos de la persona en cuestión.

IV.4.1. Acto de Autoprotección

El acto de autoprotección se encontró tradicionalmente vinculado a la disciplina de la medicina, por eso es importante destacar el concepto de consentimiento informado del paciente para poder marcar el inicio de esta figura, que con el tiempo se tornó mucho más amplia.

El artículo 5⁸ de la ley 26.529 que regula la relación entre paciente y profesional define al consentimiento informado como una declaración de voluntad del paciente a la

⁸ Artículo 5 de la ley 26.529: “Definición. Entiéndase por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos

hora de recibir un tratamiento, luego de obtener por parte del profesional interviniente información respecto su estado de salud y demás aspectos referidos a tratamientos, riesgos y beneficios de la enfermedad.

Ahora bien, el mismo se comenzó a ampliar a todas las disciplinas que impliquen la manifestación de voluntad de una persona capaz que presta su conformidad para determinado asunto, luego de haber sido asesorada por especialistas en la cuestión sobre el tema que está decidiendo (Sierz,2011).

Si bien en cuestiones de salud, y en la relación entre paciente- profesional es muy importante que se lleve a cabo esta declaración de voluntad, el derecho de programar la vida y los bienes hasta el final de los días es una facultad innata y personal del hombre y puede abarcar todo tipo de situaciones (Sierz,2011).

Por lo dicho anteriormente, se deduce que el contenido del “acto de autoprotección”, el que implica una manifestación volitiva de la persona para el caso de no poder hacerlo con posterioridad por padecer alguna dificultad psíquica que se lo impida, puede ser muy amplio y variar de acuerdo a las circunstancias personales, familiares y patrimoniales de cada sujeto.

Todas las personas tienen sentimientos, preocupaciones, y deseos distintos, es por esto, que cada acto de autoprotección será único. “La exteriorización de la voluntad unilateral expresada en instrumento público encuentra su límite el orden público, la moral y la ley” (Sierz, 2011, p. 256)

previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios o perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

Es decir, más allá de la amplitud y de lo flexible del acto existen límites y se presentan cuando el acto pueda llegar a dañar a otras personas, o a los mismos otorgantes.

La finalidad es clara, el instituto está previsto generalmente para aquellas personas que llegadas a una cierta edad estimen no poder resolver sus asuntos, ya sea como consecuencia de su edad o por presentar algún tipo de problema de salud mental que les impida dilucidar sus cuestiones; con esta herramienta se evitarían abusos por parte de otros sujetos que intentan sacar provecho propio a costa de los deseos de la persona padeciente de alguna dificultad.

Dicho esto, y para evitar justamente esa situación de provecho a favor de personas que rodean al sujeto incapacitado surge la necesidad de establecer ciertos requisitos formales para que se efectivice y respete estrictamente aquello indicado en el instrumento.

Entre ellos, se mencionan:

- Que sea otorgado por escritura pública para que el mismo tenga fecha cierta, califique la capacidad del requirente, implique protección ante la posibilidad de alteración o pérdida y cuente con asesoramiento notarial previo y posterior (Sierz,2011).
- Inscripción de la minuta: La misma debe enviarse al Registro de Actos de Autoprotección, de ese modo se otorga publicidad (Sierz,2011).
- Consulta por parte de los Juzgados Intervinientes: Ante la existencia de un acto de autoprotección, la Justicia cuenta con un documento de importancia para hacer cumplir con los deseos del incapacitado (Sierz,2011).

Un detalle no menor, para concluir el breve análisis de los aspectos generales del “acto de autoprotección”, y pasar a analizar los artículos que receptan la figura en el Código Civil y Comercial de la Nación es lo atinente a la revocación o modificación.

Se entiende en este aspecto que lo adecuado es que en la escritura pública de directivas anticipadas, el compareciente faculte a los representantes para modificar la disposición, siempre que se produzca algún cambio trascendente que implique un beneficio para el otorgante y que de acuerdo a lo dispuesto en el acto no se puede llevar a cabo; un ejemplo sería en el caso de directivas anticipadas en relación a la salud la existencia de un nuevo tratamiento, que no esté especificado en el instrumento (Sierz,2011).

De más está aclarar que para la revocación y modificación la obligación ética del pariente y/o representante de hacer conocer esa situación que lleva a la revocación o modificación a los médicos, si se tratara de una directiva de salud, o a quien se tenga que dar a conocer el cambio, a los juzgados intervinientes, al notario que intervino y a los registros de autoprotección es trascendental (Sierz,2011).

A modo de conclusión, el acto de autoprotección que se confecciona con prudencia, de acuerdo a los deseos de cada otorgante, cuyo cumplimiento se encuentre a cargo de aquellas personas que el mismo requirente haya elegido, y estos asuman tal responsabilidad en su beneficio, seguramente tendrá buenos resultados.

Se tratará de un acto a favor de la vida, de la integridad, del respeto al derecho que tenemos como personas de elegir libremente el desenvolvimiento de nuestros asuntos en el caso de no poder hacerlo nosotros mismos, y sobre todo de elegir a las personas que queremos que lleven a cabo tal tarea.

IV.4.2. Acto de Autoprotección o Directivas Anticipadas en el Marco del C.C.C.N.

El nuevo Código dedica el artículo 60 a las Directivas Anticipadas médicas el que reza: “**Directivas médicas anticipadas.** *La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanasías se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento*”.

En concordancia con este artículo el artículo 139 del C.C.C.N establece: “**Personas que pueden ser curadores.** *La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela. Los padres pueden nombrar curadores y apoyos de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que puedan designarles tutores. Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobadas judicialmente. A falta de estas previsiones el juez puede nombrar al cónyuge no separado, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica*”.

Los dos artículos transcritos hacen referencia a la posibilidad de designar un curador para la eventualidad de que una persona se encuentre comprendida en el régimen de capacidad restringida o incapacidad de ejercicio.

Es tan importante la posibilidad de que sea el mismo otorgante el que indique las directivas en relación a su salud, aspectos patrimoniales o de cualquier otra índole, como

también la posibilidad de designar un curador, ya que muchas veces a pesar de la decisión indicada por parte del padeciente se necesita otro sujeto capaz de resolver una situación que se presente y que este lo haga en beneficio de quien se intenta proteger.

El artículo 60 del Código Civil y Comercial mantiene la vigencia de la ley 26.529 (Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud), y siguiendo esa línea requiere como exigencia básica la capacidad del otorgante para que este instituto revista la calidad de tal y cumpla con la finalidad clara de autodeterminación que presenta.

En cuanto a la revocación, como ya se anticipó anteriormente, es totalmente factible; de hecho el artículo 60 del Nuevo Código Civil y Comercial establece “que esta declaración puede ser libremente revocada en todo momento”.

El artículo intenta no presentar formalidades estrictas en este sentido; se entiende que si el otorgante es plenamente capaz, y decide revocarlas, no habría impedimento alguno, ya que es un acto que prioriza justamente la voluntad del sujeto y no debería verse obstaculizada tal posibilidad si alguna situación hizo cambiar su decisión.

Como se puntualizó anteriormente, si es de gran utilidad facultar a los representantes en el mismo instrumento público para que lo hagan ellos si llegado el momento se presentare alguna situación no prevista por el acto de autoprotección y el otorgante ya no cuenta plenamente con capacidad para revocar el acto.

A grandes rasgos, el acto de autoprotección, así como los sistemas de apoyo, son herramientas con las que cuenta la persona que se encuentra en el régimen de capacidad restringida o incapacidad de ejercicio para hacer valer sus derechos.

De este modo, la afección que padezca el sujeto, no será un impedimento para que se tomen en cuenta sus deseos, y se haga valer aquello que el mismo dispuso cuando era plenamente capaz en el caso de las medidas de autoprotección o bien, se lleve a cabo aquello que es más conveniente para el sujeto que se encuentra incapacitado de obrar por sí en determinado acto, a través del sistema de apoyo.

IV.5. Sistema de Apoyo y Representación

Es momento de tratar la institución novedosa del nuevo Código: el sistema de apoyos; dado que la persona con capacidad restringida no puede ejercer por sí algunos actos de la vida civil se presenta esta institución que permite acompañar a la persona restringida en su capacidad cumpliendo un rol de asistencia, de modo que se pueda complementar la voluntad de la persona afectada para la realización de determinados actos.

Actualmente la designación de un curador resulta viable pero generalmente se limita a los casos de las personas absolutamente imposibilitadas de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier medio o formato adecuado, tal como lo prescribe el artículo 32 del Código Civil y Comercial, aunque también puede ser viable para actos determinados en la sentencia en los casos de las personas con capacidad restringida.

La solución que nos ofrecía el Código Civil de Vélez en casos de incapacidad de ejercicio, era la representación legal a través de la tutela, patria potestad y curatela, este último es el instituto que reemplazaba la voluntad del sujeto incapaz en razón de una afección mental, y tenía como fin la sustitución de la voluntad de la persona afectada.

El sistema de apoyos es la alternativa novedosa, ya que intenta evitar esta sustitución de la voluntad, y también aplicar la medida para muchos casos que en el Código derogado se veían comprendidos en el régimen de la representación.

Con este nuevo sistema se intenta ajustar la intensidad del mismo según el caso personal, evitando que una persona tenga un representante que ejerza todos sus derechos, y reemplace su voluntad.

Es decir en la sentencia, el juez establecerá la restricción de la capacidad en relación a determinados actos, para los cuales necesitará del o los apoyos necesarios, los que tendrán como finalidad que se promueva la autonomía y que las decisiones respondan a las preferencias y conveniencias de la persona limitada en su capacidad; también puede ocurrir que el juez estime en algunos actos que sea representada por un curador.

Para poder abordar el sistema de apoyos, y la representación es fundamental analizar el articulado del Nuevo Código, lo dicho con anterioridad surge del artículo 32, 43, 100, 101, y 102 del C.C.N.

El artículo 32 fue analizado en capítulos anteriores, y en él se establece que ante un régimen de incapacidad se deberá nombrar a un curador, y en los casos de restricción de la capacidad se designan los apoyos que prevé el artículo 43.

Artículo 43: Concepto. Función. Designación. *“Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.*

Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión, y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida.

La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.”

En el artículo se puede observar con claridad que la decisión judicial que designa el o los apoyos necesarios debe ser fruto de un acabado conocimiento de la situación personal del interesado, así como de las reales perspectivas de que la o las personas designadas cumplan con ese rol Estudio de E. Saux (citado en Kiper y Daguerre, 2015).

Los apoyos pueden ser profesionales de la salud, parientes de la persona o ajenos a ella, pueden ser uno o varios, pueden tener actuación judicial o extrajudicial, pueden ser designados a propuesta del propio interesado o por decisión judicial de una lista de expertos cuando fuera ello menester Estudio de E. Saux (citado en Kiper y Daguerre, 2015, p. 32)

El artículo 32 establece (...) “que el apoyo debe promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida (...)”

Es importante este aspecto porque esa es su función primordial colaborar para que la persona interesada pueda manifestar su voluntad, facilitarle los medios para que lo pueda hacer, cumpliendo una función de asistencia, y promoviendo esa autonomía.

Se puede observar que el artículo 43 del C.C.C.N., propone un sistema abierto y librado, que se determinará específicamente en cada caso, de acuerdo a valoraciones de la situación personal (psíquica, familiar, social y aun patrimonial), y que variará su intensidad de acuerdo a las necesidades del sujeto.

El sistema es abierto y flexible, el juez puede declarar la incapacidad pero autorizar la realización de ciertos actos válidamente por la persona por sí misma, puede restringir su capacidad de ejercicio designando apoyos que lo asistan para determinado acto o actos, y también puede el apoyo actuar como representante para actos puntuales, siempre y cuando esto responda a las preferencias de la persona, el sistema se ajusta a las necesidades del caso Estudio de E. Saux (citado en Kiper y Daguerre, 2015).

Esta herramienta intenta proteger los intereses del sujeto, pero afectando lo menos posible su dignidad, su autodeterminación, y sus derechos fundamentales, evitando la “sustitución” de la voluntad, facilitándole los medios para que manifieste la suya.

El artículo 102 establece: “**Asistencia.** *Las personas con capacidad restringida y las inhabilitadas son asistidas por los apoyos designados en la sentencia respectiva y en otras leyes especiales.*”

Es un panorama distinto al del régimen anterior seguido en la materia por el Código de Vélez, aunque se sigue manteniendo la representación legal como medio de protección de los incapaces y de las personas con capacidad restringida, de hecho el mismo asistente puede ser representante sin dejar de ser apoyo en determinados actos que la sentencia así lo disponga Estudio de E. Saux (citado en Kiper y Daguerre, 2015).

En el Código Civil y Comercial vigente se trata la representación en los artículos 100 y 101.

El Art.100 reza: “**Regla general.** *Las personas incapaces de ejercer por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí.*”

El Art. 101: “**Enumeración.** *Son representantes: a) de las personas por nacer, sus padres; b. de las personas de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe; c. de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados, cuando conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinado actos; de las personas incapaces en los términos del último párrafo del artículo 32, el curador que se les nombre.*”

Como se puede observar, en estos dos artículos la figura de la representación sigue en pie para aquellas personas que se encuentren imposibilitadas totalmente de ejercer sus derechos por afección de tal magnitud que se los impida, que son las que establece el último párrafo del artículo 32, pero también para aquellos que se encuentren dentro del régimen de capacidad restringida dado que el sistema actual es tan flexible que permite que el apoyo actúe también como representante cuando la sentencia así lo determine y en relación a un acto, o el resto de los actos que no impliquen asistencia.

CONCLUSION

El presente trabajo tuvo como objetivo apreciar la “nueva” situación de aquellas personas comprendidas dentro del artículo 32 del Código Civil y Comercial de la Nación. Esta categoría de sujetos encontró por años la protección de sus derechos en un régimen de capacidad que seguía una estructura tutelar y patrimonialista, el que con el correr de los años y la incorporación de aportes del Derecho Internacional y leyes especiales se tornó inadecuado para la época.

El Nuevo Código Civil y Comercial a raíz de estos aires renovadores, hizo propio estos nuevos lineamientos y conceptos novedosos receptando de este modo el cambio de paradigma en relación al régimen de capacidad, tal como exigía la realidad actual.

Luego de haber analizado los artículos fundamentales de la temática abordada, se puede arribar a la conclusión de que el sistema en general que adopta el nuevo cuerpo normativo y en especial el artículo 32 le ofrece a la persona afectada mentalmente o que sufre adicciones la posibilidad de autodeterminación a través de las medidas de apoyo, y de la consideración del interesado como sujeto de derecho.

Esta autodeterminación que adquiere el sujeto afectado va a repercutir favorablemente en cada uno de los aspectos de su vida, ya que este nuevo sistema no permite el aislamiento de una persona por padecer algún tipo de discapacidad o adicción, al contrario, el nuevo cambio de paradigma trata de considerar a este grupo de personas en base a sus fortalezas y no tomando en cuenta las limitaciones que pueda llegar a experimentar.

Por lo expuesto, cae en evidencia que la reforma del régimen de capacidad que adoptó el Nuevo Código Civil y Comercial era necesaria; la misma refleja la evolución

normativa en la materia y además supone un mayor respeto al sujeto afectado, ya que se intenta considerar la situación particular del mismo, arribando a una determinación de su caso concreto en base al dictamen de un equipo interdisciplinario

Este seguimiento de cada sujeto, a través de un equipo integrado por varias disciplinas que intentan ver a la persona más allá del punto de vista médico marca un avance en la temática abordada, que responde al cambio de paradigma.

Seguramente en estos años muchas personas con capacidades restringidas han sufrido la exclusión en el ámbito jurídico a través de la sustitución total de su voluntad por medio de un curador, pudiendo aun realizar determinados actos, lo que conllevaba a un apartamiento en tantos otros aspectos de la vida.

En síntesis, este nuevo sistema intenta evitar la sustitución de la voluntad en la toma de decisiones de las personas que padezcan algún tipo de afección mental, promoviendo la autodeterminación e intenta incluir a las personas que padecen adicciones en igual artículo, de modo que reciban el mismo tratamiento, el que se llevará a cabo respetando los derechos y decisiones de los sujetos afectados.

A modo de conclusión, según el análisis de la situación de la categoría de sujetos objeto de estudio, el nuevo paradigma sin dudas ofrece mayores ventajas que el antiguo régimen. De hecho, los intereses de los mismos, y sus derechos corrían graves riesgos de no ser respetados si seguía regulada la cuestión bajo el antiguo régimen.

De todos modos, no hay que dejar de lado que el nuevo sistema trajo cambios radicales en la temática, lo que implica que los profesionales y las instituciones que deben cumplir con esta nueva regulación debieron antes prever todas las modificaciones que se incorporarían; ya que la regulación debe ir acompañada de la realidad institucional que

vivimos, lo que conlleva a una preparación para todos aquellos que han venido trabajando bajo el antiguo régimen, como así también un reacomodamiento en las instituciones para hacer efectivo aquello que estipula la norma.

Además, este nuevo sistema propone una mayor libertad, lo que no quita que traiga dificultades, es decir, puede ocurrir una situación inversa de lo que ocurría en el antiguo régimen y tiene que ver con darle autonomía en las decisiones a una persona que tal vez no esté preparada para asumir tal compromiso, lo que conllevaría a un perjuicio en sus intereses.

De todos modos en líneas generales y sin hacer caso omiso a estas desventajas que puede presentar el cambio tajante, lo que solo se podrá ir corrigiendo con el paso del tiempo y con un estudio minucioso de cada caso que se presente, la reforma era necesaria ya que el Derecho debía respetar a este grupo de personas brindándole las herramientas necesarias para desenvolverse en la sociedad, acompañando la evolución que se venía dando en la materia.

LISTADO DE REFERENCIAS

Doctrina:

- ALONSO SAINZ, G., OTERO, D., ORLANDELLI, M., SALINAS, G. (2011). *Ley Nacional de Salud Mental N°26.657: Comentarios Interdisciplinarios*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Centro Norte.
- ALTERINI, A. (1997). *Derecho Privado. Curso ajustado a los programas vigentes en Universidades Nacionales y Privadas. Parte General. Introducción. Derecho Civil y Derecho Comercial*. (3° Ed. Actualizada). Buenos Aires, Argentina: Abeledo- Perrot.
- BRANDI TAIANA, M. (2015). Los eslabones perdidos de la capacidad. *Revista del notariado*, N° 920, 11-32.
- BUTELER CACERES, J. (2001). *Manual de Derecho Civil*. Córdoba, Argentina: Advocatus.
- CARAMELO, G., PICASSO, S. Y HERRERA M. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: Infojus.
- CARDENAS, J., GRIMSON, R., ALVAREZ, J. (1985). *El juicio de insania y la internación psiquiátrica*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- CASTRO, M. (2015). *Normas Procesales y Procedimentales de impacto en el en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*. (1° Ed.). Córdoba, Argentina: Advocatus.

- DUIZEIDE, S. (2015). “El nuevo paradigma social de la Discapacidad”, publicado en LLLitoral2015(diciembre),21/12/2015,1154-DFYP2016(marzo),07/03/2016,189. AR/DOC/4325/2015.
- GHIRARDI, J.C. y CRESPO J. (2000). *Manual de Derecho Romano*. Argentina: Eudecor.
- GHIRARDI, J. C. (1980). *La inhabilitación judicial*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- SAUX, E.I. (2015) Capacidad. En KIPER, C. Y DAGUERRE (Eds.), *Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*. (pp.9-85). Santa Fé, Argentina: Rubinzal- Culzoni.
- PESTALARDO, A. S. (2012). Reforma del Código Civil I. Aspectos generales. *Revista de Derecho Privado*, Nº 2, 65-118.
- ROBLES, G. (2016). “Salud mental. Implicancias de la ley 26.657 y el Código Civil y Comercial”, publicado en DFyP2016(mayo),09/05/2016,153.CitaOnline: AR/DOC/1144/2016.
- ROITBARG, MARCELO R. (2016). *Manual de Derecho Civil*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- SIERZ, SUSANA. (2011). *Gestiones Escriturarias*. (1º Ed.). Tomo 3. Buenos Aires: Di Lalla.
- VALENTE, L. (2014). “Derechos personalísimos y protección de las personas con discapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, publicado en DFyP2014(noviembre),201.CitaOnline:AR/DOC/3852/2014.

Legislación:

Código Civil de la República Argentina

Código Civil y Comercial de la República Argentina

Constitución Nacional

Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad

Declaración Universal de Derechos Humanos

Ley 26.529

Ley 26.657

Jurisprudencia:

C.Apel.Civ.yCom.Gualeyguaychu,SalaI,“G.Y.s/declaracióndeincapacidad”.citaonline:

AR/JUS/77819/2015.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	BERGERO, LUCÍA AMELIA
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	35.832.312
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	Un nuevo enfoque de la persona incapaz o de capacidad restringida por padecimiento de una adicción o alteración mental: art. 32 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	lucia_bergero@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____certifica
que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63). Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.