

# LOS SISTEMAS DE APOYO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN



ABOGACÍA

CARINA COCUCCI

2017

## **RESUMEN**

La conjunción legislativa entre el art. 43 del Código Civil y Comercial, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley Nacional de Salud Mental gestó un nuevo paradigma que tiende a proponer distintos sistemas de apoyo a las personas que padecen algún tipo de discapacidad. En virtud de lo antedicho es que el interrogante planteado para esta investigación consiste en dilucidar cómo regula el Código Civil y Comercial los sistemas de apoyo y cuál es el paradigma en que se funda la reglamentación vigente.

Cabe poner de manifiesto a fines de destacar la importancia de la presente investigación que el sistema de apoyo a las personas con discapacidad o con capacidad restringida debe facilitar a la persona que lo necesita la toma de decisiones sobre su propia vida; sin embargo, no debe sustituir su voluntad, es decir, el apoyo viene en asistencia del ejercicio de la capacidad jurídica, no desplaza sino que acompaña, complementa. Es por tal motivo que desde este trabajo se plantea la necesidad de definir cómo han sido regulados estos sistemas de apoyo y el paradigma que lo sustenta.

Palabras claves: Personas con discapacidad – Nuevo Paradigma - Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - Ley Nacional de Salud Mental – Sistemas de apoyo.

## **ABSTRACT**

The legislative conjunction between art. 43 of the Civil and Commercial Code, Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the National Mental Health Law created a new paradigm that tends to propose different systems of support for people with some form of disability. In view of the foregoing, the question raised for this research is to elucidate how the Civil and Commercial Code regulates the support systems and what is the paradigm on which the current regulations are based.

It should be pointed out in order to emphasize the importance of the present investigation that the support system for persons with disabilities or with restricted capacity should facilitate the decision-maker about their own life; However, it should not replace its will, that is, support comes in assistance of the exercise of legal capacity, does not displace

but accompanies, complements. It is for this reason that from this work the need arises to define how these support systems have been regulated and the paradigm that sustains them.

Keywords: People with disabilities - Convention on the Rights of Persons with Disabilities  
- National Mental Health Act - support systems.

Índice	
INTRODUCCIÓN .....	3
CAPÍTULO I .....	7
LA CAPACIDAD .....	7
1. Capacidad. Aspectos terminológicos.....	8
2. Clasificación.....	10
2.1 Capacidad de derecho.....	10
2.2 Capacidad de ejercicio.....	11
3. Incapacidad de ejercicio. ....	13
3.1 La persona por nacer .....	13
3.2 La persona menor de edad que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente .....	14
3.3 Persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión .....	15
CAPÍTULO II .....	17
ANÁLISIS EXEGÉTICO DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE LA LEY 26.657 DE SALUD MENTAL .....	17
1. Aspectos distintivos de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad .....	18
2. Particularidades de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 .....	23
3. El impacto del Código Civil y Comercial en materia de discapacidad .....	28
CAPÍTULO III.....	32
RESTRICCIÓN A LA CAPACIDAD .....	32
1. Restricción a la capacidad. Principios comunes .....	33
2. Persona con capacidad restringida y con incapacidad .....	38
3. Legitimados para solicitar la restricción.....	41
4. Medidas cautelares .....	42
5. Entrevista personal .....	44
6. Intervención en el proceso de la parte interesada .....	44

7. Sentencia .....	45
7.1 Alcances .....	47
8. El proceso de restricción a la capacidad: antes y ahora .....	48
8.1 Jurisprudencia en la materia anterior a la sanción del Código Civil y Comercial .....	50
CAPÍTULO IV .....	56
SISTEMAS DE APOYO .....	56
1. Antecedentes .....	57
1.1 Jurisprudencia aplicable previa a la sanción del Código Civil y Comercial .....	60
2. Concepto. Cuestiones terminológicas .....	61
3. Los apoyos y salvaguardas en la CPCD .....	62
4. La regulación del artículo 43 del Código Civil y Comercial .....	63
5. Apoyos y curadores .....	65
CONCLUSIÓN .....	68
BIBLIOGRAFÍA .....	72

“Dime como la sociedad protege a las personas vulnerables

y te diré en que sociedad vives”

Jacques Combret.

## **INTRODUCCIÓN**

A partir de la sanción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) la que constituye el primer Tratado de carácter universal que importa la materialización de los derechos de las personas con discapacidad desde la óptica de los derechos humanos que adopta un modelo social de la discapacidad; como también luego de la sanción de la Ley de Salud Mental N° 26.657 se produjo un gran cambio en la visión y en el tratamiento de las personas con discapacidad que representó un régimen mucho más humanitario. Así, se comenzó a plantear un nuevo modo de repensar a estas personas lo que determinó, entre otras tantas cuestiones, la incorporación de sistemas de apoyo en la toma de decisiones en aras de promover el respeto de su dignidad para el pleno goce de sus derechos y el reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 12 de la CDPD)

En concordancia con el nuevo concepto de salud mental conocido como modelo social de la discapacidad, lo que se procura es brindar una protección integral a la persona con discapacidad o bien con capacidad restringida a los fines de promover su autonomía y el pleno reconocimiento de sus derechos. Es decir, la finalidad de este nuevo modelo o de este paradigma es la integración de quien no tenga plena capacidad jurídica a la vida social.

El Código Civil y Comercial) no ha sido ajeno a los cambios producidos en leyes especiales ni mucho menos a lo que se dio en llamar la constitucionalización del derecho privado; como tampoco dejó al margen la evolución y los cambios sociales.

Conforme lo antedicho es notorio que se está frente a un nuevo cuerpo normativo enfocado en los problemas de la gente, con importantes cambios vinculados a los nuevos enfoques e intervenciones en torno a las personas con discapacidad, enfermos mentales y personas con capacidad restringida. El Código, es preciso destacar, ha reconocido explícitamente el carácter inviolable de la persona humana, siendo ésta la base del reconocimiento y promoción de los derechos humanos.

En este marco, se admitió la posibilidad de restricción a la capacidad de ejercicio de la persona (bajo ciertos requisitos y con una finalidad estipulada *in concreto*) la que se verá condicionada por el sistema de apoyos que prevé el artículo 43 del Código, el cual obrará conforme la especificación de la extensión de la limitación de la capacidad con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de cada persona, para promover de esta manera la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Es por tanto que la pregunta que moviliza al desarrollo de la obra consiste en ¿Cómo regula el Código Civil y Comercial a los sistemas de apoyo a las personas con discapacidad y sobre qué paradigma se funda la reglamentación vigente?

Ante dicho interrogante, el objetivo general propuesto consiste en establecer de qué manera el Código Civil y Comercial estableció regular el sistema de apoyo a las personas con discapacidad a los fines de garantizarles que no se vea suplida su voluntad por quien es su apoyo y analizar el paradigma sobre el que se asienta la nueva regulación en esta materia tan particular y con neto corte social.

También se han planteado, a los efectos de poder alcanzar el objetivo general *supra* definido, los siguientes objetivos específicos: definir capacidad, establecer y conceptualizar los principios generales que emergen del CCivCom en materia de capacidad; delimitar a las personas incapaces de ejercicio; identificar si puede cesar la incapacidad; plantear exegéticamente los puntos más destacados de la CDPD; enunciar la noción de Sistemas de Apoyo al Ejercicio de la Capacidad; plantear el concepto de apoyo establecido en el art.43 CCivCom; razonar si el apoyo del art.43 CCivCom, en consonancia con las disposiciones de la CDPD, es similar a la figura jurídica del curador o a la actuación del Ministerio Público o del Patronato de Menores; inferir a qué tipo de apoyo refiere el art.43 CCivCom; contrastar las ventajas y desventajas de este nuevo sistema de apoyo (art.43 CCivCom) en salvaguarda de los intereses de las personas con capacidad restringida.

Fundamentando el desarrollo de la investigación en los mencionados objetivos se planteó para tal fin la siguiente hipótesis de trabajo: La CDPD aborda los derechos de las personas con discapacidad desde una perspectiva opuesta al modelo que existía en el ordenamiento jurídico interno. Así, el modelo social vigente, es aquel que tiene en cuenta las causas sociales que originan la disfunción de las personas y partiendo desde ese punto

de inflexión sostiene que las personas con discapacidad pueden contribuir a la sociedad de la misma manera que el resto de las personas que no padecen ninguna circunstancia disfuncional y para ello se ha planteado una nueva regulación en lo que hace a la incapacidad.

Tal es así que la Convención propugna el respeto de esta condición de personas diferentes e impulsa a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad, la libertad personal y la inclusión social a través de mecanismos que ha dado en llamar sistemas de apoyo. Este sistema de apoyos no se agota en casos individuales que puedan ser judicializados, sino que impone obligaciones positivas a los Estados partes a fin de organizar y adecuar las normas de derecho interno de modo que todos los individuos con discapacidad puedan gozar de todos y cada uno de sus derechos en igualdad de oportunidades que el resto de los mortales.

En la medida en que el Estado establezca y consolide los apoyos necesarios para las personas con discapacidad, más fácil podrá ser la sustitución del modelo anterior al nuevo paradigma propulsado por la CDPC en lo que respecta a la toma de decisiones. Y como es dable precisar, tras la sanción del Código Civil y Comercial los sistemas de apoyo han sido reglamentados e impuestos en aras de la protección de las personas con discapacidad a los efectos de evitar se generen abusos para con ella, quien es precisamente la persona a la que se le va a restringir la capacidad.

A los efectos de presentar un trabajo académico de investigación acabado y beneficioso para la órbita jurídica, se hará uso de una metodología de investigación de tipo descriptivo ya que es el que permite analizar, formular y describir las rasgos generales de la temática como asimismo las características particulares de la misma (Yuni y Urbano, 2003), cuestiones elementales para la problemática que se presenta. En cuanto a la metodología propiamente dicha, la pertinente para el tipo de investigación que se propone alcanzar es la metodología cualitativa ya que ésta será útil para incorporar la información recopilada “sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación” (Hernández Sampieri, Fernández Collado, Baptista Lucio, 2006, pág.16). Y con respecto a las fuentes, serán de uso constante las primarias (CCivCom, CDPC, Ley de Salud Mental) y las secundarias, con base en la bibliografía de destacados juristas nacionales e internacionales especializados en la temática.



Ahora bien, para lograr una investigación que cumpla con el objeto de poder responder al interrogante que disparó el interés y la motivación por llevarla a cabo, es menester que se encuentre sistematizada y organizada de tal manera que su lectura permita ir interpretando y canalizando la información y las conclusiones que se vayan obteniendo en el derrotero de los capítulos. Es por eso que se ha decidido escindirla en 4 capítulos.

En el capítulo I se abordará la capacidad en general, brindándose su concepto, distinción entre capacidad de derecho y de ejercicio, reglas y excepciones, quiénes pueden ser declarados incapaces o a quiénes se les puede restringir la capacidad, entre otras cuestiones.

En el capítulo II se analizará exegéticamente la CDPD, y la Ley de Salud Mental, haciendo referencia a la importancia de las disposiciones constitucionales en materia de capacidad y los derechos que deben resguardarse con mayor energía cuando se trate de individuos con capacidad limitada.

En el tercer capítulo se considerará pormenorizadamente la restricción a la capacidad y los principios y reglas que la gobiernan conforme lo establecido en el CCivCom.

Por último, el capítulo IV, se centrará en el abordaje de los sistemas de apoyo, su definición, tipos y alcances según la extensión de la restricción a la capacidad impuesta judicialmente.

Finalmente, se expondrán las conclusiones pertinentes y también se manifestarán, en caso de haberse podido detectar, cuáles son los sistemas de apoyo que realmente permiten equilibrar su función preestablecida legislativamente con el derecho a la autonomía de las personas y sin que, a su vez, queden en situación de desprotección o vulnerabilidad.

El sistema de apoyo es una construcción individual acorde a la condición personal del protagonista, es un sistema artesanal creado teniendo en cuenta la valoración de las condiciones personales y del contexto lo que implica el “hacer un traje a medida”. Ahora corresponde analizar cómo.

# **CAPÍTULO I**

## **LA CAPACIDAD**

## **Introducción al capítulo**

En este primer capítulo se abordarán distintas cuestiones que giran en torno al concepto de capacidad jurídica vigente en el derecho positivo local. Puede adelantarse que se estudiará el aspecto terminológico que llevó al legislador a regular la capacidad de la manera en que se materializa en el Código Civil y Comercial; también se abordará la clasificación de la capacidad según esta sea de derecho o de ejercicio y las incapacidades de obrar que rigen en la actualidad, o en otro orden de ideas, quiénes son las personas que el Código establece como incapaces.

La finalidad de este capítulo es adentrar al lector en una temática esencial para el derecho como lo es la capacidad jurídica y a los fines pueda comprender, más avanzada la obra, el por qué era indispensable la regulación de los sistemas de apoyo para todos aquellos a los que se les deba restringir la capacidad.

### **1. Capacidad. Aspectos terminológicos**

No puede afirmarse que el significado jurídico del término capacidad cuente con consenso doctrinario. Por el contrario, acerca de este concepto fundamental del derecho subsisten ideas varias que lo advierten de diversas formas, tal como a continuación se pondrá de manifiesto.

Una de las primeras imprecisiones sobre la noción de capacidad se advierte en el plano terminológico en donde la nomenclatura es equívoca, señala (Tobías, 2015). Esto puede observarse ya en el derecho italiano, donde por influencia de su Código Civil (art. 2º) se contraponen la capacidad jurídica a la capacidad de obrar<sup>1</sup>. En realidad, la primera de las categorías no sería cuestionable si en el derecho existiera solamente esta única figura de capacidad, y de considerarse que ella constituye una categoría específica (Tobías, 2015).

---

<sup>1</sup> Art. 2: “La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno. Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita una età diversa.

Sono salve le leggi speciali che stabiliscono un'età inferiore in materia di capacità a prestare il proprio lavoro. In tal caso il minore è abilitato all'esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro”.

Recuperado el 13/09/2016 de <http://www.studiodicarlo.org/115/codice-civile-libro-i/>  
Traducción: “La mayoría de edad se fija a la edad de dieciocho años. Con la mayoría de edad están comprando la capacidad de realizar todos los actos para los que no se establece una edad diferente.

Están sujetos a las leyes especiales que establecen una edad inferior a la capacidad de pagar su propio trabajo. En este caso el niño es admitido en los derechos y acciones que dependen del contrato de trabajo.”

Consideraciones parecidas cabe realizar respecto de la terminología del Código Civil de Vélez (art. 52) la que ha sido reiterada por el art. 22 CCivCom (capacidad de derecho) donde también la capacidad de ejercicio se contrapone a la capacidad de derecho, funcionando asimismo en el mismo campo, es decir, en la órbita del derecho. De esto cabe colegir que tanto la capacidad de derecho como la capacidad de hecho al fin son capacidades de derecho.

No menos imprecisa es la terminología en la doctrina francesa, instruye Tobías (2015) por la cual la capacidad de goce es equivalente a la capacidad de derecho. Destaca el autor citado que en este caso concreto la expresión goce atiende no tanto a la abstracta aptitud de titular de relaciones jurídicas, sino a la dinámica del ejercicio de aquéllos.

En un plano más general la propia expresión capacidad es materia de usos heterogéneos en el marco del derecho. A título meramente ejemplificativo se trae a colación a la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes cuando se emplea la expresión “capacidad de discernimiento” (art. 3º). Se advierte también que en la ley 24.091 de Sistemas de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad se emplean las expresiones discapacidad o discapacitado en pura oposición a capacidad o capacitado a los efectos de la alusión de alguna deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita la aptitud para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria (arts. 1º, 2º, 4º, 6º, 9º a 12º). Otro ejemplo puede observarse en el derecho de trabajo donde se emplea el término capacidad para referirse a la aptitud psicofísica, técnica y laboral del trabajador (art. 212 de LCT; arts. 7º a 10 y 14 a 16 de la ley 24.577 de Riesgos de Trabajo).

Se ha señalado que las dificultades terminológicas de la capacidad en el derecho, son una derivación de los vastos sentidos que se le da a la palabra en el lenguaje cotidiano y que similar cuestión se advierte también “en el lenguaje empleado en otras ciencias: en física (capacidad térmica, capacidad eléctrica), en psicología (capacidad intelectual), en fisiología (capacidad vital)”, entre otras (Mayo, 1996, p.30).

No obstante las imprecisiones que acarrea la noción de capacidad, es dable destacar que se emplean indistintamente las expresiones aceptadas atendiendo a la generalización de su uso (capacidad de derecho y capacidad de ejercicio), primando la terminología adoptada por el Código.

## **2. Clasificación**

Es una opinión bastante generalizada en la doctrina considerar que existe un concepto genérico de capacidad del que la capacidad de derecho y la de ejercicio constituirían subespecies o categorías (Llambías, 2012). Ahora bien, la adopción de una noción o conceptualización unitaria de la capacidad solo puede encontrar su razón de ser si la advierte como un procedimiento tendiente a concentrar sistematizadamente las manifestaciones de la subjetividad jurídica volcada a los individuos (Tobías, 2015). Por tanto cabe advertir no resulta posible una única definición de capacidad que permita abarcar la capacidad de derecho y la de obrar pues ambas categorías funcionan en distintos planos y con modalidades propias, tal como se verá más adelante.

Los intentos abarcadores de unificación del término capacidad o exponen un concepto general (Llambías, 2012) o ensayan un concepto general que involucra a las dos figuras (Rivera, 1978) lo que no esconde el hecho de que se trata de manifestaciones distintas de la subjetividad jurídica por lo que no pueden subsumirse en una noción única ya que, a criterio personal, se limitan a afirmar lo que el derecho positivo establece, es decir, que el concepto de capacidad se desdobra en dos categorías distintas.

### **2.1 Capacidad de derecho**

El concepto de capacidad de derecho se ha edificado y estructurado en base a dos ideas: a) la titularidad de derechos subjetivos; b) el carácter graduable (Tobías, 2015). De ese modo la capacidad de derecho puede definirse como la aptitud de la persona para ser titular de derechos subjetivos. Afirmándose que la regla es la capacidad, el carácter flexible de ésta sería producto de que el ordenamiento jurídico consagra límites a la aptitud genérica de la persona para ser titular de derechos, estableciendo supuestos confinados, tal como las incapacidades de derecho, que determinan que ciertas personas no puedan ser titulares de algunos derechos (Tobías, 2015) y por motivos estipulados en las normas.

Lo cierto es que la caracterización de la capacidad de derecho en base a las dos ideas *supra* destacadas, es absolutamente admitida y generalizada en la doctrina argentina (Rivera, 1978; Borda, 2013). Es la tesis que recepta el art.22 CCivCom, por el cual puede observarse que el primer párrafo correlaciona la capacidad de derecho con la titularidad de

derechos subjetivos, reflejando el segundo el carácter graduable al estipular que la ley puede limitarla.

Ahora bien, teniendo en consideración lo que se ha venido exponiendo, la conclusión a la que puede llegarse en esta instancia es que el concepto de capacidad de derecho podría expresarse como la potencial aptitud de ser titular de intereses, derechos y deberes jurídicos. De ese modo, la capacidad de derecho de la persona humana viene dada por el ordenamiento jurídico el que le reconoce al hombre por su sola condición humana derechos, deberes e intereses particulares.

## **2.2 Capacidad de ejercicio**

La capacidad de ejercicio hace referencia a la aptitud que se le reconoce jurídicamente a la persona humana para realizar *per se* una actividad o hecho jurídicamente relevante en el ámbito de sus intereses. En otros términos, la regla general es la que toda persona goza de la capacidad de ejercicio y su existencia no requiere más que del silencio de las cláusulas normativas; no obstante cualquier limitación hacia ella exige de consagración legislativa expresa (Tobías, 2015).

Una cuestión especial se suscita en aquellas situaciones que no admiten el ejercicio de un derecho sino por su titular, aunque incapaz de ejercicio. Son los supuestos, explica Tobías (2015) en que se presenta la prohibición de que un acto determinado pueda ser cumplido por medio de la representación del incapaz titular. Esto se relaciona con aquellos negocios o actos que, por su naturaleza, son inherentes a la propia persona (adopción, reconocimiento de hijos, otros numerosos actos personalísimos) e insusceptibles, por lo tanto, de ser celebrados por el representante legal del declarado incapaz. Una situación similar se presenta en aquellos casos de semi capaces necesitados para determinados actos de autorización judicial o de su cónyuge en donde, sin embargo, ciertos actos no pueden ser realizados ni siquiera con esa autorización o asentimiento (art. 28).

A criterio personal, una doctrina bastante generalizada (Borda, 2013; Lacruz Berdejo, 1990) entiende que, en casos como los referenciados anteriormente, la incapacidad de ejercicio muta hacia una incapacidad de derecho o, que se trata de supuestos de incapacidad de derecho y no de ejercicio. Los autores lo abordan sosteniendo que la prohibición afectaría en sí al derecho o interés del cual el acto constituiría su ejercicio.

La incapacidad de ejercicio, por oposición a la capacidad de obrar, se funda en general en la tutela de los intereses de la persona; por consiguiente la exclusión del ejercicio de la representación legal proviene de la naturaleza del propio acto y no de la existencia o carencia de la facultad del agente en relación a éste; es decir, la imposibilidad de realizarlo no significa que no haya capacidad de derecho sino que se encuentre imposibilitado el funcionamiento en el modo de suplir la falta de capacidad de ejercicio con motivo de no verificarse los presupuestos necesarios para que suceda.

Como resultado de lo expuesto queda esclarecido siguiendo el tenor literal del artículo 388 del Código Civil y Comercial que de haber celebrado el representante legal el acto personalísimo, se trataría innegablemente de un supuesto de falta de legitimación procesal que acarrearía la nulidad absoluta del acto realizado. No obstante, si éste hubiera sido celebrado por el incapaz violando la prohibición, el acto será de nulidad relativa y por tanto podrá ser confirmado y prescriptible.

Ya se ha señalado oportunamente que el principio general es el de la capacidad de ejercicio en toda su plenitud, la que solo puede restringirse y por disposición de la ley en razón de madurez o con motivo de ausencia de la razón. Se agregan situaciones especiales que se relacionan a la restricción a la capacidad de ejercicio como la absoluta imposibilidad para realizar hechos jurídicos como es el caso de la persona por nacer o de las personas que se encuentran penadas (art. 12 Código Penal) o por padecer adicciones (art. 32) o la prodigalidad (art. 48).

La finalidad de la restricción a la capacidad es la protección de la propia persona y sus bienes; en el caso de la prodigalidad es la tutela del núcleo familiar (Tobías, 2015).

Vale señalar en esta instancia que la capacidad de ejercicio no puede ser regulada por la voluntad de los particulares; tampoco puede ser renunciada ni modificada. De aquí que se interprete que lo referido a la capacidad de ejercicio, o en otros términos, las normas que regulan la capacidad de obrar son imperativas más no de orden público. Estas disposiciones legales están destinadas a la protección de la persona o de su grupo familiar, y de ello se desprende el carácter relativo de la invalidez del acto celebrado por quien era incapaz de obrar, tal como *supra* se señalara.

La capacidad de ejercicio debe existir en el momento en que se celebra determinado acto. En el Código Civil y Comercial, como ejemplo, puede advertirse que en materia de contratos entre ausentes con motivo del momento en que se produce el consentimiento, el art. 976 establece la caducidad de la oferta cuando el proponente o el destinatario pierden su capacidad antes de la recepción de la aceptación (Tobías, 2015).

Bajo el punto de vista del grado de la incapacidad de obrar, el Código derogado distinguía entre la incapacidad absoluta y la relativa (arts. 54 y 55). Lo cierto es que el Código Civil y Comercial, eliminó dicha clasificación.

### **3. Incapacidad de ejercicio.**

El art. 24 del Código Civil y Comercial es el responsable de regular a las personas humanas que no gozan de capacidad jurídica, por tanto son aquellos que se ven resguardados bajo la protección de la incapacidad de ejercicio.

Los incapaces de obrar, según surge del tenor literal del plexo normativo civil vigente son: la persona por nacer, la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

#### **3.1 La persona por nacer**

Por la propia naturaleza de la circunstancia en la que se encuentran, las personas por nacer permiten afirmar que la incapacidad de ejercicio es irrefutablemente absoluta y que el único modo de suplirla es por la figura técnico-legal de la representación. La condición de concebido excluye toda otra posibilidad (como la asistencia o los apoyos) (Tobías, 2015).

Así, el ejercicio de los derechos de las personas por nacer le corresponde a sus representantes legales, según consta en las normas del Código Civil y Comercial a: sus padres (art. 101, inc. a) y a falta de ellos o si estos fuesen incapaces o estuviesen privados de la responsabilidad parental o privados de su ejercicio, corresponderá la representación legal al tutor o tutores designados (art. 101, inc. b).



### **3.2 La persona menor de edad que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente**

Son también incapaces de ejercicio las personas que no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente. Como es dable observar, la extensión de la regla de la incapacidad general del menor de edad, es decir, quien no ha cumplido los dieciocho 18 años (art. 25) está restringida por aquellos actos para los que el ordenamiento les atribuye capacidad como es el caso que se señala a título meramente ejemplificativo de los menores y el derecho a la salud (art.26<sup>2</sup>).

La ley 26.599 finalmente, modificó el art. 126 del Código derogado estableciendo que “son menores las personas que no hubieren cumplido 18 años”. El artículo que se considera recepitó este criterio que tiende a generalizarse en el derecho comparado (Tobías, 2009).

La distinción entre mayores y menores de edad en materia relativa a la capacidad de ejercicio, es un criterio unificado que se ha sostenido en todas las épocas que ha transitado el derecho. Tal es así que se sustenta en la insuficiente madurez de la persona humana en las primeras fases de su vida, que posteriormente va evolucionando gradualmente hasta alcanzar un grado de madurez suficiente, que le permita desarrollarse en la vida de relación (Tobías, 2015) con los demás; o dicho en otras palabras, que le permita socializar y adecuarse al medio social en que ejercita sus actividades cotidianas.

En Argentina, la Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación de los Estados partes de garantizar el derecho del niño a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que lo afecten, considerándose especialmente sus opiniones en función de

---

<sup>2</sup> Art. 26. Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

su edad y madurez debiendo ser oído en todo procedimiento judicial o administrativo (art. 12). La ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, a su vez, consagra el derecho de estos a: “a) participar y expresar libremente su opinión en los actos que le conciernen y en aquellos que tengan interés; b) que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo” (art. 24). Se extendiendo lo antedicho a lo relativo a su intervención en procesos judiciales y administrativos, garantizándole el derecho a ser oído “cada vez que así lo solicite” (art. 27, inc. a) y “a que su opinión sea tenida primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte” (art. 27 inc. b); y a participar activamente en todo el proceso y a apelar cualquier decisión que pueda afectarlo o a tener en él injerencia alguna (art. 27, incs. d y e).

El Código Civil de Vélez Sarsfield, como es harto conocido, distinguía dos categorías de menores: los impúberes y los menores adultos según tuvieran o no superaran la edad de 14 años cumplidos. Actualmente, el Código Civil y Comercial modificó esa clasificación y denomina adolescente a todo menor que haya cumplido 13 años.

Debe partirse de que menor de edad es la persona que no ha cumplido la edad de dieciocho años, como lo dice el art. 25, e inferirse por contraposición que mayor de edad es quien ha llegado a los dieciocho años.

### **3.3 Persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión**

Para el Código Civil y Comercial, la persona declarada incapaz es la que, excepcionalmente, “se encuentra absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de apoyos resulte ineficaz...” (art. 32, último párrafo).

### **Conclusión del capítulo**

La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación ha revolucionado el tradicional sentido de la regulación de las relaciones privadas, estructurándose a partir de la protección de la persona humana y del fortalecimiento en la protección de sus derechos

fundamentales. Es innegable que una de las mutaciones más relevantes se ha dado en el marco de la capacidad jurídica.

La capacidad, definida genéricamente, puede ser conceptualizada como la aptitud de la persona humana para ser titular de derechos, adquirir obligaciones y ejercerlos *per se*. Vale destacar que en la actualidad al hacer referencia a la capacidad jurídica se manifiesta correlativamente un derecho humano conforme la injerencia de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el derecho positivo local y ya que cuando se indaga sobre la capacidad del ser humano se están adoptando decisiones -y disponiendo- sobre derechos que hacen a su condición de tal, a saber: la dignidad, la autonomía de la voluntad y la libertad.

El Código a su vez clasifica la capacidad jurídica en capacidad de derecho y capacidad de obrar. El principio general es innegablemente la capacidad y las únicas excepciones son las que están previstas en el Código y las que se determinen a través de sentencia judicial. Asimismo, vale traer a colación que el Código Civil y Comercial al incorporar en su texto al principio de capacidad de ejercicio por el cual toda persona puede ejercer *per se* actos jurídicos, con las excepciones establecidas, modificó radicalmente lo que ordenaba en esta materia el Código de Vélez. Esto lleva a la reflexión que la protección de la persona humana en materia de capacidad jurídica es mucho más efectiva, más que nade para aquellos que han sido amparados bajo la órbita de la incapacidad de ejercicio y – tal como se analizará en los próximos capítulos- a quienes se les deba restringir la capacidad.

## **CAPÍTULO II**

### **ANÁLISIS EXEGÉTICO DE LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE LA LEY 26.657 DE SALUD MENTAL**

## **Introducción al capítulo**

En este segundo capítulo, se abordará el análisis exegético de dos normas fundamentales para el objeto de estudio del trabajo de investigación propuesto: la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley N°26.657 de Salud Mental. Ambas legislaciones tienen en común la protección de aquellas personas que padecen diversas discapacidades, poniendo énfasis en la salud mental la normativa local referida.

Es de destacar que a los fines de poder alcanzar respuesta al interrogante que se planteó *ab initio*, resulta necesario el análisis de las leyes referenciadas en el primer párrafo habida cuenta de ellas podrán inferirse cuestiones tales como el modelo adoptado con el objetivo de otorgar a estas personas los mismos derechos que al resto y principalmente la regulación de sistemas de apoyo cuando se requiera la toma de decisiones que, de hacerlas una persona restringida en su capacidad, podría afectarla negativamente.

### **1. Aspectos distintivos de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad**

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>3</sup> (CDPD) fue aprobada en Argentina por Ley N° 26.378 en el año 2008 y obtuvo jerarquía constitucional bajo la luz de la Ley N° 27.044 seis años más tarde, en 2014. La aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el reciente otorgamiento de su jerarquía constitucional, ha requerido que en la Argentina se reacomodara la legislación “al nuevo modelo al que se lo propone calificar de “discapacidad social” (en atención al enfoque multicausal con el que se propone abordar tales déficits de las personas)” (Tobías, 2015, p.346). Este modelo, vale traer a colación “atribuye la situación de estas personas a la consideración que se les dispensa en el medio social en el que se encuentran” (Junyent de Dutari, 2015, p.825).

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se gestó con el propósito de constituirse en un instrumento que comprometiera a los Estados partes a adoptar medidas tendientes a superar las desventajas de las personas con aptitudes

---

<sup>3</sup> Aprobada mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/61/106 el 13 de diciembre de 2006 y entrada en vigencia en la esfera internacional el 3-5-08

disminuidas y con el objetivo del respeto a la dignidad y autonomía de esas persona; asimismo intenta ser un medio de integración (Tobías, 2015)

Ahora bien, dispone la Convención que los Estados partes tendrán que adoptar medidas pertinentes de apoyo que puedan necesitar las personas con discapacidad para el efectivo ejercicio de su capacidad jurídica (art. 12.3) y agrega que deberán asimismo garantizarse y otorgarse a estas personas salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir el abuso a sus derechos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos.

La Convención tiene como característica sobresaliente su adhesión al modelo social de la discapacidad el que dispone que la persona con discapacidad merece ser tratada como cualquier otro sujeto de derechos, con la misma dignidad y valor que se les brinda a las demás. También establece que es obligación del Estado el reconocimiento de la titularidad de todos los derechos, pero fundamentalmente, de su capacidad plena de ejercerlos por sí misma (Laufer Cabrera, 2010).

Dentro de sus puntos centrales pone el acento en la interacción entre la deficiencia individual y el entorno, las barreras arquitectónicas y actitudinales de toda sociedad, y el respeto por la voluntad y preferencia de la persona con discapacidad. En tal sentido, es dable aclarar que no crea derechos específicos, sino que prevé mecanismos para el ejercicio de los derechos generales, debiendo siempre ser adaptados y proporcionales a las personas que muestran algún grado de discapacidad, durante el menor plazo posible, y sujetas a revisión por un órgano independiente e imparcial (cuando son forzosas) (Duizeide, 2015).

En virtud de lo expuesto, corresponde poner de relieve al art. 12º de la Convención ya citado, el cual hace referencia al ejercicio de la capacidad jurídica, estableciendo cinco nociones básicas de este paradigma que propugna:

a) Otorgar a las personas con discapacidad los apoyos necesarios para el ejercicio de su capacidad jurídica.

b) Se propugnen diversas salvaguardias atento se trate de impedir los abusos y conflictos de intereses que puedan suscitarse.

c) Las salvaguardias garantizarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica que hayan sido adoptadas respeten los derechos, la voluntad y las preferencia de las persona.

d) Las medidas que se tomen serán proporcionales y ajustadas a las circunstancias de cada persona, siempre por el plazo más breve posible y sujetas a revisión periódica por parte de autoridad u órgano judicial competente.

e) Se provea asistencia a la persona con discapacidad cuando se trate de la toma de decisiones jurídicas pero sin sustituir su voluntad.

Resumiendo, la Convención reconoce en el art. 12° que las personas con discapacidad tienen la misma capacidad jurídica que el resto de las personas la que se ejercerá en paridad de condiciones.

La Convención dispone con especial atención la protección de mujeres, niños y niñas con discapacidad (arts. 6° y 7°). Respecto a las primeras, se observa el compromiso de promover la igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades. En relación a los niños y niñas, se ostenta la enérgica tutela del interés superior del niño al comprometer a los Estados Partes a garantizar el derecho a que estos puedan manifestar libremente su opinión en todas aquellas cuestiones que los afecten, la cual recibirá la debida ponderación y posterior consideración teniendo en cuenta la edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas; también se garantiza la asistencia apropiada conforme la discapacidad y edad para poder ejercer el derecho señalado.

En su artículo 8° la Convención exige que los Estados Partes adopten medidas con carácter de inmediato a fin de concientizar a la sociedad en relación a la problemática de la discapacidad.

El artículo 15°, por su parte, dispone la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. En particular estipula que nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento. Otro punto, en sentido similar, proviene del artículo 16°, el cual establece toda protección contra la explotación, la violencia y el abuso buscando de esta forma proteger a las personas con discapacidad de tales circunstancias, tanto dentro como fuera del hogar e incluyendo situaciones de género.

El artículo 19° incorpora una figura que el Dr. Rosales (2007) ha puesto de relieve como de las figuras más complejas ya que hace referencia a la necesidad de que se acepte y promueva la autonomía y la actuación independiente de las personas con discapacidad en la medida de sus posibilidades, a saber: derecho a elegir dónde vivir, con quién, en igual

condición que los demás, y que no sean obligadas a vivir de una forma determinada o con arreglo a sus coyunturas personales.

El artículo 21° se encuentra vinculado a lo que se ha expresado con anterioridad, pues refiere a la libertad de expresión y de opinión, y de acceso a la información de las personas con discapacidad, obligando a los Estados Partes a que dispongan medidas que les permitan recabar y recibir información e ideas en igualdad de condiciones que las demás personas, mediante cualquier forma de comunicación que elijan.

El artículo 22° dispone que ninguna persona con discapacidad será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación; por lo que tendrán derecho a ser amparadas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones a su persona y a sus derechos básicos. En consonancia con lo expuesto, el artículo 23° establece que los Estados Partes tomarán las medidas pertinentes para terminar con la discriminación contra las personas con discapacidad en cuestiones referidas al matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, con el objetivo de brindar la paridad de condiciones de las personas con discapacidad con las demás.

Acto seguido, el artículo 24° postula que para tornar efectivo el derecho a la educación sin discriminación, fundado en la igualdad de oportunidades, los Estados Partes garantizarán un sistema de educación inclusivo en todos los niveles y a lo largo de la vida de las personas con discapacidad. Asimismo, establece como objetivo primordial el desarrollo pleno del potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima como también el refuerzo del respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana, entre otras.

En el artículo 25°, los Estados Partes se obligan a reconocer que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel de salud. En ese sentido, se comprometen a adoptar las medidas necesarias e indispensables para asegurar el acceso a estos servicios, incluida la rehabilitación. Se obligan además a: proporcionar programas y atención de la salud gratuitos o a precios accesibles; proporcionar los servicios de salud que se necesiten específicamente; exigir a los profesionales de la salud que presten atención de la misma calidad que a las demás personas; prohibir la discriminación en la prestación de



seguros de salud y de vida; impedir que se nieguen, por discriminación, servicios de salud o de atención.

El artículo 27° reconoce el derecho a trabajar, en igualdad de condiciones a las personas con discapacidad. Es decir, se les garantiza el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido y en el marco de un entorno laboral inclusivo. Los Estados Partes, en este sentido, se obligan a promover el ejercicio del derecho al trabajo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación en este aspecto.

El artículo 29° describe las oportunidades de participación en la vida política y pública con el objetivo de promover la plena participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás personas ya sea directa o indirectamente a través de representantes elegidos libremente. Se incluye el derecho a votar y a ser elegido y, en su caso, el derecho al acceso a asistencia –por alguien escogido por la persona con discapacidad– en el voto. También, cabe agregar, se promueve la constitución de organizaciones de personas con discapacidad que representen a sus pares a nivel internacional, nacional, regional y local, y su incorporación en dichas organizaciones.

El artículo 31 exhorta a los Estados Partes a llevar a cabo estadísticas e investigación particularizada de datos recabados para formular y aplicar políticas con el objetivo de efectivizar la Convención. Se obliga, en este caso, a que se respeten las garantías establecidas respecto a confidencialidad y privacidad de las personas, cumpliendo a su vez con el mandato de las normas aceptadas internacionalmente que tienen como finalidad el proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales.

La Cooperación internacional, vale precisar, es receptada en el artículo 32° conforme su relevancia en apoyo de los esfuerzos nacionales para hacer efectivo el propósito de la Convención. Y, en cuanto a la aplicación y seguimiento locales de la Convención, el artículo 33° estipula como obligación de los Estados Partes la creación o designación de uno o más organismos responsables en todo lo relativo a la aplicación de aquella.

El contenido sustancial de los artículos 34 al 39 hace referencia al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Los Estados Partes deben presentar al Comité, por medio del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe minucioso sobre las medidas adoptadas para hacer frente a sus obligaciones y los progresos realizados

en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la Convención en el Estado Parte que lo presente. Posteriormente deben acercar informes, al menos cada cuatro años y toda vez que el Comité lo solicite.

Conforme el artículo 40°, los Estados Partes se reunirán periódicamente a fin de considerar toda circunstancia relativa a la aplicación de la Convención.

Resumiendo, el modelo social de la discapacidad, plasmado en la Convención configura el nuevo paradigma que se fija en esta materia. En tal sentido, la Convención, que fue concebida como un instrumento de derechos humanos, pone el acento en la protección legal de las personas con discapacidad.

Esta perspectiva por la cual las personas con discapacidad deben ser susceptibles y merecedoras del gozar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, lleva a una reflexión más profunda en cuanto a entender que estas personas pueden contribuir a la sociedad de la misma forma y en iguales circunstancias que las demás; para este cometido sin embargo será indispensable el ejercicio del respeto, la tolerancia y la inclusión, valores promovidos innegablemente por la Convención.

Este nuevo modelo de la discapacidad entonces, pone el acento en valores referidos a los derechos humanos como lo son la dignidad, la libertad personal, la autonomía y la igualdad, propugnando la inclusión de las personas con discapacidad.

## **2. Particularidades de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657**

La Ley Nacional de Salud Mental, sancionada en el año 2010 y reglamentada en el año 2013, vino a poner el foco de atención en el ordenamiento jurídico argentino el paradigma humanitario adoptado por la CDPD, 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.

El 3 de Diciembre del año 2010, se publicó en el Boletín Oficial la Ley Nacional de Salud Mental 26.657, la cual derogó a la Ley 22.914, e introdujo modificaciones en el Código Civil derogado. Con vigencia para todo el territorio nacional por tratarse de una ley de orden público y de aplicación obligatoria por promover la defensa y protección de derechos humanos, fue reglamentada en 2013 por medio del decreto reglamentario

603/2013, en el que se definieron y precisaron los contenidos de la norma indispensables para su definitiva reglamentación.

La Ley consta de 45 artículos, desagregados en doce capítulos que ponen de relieve los conceptos y nociones más importantes en que se funda la ley.

El capítulo primero de la Ley de Salud Mental pone el foco en los derechos y garantías que gozan las personas con padecimientos mentales. El énfasis legislativo se puso en los instrumentos internacionales que Argentina ha ratificado en materia de derechos humanos y a los que le ha otorgado jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN).

El art. 2º de la Ley enumera los principios y declaraciones que resultan fundamentales a la hora de planificar las políticas públicas y lineamientos en materia de salud mental, ratificando el criterio adoptado por el máximo Tribunal en el caso “Tufano”<sup>4</sup>, y continuado en el fallo “R., M. J.”<sup>5</sup>. Estos principios y declaraciones son: Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, y los Principios de Brasilia Rectores; para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas.

Sobre la definición de salud mental, se la reconoce como “un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, 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” (art.3). Asimismo la norma dispone que se debe presumir la capacidad de las personas, impidiendo hacer un diagnóstico conforme al status político, demandas familiares, elección sexual, entre otros parámetros.

El artículo 3 se funda en la idea de la no discriminación, explica Duizeide (2015). En este aspecto es de destacar que el concepto torna opuesta la nueva perspectiva sobre las personas que padecen disfunciones mentales a la antigua idea del Estado tutelar, donde la idea de que las personas con discapacidad requerían del cuidado de otro que reemplace y

---

<sup>4</sup> CSJN, "Tufano, R. A. s/ internación", 27/12/2005, Fallos 328:483. Recuperado el 18/11/2016 de <http://www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20III/3-laufer2.pdf>

<sup>5</sup> CSJN, "R., M. J. s/competencia", 19/02/2008; Fallos: 331:211. Recuperado el 18/11/2016 de <http://www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20III/3-laufer2.pdf>

sustituya su voluntad total o parcialmente respecto de las decisiones que deba adoptar poniendo en ejercicio a su capacidad jurídica. A partir del surgimiento del paradigma de la CDPC, la cual integra el plexo normativo local a partir de la sanción de la Ley 26.378, el modelo social adoptado es donde la discapacidad pone el acento “en todos los resortes socio-económico-sanitarios que impiden la accesibilidad y el reconocimiento por tanto de la capacidad jurídica de las personas (arts. 1º, 3º, 4º, 9º de la ley 26.378)”<sup>6</sup>.

Partiendo del artículo 12 de la CDPD y en consonancia con lo regulado por la presunción de capacidad del art. 3º de la Ley 26.657, se dio un giro al receptor la capacidad de ejercicio y el goce de los derechos fundamentales a personas que deberían estar representadas en su voluntad por otras personas. De este modo puede advertirse la promoción de la persona como ser humano digno, capaz de tomar sus propias decisiones con autonomía, es decir de forma independiente.

Resulta evidente entonces la intención legislativa al plasmar en el texto del art. 3º los principios que surgen de la CDPD, los que son parte elemental del reconocimiento y legitimación de la sustitución de la voluntad y del pasaje al modelo humanístico e inclusivo, donde la igualdad, la dignidad, la autonomía y la libertad del ser humano con discapacidad se reflejen a través de la efectivización de sus derechos y de su participación activa en todos los ámbitos de la vida cotidiana.

El artículo 4º establece otro aspecto importante que recepta la norma de marras como lo es el abordaje de las adicciones como parte que debe incluirse en materia de políticas de salud mental. De aquí que pueda interpretarse que por primera vez se ubique la problemática de las adicciones dentro de la órbita de la salud, asegurando de esta manera los derechos y garantías que tienen las personas con relación a los servicios de salud referidos a esta coyuntura tan particular. Entonces, el objetivo del legislador puede traducirse como la intención de favorecer el acceso a la atención de personas con problemas con el uso y abuso de sustancias, legales e ilegales.

El artículo 5º, por su parte, determina que no se puede presumir un riesgo cierto de daño o incapacidad sin que este quede determinado en base al diagnóstico que quedará a criterio del equipo interdisciplinario. Puede observarse por tanto el nuevo concepto de

---

<sup>6</sup> TFam, N°1, Mar del Plata, "S. T. s/inhabilitación", Expte. n. 14813, (09/08/2011). Recuperado el 22/11/2016 de [http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000089cnt-2013-05\\_capacidad-juridica.pdf](http://www.msal.gov.ar/images/stories/bes/graficos/0000000089cnt-2013-05_capacidad-juridica.pdf)

interdisciplinaria, lo que determina una óptica en el campo de la salud mental más integral e inclusiva.

Con respecto a los derechos de las personas con padecimientos mentales, el art. 7° de la Ley se encarga de enumerarlos y establece que el Estado debe reconocerles los que se señalan a modo meramente ejemplificativo: a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios; a recibir una atención basada en fundamentos científicos ajustados a principios éticos; a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades; a que en el caso de internación involuntaria o voluntaria prolongada, las condiciones de la misma sean supervisadas periódicamente por el órgano de revisión; a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado; a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten, y de todo lo inherente a su salud y tratamiento; a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades; entre otros.

El artículo 8° y 9° ponen el acento en el análisis del abordaje interdisciplinario y el rol fundamental que cumple la atención primaria de la salud. De las normas citadas se infiere que la ley de marras adopta una visión integral de la salud mental, dando prioridad al rol de la familia, la comunidad y especialmente al equipo interdisciplinario de profesionales ya que a través del trabajo interdisciplinario se logra un enfoque más amplio sobre la salud mental.

El artículo 10 sostiene el principio del consentimiento informado que debe regir para los pacientes con discapacidad mental, cuestión que lo pone de relieve como sujeto de derecho que es capaz de decidir *per se*, debiendo tomar conocimiento sobre el tratamiento al cual será sometido y brindar su consentimiento a tal fin.

En el artículo 11 se hace mención de las diversas acciones de inclusión social, laboral y de atención en salud mental comunitaria que deben llevar adelante las autoridades de aplicación en materia de salud de cada jurisdicción en conjunto con otras áreas. Como corolario de lo antedicho, en el artículo 12 se dispone que la prescripción y los tratamientos psicofarmacológicos deben ser con fines terapéuticos en un contexto interdisciplinario.

Del tenor literal del texto del artículo 14 surge que la internación de una persona con discapacidad mental debe ser considerada como un recurso terapéutico pero de carácter restrictivo, pudiendo llevarse a cabo solamente cuando signifique mayores beneficios terapéuticos que otro tipo de intervenciones que se realicen en el entorno familiar, comunitario o social. No obstante, destaca la norma, deberá promoverse el mantenimiento de vínculos y comunicación de las personas internadas con sus familiares, allegados y con el entorno laboral y social. En ese sentido, el artículo 15 establece que la internación debe ser lo más somera posible y siempre en función de criterios terapéuticos interdisciplinarios. Asimismo, la evolución del paciente como cada una de las intervenciones que realice el equipo interdisciplinario debe registrarse en la historia clínica.

Los artículos 16, 17 y 18 abordan el análisis de las internaciones voluntarias, describiendo los plazos de notificación al Juez, siendo ésta una obligación que compete al equipo de salud actuante. Se hace mención que en las internaciones voluntarias, el paciente podrá dejar la institución cuando lo decida y en todos los casos en que las internaciones voluntarias se prolonguen por más de sesenta días corridos, el equipo de salud responsable del tratamiento debe comunicarlo al órgano de revisión creado por el artículo 38 de la ley y al juez. Y el artículo 19 pone de relieve las responsabilidades civiles y penales que le corresponden al Director de la Institución y a los profesionales actuantes cuando el consentimiento del paciente haya sido obtenido o mantenido con dolo, y siempre que esto haya sido comprobado por autoridad judicial.

El alta, la externación o los permisos de salida del paciente con padecimientos mentales son facultad exclusiva del equipo de salud que no requiere autorización, conforme emana del artículo 23. Por su parte, los artículos 24 y 25 fijan los plazos que resguardan el derecho a la libertad del paciente, para lo cual el Juez tiene la obligación de informar al órgano de revisión.

El artículo 28 pone de manifiesto que las internaciones con causa en padecimientos mentales deben realizarse en hospitales generales, dejando así expuesto que el rechazo de atención de este tipo de pacientes será considerado como un acto discriminatorio. Finalmente, el artículo 29 estipula que a efectos de garantizar los derechos humanos fundamentales de las personas en su relación con los servicios de salud mental, los integrantes, ya sean profesionales o no profesionales del equipo de salud actuante, son

responsables de informar al órgano de revisión y al juez competente de cualquier irregularidad que pudiera significar para el paciente un trato indigno o inhumano o bien que implicara una limitación indebida a su autonomía.

Según surge del artículo 30 la cuestión de las derivaciones. Se infiere de la norma citada que lo que se pretende de alguna manera es lograr la recuperación del paciente, para lo cual, será factible en mayor medida llevarlo a cabo en el lugar de residencia del mismo, lo que a su vez le permitirá afrontar el proceso de su reinserción al ámbito laboral, social y familiar. Por su parte, se dispone que solo se podrá realizar el tratamiento o la internación en un lugar distinto al del lugar donde la persona con padecimientos mentales reside, siempre y cuando, esto signifique mayor apoyo y contención, fundamentándose la decisión adoptada.

Sobre la autoridad de aplicación es dable señalar que se encuentra regulada por siete artículos, que van del 31 al 37. El Ministerio de Salud de la Nación es la autoridad de aplicación de la ley, a partir del área específica que designe o cree a tal efecto.

El artículo 42 encuentra connotación con el art. 3º de la misma norma. Ambas indican que las personas que padecen alguna enfermedad mental deben ser, en principio, consideradas como plenamente capaces (principio general), y que las restricciones a esa capacidad deberán ser establecidas e interpretadas con criterio restrictivo.

Finalizan el contenido de la Ley de Salud Mental los artículos 44 y 45, por los que se deroga la Ley 22.914, y se establece que la ley 26.657 tiene carácter de orden público.

### **3. El impacto del Código Civil y Comercial en materia de discapacidad**

El Código Civil y Comercial ha adoptado irrefutablemente los lineamientos expresados en la CDPD y en la Ley de Salud Mental, ambas normativas analizadas con anterioridad. Así ha incorporado conceptos novedosos al plexo normativo interno. Asimismo, cabe destacar que se articula también con la protección internacional, desde que se proclamara la Declaración de Caracas (OPS, 1990), los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales (ONU, 1991) y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999), los que fueron incorporados a la Ley de Salud Mental mediante el Art. 2º.

Respecto de las personas con discapacidad, el cambio de paradigma que se advirtiera oportunamente se ha plasmado en el Código siguiendo el sentido tutelar, en pos de los derechos a la igualdad y a la no discriminación. Al respecto, en su artículo 22° y 23° el Código distingue la capacidad de derecho de la capacidad de obrar. Y, sobre esta última se introdujeron modificaciones más que relevantes a fin de ajustarse a los lineamientos de la CIDN y a la CIDPD.

Surge de la letra del plexo civil vigente, las restricciones a la capacidad deben estar previstas exclusivamente por ley y determinadas por sentencia judicial (art. 23°), y que las mismas deben continuar las reglas generales dispuestas a tal efecto (artículo 31°). Asimismo, se dispuso el procedimiento judicial a seguir y las garantías que le asisten al particular interesado (arts. 32° al 42°).

Siguiendo esta línea, es dable advertir que en consonancia con las disposiciones de la CDPD, el Código Civil y Comercial introdujo en su texto una serie de principios por los cuales se establece la presunción de capacidad de toda persona, aun cuando se encuentre internada; incorporó a su vez el requisito de interdisciplinariedad para el tratamiento de quienes padezcan situaciones que afecten su salud mental y para el proceso judicial de restricción a la capacidad jurídica; aseguró el derecho de acceso a la información adecuada; estableció el derecho a participar en el proceso judicial de la persona afectada con asistencia letrada y se le garantizó la inmediatez entre el juez y ella. También se estipuló la prioridad de otorgar alternativas terapéuticas menos restrictivas que la internación propiamente dicha, y se determinó que las limitaciones a la capacidad deben ser excepcionales.

Por último, y dando pie a lo que sigue en el desarrollo del trabajo, es preciso destacar que el Código Civil y Comercial dio presencia a un sistema de protección para todas aquellas personas que necesiten medidas de apoyo en la toma de decisiones a los efectos de la dirección de su persona, de la administración de sus bienes y para celebrar actos jurídicos en general (art. 43°). Estas medidas de apoyo tienen como función la promoción de la autonomía, facilitación de la comunicación, la comprensión y la manifestación de la voluntad de la persona con padecimientos mentales para el ejercicio de sus derechos (Duizeide, 2016).



Cabe concluir que el nuevo Código establece como regla la capacidad y delimita eventuales restricciones que se podrían establecer, mediando siempre un proceso judicial. Asimismo ha receptado los lineamientos de la CDPD, y ha plasmado en sus normas en la materia el modelo social que de ella surge (art. 12 CDPD). De igual manera, resultan las nuevas normas civiles coherentes y concatenadas con la Ley de Salud Mental, la que establece la presunción de capacidad de la persona más allá de lo que suceda con su salud mental.

### **Conclusión del capítulo**

No puede negarse que la Ley de Salud Mental es indispensable cuando lo que se busca es proteger los derechos de las personas con este tipo de discapacidades y que en muchas ocasiones se enfrentan a la discriminación y la marginación viendo así vulnerados sus derechos y teniendo esto como consecuencia inmediata su no realización social o, peor aún, como ser humano que es.

Cabe poner de manifiesto por tanto que la CDPD reconoce principios que se dirigen hacia la dignificación de las personas con discapacidad mental con el objetivo puesto en un acceso efectivo a sus derechos y a garantizar sus derechos fundamentales, en especial, la igualdad y no discriminación, a la dignidad, a la vida, a la salud, a la libertad, entre otros, propiciando asimismo su aplicación práctica. No puede olvidarse tampoco que el respeto por los derechos de las personas con discapacidad mental tiene otros resguardos legales provenientes del orden internacional, especialmente desde que se proclamó la Declaración de Caracas y los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y que fueron también incorporados al plexo normativo nacional.

Más aún, son de aplicación la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad y demás normas que tienen rango constitucional.

Tras el dictado de la Ley de Salud Mental, comenzó una nueva etapa que va detrás de alcanzar la meta de la dignificación plena de la persona con discapacidad mental, y que incluye la lucha por sus derechos fundamentales. La idea del legislador, tal como puede

percibirse, ha sido terminar con el modelo tutelar tradicional para dar paso al paradigma humanitario en donde los pacientes con discapacidad mental puedan ser reconocidos como los seres humanos que son y se le otorgue el pleno ejercicio de sus derechos. Asimismo, a las personas a las que se les restringe la capacidad de ejercicio poseen un cúmulo de derechos básicos que no tienen coartados conforme dicha limitación.

Se advierte en esta instancia que el rumbo correcto ha sido demarcado, sobre todo por lo establecido por el orden internacional de los derechos humanos.

Lo que importa destacar en esta conclusión es con respecto a lo atinente a la salud mental como una situación en la cual el operador jurídico tiene suma responsabilidad en su tarea tal como también la tienen los profesionales de la salud y los gobiernos nacionales.

La ley 26.657 era un paso insoslayable para cumplir con los estándares internacionales en materia de salud mental y derechos humanos, más no el único que debe darse tras la exposición de la finalidad buscada. Es por eso que se espera que el nuevo Código, el que sigue los lineamientos de la personalidad jurídica y capacidad jurídica que emana de la CDPD (arts. 12.1, 12.2 y 12.3) como así también los principios de la Ley de Salud Mental, conforme el punto de inflexión imprescindible para concretar las transformaciones necesarias en una materia tan específica y tan susceptible como lo es la discapacidad mental.

Más allá de esto, a criterio personal, se pretende poner de relieve que las solas normas no son suficientes, sino que se requiere también el compromiso de la sociedad para que, como lo dispone la Convención sobre Personas con Discapacidad, se promueva, proteja y asegure el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y el respeto de su dignidad. Compromiso y respeto, valores ineludibles en todo hombre de bien.

En síntesis, la realización de los personas con discapacidad mental debe fundarse indubitablemente en el respeto por su libertad, su dignidad y su autonomía como persona humana.

## **CAPÍTULO III**

### **RESTRICCIÓN A LA CAPACIDAD**

## **Introducción al capítulo**

Este tercer capítulo abordará un punto culmine en lo que respecta al objeto de estudio propuesto habida cuenta analizará la restricción a la capacidad tal como en la actualidad se encuentra reglamentada por las disposiciones del Código Civil y Comercial. La idea es plasmar reflexiones en torno a la regulación vigente y a la importancia de este instituto *supra* mencionado conforme su naturaleza excepcional y donde, tal como podrá observarse, es prioritaria la regla de la capacidad.

Atento a lo dicho, se da comienzo al estudio de la restricción a la capacidad jurídica según lo normado en el texto del Código Civil y Comercial.

### **1. Restricción a la capacidad. Principios comunes**

La restricción a la capacidad se rige por las siguientes reglas generales: 1) la constitucionalización del derecho privado; 2) los precedentes internacionales del ámbito legislativo; 3) la recepción de principios sobre derechos humanos en la legislación local; 4) la aprobación en Argentina de la CDPD; 5) la Ley Nacional de Salud Mental; y 6) reglas particulares (Tobías, 2015).

La inclusión de este artículo en el Código Civil y Comercial es una consecuencia del denominado proceso de constitucionalización del derecho privado (Herrera, 2015). Es preciso señalar al respecto el progresivo desarrollo que fueron adquiriendo los tratados internacionales sobre derechos humanos a partir de la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la que fue edificando y estructurando un entramado de normas y principios cuya finalidad es la protección de los derechos de la persona humana y que se fueron, paulatinamente, incorporando en las Constituciones modernas<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Constitución Política de la República de Guatemala de 1985: “Artículo 46: Preeminencia del derecho internacional: Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno” (Título II - Derechos Humanos: Capítulo I: Derechos Individuales). Recuperado el 10/10/2016 de [http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Guatemala.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Guatemala.pdf)

Constitución Política del Perú de 1993: “Art. 55: Tratados Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” y el artículo siguiente incluye a los tratados sobre derechos humanos (Título II - Capítulo II: De los Tratados). Recuperado el 10/10/2016 de <http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucion%20y%20Leyes1/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20PERU.pdf>

Constitución Española de 1978, con las reformas de 1992 y 2011: “2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con

La Constitución Nacional tras la reforma del año 1994, receptó la jerarquía constitucional no solo a una serie de documentos internacionales sobre derechos humanos (art.75 inc.22) que fueron oportunamente ratificados por el Estado argentino sino que extendió el mismo reconocimiento a los futuros tratados que –mediando el procedimiento para su ratificación y con la mayoría especial de cada una de la Cámaras del Congreso– sean investidos de ese rango legal privilegiado. De este modo, todas las prerrogativas que conforman la esencia de estos documentos, pasan a formar parte del ordenamiento jurídico local, por lo que debe la normativa legal nacional interpretarse y aplicarse conforme a ellos.

De lo antedicho cabe colegir que se crea un plexo de normas y principios direccionados a proteger y salvaguardar al ser humano y se consolida correlativamente un sistema integral. Es así que el derecho privado, tal el caso de la reforma del Código Civil y Comercial, pasa a formar parte del bloque federal constitucional. En este contexto, el artículo 31 del Código expresa una serie de principios que tienen su antecedente en documentos internacionales sobre derechos humanos y que apunta a establecer un piso mínimo de garantías, tanto de contenido sustancial y formal, a favor de la persona cuya capacidad de ejercicio pueda ser cuestionada en los estrados judiciales (Tobías, 2015).

Como se advirtiera, el artículo 31 recoge una serie de reglas generales que constituyen verdaderos derechos y garantías a favor de las personas a las que se dirige. A la luz de los antecedentes internacionales se configuraran como su causa o fuente, no hacen más que ratificar compromisos asumidos por el Estado argentino a partir de la firma y posterior incorporación al bloque constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos (Hitters, Fappiano, 2007).

Al respecto de lo que se viene exponiendo cabe agregar que son varios los instrumentos que consagran reglas específicas en materia de salud mental, entre las que se

---

la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Recuperado el 10/10/2016 de [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/constitucion.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.html)

Constitución Política de los Estados Unidos de México según texto vigente en el 2014: “Art. 1º: En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”. Recuperado el 10/10/2016 de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

distinguen la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI<sup>8</sup>), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art.12.1<sup>9</sup>), la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (arts. 4° y 5°<sup>10</sup>), el Protocolo de San Salvador (art. 10° y 18°<sup>11</sup>), la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 23° y 25°<sup>12</sup>) y la Declaración de Caracas (puntos 3 y 4<sup>13</sup>).

En el año 1991 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental que desarrolla a lo largo de 25 principios un conjunto de derechos y libertades que deben reconocer los Estados a quienes se ven afectados por algún tipo de padecimiento mental.

En 1999 se aprobó la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad, que a lo largo de catorce artículos fue un avance sobre el contenido de lo que más tarde, sería la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La convención citada enuncia expresamente conceptos tales como el de discapacidad por el que alude a “...toda deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que

---

<sup>8</sup> “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad” (art. XI).

<sup>9</sup> Los Estados partes en el presente Pacto, reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental...”.

<sup>10</sup> “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida...” (art. 4°) y “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral...” (art. 5°)

<sup>11</sup> “1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social...” y en su artículo 18 propone la protección de los minusválidos: “Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene el derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad”.

<sup>12</sup> “Los Estados partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad...” y el artículo 25 prescribe que: “Los Estados partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación”.

<sup>13</sup> “...que los recursos, cuidados y tratamientos provistos deben: a) salvaguardar, invariablemente, la dignidad personal y los derechos humanos y civiles, b) estar basados en criterios racionales y técnicamente adecuados, c) propender a la permanencia del enfermo en su medio comunitario (...) que las legislaciones de los países deben ajustarse de manera que: a) aseguren el respeto de los derechos humanos y civiles de los enfermos mentales, b) promuevan la organización de servicios comunitarios de salud mental que garanticen su cumplimiento...”.

limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social” (art. I.1.).

Un hito en esta materia lo constituye la ya citada Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, en cuyo artículo 1º se definen sus objetivos: “... 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...”

Lo reseñado hasta el momento y sin perjuicio de destacar que en el plano internacional de los derechos humanos han sido aprobados documentos donde se plasma tutela de las personas con sufrimiento mental a los que pueden sumarse la Convención de La Haya sobre Protección Internacional de Adultos cuyas disposiciones versan sobre medidas de autoprotección o las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad donde se consagran garantías especiales con el fin de alcanzar el acceso a un servicio efectivo de justicia en defensa de los derechos de las personas con padecimientos mentales.

En la legislación local, por su parte, y en simultáneo con lo descripto *supra*, sucede algo similar. Se sigue en este caso a José Tobías (2015) para poner de relieve las normas referidas a la materia tratada:

a) Provincia de Río Negro: en el año 1991 se sancionó la ley 2440 y a lo largo de 23 artículos consagró una serie de principios vinculados a la protección de los derechos de quienes tienen padecimientos mentales, sobre todo resaltó el carácter procedimental de estos resguardos.

b) Provincia de Santa Fe: también en 1991, se sancionó la ley 10.772, de características similares a la de la provincia de Río Negro.

c) Provincia de San Juan: en noviembre de 1999 se sancionó la ley 623-Q cuyo contenido comprende los derechos de la persona con personas mentales y señala políticas públicas a implementar por el Estado provincial en materia de prevención, promoción y protección de la salud mental.

d) Provincia de Entre Ríos: corría el año 1994, cuando se sancionó la ley 8806 (al igual que lo hiciera la ley de la provincia de San Juan); reconoció la igualdad de derechos

respecto de la totalidad de los habitantes de la Nación (art. 1º), enumeró una serie de derechos adicionales de todos aquellos que tienen padecimientos mentales (art. 2º)

e) Ciudad Autónoma de Buenos Aires: la Legislatura porteña sancionó en el año 2000 su propia ley en materia de salud mental bajo el número 448.

En cuanto a la aprobación en Argentina de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Congreso Nacional sancionó el 21 de mayo de 2008 la ley 26.378 que aprueba la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad y en diciembre de 2014 la ley 27.044 que le otorgó el rango constitucional (art. 75, inc. 22). En ese contexto, se plasmaron ciertos principios generales direccionados a resguardar la dignidad, autonomía y libertad personal (inc. a), a la no discriminación (inc. b), a la plena integración social y el respeto por la diversidad (incs. c y d), a la igualdad de oportunidades e igualdad entre hombre y mujer (incs. e y g), a la garantía de accesibilidad (inc. f) y a la evolución biológica de niños, niñas y adolescentes discapacitados, como también al resguardo de su identidad (inc. h).

Casi en simultáneo, Córdoba y Neuquén, sancionaron sus propias leyes reglamentarias de esta temática tan especial y en el año 2009, lo había hecho también la Legislatura de la provincia de Chubut bajo N° de ley 5845.

Sobre las reglas en particular, en seis incisos, el artículo 31 del Código enuncia reglas jurídicas elementales que reflejan la evolución en la materia, explica Tobías (2015).

a) El principio de capacidad de ejercicio y sus restricciones: establecido en los incisos a) y b) por los cuales se consagra la regla de la capacidad genérica. Se corresponde con el artículo 12, puntos 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

b) Las garantías judiciales: los incisos c) y e) configuran las garantías para la persona sometida a la jurisdicción. Son dos previsiones de corte procesal, enseña Tobías (2015) al tiempo que destaca que particularmente el inciso e) guarda estrecha relación con el derecho constitucional de acceso a la justicia en igualdad de condiciones.

c) El derecho a la información: el inciso d) reconoce el derecho a “...recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión...”. Puede advertirse que cabe hacer una interpretación con alcance general, aun respecto de personas menores de edad que, en principio, serían incapaces de ejercicio (art. 24, inc. b). En este



punto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, destaca la importancia de garantizar a quienes padezcan trastornos mentales “...la accesibilidad a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales...” (Preámbulo, inc. v) y define como resultado de aquello el alcance de la comunicación por el que incluye todos los medios y formatos por los cuales se expresa el lenguaje tanto oral como gestual (art. 2º) y pone en cabeza de los Estados, la responsabilidad y consecuente obligación de dictar todas las medidas necesarias a fin de asegurar la accesibilidad a la información y a las comunicaciones por los medios y tecnologías de avanzada (art. 9º).

d) El derecho a una alternativa terapéutica digna: en el inciso f) se dispone el derecho a beneficiarse con el tratamiento que mejor resulte con el respeto a la autonomía personal del individuo con padecimientos mentales. No puede negarse que esta disposición alude a un derecho que le corresponde a toda persona humana como paciente cuando deba ser atendida por el sistema de atención sanitaria.

## **2. Persona con capacidad restringida y con incapacidad**

El modelo actual abandonó el rígido sistema adoptado en el Código de Vélez Sarsfield comenzando a implementarse desde su sanción un sistema graduable y flexible que amplía el margen de decisión judicial, para permitir adecuar de forma alguna la restricción a la capacidad de ejercicio conforme las circunstancias personales de la persona, resguardando en todo lo que sea posible, su autonomía personal (Tobías, 1997).

Antes de considerar el texto del artículo 32, interesa señalar que las modificaciones realizadas por los redactores del Código Civil y Comercial no solo comprenden el régimen vigente de la limitación a la capacidad de obrar, sino que abarcan la terminología utilizada en los nuevos textos. Tal es así que se han eliminado términos que pueden considerarse discriminatorios. Así, la Sección 3ª se denomina “restricciones a la capacidad”; el inciso b) del artículo 32 alude a la “persona declarada incapaz por sentencia judicial” y el epígrafe del artículo 32 es “Personas con capacidad restringida y con incapacidad”.

El precepto (art.32) contempla dos sistemas que restringen la capacidad de ejercicio, de la persona humana, cada uno con sus propias causales y sus propios efectos: la declaración de capacidad restringida y la declaración de incapacidad.

El primero podría denominarse el sistema general y el segundo, la excepción. En ambos casos se exige la concurrencia de supuestos que deben verificarse durante el proceso judicial (Tobías, 2015). De aquí se desprende que no existe otra posibilidad para limitar la capacidad de ejercicio de la persona que no sea a través de un proceso judicial donde se vele por el respeto a las garantías constitucionales del debido proceso (art. 18 CN).

Si bien se presentan de manera separada, hay un requisito que le es común: la edad. Como se dijo, la edad es un primer aspecto a analizar cuando se trata de la revisión judicial de la capacidad de ejercicio de una persona. Esta edad es de trece años en lugar de los catorce años que preveía el Código de Vélez. Al respecto, el Código Civil y Comercial es congruente con la nueva categorización en materia de edad conforme surge de los artículos 25 y 26, así como de lo dispuesto por el artículo 24 inc. 2º, por el que resulta innecesario pronunciarse sobre los que ya son incapaces de ejercicio (art. 24, inc. 2º) y respecto de los que se reputan de esta manera atenta la falta de discernimiento (art. 261, inc. c).

Como se alegara, son dos las causales de la capacidad restringida: en el primer caso es menester la concurrencia de un presupuesto biológico-jurídico (la adicción o la alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad). En este sentido es preciso señalar, concordando con Tobías (2015) que no es suficiente para la declaración de capacidad restringida la presencia de este presupuesto; sin embargo sí es necesaria la incidencia de aquélla en la vida social de la persona. Esto se precisa ya que en los términos del artículo de marras, se requiere que el juez estime que del ejercicio de la plena capacidad pueda resultar un daño –presente, pasado o futuro- a la propia persona o a sus bienes. A su vez, deben existir un grado suficiente de certeza con respecto al acaecimiento de este daño probable (si no sucedió).

Por otra parte, se trae a colación que el artículo 32 enuncia como causal de la declaración de capacidad restringida a las “adicciones (...) siempre que (el juez) estime que del ejercicio de la plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”. Puede advertirse que la causal comprende, ahora, a quien padece adicciones colocándola en un pie de igualdad, a los fines de la obligación de protección estatal, con la de quien padece “una alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad”.

Asimismo, la expresión “alteración mental” está empleada en un sentido amplio, señala Tobías (2015), por lo que puede destacarse que se la tomó como terminología comprensiva de las enfermedades mentales tipificadas por la Psiquiatría. Quedan abarcadas en el término las personalidades anormales de fuente no patológica, por ejemplo los epileptoides, esquizoides, histéricas, paranoides; también los deterioros cognitivos por causa orgánica y toda otra coyuntura que se pueda encuadrar como alteración mental (Tobías, 2015).

Esta alteración mental, como causal de restricción a la capacidad debe ser permanente y prolongada, es decir, el redactor presupuso un estado que requiere de una determinada perdurabilidad del problema mental que padece la persona humana. El requisito señalado no debe confundirse con la continuidad del estado en la persona o, más bien, de los síntomas que causa ese estado, pues ellos se pueden presentar recurrentemente, con períodos donde no se manifiesten (Vito Napoli, 1998) lo que indica que los síntomas relevantes no son permanentes o continuos sino intermitentes (Tobías, 2015).

Algo similar sucede con la entidad de que la alteración mental sea de “suficiente gravedad”. El requisito, explica Tobías (2015) se corresponde con el carácter excepcional de las limitaciones a la capacidad en el Código Civil y Comercial (art. 31, inc. b). Es decir, de no resaltarse este presupuesto no resultaría compatible con la regla genérica

Ahora bien, verificados los requisitos, el juez estará en condiciones de decidir sobre la aptitud de la persona con padecimientos mentales de ejercer *per se* ciertos actos, con los recaudos formales y sustanciales previstos en los artículos 37 y 38. La resolución que adopte y dicte acto seguido debe corresponderse a las reglas establecidas en el artículo 31 y la interpretación de las normas, ya sea las de derecho común o procesales, deberá ser concordante con los principios de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Tobías, 2015).

La redacción del precepto supone atribuir al magistrado que interviene para que estime y juzgue, en definitiva, si del ejercicio pleno de la capacidad de la persona, puede resultar daño ella misma o a sus bienes, tal como oportunamente se señalara. Con el escenario enfrente, el juez tendrá que determinar los actos y funciones que se restringen a la persona humana involucrada en el proceso (art. 38) y determinar las estrategias de auxilio, de apoyos, de asistencias necesarias a los fines de integrar el poder de decisión limitado a

partir del dictado de la sentencia, siempre dentro del principio de respeto a la mayor autonomía posible (arts. 31, inc. b, 37 inc. d, 38 y 43).

Cabe poner de relieve en este punto que hay actos y funciones que le quedan limitados al declarado con capacidad restringida (además de los que hayan sido enunciados en la sentencia) que no son reemplazables ni por un sistema de asistencia ni por la representación legal. Así, por ejemplo, no estarán habilitadas las personas con capacidad restringida para disponer directivas médicas anticipadas (art. 60); sobre sus exequias e inhumación (art. 61); para nombrar apoyos o curadores a sus hijos incapaces o con capacidad restringida (art. 139) o para donar (art. 1548).

Interesa señalar en esta oportunidad que cuando se trata de medidas restrictivas de la capacidad, el procedimiento de resguardo es la figura del apoyo (art. 43), que se verá en el último capítulo, con funciones de asistencia (arts. 101, inc. c primer párrafo y 102) aunque el juez, puede investir de representación legal para ciertos actos al apoyo designado (art. 101, inc. c primer párrafo).

El último párrafo del artículo de marras regula una situación que el legislador considera de excepción: la declaración de incapacidad de la persona y la posibilidad de designar un curador.

### **3. Legitimados para solicitar la restricción**

El Código Civil y Comercial contiene varias disposiciones de naturaleza procesal (el artículo 33 bajo análisis en este apartado, los tres siguientes y el artículo 47) que se refieren a los legitimados para iniciar el proceso de restricción de la capacidad, el juez competente, los intervinientes, la necesidad del contacto personal entre el denunciado y el juez, el principio de inmediatez, la naturaleza del proceso, las medidas cautelares y el procedimiento para el cese de la incapacidad o la capacidad restringida.

El texto legal del artículo 33 de marras no establece grado de prelación, por tanto se direcciona a enumerar quienes están habilitados por ley a iniciar la acción.

A continuación se analizan los cuatro incisos que comprenden la norma.

a) El propio interesado (inc. a): el Código Civil y Comercial reconoce de modo expreso la legitimación del propio interesado.

A criterio de esta tesis, y conforme surge de la naturaleza de los presupuestos de la declaración de incapacidad, resulta poco probable la promoción de la denuncia por el propio interesado.

b) El cónyuge no separado de hecho (inc. b): En el orden regular de las cosas, el primer interesado en la protección de cualquier persona es su cónyuge. El inciso consagra expresamente la exclusión del separado de hecho.

c) El conviviente, mientras la convivencia no haya cesado (inc. b): esta legitimación no estaba contemplada en el Código de Vélez Sarsfield. Requiere que se esté en presencia de una unión convivencial basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de personas que conviven y comparten un proyecto de vida común sea del mismo o distinto sexo (art. 509) y que concurren los requisitos del art. 510.

c) Los parientes (inc. c): el precepto señala que gozan de legitimación los parientes en línea recta hasta el cuarto grado; los colaterales hasta ese mismo grado y los afines dentro del segundo grado.

d) Ministerio Público: la legitimación que le ha sido otorgada al Ministerio Público va más allá de las facultades y deberes que la norma les confiere (Tobías, 2015); nacen con la sentencia de incapacidad o de capacidad restringida sustentado en la necesidad de evitar el desamparo del interesado sin familia y del que, teniéndola, se puede ver afectado por el mero interés de los parientes en soslayar el régimen de incapacidad o restricción a la capacidad.

Las personas enumeradas en el artículo 33, tienen la exclusividad –o legitimación procesal- para promover la denuncia sobre restricción de la capacidad. Resulta de ello que queda descartada la posibilidad de que los jueces dispongan de oficio la sustanciación del proceso por lo que se ser así importaría convertir al tribunal en un mero denunciante y en juez de las limitaciones a la capacidad, situación promiscua *per se* (Cifuentes, Rivas Rivas Molina, Tiscornia, 1997).

#### **4. Medidas cautelares**

La circunstancia de que los actos celebrados por el denunciado en el curso del proceso, queden al margen del régimen futuro es lo que explica la adopción de medidas cautelares que impidan la celebración de determinados actos durante el juicio y posibiliten

medidas de resguardo de la persona y bienes del denunciado, advierte José Tobías (2015). Tal es así que la norma del artículo 34 del Código Civil y Comercial, reitera las facultades del juez para ordenar medidas cautelares.

El precepto que se considera en esta oportunidad tiene por objetivo “garantizar los derechos personales y patrimoniales” del denunciado. Las medidas cautelares, conforme esta finalidad, abarcan aspectos tanto de la esfera personal como patrimonial de la persona con discapacidad mental y, son por ello, de especial relevancia para su libertad, seguridad, salud física y mental.

El artículo de marras consagra expresamente que las medidas cautelares solo pueden decretarse durante la sustanciación del proceso. Se colige así que la adopción de este tipo de medidas previas a la iniciación y desarrollo no será viable antes de la denuncia.

Iniciado el proceso tras la resolución judicial que resolvió darle curso a la denuncia, las medidas cautelares pueden dictarse en cualquier momento, ampliarse o reducirse y dado su carácter provisorio pueden también dejarse sin efecto antes de la sentencia, aun de oficio (art. 639 CPCCN).

Se alegó anteriormente que las medidas cautelares son decretadas en aras de garantizar los intereses patrimoniales y los intereses personales del denunciado. Es por dicho motivo que la ponderación de la concurrencia de los presupuestos de ellas exige en primer lugar evaluar el contenido de la denuncia, la documentación y otros elementos de cargo que acompañen a la misma; en el caso de las que se dicten en el curso del desarrollo del proceso judicial se computarán a las pruebas producidas hasta ese momento. Es posible también petitionar la ampliación de las medidas dictadas, acompañando dicha solicitud con nuevos elementos respaldatorios del pedido (Tobías, 2015).

Siguiendo a Tobías (2015) se hace mención de algunas de las medidas tendientes a garantizar los intereses personales del denunciado: pueden otorgarse considerando la designación provisorio de un apoyo o a los fines de asegurarse que cumple el tratamiento farmacológico indicado o tratando de garantizar el acompañamiento para la asistencia periódica a un hospital de día, etc. En cuanto a las medidas cautelares de índole patrimonial también pueden ser muy variadas: podrá recaer en un la designación de curador provisorio, de mera custodia y conservación de los bienes del denunciado o extenderse a la celebración

de actos de administración. También podrán residir en la designación de apoyos para cumplir funciones de asistencia o de representación.

## **5. Entrevista personal**

El artículo 35 es innegablemente otra disposición de naturaleza procesal. Se vincula, puede afirmarse a la relevancia del conocimiento de la persona con padecimientos mentales denunciadas por el juez de la causa, con la inmediatez que ello supone y precisamente para que el magistrado pueda obtener las percepciones de la causa y de la persona elementalmente.

El precepto legal impone el deber del juez de entrevistarse personalmente con el denunciado tornándose en un requisito de validez del proceso judicial de restricción a la capacidad. La oportunidad de la entrevista se impone como deber del juez “antes de dictar resolución alguna” a diferencia del artículo 633 del Código Procesal de la Nación, en el que se prevé para la oportunidad en que se haya producido la prueba y se haya corrido traslado a las partes.

En cuanto al modo en que se realizará la entrevista, el texto de la norma de marras obliga a estar presente al Ministerio Público y, al menos “un letrado que preste asistencia al interesado” de lo que puede interpretarse se trata de una garantía para el denunciado. Al respecto, explica Tobías (2015) que es facultad del denunciante asistir a la entrevista y que el magistrado tiene facultades para requerir la presencia de los peritos y los consultores técnicos. Tratándose de un requisito de validez del proceso, la entrevista es indelegable tomándola personalmente el juez.

Cabe advertir, no obstante, que el denunciado puede no comparecer o aún compareciendo, rechace someterse a la entrevista bajo la luz de la modalidad establecida por el juez. En tal caso, siguiendo a Tobías (2015) no es posible derivar presunción en contra alguna para con la persona denunciada.

## **6. Intervención en el proceso de la parte interesada**

El proceso debe integrarse debidamente, para lo cual es necesario establecer los intervinientes e, individualizados, establecer la calidad procesal con que intervienen.

a) Denunciante: el CPCCN no ha conferido específicamente el carácter de parte a sujeto alguno, aunque ha otorgado al denunciante facultades que *prima facie* permiten inferir que se les ha otorgado ese carácter (arts. 627, 632, 633 y 634). Sin embargo, la disposición legal del artículo 36 del Código Civil y Comercial no le atribuye al denunciante la calidad de parte, aunque le reconoce la potestad de aportar “...toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados”.

b) Denunciado: es irrefutablemente parte del proceso en donde se dilucidará nada menos que su capacidad de ejercicio. Dispuesto en el primer párrafo del artículo de marras, la prescripción está vinculada con la inviolabilidad de la defensa en juicio (art.18 CN); sobre todo en materia cuyo contenido sea patrimonial. Es dable precisar en este sentido que el denunciado debe hacerse patrocinar por letrados y en caso de ausencia de estos, se le debe nombrar uno con la finalidad de representación y de asistencia durante la sustanciación del trámite procesal.

c) El Ministerio Público: la circunstancia de su presencia en las entrevistas del denunciado con el juez imponen, a criterio personal, la afirmación de su indispensable participación en calidad de parte (Polverini, 2014). Corrobora lo expuesto el hecho de que se le haya atribuido legitimación para iniciar el proceso, entre otras funciones y que el Código Procesal vigente disponga que se le debe dar vista antes de decretar la apertura del proceso (art. 626) y de las actuaciones una vez que ha sido producida la prueba y dispuesto el traslado al denunciado (art. 632).

## **7. Sentencia**

El último párrafo del artículo 36 obliga a la realización del examen interdisciplinario al que le atribuye el carácter de “imprescindible”. Por tanto a continuación se analizan genéricamente aspectos del mismo a los fines de comprender cómo influirá en la sentencia.

Como se revelara, el carácter de “imprescindible” del examen interdisciplinario indica la necesidad de que el magistrado se pronuncie en la sentencia habiendo insoslayablemente ponderado este medio probatorio que, objetivamente, se presenta como el más idóneo (Tobías, 2015). Se parte de la consideración de que este medio probatorio es indispensable a los efectos de dilucidar lo que constituye el objeto de la causa y de la



garantía que implica para la persona cuando se accione básicamente en su capacidad de ejercicio.

Así, el examen interdisciplinario puede ser interpretado como requisito de validez del proceso judicial y el magistrado no puede dejar de tenerlo en cuenta al momento de dictar sentencia. Sin embargo no excluye que el juez pueda apartarse de sus conclusiones, tomando en cuenta otros elementos probatorios y fundando debidamente las razones por las cuales prescinde de las conclusiones periciales (Tobías, 2015).

Puede afirmarse conforme lo antedicho que el objetivo perseguido por el abordaje interdisciplinario de la problemática consiste en evitar circunscribir a la psiquiatría la valoración de los presupuestos requeridos por la ley para la restricción de la capacidad y la internación, posibilitando integrar al proceso a profesionales provenientes de otras disciplinas (Muñiz, 2013). No obstante, el abordaje interdisciplinario no puede significar la prescindencia de las incumbencias de cada profesión que se involucre en este tipo de causas para expedirse sobre los aspectos que se someten a pericias.

No escapa a lo que se viene manifestando que la interdisciplinariedad impuesta por el legislador del texto legal civil vigente no constituye una mera acumulación de contribuciones de distintos profesionales sino que significa la interacción y comunicación entre ellos que propugne obtener resultados objetivos comunes (Muñiz, 2013). Es preciso destacar que cada facultativo actuante deberá pronunciarse sobre los puntos que se le someten como propios de su incumbencia e idoneidad profesional (Mayo, Tobías, 2011) y deberá abordarlos posteriormente interactuando acerca de aquellos que le son comunes con otros profesionales. Es por eso que de la lectura del tenor literal del artículo es posible observar que en cuatro incisos dispone los aspectos sobre los que debe pronunciarse insoslayablemente la sentencia y que están “vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso”. Esos incisos son: a) diagnóstico y pronóstico; b) época en que la situación se manifestó; c) recursos personales, familiares y sociales existentes; d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible.

Es preciso aclarar que los aspectos enunciados en los incisos, deben ser materia de evaluación de los peritos y de pronunciamiento por el juez, cuando la sentencia acoja total o parcialmente los mismos en la denuncia.

## 7.1 Alcances

Las disposiciones del artículo 38 del Código Civil y Comercial deben correlacionarse con los artículos 32 y 43.

El primer párrafo del artículo en comentario se refiere a la declaración de capacidad restringida. Establecido a lo que alude, vale reiterar que la sentencia determina la extensión y alcances de la restricción, especificando las funciones y actos que se limitan “con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona” (art. 32), “...procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”.

El segundo párrafo alude a la designación de las personas, en la forma de apoyos o curadores, precisando que la sentencia debe 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”. Al respecto, con claridad meridiana puede observarse que pueden ser una o más personas, con funciones conjuntas o indistintas (Tobías, 2015).

Por su parte, el texto del artículo 39 establece que la sentencia debe inscribirse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas; también esto lo prevé el artículo 633 del Código Procesal de la Nación. La exigencia de la publicidad propone el conocimiento y la información de los terceros sobre la situación de la persona en materia de capacidad (Tobías, 2015).

Los efectos de la sentencia, asimismo, no son oponibles a los terceros hasta su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas: así lo dispone el segundo párrafo del artículo de marras.

Otro aspecto que resulta indispensable manifestar es aquel que refiere a la revisión de la sentencia (art.40). Lo razonable es interpretar que en el marco del mismo proceso y en un plazo no superior a los tres años se deberá realizar un nuevo examen de peritos, que deberá notificarse a todos los interesados para que, habida cuenta los resultados obtenidos, se pueda promover un proceso de rehabilitación (Olmo, 2014). En rigor y a criterio netamente personal, esto no supone la revisión de la sentencia, sino que se detenta como una revisión periódica de la situación de la persona restringida en su capacidad en el marco del mismo proceso en que se resolvió la declaración de incapacidad o capacidad restringida.

No debe prescindirse de ponderar al respecto de lo que se viene señalando que se está en presencia de una sentencia que ha sido pasada en autoridad de cosa juzgada, lo que requiere para su revisión la invocación de hechos sobrevinientes a la misma (Tobías, 2015) suponiendo entonces la imposibilidad fáctica que se hayan producido los cambios en un tiempo inmediatamente luego al dictado de la sentencia que incapacita o restringe la capacidad de una persona determinada.

## **8. El proceso de restricción a la capacidad: antes y ahora**

La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, tal como en innumerables oportunidades se señalara, ha dado lugar a un nuevo paradigma de derecho privado; sobre todo en muchos aspectos de la vida cotidiana que se encuentran regulados.

Uno de los cambios más distintivos, comparando al nuevo plexo normativo civil con el derogado Código de Vélez, se encuentra en las reformas realizadas en materia de la capacidad de las personas. Y, dentro de ese ámbito, se pone de relieve las cuestiones de forma en que habrán de ventilarse en los estrados judiciales las pretensiones orientadas a definir los resultados de las restricciones a la capacidad de ejercicio de las personas; antes denominado capacidad de hecho. Al respecto, señala Camps (2015), queda casi nada en pie respecto de aquellos obsoletos juicios de insania, figuras que han sido finalmente superadas tanto en cuanto a su contenido como a las formas de tramitación.

En el Código derogado, se buscaba la protección de la persona que, con motivo de una enfermedad mental, se consideraba no era capaz de ejercer *per se* los actos propios –y hasta más comunes- de la vida civil. Por lo tanto, la declaración de insania permitía el traspaso de la calidad de persona capaz a incapaz a la que en razón de esta consecuencia jurídica se le designaba un curador. Este curador tenía como función esencial aportar la voluntad de la que el insano carecía.

Para llegar al decisorio judicial de insania, se partía del informe pericial de médicos especializados. A partir de dicho informe, el juez establecía la incapacidad de hecho absoluta mediante una sentencia válida hasta que se promoviera –en casos factibles- otro proceso de similares características tendiente a la acreditación contraria, es decir, a la recuperación de la capacidad de la persona.

Ahora bien, el Código Civil y Comercial, *a contrario sensu* de su predecesor, y tal como ya se ha visto oportunamente, contiene un sistema relativo a la forma en que habrá de determinar en juicio las restricciones a la capacidad de las personas físicas.

Resumiendo, y para insistir sobre la importancia de la distinción entre la derogada normativa y la vigente, cabe precisar que en el artículo 22 se alude a la capacidad de derecho, estableciéndola como una cualidad inherente a toda persona humana. Luego, en el artículo 23 se dispone que la capacidad de ejercicio es la posibilidad de ejercer por sí mismos los derechos (de allí que la regla es la capacidad plena). Aquí, es dable resaltar que la incapacidad de ejercicio de derechos puede ser restringida (ingresando de pleno en esta incapacidad los sistemas de apoyo) o absoluta.

De lo expuesto someramente es preciso poner de manifiesto que las reglas destacadas *supra* conforman un nuevo proceso para ventilar en juicio aquellas pretensiones que tengan como objetivo establecer mecanismos en pos de brindar apoyos a personas con disminución mental, completamente diferente a lo que sucedía con la obra de Vélez Sarsfield.

A modo de síntesis, acto seguido se revelan las diferencias más trascendentes:

a) En la actualidad se parte del principio de la plena capacidad de ejercicio siendo la excepción la incapacidad absoluta. Y las sentencias deben estipular taxativamente los actos para los cuales la persona no goza de capacidad.

b) La figura del curador como sustituto de la voluntad del incapaz absoluto fue desplazada por el sistema de apoyos. En este caso el juez debe diseñar –conforme el caso concreto- un sistema de asistencia para ciertos actos de la persona que quedan a cargo de una o más individuos que habrán de acompañar al restringido en su capacidad.

c) A los efectos de establecer limitaciones a la capacidad de la persona, necesariamente se debe partir de resultados obtenidos por equipos interdisciplinarios, no teniendo en la actualidad entidad suficiente el dictamen de médicos, tal como se exigía en la normativa derogada.

d) La capacidad restringida es mutable y provisoria (Camps, 2015). De allí que se exige en la actualidad que la sentencia revisada cuando el caso concreto lo requiera o bien, a los tres años del dictado del fallo de oficio (según entiende esta tesitura).

e) La persona a la que se le restrinja la capacidad y a quien se le brinde un sistema de apoyo es parte esencial del proceso judicial y tiene el consecuente derecho a participar en éste siempre con asistencia letrada. Algo impensable en el Código derogado.

f) Previo a dictar sentencia, el juez debe mantener una entrevista personal con el eventual restringido en su capacidad, a los fines de que se garantice el principio de “la inmediatez con el interesado durante el proceso”

g) Con la llegada del Código Civil y Comercial, se extinguió la figura del curador provisorio, quedando subsumida dicha figura a la persona del abogado quien necesariamente deberá acompañar a la persona afectada por una disminución mental desde el momento en que se presenta la demanda y mientras dure el trámite judicial. En lo que respecta a los actos de la vida cotidiana del afectado durante el proceso, quedará a cargo de los apoyos o curadores estipulados cautelarmente.

### **8.1 Jurisprudencia en la materia anterior a la sanción del Código Civil y Comercial**

A los fines de que resulte verdaderamente eficaz la protección e implementación de los nuevos derechos que trajo consigo el Código Civil y Comercial, es imperioso traer a colación la doctrina que surge de los fallos respecto de materia en este apartado tratada. A continuación, considerando lo antedicho, se expondrá una recopilación de fallos provenientes de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires que fueron dictados previo a la entrada en vigencia del nuevo plexo normativo civil y que se emitieron aplicando la Ley de Salud Mental.

a) Revisión de sentencias que establecen limitaciones al ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad mental: una de las novedades que acarreó la sanción del Código Civil y Comercial fue el alejar el concepto de situación de salud mental afectada como algo inmodificable con el transcurso del tiempo. Ya se ha dicho que la novel normativa va detrás de una actividad permanente que busque la mejora de la persona con padecimientos mentales y que ésta pueda adquirir herramientas que le permitan ir acercándose paulatinamente hacia la capacidad plena.

En autos “R., G. Inhabilitación<sup>14</sup>”, la Suprema Corte bonaerense resolvió el recurso extraordinario interpuesto por la curadora provisorio contra la sentencia del tribunal de

---

<sup>14</sup> SCJ, Buenos Aires, “R., G. Inhabilitación”, 9/10/2013 RCCyC 2015 (noviembre), 3

familia interviniente en la causa, que decretó la inhabilitación judicial del señor G. R. conforme lo dispuesto por el artículo 152 bis, inc. 2º, del Código Civil vigente al momento de sentenciar. No obstante la Suprema Corte provincial rechazó los recursos articulados en atención a la insuficiencia técnica, el voto de la mayoría estableció la necesidad de la revisión de la sentencia emitida al sostener que, teniendo en cuenta al lapso transcurrido desde que se dictó la sentencia recurrida, deberá disponerse en la instancia de grado el cumplimiento efectivo de las previsiones de la Ley Nacional de Salud Mental, realizándose en el señor G. R. los exámenes de los especialistas médicos pertinentes en pos de determinar si corresponde mantener las restricciones o, en su defecto, si resulta necesario modificar lo resuelto.

b) Inmediatez durante el proceso: garantía judicial de los derechos del paciente con padecimientos mentales: oportunamente se ha señalado que el juez deberá “garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso” (art. 35, CCC). Cabe aclarar al respecto que la mentada disposición, no obstante la fuerza dispositiva actual, ya se encontraba vigente en la doctrina de los tribunales desde antes de la sanción del Código Civil y Comercial.

En la causa “N., N. E. Insania-curatela<sup>15</sup>”, se planteó la cuestión de la competencia en procesos judiciales de restricción de la capacidad ante la Suprema Corte de Justicia bonaerense.

El conflicto se gestó a partir de las peticiones del asesor de incapaces de la ciudad de La Plata ante el fuero de familia de dicha ciudad requiriendo que al expediente se le diera curso en la provincia de Córdoba, donde residía en forma permanente y desde hacía más de tres años la persona afectada por disfunciones mentales. En esta causa, la asesora de incapaces se encargó de destacar lo engorroso de tramitar en este tipo de procesos, más aún no habiendo logrado todavía el dictado de una sentencia que declare la incapacidad de la persona, poniendo así de manifiesto la obstaculización del servicio de justicia el que se encuentra afectado en razón de la distancia. De allí que sugirió al tribunal reconsiderar la posibilidad de declinar su competencia y que remita los autos al juzgado de turno en la provincia de Córdoba. A esto adhirió la madre de la persona afectada en sus capacidades mentales, domiciliada también en la provincia de Córdoba, quien señaló que le resultaba

---

<sup>15</sup> SCJ, Buenos Aires, “N., N. E. Insania-curatela<sup>15</sup>”, 17/08/2011, RCCyC 2015 (noviembre), 3

casi imposible concurrir al Departamento Judicial de La Plata conforme la distancia, y por ello la inactividad de autos.

Los planteos fueron rechazados por la justicia, lo que derivó en la casación bonaerense, bajo el argumento brindado por la asesora de incapaces que el pronunciamiento de primera instancia vulnera el derecho de acceso a la justicia, de defensa en juicio y del debido proceso legal. Fue así que mediando una excepción conforme las particularidades del caso y los intereses en juego, casación le concedió el recurso y se hizo lugar al planteo de competencia.

c) Evaluación interdisciplinaria para la determinación de la restricción a la capacidad de ejercicio: en la causa “Z., A. M. Insania<sup>16</sup>”, la Suprema Corte bonaerense entendió en un recurso extraordinario planteado contra la resolución adoptada por la Cámara de Apelación que había confirmado el decisorio de la jueza de trámite quien rechazó el petitorio de una nueva evaluación interdisciplinaria a la persona disminuida en sus capacidades mentales, conforme a los parámetros dados por la normativa vigente en la materia (ley 26.657).

La insania de M. L. G había fue determinada judicialmente en el año 1997. A partir de la sanción y entrada en vigencia de la ley de Salud Mental se solicitó, atento al tiempo transcurrido desde que se dictó la sentencia que declaró la insania y la situación en la que se encontraba M.L.G al momento de la requisitoria, que se procediera a realizar un nuevo examen interdisciplinario tal como lo estipula la normativa referida.

Dicha petición fue rechazada fundándose en el argumento que la ley de Salud Mental no resultaba aplicable en dicho momento en la Provincia de Buenos Aires, y que las actuaciones se encontraban reguladas por lo establecido en los acuerdos emanados de la doctrina de esa instancia en materia de insania e internaciones y en la normativa procesal vigente que no ha sido modificada. El fallo fue apelado y la Cámara confirmó la sentencia de grado aunque con distinto fundamento.

El decisorio de la Cámara se edificó a partir de sostener que la condición de la persona afectada se ha plasmado en la sentencia que declaró su incapacidad, por lo que su condición jurídica no configura un hecho en curso al tiempo de la sanción de la ley de

---

<sup>16</sup> SCJ, Buenos Aires, “Z., A. M. Insania”, 7/5/2014, RCCyC 2015 (noviembre), 3

Salud Mental y conforme lo dicho es que se la excluye de la posibilidad de interponer una acción reguladora de la norma.

Recurriendo ante la Corte bonaerense, la Asesoría alegó la violación de los derechos de las personas con discapacidad regulados legal, constitucional y convencionalmente.

En la sentencia, poniendo el acento en el cambio de paradigma en materia de discapacidad mental, se destacó fervientemente que no compartía el criterio de la alzada al negar a Z., A.M., la posibilidad de una nueva evaluación interdisciplinaria en los términos del art. 152 ter del Código Civil, conforme dicha negatorio implica una palmaria vulneración de derechos constitucionalmente garantizados (arts. 16, 75, incs. 22 y 23, Constitución Nacional).

d) Aplicación inmediata del marco jurídico tutelar respecto de personas con padecimientos mentales: en el caso “A., R. I. Insania. Curatela<sup>17</sup>”, la Suprema Corte bonaerense se expidió respecto de la aplicación inmediata de la nueva ley, así como también al alcance de la protección que este régimen normativo confiere en lo que hace a la configuración del trámite procesal.

El Tribunal de Familia interviniente declaró incapaz por demencia a R. I. A., en los términos de los arts. 54, inc. 3º, 56, 141 y ss. del Código Civil por padecer retraso mental moderado. Tanto la patrocinada por la defensora oficial como el curador provisorio plantearon recursos extraordinarios. Se agravaron en la infracción a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño; a las normas de la Constitución Nacional y a las de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y del Código procesal de dicha provincia.

Señalaron que las pruebas realizadas fueron analizadas parcialmente y que no se ha tenido en cuenta la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; de allí que advierten que el tribunal no procedió conforme lo normado por el art. 627 del Código ritual que prevé la entrevista personal del juez con el presunto insano antes sentenciar. Todo esto a partir de constatarse que el *a quo* soslayó todos los informes producidos en autos y que dan cuenta de la evolución y adquisición de habilidades de A., R. I.

---

<sup>17</sup> SCJ, Buenos Aires, A., R. I. Insania. Curatela”, 9/10/2013, RCCyC 2015 (noviembre), 3



Finalmente, se dejó sin efecto el fallo y se estableció el plan a seguir de la siguiente manera:

1) efectuar un examen a la señorita R. I. A. en los términos del citado art. 152 ter del Código Civil; 2) producir las pruebas que permitan conocer la actual necesidad de su protección jurídica; 3) tomar contacto personal con la causante para que ejerza su derecho a ser oída; 4) de ser necesaria la restricción de su capacidad, establecer el sistema de apoyos y salvaguardias, fijando las funciones y responsabilidades pertinentes (arts. 4° y 12, CDPD); y 5) dictar —con la debida intervención del Ministerio Público respectivo— las medidas necesarias para establecer con certeza cuál es la situación actual de su hijo, el niño P. A. y, en su caso, arbitrar las pertinentes medidas de protección de los derechos de este menor (conf. ley 13.298 y modif.).

### **Conclusión del capítulo**

De lo expuesto en el derrotero del presente capítulo, quedan claras las loables intenciones del legislador argentino en respuesta al reconocimiento del principio genérico de la capacidad jurídica, no obstante y sin perjuicio de la imperiosa necesidad de restringirla y de reformular el régimen procesal a efectos de garantizarle a la persona afectada por padecimientos mentales un procedimiento que le asegure fundamentalmente su defensa en juicio y su esfera de autonomía personal en todo cuanto sea posible.

Queda como corolario de lo analizado que el Código Civil y Comercial estipula que la regla genérica en materia de capacidad es la presunción de la misma en toda persona, por lo que las restricciones al ejercicio de la misma deben ser excepcionales y fundadas sobre la base de lo dispuesto en las intervenciones interdisciplinarias al tiempo que se otorga prioridad a las distintas alternativas menos restrictivas de derechos y libertades de las personas con padecimientos mentales.

Es así que el Código se direccionó en la muestra de pautas claras y bien definidas para toda apreciación judicial en lo que hace a la restricción de la capacidad o bien por denuncia de incapacidad, exigiendo la comprobación efectiva de dos supuestos objetivos y: 1°) que la persona no puede comunicar su voluntad por ningún medio, forma o formato adecuado, y 2°) que el régimen de apoyo resulte ineficaz por lo que el juez puede designar un curador en esta excepción.

Es ineludible revelar que la condición de la persona restringida en su capacidad no es la del inhábil del Código Civil derogado, ya que en la actualidad —tal como se advirtiera oportunamente— la capacidad es una categoría genérica que, no obstante, incluye un vasto

abánico de posibilidades relacionadas con la amplitud o limitación de los actos que la persona denunciada puede realizar conforme surja de la sentencia.

Por último, es preciso señalar que la capacidad jurídica de las personas se debe considerar de acuerdo a los actos que ésta pueda realizar, a la aptitud y al ejercicio que se haya evaluado (por peritos) para habilitar los mismos, y siempre considerando que la persona humana es titular de derechos humanos fundamentales que no les pueden ser restringidos; por tanto y a modo de colofón es dable advertir que sin embargo la persona se encuentre limitada en su capacidad de ejercicio esto no es obstáculo para que pueda adquirir otras habilidades, que variarán conforme cada caso en particular y en el que se promuevan los derechos e intereses de la persona con discapacidad mental.

Se insiste en que la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial ha traído aparejada en materia de capacidad jurídica, pero fundamentalmente en lo que respecta a la incapacidad y a la restricción de la capacidad de ejercicio una impronta constitucional al plasmar entre sus textos la defensa y protección enérgica de los derechos humanos; tarea legislativa que sin dudas no queda al margen de ser considerada sumamente beneficiosa para aquellos que por motivos de salud mental estaban necesitando de aportes de naturaleza más humanitaria.

## **CAPÍTULO IV**

### **SISTEMAS DE APOYO**

## **Introducción al capítulo**

Este último capítulo abordará finalmente el objeto propuesto para desarrollar el trabajo de investigación, es decir, indagará en todas las cuestiones relativas al régimen actual de sistemas de apoyo a las personas con padecimientos mentales. La intención es que el lector pueda comprender cómo funcionan estos apoyos, la finalidad que tuvieron los redactores del Código al establecerlos y de qué manera han sido regulados en los textos vigentes.

Sin lugar a dudas, la exégesis de este capítulo resultará sumamente atractiva y beneficiosa cuando el objetivo sea la comprensión de estos sistemas de apoyo ya que, desde la perspectiva constitucional adoptada por el Código Civil y Comercial, han dado un giro sobre lo que el derogado Código venía reglamentando en materia de capacidad e incapacidad jurídica.

### **1. Antecedentes**

La aprobación por parte de la República Argentina de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el posterior otorgamiento del rango constitucional bajo N° de ley 27.044, ha obligado al país a reacomodar ajustando su legislación y el diseño de políticas públicas en materia de discapacidad a un nuevo modelo al que se lo propone calificar de discapacidad social conforme al enfoque multicausal (Tobías, 2015) con el que se abordan los déficits mentales de las personas.

La CDPCD nació con el propósito de constituirse en un instrumento que obligue a los Estados Partes a adoptar medidas que posibiliten superar la desventaja social en la que se encuentran las personas con aptitudes mentales disminuidas. El documento así consagra el máximo respeto de la dignidad y autonomía de la persona con padecimientos mentales y como una vía de integración; asimismo plasma los principios consagrados por otros documentos internacionales precedentes. En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “...los tratados concernientes a esta materia, están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano...”<sup>18</sup>, así como que “...al aprobar los tratados de derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el

---

<sup>18</sup> CIDH, OP-1/82:24

bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción...”<sup>19</sup>

Son muchos los aspectos en que se manifiestan las adecuaciones que deben realizarse en aras de la realización efectiva de los objetivos de la CDPCD, entre los que pueden señalarse aspectos sociales, económicos, culturales, laborales y jurídicos, entre otros. Pero aquí, interesa referirse específicamente en lo vinculado al ámbito de la dignidad y capacidad de las personas con déficit mental.

La Convención comienza por proclamar el reconocimiento igualitario de la capacidad jurídica al plasmar en el artículo 12.2 que esta capacidad le será reconocida en paridad de condiciones a las personas con discapacidad mental que a los demás y que esto es obligación de los Estados Parte. De aquí que el aspecto central en el tema que aquí ocupa es el de delimitar cuáles han de ser los instrumentos jurídicos a adoptar por los Estados Partes en relación a aquellas personas que por las particularidades de su problema no están en condiciones de ejercer plenamente sus derechos e intereses de que son titulares (Pérez Bueno, 2009).

Al respecto, dispone la Convención que “Los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica” (art. 12.3) y agrega que “asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionan salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, 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”.

Es por tanto sumamente perceptible que en las disposiciones de la CDPCD subyace el carácter humanista y social que las impregna habida cuenta estructuran la dirección que

---

<sup>19</sup> CIDH, OP 2/82:29.

deben tomar los Estados Partes para diseñar sus políticas públicas en esta materia, las que deben orientarse hacia estrategias que hagan posible la superación de los déficits mentales de las personas afectadas por ellos, evitando que los trastornos se transformen en obstáculos contra el ejercicio pleno de sus derechos y del alcance de sus intereses particulares. En ese marco, la Convención establece en las reglas del artículo 12, ya comentado oportunamente, la imposición de apoyos y salvaguardias como recursos para el ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad mental.

La idea del apoyo aparece consagrada expresamente en el artículo 43 del Código Civil y Comercial, donde se le otorga un contenido conceptual, mientras define lo que debe ser la función de la figura y termina estableciendo algunas pautas para su efectivización. No obstante, si bien en este artículo mencionado se presenta a la figura como un “Sistemas de Apoyo”, explica Tobías (2015) que habrá de recurrirse a otros preceptos para integrar y de esta forma configurar el concepto.

Es preciso recordar en esta instancia que desde la aprobación de la CDPCD y particularmente desde la entrada en vigencia de la Ley de Salud Mental comenzaron a dictarse distintos fallos que disponían medidas en carácter de apoyos, previendo mecanismos a los efectos de suplir el grado dispuesto de restricción a la capacidad jurídica de una persona con discapacidad mental ya sea cuando se mantenía su situación genérica de capacidad, o cuando se lo declaraba incapaz absoluto de hecho<sup>20</sup>. En esa misma línea, se mantenía la curatela y se circunscribía su ámbito de actuación teniendo en consideración las circunstancias personales de la persona afectada en su capacidad jurídica, particularmente en lo que se refiere al rol del asistente o del representante, llegando a asignarle funciones de

---

<sup>20</sup> CCiv. y Com. Necochea, 18/10/2010, Se pueden ver los siguientes fallos: "Z., A. s/inhabilitación", elDial AA6790, se revocó la sentencia de inhabilitación y se designó en su reemplazo un tutor de tratamiento"; CCiv. y Com. Mar del Plata, sala III, 24/2/2011, "L., A. D. s/curatela", elDial.com-AA68F0, se declararon inconstitucionales los arts. 386, 1ª parte y 475 del Código Civil y se impuso un régimen de "curatela conjunta"; CNCiv., sala G., 2/9/2010, "C., L. y otro s/insania", con nota de la suscripta: RDFyP-Año 2 núm. 11, octubre de 1010, respecto de un interdicto, se autoriza por parte del mismo el manejo de dinero, exceptuando al curador de rendir cuentas sin perjuicio de supervisar la gestión patrimonial del incapaz; Juzg. de Familia N° 1 de Oberá, 23/4/2012, "A. C. C. s/insania", AP Online, donde se declaró incapaz a la causante, inconstitucional el art. 152 ter en cuanto a la obligación de revisar en tres años y se estableció puntualmente cuáles actos deben contar con representación de la curadora —su hermana— qué actos con la asistencia, y qué acciones de todo orden, debe llevar adelante la curadora; Juzg. de Familia nro. 1 de Puerto Madryn, 22/9/2011, "D., M. E. s/insania", AP Online, rechaza la declaración de incapacidad de la causante y decreta su incapacidad parcial, a quien declara interdicta solo para ciertos actos patrimoniales puntuales, y algunos personales, ocupar cargos públicos o privados como administrador o director y para actuar en juicio y le designa una "curadora" y "tutora de tratamiento", entre otros.

mero seguimiento del ejercicio autónomo de la persona en lo que hace a sus derechos. Es por eso que se omitía la restricción de la capacidad y se le asignaba un tutor de tratamiento<sup>21</sup>.

### **1.1 Jurisprudencia aplicable previa a la sanción del Código Civil y Comercial**

La Suprema Corte de Justicia en autos “D., E. J. Insania y curatela<sup>22</sup>” resolvió la aplicación de la nueva ley en el tiempo. En este caso, el tribunal de familia interviniente confirmó lo resuelto previamente por la jueza de trámite quien, considerando la solicitud de declaración de incapacidad de E. J.D., declaró la inconstitucionalidad del artículo 141 del Código Civil –vigente en aquel momento- y dispuso un régimen de apoyo al afectado para los actos patrimoniales que no ejerce *per se* fijando un plazo de vigencia de dicha resolución de cinco años.

El defensor oficial, oficiando de curador provisorio, recurrió el decisorio ante la casación. Se agravió de la declaración de inconstitucionalidad del artículo citado *supra* al entender que no existe contradicción entre la mencionada norma, el artículo 152 *bis* del Código Civil y la Convención Internacional de Protección de las Personas con Discapacidad. A los fines de sostener el agravio manifestado, alegó el defensor que el tribunal, al declarar la inconstitucionalidad y no aplicar el derecho vigente, colocó a la persona afectada en sus capacidades mentales en una situación de vulnerabilidad jurídica y fáctica, habida cuenta éste no es incapaz en sentido jurídico, ni inhabilitado, pero tampoco goza de capacidad plena en tanto debe sujetar actos trascendentes de la vida civil al apoyo de su figura, o sea, en un curador.

La Suprema Corte bonaerense, luego de ponderar todas las tareas llevadas adelante en el transcurso de la instancia ordinaria, consideró que la sentencia merece ser revisada y basarse en el nuevo paradigma de salud mental.

Y en lo que respecta puntualmente a la aplicación en el tiempo de la nueva ley, se puso énfasis en señalar que son de aplicación inmediata aquellas leyes que tienen como objetivo último delimitar las aptitudes personales en lo que hace a la titularidad o el

---

<sup>21</sup> CCiv. y Com. Necochea, 18/10/2010, "Z., A. s/inhabilitación", RDFyP, año 3, julio 2012

<sup>22</sup> SCJ, Buenos Aires, “D., E. J. Insania y curatela”, 03/04/2014, RCCyC 2015 (noviembre), 3

ejercicio de un derecho, establecer la condición jurídica o el régimen que corresponda a ciertas situaciones jurídicas.

Resumiendo, se revocó la sentencia y se dispuso que se fije a favor de E. J. D. un sistema de representación y o de apoyo.

## **2. Concepto. Cuestiones terminológicas**

Previo a todo, es preciso detenerse en el significado que ha de atribuirse a los términos apoyo y salvaguardia. El punto puede parecer de poca relevancia, sin embargo resulta de suma importancia conforme se observe que la reciente incorporación al derecho interno del apoyo, no autoriza a atribuir al término una connotación jurídica definida simplemente por su escasa utilización anterior (Olmo, Martínez Alcorta, 2010). Se analizan entonces ambos términos, pese que el Código solo se refiere a los apoyos y debido a que la Convención se refiere también a la salvaguarda.

El intento que pueda hacerse de atribuir una definición jurídica a los términos que se utilizan en un sistema normativo torna prudente la interpretación que pueda hacerse del mismo conforme en primer término y en esta materia con los objetivos propuestos por la CDPCD que los aplica correlacionando todo con los principios que instaura a su vez el Código Civil y Comercial.

Ya se ha hecho referencia que la Convención consolida un modelo especial de protección de los derechos de las personas con capacidades mentales disminuidas, partiendo de la “...universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales...” y la consecuente necesidad de “...garantizar que las personas con discapacidad, los ejerzan plenamente y sin discriminación” (Preámbulo, inc. c), habida cuenta “...la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás” (Preámbulo, inc. e).

Es así que, considerando lo anteriormente expuesto, la Convención obliga a los Estados Partes a diseñar un sistema tutelar de las personas con padecimientos mentales contra los abusos de los que puedan ser objeto y erigiéndolos sobre la base de los apoyos y salvaguardias. Puede entonces comenzar a esbozarse un concepto que parta de que los



apoyos y las salvaguardias son una directiva de actuación impuesta a los poderes públicos, organizaciones, personas u operadores (Tobías, 2015) que obren en casos donde sea requerido este nuevo sistema adoptado en el derecho local.

Entonces, cualquier mecanismo que se implemente y que haga caso a la afectación del estándar de autonomía amplia de las personas con padecimientos mentales, debe respetar un criterio de razonabilidad, que a su vez sea compatible con las necesidades personales de esta persona determinada, y en particular la preservación –se insiste- de su autonomía, sin abandonar su protección (Tobías, 2015).

### **3. Los apoyos y salvaguardas en la CPCD**

Se ha reiterado en muchas oportunidades previas la mutación que la Convención y fundamentalmente, su artículo 12 (Quinn, 2007) acarrearán, específicamente con respecto a la adopción de un modelo en el cual la persona es ayudada en la toma de decisiones y en el ejercicio de pleno de sus derechos: el recurso de los apoyos y salvaguardias pasa a ser así el punto de inflexión del nuevo sistema (Bariffi, 2009).

Sin embargo, la Convención ha omitido -quizás deliberadamente como afirma Martínez Alcorta (2013)- describir con precisión los hechos, actos o medidas que entiende por apoyos prescindiendo así, como puede colegirse, de adoptar un modelo cerrado. Parece pues que lo soslayado se relaciona con evitar asignar un rol de control estricto y rígido respecto de la razonabilidad o proporcionalidad de la efectividad de los apoyos que judicialmente se adopten.

Es posible enunciar, siguiendo el criterio de Magdalena Giavarino (2013) los postulados elementales de la Convención:

a) La regla es que el sujeto con discapacidad mental está en igualdad de condiciones que aquellos que no la padecen en lo que hace al ejercicio de sus derechos.

b) El déficit mental de una persona debe ser superado partiendo de la disposición de medidas de apoyo que permitan, en todo cuanto sea posible, que pueda acceder al ejercicio de su autonomía personal.

c) Tales medidas tendrán que enmarcarse en los estándares que fija la norma, tales como:

1. Respetar los derechos, voluntad, intereses y preferencias del sujeto con déficit en su capacidad jurídica;
  2. Que no se presenten eventuales conflictos de intereses;
  3. Que por ellos no respondan, se deban o generen influencias indebidas;
  4. Que guarden correspondencia con las circunstancias personales de la persona;
  5. Que sean proporcionales a las necesidades de la persona en lo que hace a la complementación, resguardando en la medida que sea factible su autonomía;
  6. Que se apliquen por el plazo más somero posible;
  7. Que sean revisadas frecuentemente;
  8. Que intervenga una autoridad judicial competente, independiente e imparcial para el dictado de la medida;
- d) Toda medida adoptada como apoyo, deberá estar vinculada con otra u otras que operarán como salvaguardia.
- e) Las salvaguardias y apoyo tienen la finalidad de resultar un obstáculo contra los abusos a que pueda ser expuesta la persona con padecimiento mental y se configuran en un sistema protector de su persona y derechos.
- f) Deberán estas medidas ser proporcionales al alcance de la autonomía personal del sujeto tutelado.

#### **4. La regulación del artículo 43 del Código Civil y Comercial**

El texto del artículo 43 del Código Civil regula el tema de los apoyos, establece sus funciones, ciertos parámetros de organización y algunas pautas para su designación. Sin embargo, se encuentran referencias a los mismos en otras disposiciones del cuerpo normativo civil vigente, lo cual hace necesaria su integración (arts. 32, 34, 37, 38, 47, 49, 50, 59, 101, 102, 103, 139, 405, entre otros).

Desde una óptica integradora, explica Tobías (2015) deben señalarse: a) el conjunto de disposiciones que deben interpretarse de acuerdo a los principios de la CDPC; b) el sistema del apoyo rige en materia de inhabilitación por prodigalidad y que su función es dar asistencia al inhabilitado en todos los actos de disposición entre vivos y los de administración que el juez determine específicamente en la sentencia (art. 38).

Pero el punto de partida es el precepto de marras el cual establece que: “...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...” (Primer párrafo) y “...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...” (Tercer párrafo *in fine*).

El texto transcrito debe correlacionarse con el segundo párrafo del artículo 32 en cuanto establece que cuando ello resulte necesario “...el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el art. 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona”.

Algunas consideraciones que pueden realizarse de lo antedicho son las siguientes:

a) La función primordial de los apoyos es promover y facilitar el ejercicio de la autonomía de la persona con discapacidad mental. Estas medidas pueden por tanto materializarse a través de la asistencia, por asesoramiento de los actos que se intentan realizar o, de mero seguimiento o control del ejercicio de la autonomía personal del individuo afectado; también pueden versar –incluso hasta concurrentemente con otras– sobre la situación de salud del declarado capaz restringido o incapaz.

b) Cuando las necesidades y circunstancias personales de la persona lo exijan, el juez puede introducir ajustes razonables (art. 32) adjudicando al apoyo funciones de representación.

c) Puede tratarse de cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial, según surge del tenor literal del artículo bajo comentario, lo que resulta congruente con las disposiciones y la regla genérica que emana de la CDPCD, según la cual se requiere que en las medidas intervenga la autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial.

d) El o los apoyos, además de la función resaltada con anterioridad de promover la autonomía del afectado en su capacidad, deben “favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida” (art. 32). En idéntica directiva, el último párrafo del texto se considera que “el interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo”.

e) El Código Civil y Comercial asimismo contiene, en aras de la integralidad que se ha referenciado oportunamente, algunas precisiones sobre quiénes pueden ser investidos como apoyo o curador. Los padres pueden nombrar curadores y apoyos de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores (art. 139, 2º párr.). A falta de esto “el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, 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 (art. 139, último párr.)”.

f) Las medidas de apoyo en orden a su cumplimiento y fiscalización, deben estar salvaguardadas por la autoridad judicial competente en el caso concreto. Esto se evidencia cuando el apoyo está investido de facultades de representación y se trata de actos que requieren autorización judicial previa a su realización (art. 121).

g) Lo relativo al cuidado de la salud de la persona protegida por padecer déficit mental está contemplado con exclusividad respecto del declarado incapaz. El art. 138 establece como una de las principales funciones del curador, la de “tratar que recupere su salud”. Sin embargo, y a criterio de esta tesis, la referenciada función debería extenderse a los apoyos del capaz restringido.

## **5. Apoyos y curadores**

La inclusión en el Código Civil y Comercial de la institución del apoyo, no ha eliminado la figura del curador que se mantiene de la tradición del Código derogado. Como es dable precisar, el artículo 32, tercer párrafo, contempla un sistema alternativo –o de excepción como señala Tobías (2015)- de “declaración de incapacidad” cuando concurren los presupuestos que en dicha disposición legal se contemplan. Se sostiene así, tal como se alegara, el estatus de incapaz contenido en la anterior legislación, lo que supone la subsistencia del sistema de representación o sustitutivo de la voluntad: el artículo 24, inc. c) declara “incapaces de ejercicio” a “...la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión”, el artículo 100 dispone que los incapaces “...ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí” y el artículo 101 inc. c) *in fine*, inviste como representantes “...de las personas incapaces en los términos del último párrafo del art. 32, el curador que se les nombre”.

Si bien entonces la curatela no está reservada exclusivamente para el incapaz, pues el Código Civil y Comercial mantiene la figura del “curador a los bienes” en caso de ausencia simple

(art. 79 y conscs.) y ante la declaración de fallecimiento presunto (arts. 88 y conscs.), con funciones prioritariamente de naturaleza patrimonial (Tobías, 2015). No obstante, lo cierto es que en materia de incapacidad la función del curador está contemplada en el artículo 138, segundo párrafo.

Como es dable destacar en esta materia, las funciones del curador del declarado incapaz son meramente de representación. Y se ajustan a las características de la incapacidad por lo que se tornan inaplicables otras alternativas para suplir a la misma.

A fines de concluir cabe poner de relieve que el Código Civil y Comercial instauró un sistema de declaración de capacidad restringida, en que las restricciones a la capacidad determinadas en la sentencia son por regla reemplazables por un sistema de asistencia y otro sistema de declaración de incapacidad –como se dijera *supra*, con carácter excepcional- en que la ausencia de capacidad es sustituible por un sistema de representación.

## **Conclusión del capítulo**

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad aborda los derechos de las mismas desde una perspectiva que se corresponde con un modelo social de la discapacidad por el que se considera que las causas que originan la diversidad funcional de las personas afectadas son sociales; sosteniendo entonces que las personas afectadas por padecimientos mentales pueden contribuir a la sociedad en paridad que el resto de de las personas que carecen de estas disfunciones o de diversidad funcional. Uno de los aspectos más relevantes de este modelo que fue adoptado por el derecho interno argentino en el Código Civil y Comercial y que tiene su pilar en la CDPCD tiene que ver esencialmente con la constitucionalización del derecho privado y con la ponderación de los derechos humanos, a partir de los cuales se debe aspirar a potenciar el respeto por la dignidad, la igualdad y la libertad personal, en aras de alcanzar una verdadera inclusión social de todos los habitantes de la Nación.

El cambio que trajo aparejado por tanto el Código Civil y Comercial reside en esta materia de capacidad jurídica en la reivindicación de la autonomía de la persona con déficit mental para decidir respecto de su propia vida, y para ello menester la eliminación de cualquier tipo de obstáculo que se interponga en lo que hace a la equiparación de posibilidades de acción de estos individuos afectados.

Ahora bien, con respecto particularmente al tema tratado en este último capítulo, es decir el sistema de apoyos, cabe advertir que no se agota en casos individuales que puedan

ser judicializados, sino que impone obligaciones positivas a los Estados Partes, según surge de los lineamientos de la CDPCD. Con esto se quiere dar a conocer que existe una obligación por parte de los miembros de la CDPCD de estructurar, organizar y poner en funcionamiento un aparato institucional de medidas para que todos los individuos puedan gozar de todos y cada uno de sus derechos en paridad de condiciones, lo que implica la consecuente obligación y responsabilidad de remover los impedimentos de tal ejercicio.

Cabe colegir en esta instancia y tras lo que ha podido analizarse en el derrotero del acápite desarrollado que los apoyos adecuados que puede necesitar una persona para realizar sus distintas actividades cotidianas no implica de manera alguna la pérdida de autonomía personal, pues el sistema de apoyos propiciado por la CDPCD y por el vigente plexo normativo civil vigente en Argentina pone el acento justamente en ella, haciéndola prevalecer y estableciéndose que tal es el fin de los apoyos, consolidar y reforzar la autonomía, para lograr así la dignificación humana plena de las personas con discapacidad.

No caben dudas que la intención que se observa entre líneas de la CDPCD, del Código Civil Comercial y también de la Ley de Salud mental es derribar la estigmatización y desvalorización que antaño se tenía para con las personas que padecen trastornos o deficiencias mentales. Ciertamente, lo que se pretenda aplicar con la figura de los apoyos y salvaguardas, es la adecuación de un modo distinto de pensar estas enfermedades mentales y de reflexionar sobre el por qué anteriormente no eran aceptados jurídicamente como personas que merecen el respeto por sus derechos e intereses en su calidad de ser humano protegido.

Desde esta perspectiva, cierto es que la vigencia de la CDPCD, dejando atrás conceptos arcaicos acerca de la discapacidad mental, más la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial permitió la apertura de un amplio abanico de posibilidades y de infinitas formas de asegurarles a las personas con disfunción mental la autonomía y la dignidad que merecen en su naturaleza de ser humano que tiene garantizado *per se* el ejercicio de sus derechos plenamente, así sea a través de un apoyo o de la representación en sus actos.

## CONCLUSIÓN

Para dar por finalizado el trabajo de investigación propuesto y desarrollado a los efectos de alcanzar el Título de Abogada, es necesario comenzar la reflexión conclusiva haciendo referencia a que no se han presentado divergencias con respecto a la teoría que gestó la motivación por la temática con la realidad normativa, doctrinaria y jurisprudencia que fue indagada en el derrotero de la obra. A contrario *sensu*, es preciso destacar que el legislador local supo reconocer las necesidades imperantes en materia de capacidad y adaptarlas a los tiempos que corren, siendo respetuoso en todo momento de las mandas constitucionales y de los lineamientos emergentes de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que tienen raigambre constitucional.

Es preciso subrayar asimismo que los objetivos formulados –tanto el general como los específicos- han sido abordados con éxito en su totalidad y han arrojado como resultado la posibilidad de confirmar la hipótesis de la que se partió. Es decir, al seguir el camino señalado por los objetivos se corroboró que la CDPD aborda los derechos de las personas con discapacidad desde una perspectiva que propugna el respeto de esa condición de personas diferentes e impulsa a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad, la libertad personal y la inclusión social a través de mecanismos que ha dado en llamar sistemas de apoyo. Sistema de apoyos que fue receptado finalmente por el ordenamiento jurídico civil local con la finalidad de que todos los individuos con discapacidad puedan gozar de todos y cada uno de sus derechos en igualdad de oportunidades que el resto de los mortales. A su vez, sin dejar de lado los loables aportes de la Ley Nacional de Salud Mental que viene a reforzar lo antedicho.

En cuanto a los puntos más sobresalientes de la investigación se destacan, en particular los siguientes:

- I. En la actualidad al hacer mención a la capacidad jurídica se manifiesta indubitablemente la referencia directa a un derecho humano conforme la intervención que ha tenido el plexo normativo internacional sobre derechos humanos en el derecho positivo local y habida cuenta cuando se indaga sobre la capacidad del ser humano se están adoptando decisiones -y disponiendo- sobre derechos que hacen a su condición de tal, a saber: la dignidad, la autonomía de la voluntad y la libertad.

- II. El Código Civil y Comercial, en materia de capacidad, la clasifica en capacidad de derecho y de obrar. En virtud de ello se advierte que el principio general es la capacidad y las únicas excepciones son las que están previstas en el código de forma y las que se determinen a través de sentencia judicial fundadas sobre la base de lo dispuesto en las intervenciones interdisciplinarias. Se otorga prioridad a las distintas alternativas menos restrictivas de derechos y libertades de las personas con padecimientos mentales.
- III. La protección de la persona humana en materia de capacidad jurídica es mucho más efectiva y adecuada a los lineamientos emergentes de los documentos internacionales.
- IV. La CDPD reconoce principios que se dirigen hacia la dignificación de las personas con discapacidad mental con el objetivo puesto en un acceso efectivo a sus derechos y a garantizar sus derechos fundamentales propiciando al mismo tiempo su ejercicio.
- V. Tras el dictado de la Ley de Salud Mental, comenzó una nueva etapa que va detrás de alcanzar la meta de la dignificación plena de la persona con discapacidad mental, y que incluye la lucha por sus derechos fundamentales.
- VI. La idea del legislador ha sido terminar con el modelo tutelar tradicional para dar paso al paradigma humanitario en donde los pacientes con discapacidad mental puedan ser reconocidos como los seres humanos que son y se le otorgue el pleno ejercicio de sus derechos.
- VII. El Código Civil y Comercial se direccionó en la muestra de pautas claras y bien definidas para toda apreciación judicial en lo que hace a la restricción de la capacidad o bien por denuncia de incapacidad, exigiendo la comprobación efectiva de dos supuestos objetivos y: 1°) que la persona no puede comunicar su voluntad por ningún medio, forma o formato adecuado, y 2°) que el régimen de apoyo resulte ineficaz por lo que el juez puede designar un curador en esta excepción.



- VIII. La capacidad jurídica de las personas se debe considerar de acuerdo a los actos que ésta pueda realizar, a la aptitud y al ejercicio que se haya evaluado (por peritos) para habilitar los mismos, y siempre considerando que la persona humana es titular de derechos humanos fundamentales que no les pueden ser restringidos; por tanto y a modo de colofón es dable advertir que sin embargo la persona se encuentre limitada en su capacidad de ejercicio esto no es obstáculo para que pueda adquirir otras habilidades, que variarán conforme cada caso en particular y en el que se promuevan los derechos e intereses de la persona con discapacidad mental.
- IX. El Código Civil y Comercial hace residir su trascendencia en esta materia de capacidad jurídica en la reivindicación de la autonomía de la persona con déficit mental para decidir respecto de su propia vida, y para ello menester la eliminación de cualquier tipo de obstáculo que se interponga en lo que hace a la equiparación de posibilidades de acción de estos individuos afectados.
- X. Los apoyos adecuados que puede necesitar una persona para realizar sus distintas actividades cotidianas no implica de manera alguna la pérdida de autonomía personal, pues el sistema de apoyos propiciado por la CDPCD y por el vigente plexo normativo civil vigente en Argentina pone el acento justamente en ella, haciéndola prevalecer y estableciéndose que tal es el fin de los apoyos, consolidar y reforzar la autonomía, para lograr así la dignificación humana plena de las personas con discapacidad.
- XI. La intención de la CDPCD, del Código Civil Comercial y también de la Ley de Salud mental es derribar la estigmatización y desvalorización que antaño se tenía para con las personas que padecen trastornos o deficiencias mentales.

Desde esta perspectiva, a ciencia cierta puede afirmarse que la vigencia de la CDPCD, dejando atrás conceptos arcaicos acerca de la discapacidad mental, más la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial y de la Ley Nacional de Salud Mental oportunamente, permitieron la apertura de un amplio abanico de posibilidades y de infinitas formas de asegurarles a las personas con disfunción mental la autonomía y la dignidad que

merecen en su naturaleza de ser humano que tiene garantizado *per se* el ejercicio de sus derechos plenamente, así sea a través de un apoyo o de la representación en sus actos.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

Bariffi, F. J., (2009) “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”, en *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.) Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi

Borda, G.A., (2013) *Tratado de derecho civil. Parte general*, (14ª edición, actualizado por Guillermo J. Borda, T.I) Buenos Aires: La Ley, Buenos Aires

Camps. C. (2015) “Los procesos de restricción de la capacidad en la jurisprudencia” RCCyC 2015 (noviembre), 3

Cifuentes, S., Rivas Molina, A., Tiscornia, B. (1997) *Juicio de insania. Dementes, sordomudos e inhabilitados*, (2ª edición) Buenos Aires: Hammurabi

Duizeide, S. (2015) “El nuevo paradigma social de la discapacidad” LLLitoral 2015 (diciembre), 1154

Duizeide, S. (2015) “Ley Nacional de Salud Mental N°26.657: del encierro a la inclusión comunitaria” DFyP 2015 (agosto), 238

Duizeide, S. (2016) “El modelo social de la discapacidad. A diez años de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.” DFyP 2016 (octubre), 242

Giavarino, M. B., (2013) “La implementación de los sistemas de apoyo en la falta de capacidad y el Proyecto de Reforma”, RDFyP, Año V, núm. 10, La Ley, p. 201.

Herrera, M. (2015) *Manual de Derecho de las Familias [E-book]* Buenos Aires: La Ley

Hitters, J.C., Fappiano, O. (2007) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, (T.I-V.I) Buenos Aires: Ediar

Junyent de Dutari, P., (2015) “El nuevo paradigma de la capacidad recogido en el art.31 del Código Civil y Comercial. Los principios acuñados” Semanario Jurídico. Número: 2006, 28/05/2015, Cuadernillo: 19, Tomo: 111, Año: 2015 – A, pág.825

Lacruz Berdejo, J.L. y otros, (1990) *Parte general del derecho civil*, (Vol. 2, Personas) Barcelona: José María Bosch

Laufer Cabrera, M. (2010) *Reforma legal en base a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Capacidad jurídica y acceso a la justicia*, Buenos Aires: RE-REDI

Llambías, J. J., (2012) *Tratado de derecho civil. Parte general*, (24ª edición, actualizado por Patricio J. Raffo Benegas, T.I) Buenos Aires: Abeledo-Perrot

Martínez Alcorta, J., (2013) “Ejercicio de la capacidad jurídica en el Proyecto de Código”, RDFyP, Año V, núm. 1, enero-febrero, 2013, p. 93

Mayo, J.A., (1996) “Capacidad civil”, (1ª parte), en *Revista Conceptos*. Argentina: Universidad Museo Social Argentino, (año 71, marzo-abril 1996)

Mayo, J. A., Tobías, J., (2011) “La nueva ley de salud mental 26.657: dos poco afortunadas reformas al Código Civil”, LA LEY, 2011-A, 955.

Muñiz, C., (2013) “El abordaje interdisciplinario de la ley de salud mental. Situación actual a partir de la ley 26.657 y el decreto 603/2013”, RDFyP, año VI, núm. 2, p. 168

Olmo, J.P., Martínez Alcorta, J., (2010) “Art. 12. Medidas de apoyo y de salvaguardia. Propuestas para su implementación en el Régimen Jurídico Argentino”, 1ª Mención en la Comisión II del *I Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos*, celebrado en Buenos Aires, el 10 y 11 de junio de 2010. Recuperado el 22/10/2016 de <http://www.articulo12.org.ar>

Olmo, J.P., (2014) en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dirigido por Julio C. Rivera y Graciela Medina, (T.I) Buenos Aires: La Ley

Pérez Bueno, L.C., (2009) “La capacidad jurídica y su revisión a la luz de la convención.: una visión desde el movimiento asociativo español”, II Encuentro Interamericano sobre Discapacidad, Familia y Comunidad, *Asociación AMAR*, en Buenos Aires, República Argentina, los días 7 y 8 de noviembre de 2009 Recuperado el 16/09/2016 de [www.convenciondiscapacidad.es/.../CapacidadJuridica\\_29112009.doc](http://www.convenciondiscapacidad.es/.../CapacidadJuridica_29112009.doc)

Polverini, V. (2014) “El Ministerio Público en el Proyecto de Código”, RDFyP, año VI, en núm. 9, octubre 2014

Quinn, G., (2007) “La Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Instituciones Nacionales como Catalizadores Claves del Cambio”, en *Mecanismos nacionales de monitoreo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH)*, México

Rivera, J.C., (1978) *Código Civil y leyes complementarias*, (Dirigido por Augusto C. Belluscio; T.I) Buenos Aires: Astrea

Rosales, P.P. (2007) *La nueva Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Buenos Aires: Lexis

Tobías, J., (1997) “Enfermedad mental y derecho privado”, LA LEY, 1997-F, 1392

Tobías, J., (2009) *Derecho de las personas*. Buenos Aires: La Ley

Tobías, J. (2015) *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*. (T.I) Buenos Aires: La Ley

Vito Napoli, E., (1998) *L'inabilitazione*, Giuffrè: Milano,

## **LEGISLACIÓN**

### **Nacional**

Constitución Nacional

Código Civil y Comercial de la Nación

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

Ley N° 26.061 de Protección integral de niños, niñas y adolescentes

Ley N°26.557 de Salud Mental.

## **Internacional**

Constitución Política de la República de Guatemala (1985)

Constitución Política del Perú (1993)

Constitución Española (1978)

Constitución Política de los Estados Unidos de México

Convención sobre los Derechos del Niño

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud

Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas

Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental

## **JURISPRUDENCIA**

CSJN, “Tufano, R. A. s/ internación”, 27/12/2005, Fallos 328:483

CSJN, “R., M. J. s/competencia”, 19/02/2008; Fallos: 331:211.

SCJ, Buenos Aires, “N., N. E. Insania-curatela<sup>1</sup>”, 17/08/2011, RCCyC 2015 (noviembre), 3

SCJ, Buenos Aires, “R., G. Inhabilitación”, 9/10/2013 RCCyC 2015 (noviembre), 3

SCJ, Buenos Aires, “Z., A. M. Insania”, 7/5/2014, RCCyC 2015 (noviembre), 3

SCJ, Buenos Aires, “D., E. J. Insania y curatela”, 03/04/2014, RCCyC 2015 (noviembre), 3

SCJ, Buenos Aires, A., R. I. Insania. Curatela”, 9/10/2013, RCCyC 2015 (noviembre), 3

TFam, N°1, Mar del Plata, “S. T. s/inhabilitación”, Expte. n. 14813, (09/08/2011)

CCivCom, Necochea, 18/10/2010, “Z., A. s/inhabilitación”, ElDial AA6790,

CCivCom., Mar del Plata, sala III, 24/2/2011, “L., A. D. s/curatela”, ElDial.com-AA68F0

CNCiv., sala G., 2/9/2010, “C., L. y otro s/insania”, RDFyP-Año 2 núm. 11, octubre de 1010

Juzg. de Familia N°1, Puerto Madryn, 22/9/2011, “D., M. E. s/insania”, AP Online

Juzg. de Familia N° 1, Oberá, 23/4/2012, “A. C. C. s/insania”, AP Online

**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:

<b>Autor-tesista</b> <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	<b>Cocucci, Carina</b>
<b>DNI</b> <i>(del autor-tesista)</i>	<b>21.370.490</b>
<b>Título y subtítulo</b> <i>(completos de la Tesis)</i>	<b>“LOS SISTEMAS DE APOYO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”</b>
<b>Correo electrónico</b> <i>(del autor-tesista)</i>	<b>carinacocucci@gmail.com</b>
<b>Unidad Académica</b> <i>(donde se presentó la obra)</i>	<b>Universidad Siglo 21.</b>
<b>Datos de edición:</b> <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:

<b>Texto completo de toda la Tesis</b> <i>(Marcar SI/NO)</i> <sup>[1]</sup>	<b>Si</b>
<b>Publicación parcial</b> (informar que capítulos se publicarán)	

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: Mendoza, 30 de Marzo del 2017**

\_\_\_\_\_  
Firma

Aclaración

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

\_\_\_\_\_  
Firma

\_\_\_\_\_  
Aclaración

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.