

**Proceso de restricción de la capacidad**  
**Nuevos criterios del Código Civil y Comercial**



- Ana Teresita Bravo Herrera
- Legajo N° VABG4516
- Abogacía

## RESUMEN

El presente trabajo plasma la evolución del Proceso de Restricción de Capacidad de las personas, tomando como base el Código Civil derogado de Vélez Sarsfield que tiene una primer modificación con la Ley de Salud Mental N° 26.657 y finalmente hacemos un análisis del tema en el actual Código Civil y Comercial.

Puede destacarse la gran evolución que presentó esta acción, que en la actualidad busca el mayor beneficio y protección del interesado.

Palabras claves: Capacidad, nuevo Código Civil y Comercial, Restricción

## ABSTRACT

The present work reflects the evolution of the Process of Restriction of Capacity of the people, taking as base the Civil Code repealed of Vélez Sarsfield that has a first modification with the Law of Mental Health N° 26,657 and finally we make an analysis of the subject in the present Code Civil and Commercial.

It is possible to emphasize the great evolution that presented this action, that at the moment looks for the greater benefit and protection of the interested one.

Keywords: Capacity, new Code Civil and Commercial, Restriction

- 1.- Introducción
  - 1.1.- La Capacidad - Definición
  - 1.2.- Antecedentes históricos
- 2.- El Código Civil de Vélez Sarsfield
- 3.- Instrumentos internacionales y Ley de Salud Mental N° 26.657
  - 3.1.- Instrumentos internacionales
  - 3.2.- La ley de salud mental N° 26.657 y sus aspectos generales
  - 3.3.- Novedades incorporadas por la ley
- 4.- El Nuevo Código Civil y Comercial
  - 4.1.- Aspectos generales
  - 4.2.- Partes en el proceso
  - 4.3.- Desarrollo del proceso
  - 4.4.- La sentencia
- 5.- Jurisprudencia
  - 5.1.- “L., W.M. s/ Declaración de Insania”
  - 5.2.- “S., R.D s/ Incidente”
  - 5.3.- “E., G.I. s/ Proceso de Restricción de la Capacidad”
  - 5.4.- “N., J.D. s/ Restricción de la Capacidad”
  - 5.5.- “T., B.M. s/ Proceso de Restricción de la Capacidad”
- 6.- Conclusiones
- 7.- Bibliografía

**CAPITULO I**  
**INTRODUCCIÓN**

En este primer capítulo, se tratará de aclarar algunos de los términos más comunes al tratar la temática planteada así como también conocer, de modo sintético, sus orígenes y antecedentes.

## 1.- La Capacidad

### 1.1.- Definición

Según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio, capacidad es: *“Aptitud que se tiene, en relaciones jurídicas determinadas, para ser sujetos activo o sujeto pasivo. Como se ve, esa capacidad puede ser absoluta, si permite actuar en toda clase de actos jurídicos y políticos, o relativa, cuando consiente realizar alguno de ellos y otros no. Así se puede tener capacidad para testar, para contraer matrimonio, para trabajar, para ser elector o diputado, y no tenerla para disponer de los bienes o para ser senador (...)”*.

*“El concepto de capacidad ha sido caracterizado como el grado de aptitud de la persona para ser titular de derechos y deberes jurídicos y para el ejercicio de las facultades que emanan de esos derechos o el cumplimiento de las obligaciones que implican los mencionados deberes”*. (Olmo, P., pag. 37).

Esta capacidad se desdobra en la de obrar, que es el poder de realizar actos con eficacia jurídica y la jurídica, que es la aptitud de una persona de adquirir derechos y contraer obligaciones.

*“La capacidad comprende el goce y el ejercicio del derecho. En el goce sólo puede existir limitaciones parciales, nunca privaciones absolutas; en el ejercicio, pueden existir privaciones absolutas o relativas, grados de inhabilidad a cubrir por la representación o la asistencia”* (Quirno, D. y Crisci, A. pág.116).<sup>1</sup>

Encontramos la siguiente clasificación de la capacidad:

#### Doctrina Tradicional:

- Capacidad de goce: es la idoneidad que tiene la persona para adquirir derechos, al nacer viva se le reconocen derechos.
- Capacidad de ejercicio: implica el disfrute y ejercicio de sus derechos

#### Doctrina Germana:

---

<sup>1</sup> Risolía, Marco A., “Capacidad y contrato”, cit., p. 13, nro. 4.

- Capacidad jurídica: es la cualidad jurídica que tiene una persona desde que nace para ser titular de derechos, contraer obligaciones y adquirir deberes jurídicos
- Capacidad de obrar: es la idoneidad de una persona para tener voluntad y ejercerla.
- Capacidad negocial: es la capacidad que reconoce la ley a una persona a fin de realizar actos y negocios jurídicos de carácter económicos válidos.
- Capacidad delictual: aquella que hace que se responda por un hecho ilícito.
- Capacidad procesal: idoneidad de una personas para que intervenga personalmente en un proceso
- Capacidad laboral: la que permite iniciar una relación laboral.

## 1.2.- Antecedentes históricos

El término capacidad viene del latín “*capacitas capacitatis*” y este tema ya era abordado desde tiempos antiguos, así en el Derecho Romano se la consideraba como la aptitud legal o jurídica para que una persona sea titular de derechos y obligaciones y solo correspondía al “*hombre libre, ciudadano y jefe de familia*”. Esta capacidad jurídica o de derecho se completaba con la aptitud para poder ejercer esos derechos, capacidad de obrar. “*La falta de capacidad constituye la incapacidad, que puede ser igualmente de derecho, cuando la persona carece de aptitud legal para ser titular de un derecho, o de hecho, si le falta aptitud jurídica para ejercer por sí misma los derechos. En cuanto a la extensión de la capacidad, es de hacer notar que tanto la de derecho es siempre relativa, ya que es inadmisibile una persona o sujeto de derecho que no goce de algún derecho, la de obrar puede ser absoluta o relativa, según que el incapaz esté legalmente impedido del ejercicio de todos los derechos o de alguno de ellos*”.

“*Había incapacidad de derecho – no goce de los derechos – en el caso del gobernador de provincia que no podría contraer matrimonio con mujeres domiciliadas en la jurisdicción donde ejercía sus funciones, ni adquirir inmuebles enclavados en la provincia a cuyo frente actuaba como gobernador. (...) Incapacidad de hecho o de obrar absoluta se daba en el supuesto del impúber hasta los siete años de edad (minor infans), que en atención a que carecía de todo discernimiento no podría realizar por sí negocio jurídico alguno. En situación similar se encontraban los dementes (furiosi, mentecapti). Había incapacidad de hecho o de obrar relativa en el menor impúber que,*

*habiendo cumplido siete años, no había alcanzado la pubertad (maior infans), etapa de la vida que se fió en doce años para la mujer y catorce para el varón.”*

El derecho romano establecía restricciones en referencia a los ciegos, sordos y mudos, así también los eunucos que no podrían contraer matrimonio ni adoptar. Los “locos” tenían una incapacidad absoluta de hecho por carecer de discernimiento y su persona y bienes eran sometidos al curador, institución que junto con la tutela fueron instauradas para suplir la incapacidad de hecho. Así también, el pródigo, podía ser privado de su capacidad de obrar, si así lo pronunciaba el magistrado, quedando imposibilitado de contraer obligaciones y estipular negocios, pudiendo participar solo de aquellos que le implicaran un enriquecimiento.

**CAPITULO 2**  
**EL CÓDIGO CIVIL DE VELEZ SANSFIELD**

A continuación, se expone un panorama de cómo se planteaba la cuestión en la normativa derogada, siendo mucho más resumido el articulado en comparación con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

## 2.- El Código Civil de Vélez Sarsfield

Teniendo en cuenta lo expuesto, el Código de Vélez Sarsfield en su artículo 54 establecía: “*Tienen incapacidad absoluta:*

1º) *Las personas por nacer,*

2º) *Los menores impúberes,*

3º) *Los dementes,*

4º) *Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito.”*

Por su parte el artículo 57 disponía que los representantes de las personas por nacer y de los menores serían sus padres y a falta de estos de los tutores que se les nombren y a los dementes y sordomudos se les asignaría un curador.

Este cuerpo normativo prevé que ninguna persona menor de 14 años podía ser declarada “demente” sin ser previamente verificada y declarada por un juez competente, siendo que podían ser sentenciadas de tal forma quienes presenten enfermedades mentales o no tengan aptitud para dirigir su persona y administrar sus bienes. Se encuentran habilitados para solicitar esta acción:

1º) los esposos no separados personalmente o divorciados,

2º) los parientes,

3º) el Ministerio de Menores,

4º) el cónsul en caso que la persona fuere extranjera

5º) cualquier persona cuando el “demente” fuere furioso o incomode a sus vecinos.

Una vez iniciada la acción, se nombraría un curador provisorio que lo represente y defienda en el pleito.

Por otro lado, el artículo 152 bis dispone: “*Podrá inhabilitarse judicialmente:*

1º) *A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio,*

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

3º) A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Solo procederá en esta caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación solo corresponde al cónyuge, ascendientes o descendientes.

Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia o rehabilitación. Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos. Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

A lo arriba expuesto hay que agregar que los sordomudos eran considerados incapaces también en el caso de no puedan darse a entender y expresar su voluntad por escrito, debiendo procederse igual que con los “dementes”.

“En lo que refiere al tratamiento dispensado históricamente a las personas con discapacidad, desde el “modelo rehabilitador” se consideraba que las causas que dan origen a la discapacidad son científicas: una limitación física, mental o sensorial individual de la persona. La vida de una persona con discapacidad se considera menos valiosa que la del resto de las personas. (...) De este modo, se considera a la persona con discapacidad como un ser dependiente, inferior, que necesita ser rehabilitado a los efectos de recuperar su dignidad, tras lograr ocultar o eliminar su diferencia. En cambio, desde el “modelo social” – receptado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378) – se considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son científicas, sino que son preponderantemente sociales. Se parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera si tiene presente a las personas con discapacidad. Así, se entiende que no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la

*sociedad para asegurar adecuadamente las necesidades de todas las personas”*. (Olmo, J.P. pag.52/53).

Como podemos ver, el Código de Vélez Sarsfield regulaba de una forma incompleta el proceso por el cual se declaraba la incapacidad de las personas, siendo que al no encontrarse detallados los requisitos de la sentencia se establecía una restricción general y absoluta de la persona y sus actividades por tiempo indeterminado, no previendo la posibilidad de un control de la misma ni de un plazo para ello.

*“En el nuevo Código se ha abandonado la clasificación entre incapacidad de hecho absoluta y relativa; como así también las categorías de menor impúber (incapaz absoluto), menor adulto (incapaz relativo), demente (incapaz absoluto) y sordomudo (incapaz absoluto)”*. (Olmo 2016, pag. 41).

*“Ya en el año 2007 Taina de Brandi advertía: “A esta altura del conocimiento, la ciencia ha comprobado que la dicotomía entre capacidad e incapacidad es sólo una división de laboratorio que influye negativamente en el necesitado de asistencia y en su familia y provoca la distorsión en los estudios, en la investigación y en las previsiones normativas. Nuestra realidad y experiencia cotidiana nos demuestran que no existen extremos, que la incapacidad se presenta en grados o facetas y que en toda persona, aún la más enferma, hay zonas sanas que deben ser protegidas y estimuladas”*. (Olmo, 2016, pag. 10/11).

También hay que destacar la opinión de J.Ch. Sournia en su obra *“Logique et morale du diagnostic”* (Paris, 1962, pag. 19) en la que decía: *“Para poder proponer a cada uno de nuestros enfermos un tratamiento que se adapte perfectamente a su enfermedad y a él mismo, tratamos de tener una idea objetiva y completa de su caso, recogemos en un expediente personal (su “observación”) la totalidad de las informaciones de que disponemos sobre él. “Lo observamos” de la misma manera que observamos los astros o un experimento de laboratorio”*.

**CAPÍTULO 3**  
**INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y LA LEY DE SALUD**  
**MENTAL N° 26.657**

En este capítulo, se tratarán los principios vinculados a la salud mental en los instrumentos internacionales y se resaltarán la importancia que tuvo la ley 26.657, ya que implicó un gran avance en el tema salud mental, no solo incorporando nuevos artículos al antiguo código sino también receptando la normativa internacional de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

### 3.1.- Instrumentos Internacionales

Los principios relacionados con la restricción de la capacidad y la salud mental no surgen únicamente de la normativa nacional sino que encontramos nociones fundamentales sobre la materia en los Tratados Internacionales que poseen jerarquía constitucional según el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Son tres los instrumentos que se destacan:

a.- Los principios de la ONU: la Asamblea General de la ONU en la Resolución 46/119, del 17 de diciembre de 1991 establece los “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental”, los cuales se aplican “sin discriminación alguna por motivos de discapacidad, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, estado civil o condición social, edad, patrimonio o nacimiento”. Estas nociones pautan que “el ejercicio de los derechos enunciados en los presentes Principios sólo podrán estar sujeto a las limitaciones previstas por la ley que sean necesarias para proteger la salud o seguridad de la persona que se trate o de otras personas, o para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de terceros”.

La Resolución comprende veinticinco principios, siendo alguno de ellos las libertades fundamentales y derechos básicos, la determinación de la enfermedad mental, el examen médico, la confidencialidad, la importancia de la comunidad y la cultura, las normas de la atención, el tratamiento, la medicación, el consentimiento para el tratamiento, la información sobre los derechos, los derechos y condiciones en las instituciones psiquiátricas, los recursos de que deben disponer las instituciones psiquiátricas, los principios de admisión y reglas para los casos de admisión involuntaria.

Estos enunciados fueron posteriormente incorporados como parte fundamental a la ley de salud mental

b.- La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad: fue aprobada en Guatemala, el 8 de junio de 1999 y ratificada por nuestro país por Ley N° 25.280. De esta convención resulta clave su artículo 1° que dice: *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por: 1.- Discapacidad. El término “discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que 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. 2.- Discriminación contra las personas con discapacidad. a) El término “discriminación contra las personas con discapacidad” significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de una discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad de sus Derechos Humanos y libertades fundamentales. b) No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos que la legislación interna prevea la figura de la interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación”.*

“Se advierte aquí que la Convención señala como principio que no debe discriminarse a las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos. Sin embargo, se aclara que la “declaratoria de interdicción”, cuando sea necesaria y apropiada, no constituye discriminación”. (Peyrano – Lafferriere, 2016, pag. 33).

c.- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: fue aprobada por Ley N° 26.378 y desde diciembre de 2014 tiene jerarquía constitucional en nuestro país. De este instrumento se destaca el artículo 12 que dice: *“Igual reconocimiento como persona ante la ley. 1.- Los Estados Partes reafirman que las personas con*

*discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2.- Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3.- 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. 4.- Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir 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 y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad u 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. 5.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.*

*“El inciso 1º se refiere al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad y se vincula con las normas generales sobre la persona que ya hemos estudiado (arts. 19, 22 y 23 del CCC)”. (Peyrano – Lafferriere, 2016, pag. 36). El 2º inciso, establece una pauta que resulta de suma importancia, el derecho de las personas con discapacidad a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. “En este punto, Agustina Palacios realiza un pormenorizado estudio de la gestación del artículo 12 y concluye señalando que el término “capacidad jurídica” fue*

*incluido en este inciso de tal manera de englobar tanto la capacidad de derecho como la capacidad de hecho o de ejercicio*". (Peyrano – Lafferriere, 2016, pag. 36).<sup>2</sup>

A continuación, del inciso 3° surge el modelo de apoyos, es decir aquel organismo, allegado, institución que en razón de su confianza con la persona involucrada, colabora, acompaña y toma decisiones junto con ella. Este sistema de apoyos se encuentra plasmado actualmente en el nuevo Código Civil y Comercial en sus artículos 34, 38 y 43.

Las salvaguardias son mencionadas en el inciso 4°, las que son adoptadas para resguardar a la persona y protegerla ante posibles abusos y se conjuga con las reglas que establecen que las medidas de restricción sean proporcionadas y adecuadas a cada caso en particular. Finalmente, el último inciso, *“reafirma la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad en relación a la gestión de asuntos patrimoniales, pero evitando que sean privados de sus bienes en forma arbitraria”*. (Peyrano – Lafferriere, 2016, pag. 37).

En la Observación General N° 1 del 2014 que realiza el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, señala el importante cambio que se realiza, se pasa de sustituir la voluntad de la persona a asignársele un apoyo. *“La “Observación General” es un documento que analiza el artículo 12 y pone énfasis en la abolición de los sistemas de sustitución de voluntad. De la Observación General N° 1 surgen algunos lineamientos que deben seguir los Estados partes para cumplir con lo relativo a los sistemas de apoyo. El párrafo 29 de la Observación General N° 1 es clave y señala: “29. Un régimen de apoyo para la adopción de decisiones comprende diversas opciones de apoyo que dan primacía a la voluntad y las preferencias de la persona y respetan las normas de Derechos Humanos. El régimen debe proteger todos los derechos, incluidos los que se refieren a la autonomía (derecho a la capacidad jurídica, derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, derecho a elegir dónde vivir, etc.) y los relativos a la protección contra el abuso y el maltrato (derecho a la vida, derecho a la integridad física, etc.). Además, los sistemas de apoyo para la adopción de decisiones no deben regular en exceso la vida de las personas con discapacidad.*

---

<sup>2</sup> Palacios, Agustina, *“Reinterpretando la capacidad jurídica desde los Derechos Humanos. Una nueva mirada desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”*, Buenos Aires, Edidtar, 2012, pag. 226.

*aunque esos regímenes pueden adoptar muchas formas, todos deben incluir determinadas disposiciones esenciales para asegurar el cumplimiento del artículo 12 de la Convención*". (Peyrano – Lafferriere, 2016, pag. 37 y 38).

Con las observaciones que formulo el Comité, insta al Estado a una inmediata revisión de la legislación vigente, ya que la misma como se encontraba, privaba a la persona con discapacidad de su capacidad jurídica; exhorta a que Argentina tome medidas para adoptar nuevas normas y políticas de estado que sustituyan el régimen que se venía empleando y se respete la autonomía, voluntad y preferencias de la persona. Considerando la fecha en que el Comité realizó sus observaciones, año 2012, y que luego se realizó la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, podemos decir que los principales puntos que el legislador trató de adaptar a las exigencias planteadas fueron:

- 1.- Se deja de lado la noción de "incapacidad absoluta" y se ratifica el principio de la capacidad como regla, siendo las restricciones de la capacidad una excepción, la que será establecida por una sentencia judicial en la cual se precisarán los actos y funciones que se limitan;
- 2.- Se procede a una adaptación de la terminología incorporando términos como "apoyo", "autonomía", "recursos personales, familiares y sociales" entre otros;
- 3.- Se establece como regla el sistema de apoyos;
- 4.- Se reconoce un amplio derecho a la persona tanto a participar del proceso como a ser escuchada;
- 5.- Se afirma la necesidad de revisar la sentencia;
- 6.- Se ratifica la necesidad de una intervención interdisciplinaria
- 7.- Se establecen los criterios que pautan la actuación de los apoyos, siendo que deben promover la autonomía del interesado, favorecer las decisiones que sean en beneficio de la persona y su patrimonio como así también facilitar su comunicación, comprensión y manifestación de su voluntad
- 8.- Se incorporan los criterios por los cuales se adecua el procedimiento para la accesibilidad y ajuste del mismo según la situación de la persona implicada;
- 9.- Se reconoce la garantía de acceso gratuito a la asistencia letrada.

### 3.2.- La Ley de Salud Mental N° 26.657 y sus aspectos generales

La Ley de Salud Mental N° 26.657 fue sancionada el 25 de noviembre de 2.010 y promulgada el 2 de diciembre de 2.010. Esta ley tiene como principal objetivo asegurar el derecho a la protección de la salud mental de las personas y el pleno goce de sus derechos. Establece como premisa fundamental la presunción de la capacidad de la persona y en su artículo 7 reconoce los siguientes derechos:

- a) Derecho a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios, con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de su salud
- b) Derecho a conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia
- c) Derecho a recibir una atención basada en fundamentos científicos ajustado a principios éticos
- d) Derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunicativa
- e) Derecho a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe
- f) Derecho a recibir o rechazar asistencia o auxilio espiritual o religioso
- g) Derecho del asistido, su abogado, un familiar o allegado que éste designe, a acceder a sus antecedentes familiares, fichas e historias clínicas
- h) Derecho a que en el caso de internación involuntaria o voluntaria prolongada, las condiciones de las mismas sean supervisadas periódicamente por el Órgano de Revisión
- i) Derecho a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado
- j) Derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que le asisten y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas de consentimiento informado, incluyendo las alternativas para su atención, que en el caso de no ser comprendidas por el paciente se comunicarán a los familiares, tutores o representantes legales
- k) Derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades

- l) Derecho a recibir tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respecto de su vida privada y libertad de comunicación
- m) Derecho a no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin un consentimiento fehaciente
- n) Derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable
- o) Derechos a no ser sometido a trabajos forzosos
- p) Derecho a recibir una justa compensación por su tarea en caso de participar de actividades encuadradas como laborterapia o trabajos comunitarios que impliquen producción de objetos, obras o servicios que luego sean comercializado.

### 3.3.- Novedades incorporadas por la ley

Como vemos, encontramos un avance con esta nueva legislación, siendo que incorpora el artículo 152 ter al antiguo Código Civil, por el cual se debían especificar las funciones y actos que se limitaban de la persona, exigiendo la realización de exámenes facultativos interdisciplinarios y fija también un plazo de tres años para realizar los mismos. Así también, sustituye el artículo 482 que establecía que la persona no podrá ser privada de su libertad personal por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser previamente evaluada por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial.

Según Pablo Olmo *“las evaluaciones interdisciplinarias no pueden contener en su informe la mención de un encuadre jurídico, puesto que su determinación es tarea exclusiva del juez de la causa. Asimismo, la pericia no le es vinculante ya que el juez deberá valorar la totalidad de la prueba y, de acuerdo a las circunstancias del caso, resolver si restringe o no la capacidad jurídica y con qué alcance”*. (Olmo, P., pag. 70).

Reiterando lo expuesto, esta ley parte de la presunción de la capacidad de todas las personas y no se podrán realizar diagnósticos de salud mental basados en cuestiones políticas, socioeconómicas, culturales, raciales o religiosas, tampoco por elecciones o identidad sexual ni por existir antecedentes de tratamiento u hospitalizaciones anteriores.

En cuanto a la atención en salud mental, se promueve que esté a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales capacitados y competentes que incluyan las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería y terapia ocupacional. Este proceso de atención debe realizarse preferentemente fuera del ámbito de internación, orientado siempre al reforzamiento, restitución y promoción de los lazos sociales.

Con respecto a la internación, es considerada como un recurso terapéutico de carácter restrictivo y excepcional, que solo será efectivizado cuando haya un riesgo cierto e inminente, teniendo como resultado beneficios terapéuticos, siempre promoviendo que se mantenga el vínculo y contacto con sus familiares y allegados. En caso de ejecutarse la internación, deberá ser lo más breve posible y llevando un registro diario de su historia clínica. Dentro de las 48 horas se evaluará y realizará diagnóstico interdisciplinario debiendo establecer los motivos que justifican la medida y con la firma de dos profesionales, uno de los cuales deberá ser psicólogo o médico psiquiatra. La internación involuntaria deberá ser informada en el plazo de 10 horas al juez competente.

Si el juez autoriza la internación, se deberán remitir informes periódicamente, no debiendo exceder de 30 días a fin de reevaluar la situación y si continúan los motivos que dieron origen a la medida.

Ahora bien, el artículo 18 plantea la situación de la persona que es internada con su consentimiento, en cuyo caso en cualquier momento puede decidir por si misma no continuar. La internación voluntaria no podrá exceder los 60 días corridos y en caso que así sea deberá poner en conocimiento al juez, quien evaluará la situación.

Por otro lado, el artículo 27 prohíbe la creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación, públicos o privados; los ya existentes se deberán actualizar a la normativa vigente, sus objetivos y principios. Las internaciones podrán realizarse en hospitales generales y en caso de rechazarse la atención de pacientes por cuestiones de salud mental podrá ser considerado un acto discriminatorio.

**CAPITULO 4**  
**EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

En este capítulo, se detallará el articulado que desarrolla el proceso de restricción de la capacidad, el cual es más minucioso en explayarse al momento de determinar como debe ser llevada a cabo la acción.

#### 4.- El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

##### 4.1.- Aspectos Generales

El Código Civil fue reformado por la Ley N° 26.994, sancionada el 1 de octubre de 2.014, promulgada el 7 de octubre de 2.014 por el Decreto 1.795 y publicada en el Boletín Oficial el 8 de octubre de 2.014.

En este nuevo código, encontramos en el Capítulo 2 Sección 1° el artículo 22 que define a la capacidad diciendo: *“Capacidad de derechos. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos o actos jurídicos determinados.”*

El artículo 23 establece: *“Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.”* Y en su artículo 24 determina que son incapaces de ejercicio:

- a) La persona por nacer
- b) La persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente
- c) La persona declarada incapaz por sentencia judicial en la extensión allí dispuesta

En la Sección 3° se trata la restricción de la capacidad y el artículo 31 establece los principios comunes, *“Reglas generales. La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales:*

- a) La capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;*
- b) Las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;*
- c) La intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;*

- d) *La persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;*
- e) *La personas tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;*
- f) *Debe priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.”*

Sabemos que el código establece como regla general que toda persona puede ejercer por si misma sus derechos, ya que se presume su capacidad, salvo las limitaciones expresamente previstas por el mismo y en una sentencia judicial. *“Esta capacidad debe presumirse y garantizarse en toda circunstancia y a todas las personas, con independencia de cualquier característica personal e incluso de cualquier diagnóstico médico.”* (Código Civil y Comercial comentado, pág. 126). Esta situación es concordante con el artículo 5 de la Ley de Salud Mental que dice: *“La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad (...)”*.

Con este punto, el código establece una garantía del derecho internacional que es la igualdad en materia de capacidad jurídica, reconocida en el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que reconoce que *“las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”*.

La capacidad debe ser presumida, aún cuando la persona se encontrara internada en alguna institución, así se plantea la igualdad y no discriminación garantizándose los derechos de la misma, ya que se encontraría en situación de vulnerabilidad. La presunción de la capacidad es una garantía por la cual se prioriza que una persona pueda ejercer por si misma sus derechos por sobre cualquier situación que no sea la establecida expresamente en la ley y en caso de duda se debe estar a favor del reconocimiento de la capacidad. *“El hecho de que un paciente tenga un historial de tratamientos o de hospitalización no bastará por sí solo para justificar en el presente o en el porvenir la determinación de una enfermedad mental”*. (Peyrano – Lafferriere, 2016, pág. 50).

Como vemos, la capacidad solo puede ser restringida de forma excepcional y así lo establece el artículo 32 del C.C.C., *“El juez puede restringir la capacidad para*

*determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes (...)*”.

La restricción de la capacidad de una persona importa la afectación al ejercicio de sus derechos fundamentales, por lo que debe tener un estricto control con criterio de excepcionalidad. *“En este sentido no resulta casual que el Código haya antecedido al criterio de “beneficio de la persona” la excepcionalidad de las medidas de restricción de la capacidad”*. (C.C.C. comentado, pág. 128).

Al restringirse la capacidad de una persona, es solo para determinado acto o actos, ya no se restringe en términos generales como sucedía con la anterior normativa, sino que se debe determinar específicamente que actos son los restringidos, basándose en criterios interdisciplinarios, informe social, pericias psicológica y psiquiátrica, que acrediten el presupuesto intrínseco de que efectivamente la persona padezca una alteración mental o adicción que justifique la medida. Hay también un presupuesto extrínseco, que se refiere a que la actividad del padeciente resulte un daño a su personas o sus bienes. *“Este requisito es esencial y limita el criterio de restricción, porque no basta con acreditar que la persona padece una adicción de gravedad, o una alteración mental permanente o prolongada de gravedad, ni que no pueda comprender total o parcialmente la naturaleza y consecuencias de determinados actos, sino que el juez debe estimar que lo anterior debe poder suponer un daño para su persona o bienes.”* (C.C.C. pág. 129 y 130).

Surge del nuevo código, que la restricción de la capacidad jurídica solo debe ser en beneficio de la persona, no puede tener otra finalidad que no sea la protección, respeto y promoción de su autonomía y sus derechos. Así otra vez armoniza con la normativa internacional, siendo que el artículo 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad plantea *“el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”*. Por otro lado, el artículo 12 de este texto internacional establece que los estados deben asegurar que las medidas relativas al

ejercicio de la capacidad respeten los derechos, voluntad y las preferencias de la persona involucrada.

*“Para Kraut, cuando se utiliza la expresión “beneficio de la persona”, se quiere significar que la restricción de la capacidad jurídica no puede tener otro fin que el respeto y la promoción de su autonomía y la protección de sus derechos”.* (Peyrano – Lafferriere, 2016, pag. 51). Se puede decir entonces, que uno de los grandes principios de la Convención de Derechos para Personas con Discapacidad es que la actuación de sus apoyos sean siempre respetando los derechos, voluntad y preferencias de la persona involucrada.

Algo a destacar en el nuevo texto del Código Civil y Comercial es que la persona cuya capacidad se debate, ya no es sujeto pasivo en el proceso, sino por el contrario es parte activa, debiendo ser notificada de las actuaciones. Lo mencionado se encuentra establecido en el artículo 36: *“La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa. Interpuesta la solicitud de declaración de incapacidad o de su restricción de la capacidad ante el juez correspondiente a su domicilio o del lugar de su internación, si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio. La persona que solicito la declaración puede aportar toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados”.*

Así se resguarda el derecho de participación de la persona en el proceso y su debida asistencia letrada, ya sea aportada por el Estado o un abogado particular, pudiendo aportar todas las pruebas necesarias para su defensa.

En relación al derecho a recibir información a través de medios y tecnología adecuada *“se trata de una concreción a las exigencias de la CDPD en materia de acceso a la justicia (art. 13, CDPD) y de ajustes razonables. En efecto, uno de los ejes de la Convención es la búsqueda de eliminar barreras que puedan impedir la plena inclusión de las personas con discapacidad”.* (Peyrano – Lafferriere, 2016, pag. 53).

El fundamento para proceder a la restricción de la capacidad de una persona, lo encontramos en el artículo 32 del C.C.C. que dice que un juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una

adicción o una alteración mental permanente o prolongada, que sea lo suficiente grave, siempre que se considere que el ejercicio de su plena capacidad puede resultar dañoso a su persona o sus bienes. Se deberá designar un apoyo, especificando las funciones según las necesidades y circunstancias de la persona. Dicho apoyo deberá promover la autonomía y favorecer a la persona protegida.

“El primer modelo utilizado por Vélez Sarsfield al momento de redactar el Código fue el denominado “biológico”, desde donde se reduce la necesidad de declaración de incapacidad a la presencia de la enfermedad. Posteriormente, la ley 17.711 introdujo un modelo “biológico – jurídico” al sumar a la concurrencia del factor psiquiátrico – la enfermedad mental – su incidencia en la vida de relación.”

Este nuevo código mantiene el modelo biológico – jurídico, pero incorpora un nuevo criterio que es el “interdisciplinario”, por lo que ya no se tienen en cuenta solamente un diagnóstico psiquiátrico, sino que se la toma desde su aspecto humano, situada en un entorno y un contexto (familiar, social), que permite evaluar a la persona como un todo. Vemos que la restricción de la capacidad está pensada en un modo de ser para dar soluciones a una persona, tanto en el ámbito patrimonial como personal.

#### 4.2.- Partes en el proceso

*“Las declaraciones de capacidad restringida y de incapacidad no proceden de oficio, sino a solicitud de las personas legitimadas a tal fin. La novedad más importante es haber incluido al propio interesado entre los legitimados para iniciar la acción”.* (Olmo, P. pag. 61).

Quienes se encuentran legitimados para solicitar la acción según el artículo 33 del Código Civil y Comercial son:

- a) el propio interesado: esta opción no estaba prevista en el código anterior, ahora se complementa con el derecho al acceso a la justicia y al de ser parte en el proceso y aportar todas las pruebas que se consideren necesarias para defender su capacidad.

*“Recibida la solicitud, el juez deberá indicar a la persona que tiene derecho a designar abogado y que en caso de no tenerlo “se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en juicio”.* (C.C.C. pag. 156);

- b) el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado;
- c) los parientes dentro del cuarto grado y si fueran por afinidad hasta el segundo grado;
- d) el Ministerio Público: “(...) *su legitimación es necesaria, dado que siempre es parte esencial en este tipo de procesos. Su actuación y legitimación procesal no es subsidiaria ni depende de ninguna instancia previa de actuación de los demás legitimados.*” (C.C.C. pag. 157).

Teniendo en cuenta lo expuesto en el último punto, se podría plantear la situación de personas no legitimadas que ponen en conocimiento de la situación de una persona al Ministerio Público y éste actuará conforme la normativa. Vale aclarar también, que: “*La enumeración legal no tiene un orden de prelación. Por lo tanto, cualquiera de los legitimados puede iniciar la acción a pesar de la inacción de cualquiera de los otros*”. (Olmo, P. pag. 61).

#### 4.3.- Desarrollo del proceso

Al momento de iniciarse la demanda, según el “Manual de Buenas Prácticas en Procesos de Restricción de Capacidad y Declaración de Incapacidad conforme el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” de la Provincia de Salta la documental obligatoria a presentar es:

- a) 2 (dos) certificados médicos originales o en fotocopia autenticada
- b) acta de nacimiento original o copia autenticada
- c) fotocopia simple de las dos primeras páginas del D.N.I de la persona cuya capacidad se cuestiona
- d) certificado de residencia y convivencia
- e) fotocopia del D.N.I. del propuesto apoyo
- f) copias de historia clínicas

Se podrán ofrecer los testigos que consideren necesarios a fin de que acrediten la situación denunciada y en caso de que el interesado asista a un centro terapéutico o de

rehabilitación (hospital, hogar o geriátrico) se oficie a dichos establecimientos para que emitan los informes correspondientes.

Respecto a la prueba rige el principio de amplitud probatoria. *“La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa. Por su parte, quien solicitó la declaración de incapacidad o capacidad restringida puede aportar toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados”*. (Olmo, P., pag. 68).

Un punto a destacar en este nuevo código es el artículo 35 que dispone la entrevista personal: *“El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquel. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias”*.

Con esto se garantiza el debido proceso establecido en el artículo 31 inc. e) y el acceso a la justicia, siendo estos derechos fundamentales, los que deben estar siempre presentes y ser respetados.

*“En el Código derogado no había una norma similar. Sin embargo, lo referido al contacto personal con el juez ha sido regulado en los códigos de procedimiento. En efecto, en la mayoría de ellos está previsto que: 1) si al tiempo de formularse la denuncia la persona estuviera internada, el juez debe tomar conocimiento directo con aquella; 2) previo al dictado de la sentencia, y si las particularidades del caso lo aconsejaren, el juez hará comparecer a la persona a su presencia o se trasladará a su domicilio o lugar de internación. Por ende, en el primer caso el contacto está prescripto como una obligación, en tanto en el segundo como una facultad del juez. Sin embargo, la doctrina mayoritaria ha considerado que este conocimiento personal debe ser obligatorio y no facultativo. En efecto, algunos códigos de procedimientos así lo prescriben”*. (Olmo, P., pag. 65).

Se puede considerar que la audiencia “in visu” puede ser el medio de prueba de más fuerza durante el proceso, ya que aquí el juez tomará contacto directo con la persona y apreciará por sí mismo su situación, contacto con la realidad y desenvolvimiento, pudiendo valorar y determinar su capacidad y así dictar una

sentencia. Otro punto interesante de la audiencia, es que la persona puede ser oída sin intermediarios de ningún tipo, directamente con el juez.

*“Como una derivación del principio procesal de inmediación – que cobra una connotación especial en esta clase de proceso se ha previsto el contacto directo del juez con la persona. La norma es novedosa en el sentido que se incluye en el Código de fondo. Por lo tanto, la entrevista personal no será una mera facultad sino un deber indelegable del juez, quien deberá asegurarla en cada proceso”.* (Olmo, P., pag. 65).

Como ya dijimos, según el artículo 36 la persona por la cual se tramita el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa, y en el caso de que comparezca sin un abogado, se le deberá nombrar uno que lo represente y preste asistencia letrada mientras dure el proceso. Así también, el Estado proporcionará el profesional que lo asista en caso de carencia de recursos, lo que será garantizado por el juez interviniente. La actuación de este letrado consistirá en defender la voluntad e intereses de su representado.

*“La calidad de parte de la persona sujeta a proceso no era reconocida en el Código derogado. No obstante, ello había sido incorporado tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, fundado en la inviolabilidad del derecho a la defensa en juicio, y pronunciándose por la amplitud de sus facultades procesales”.*(C.C.C. pag. 176).

#### 4.4.- La Sentencia

El siguiente tema a tratar es la sentencia, que según el artículo 37 establece: *“La sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso:*

*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*

*Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario”.* (C.C.C. pág. 178).

*“La sentencia podrá: 1) desestimar la acción; 2) restringir la capacidad del sujeto (art. 32 párr 1º); 3) declarar la incapacidad (art. 32 párr 4º)”*. (Olmo, P., pág. 72).

Y el artículo 38 dice: *“La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido por el artículo 32 de este Código y 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”* (C.C.C. pág. 182)

Como se ve, a diferencia del código anterior, en la actualidad la sentencia tiene que ser mucho más detallada y precisa, indicando no solo el padecimiento de la persona, su diagnóstico y pronóstico, cuando se manifestó, los recursos con los que cuenta para sus subsistencia diaria, siendo estos familiares, económicos, afectivos y sociales y se deberá señalar cual será el modo más adecuado para su protección. También, se deben establecer los actos que específicamente se le restringen, porque de ahora en más, lo que no se encuentre prohibido o limitado en la sentencia puede realizarlo. Para poder cumplir con esto, el juez debe contar con los informes interdisciplinarios, psicológico, psiquiátrico y social, que permitan conocer la situación y desenvolvimiento de la persona en su integralidad, para lo cual es fundamental también haber llevado a cabo la audiencia “in visu” en caso de que estén dadas las condiciones.

*“Tras la valoración de la “prueba necesaria” (art. 37) y del resto de las evaluaciones realizadas en el marco del trámite de proceso (art. 36), a la luz del resultado de la entrevista personal mantenida con el propio interesado (art. 35), el juez finalmente deberá resolver con relación al ejercicio de la capacidad jurídica, considerando especialmente la voluntad, deseos y preferencias de la persona, y procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”*. (Olmo, P. pág. 71).

Del dictamen interdisciplinario, se podrá determinar entonces los actos de administración, de disposición y los personales (trasladarse por sí misma, votar, prestar consentimiento informado, suministrarse medicación, cambiar de domicilio, ejercer la

responsabilidad parental, disponer de su cuerpo entre otros) que la persona podrá continuar practicando por sí sola.

Conjugando este articulado, se indica al juez que deben prevalecer los principios de presunción de capacidad, la excepcionalidad de la medida y de la restricción, siempre tratando de beneficiar a la persona involucrada y que la afectación de su autonomía personal sea la menor posible.

*“La tendencia de la legislación contemporánea es preservar, en lo posible, la autodeterminación de las personas con discapacidad. Ello conduce a la sustitución de los regímenes de compartimentos estancos – capaces / incapaces por otros que administren graduaciones de la incapacidad, de modo que la persona con discapacidad puede mantener cierto grado de autodeterminación, dependiendo de la menor o mayor gravedad de su estado”.* (Peyrano, G. – Lafferriere, J., pág. 9).<sup>3</sup>

En este sentido el Dr. Lorenzetti expresa que: *“Las innovaciones introducidas por el Código hacen necesario y de vital importancia que el juez dedique en la parte dispositiva de la sentencia, sin perjuicio de los considerando relativos a la acreditación de los supuestos legales de capacidad restringida e incapacidad (art. 32 párrs. 1º y 4º, respectivamente, y art. 37), especial atención a aclarar sus efectos, en especial los actos, la extensión de la restricción o limitación de la capacidad, la individualización de quien o quienes van a asumir los apoyos o curatela (según corresponda) y la modalidad de la actuación y condiciones de validez”* (C.C. y C. Comentado, Tomo I, pág. 188)

Una vez que se cuente con todo lo expuesto, el juez deberá determinar el tipo de apoyo que se requerirá en cada caso según lo establecido por el artículo 43 del Código Civil y Comercial: *“Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona en el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas*

---

<sup>3</sup> Rivera, Julio C. – Hooff. Irene, “La nueva Ley 26.657 de Salud Mental”, SJA 25-5-2011.

*de su confianza para que le preste apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la personas respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas”.*

Una modificación con el código derogado, es que en el actual se acepta la designación de varias personas en el ejercicio del apoyo, siendo que las funciones que puede cumplir son:

- a) Consejero: asiste a la persona en la comprensión de las consecuencias de los actos que realiza y toda otra información necesaria para la conclusión de actos jurídicos.
- b) Complemento de la voluntad: el apoyo integra la voluntad de la persona, asintiendo con su firma la realización de un determinado acto jurídico.
- c) Representación: puede ejercer la representación en determinados actos, no sustituyendo la voluntad de la persona.

A fin de conocer la aptitud del apoyo propuesto se podrá requerir planilla prontuarial, constataciones policiales, informes sociales y psicológicos, los que darán cuenta si se encuentran en condiciones o no de ejercer el rol.

Una vez dictada, la sentencia deberá ser inscripta en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y se dejará constancia en el margen del acta de nacimiento y así los actos tendrán efecto contra terceros a partir de la inscripción en el registro. La importancia de la registración es justamente su oponibilidad ante los terceros. Ahora bien, la situación que se plantea es si debe registrarse o no la medida de apoyo y el alcance de la misma, lo cual “(...) *deviene complejo dejar constancia allí (anotación marginal) del alcance, modalidad y condiciones de validez de los actos que la persona debe celebrar con apoyos*” (C.C.C. pág. 190). Asimismo, “*una vez que las restricciones sean dejadas sin efecto por una nueva sentencia dictada de conformidad con el artículo 47, se deberá ordenar la inmediata cancelación registral*”. (Olmo, P., pág. 75).

Finalmente llegamos a uno de los puntos más innovadores e importante del nuevo Código, el artículo 40 que establece: “*La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancia del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no*

*superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado. Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su caso, a que éste se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido”.*

El propio interesado puede requerir la revisión de la sentencia dictada en cualquier momento si considera que hubo un cambio en las circunstancias originales, esto implica un reconocimiento al ejercicio real y efectivo al derecho de acceso a la justicia y se encuentra conjugado con el artículo 36. En el código derogado, sólo la rehabilitación permitía que se controle la sentencia, no siendo una revisión propiamente sino que implicaba un nuevo proceso y una nueva sentencia. Por otro lado, el juez tiene el deber de controlar el dictamen, no pudiendo exceder el plazo de tres años, debiendo requerir la realización de nuevos informes interdisciplinarios y una nueva audiencia.

El artículo 48 del Código Civil y Comercial establece: *“Pródigos. Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción solo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes”.*

Según el Diccionario de la Real Academia Española la prodigalidad es la “profusión, desperdicio, consumo de la propia hacienda, gastando excesivamente”.

Como se ve, la acción solo corresponde al cónyuge, conviviente, ascendientes y descendientes. La declaración de la inhabilitación implica que se nombrará un apoyo que deberá asistir en los actos que importen disposición entre vivos y todos aquellos actos que el juez considere necesarios según lo establecido en la sentencia. En la nueva normativa solo se mantiene la prodigalidad en la administración y gestión de bienes, eliminando los supuestos por embriaguez habitual y por uso de estupefacientes. La sentencia que se dicte, no modifica la capacidad de la persona pero si le impone ciertas

restricciones a la realización de los actos que realice, para lo cual se le nombrará un apoyo que la asistirá en los actos que determine el juez.

El cese de la inhabilitación es dictada por el mismo juez que dictó la sentencia, previo dictamen de exámenes interdisciplinarios que dictaminen sobre el estado de la persona o bien en caso que los protegidos (sus familiares) dejen de existir.

En relación a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, el nuevo código los ha suprimido como posibles sujetos pasivos de un proceso por incapacidad, siendo unánime la posición de la doctrina. *“Es unánime la posición en doctrina en el sentido de que esta causal de interdicción debe desaparecer de nuestro ordenamiento, por resultar francamente contrario en cuanto hoy en día las ciencias enseñan acerca de las patologías que afectan el oído y el habla. Sin menoscabo de la buena voluntad y seriedad científica con que el codificador introdujo este criterio, su mantenimiento hoy en día es discriminatorio y falta de razón valedera”*. (Peyrano – Lafferriera, 2016, pag. 63/64).

**CAPITULO 5**  
**JURISPRUDENCIA**

Ahora se procederá a analizar y comentar algunas Resoluciones de los juzgados de la Provincia de Salta, a fin de conocer cómo se aplica hasta el momento lo dispuesto en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

5.1.- “L., W. M. s/ Declaración de Insania” – Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Sala V – Expte. N° 287462/09 y Expte. De Cámara N° 444735/13 – fs. 269/276, tomo XXXV, 30 de abril de 2015.

La Asesora de Incapaces N° 6 presenta recurso de apelación en contra de la sentencia caída en autos y pide su aclaratoria. Solicita se revoque y aclare lo dispuesto en relación a la declaración de incapacidad de W.M.L. y se establezca que el mismo podrá celebrar actos jurídicos simples los que quedarán sujetos a la supervisión y apoyo de la curadora nombrada (punto este que no se apela). Plantea el agravio de la terminología aplicada, ya que se declara incapaz por demencia a M.W.L., lo que implica una declaración como incapaz absoluto, lo cual es una clara contradicción con la ley 26.657 del año 2010.

Al correrse vista a la fiscalía, la misma dictamina que puede acogerse a los agravios planteados y revocar la resolución según lo solicitado.

Finalmente, se hace lugar al recurso interpuesto y se declara la “restricción de la capacidad” de W.M.L., quien podrá realizar actos simples y los complejos bajo supervisión de su curadora.

5.2.- “S., R.D. s/ Incidente” – Juzgado de Personas y Familia 5° - folio 4820/4823, libro 512, 31 de marzo.

La Asesora de Incapaces N° 5 expresa que encontrándose vigente la ley de salud mental y habiéndose incorporado el artículo 152 ter al Código Civil, solicita se oficie a los servicios médico, psicológico y social del Poder Judicial a fin de que se realicen nuevas pericias a su representado a fin de cumplimentar con la reevaluación.

El juez hace lugar a lo requerido y se realizan los informes correspondientes resolviendo finalmente que se adecuó la terminología empleada en la sentencia original y que R.D.S. no podrá realizar actos de administración, disposición y garantía de bienes inmuebles o muebles registrables ni disponer de grandes sumas de dinero que excedan

en 12 veces su pensión. En relación a los actos médicos deberán ser consentidos por su apoyo, en este caso su madre, quien cumplirá con la función de asistir y apoyar a su hijo en el ejercicio de sus derechos.

5.3.- “E., G.I. s/ Proceso de Restricción de la Capacidad”, Expte. N° 510865/15 del Juzgado de Personas y Familia N° 2 – folio 101/105, libro 33, 2 de mayo de 2017.

Presenta demanda iniciando la acción la Defensora Oficial Civil N° 3 en representación de la Sra. A.P. madre de G.I.E. ya que el mismo padece un retraso mental grave que lo imposibilita de dirigir su persona y administrar sus bienes, por lo que solicita se le asigne un apoyo.

Se designa como defensa técnica a la Curadora Oficial y se cumplimenta con los informes interdisciplinarios, acompañándose como corresponde la documentación requerida (certificados médicos, actas de nacimiento e historia clínica), siendo que las partes comparecen a la audiencia fijada en sede judicial.

Finalmente el tribunal resuelve disponer la restricción de la capacidad de G.I.E. quien podrá efectuar actividades domésticas simples, actividades recreativas, manualidades y ejercicios físicos. No podrá realizar actos de administración ni disposición de dinero, ni de bienes inmuebles o muebles registrables, ni realizar tareas remunerativas, ni prestar consentimiento informado para tratamientos médicos, fisiológicos, psiquiátricos o respecto a su rehabilitación, así como tampoco podrá ejercer sus derechos electorales debiendo contar para ello de manera insalvable e ineludible con el apoyo de su madre A.P., quien ejercerá la función de apoyo con carácter de representación, debiendo suscribir los actos jurídicos mencionados.

Se establecen como medidas de salvaguarda la revisión de la sentencia con anterioridad a su vencimiento y la obligación de rendir cuentas por parte de la Sra. A.P.

5.4.- “N., J.D. s/ Restricción de la Capacidad”, Expte. N° 474431/14, Juzgado de Personas y Familia 3° – folio 65/68, libro VI – 2017, asiento 223, 23 de agosto de 2017.

La Sra. M.C.L. con representación de la Defensoría Oficial Civil N° 2 solicita de declare la restricción de capacidad de su esposo J.D.N. a fin de proveer resguardo de su persona, derechos y bienes proponiéndose ella para ser designada como apoyo. El Sr.

J.D.N. presenta epilepsia con trastornos de humor afectivo persistente y se encuentra incapacitado en un 80%.

Se imprime trámite a la acción y se da intervención a la Curadora Oficial para que asuma la defensa técnica y solicita se abra el proceso a prueba. Se incorporan los informes de tres facultativos del servicio médico, la pericia psicológica y el informe socio ambiental, por último acta de audiencia de visu.

La jueza falla restringiendo la capacidad de J.D.N. en relación a actos de administración y disposición de sumas de dinero, administración, disposición y garantía de bienes inmuebles y muebles registrables, en relación a ejercer actos electorales y brindar su consentimiento respecto decisiones sobre su cuerpo como donar órganos o sangre. Se designa como sistema de apoyo a M.C.L. bajo la modalidad de asistencia.

5.5.- “T.,B.M. s/ Proceso de Restricción de la Capacidad”, Expte. N° 488335/14, Juzgado de Personas y Familia N° 3 – folio 11/14, libro VII 2017, asiento 5, 5 de octubre de 2017.

Se presenta la Defensora Oficial Civil N° 9 en representación de la Sra. S.M. a fin de que se declare la restricción de la capacidad de su hija B.M.T. ya que la misma padece un retraso mental según los certificados médicos que acompaña. Se designa como defensa técnica a la Curadora Oficial y se abre la causa prueba, momento en el que se incorporan declaraciones testimoniales, pericia médica, psicológica y el informe social así como también el acta de la audiencia in visu.

Producida la prueba, el tribunal hace lugar a la acción iniciada por la Sra. M. y restringe la capacidad de B.M.T. respecto a la administración y disposición de grandes sumas de dinero, administración, disposición y garantía de bienes inmuebles y muebles registrables y para trasladarse por si sola en la vía publica. El sistema de apoyo en este caso es bajo la modalidad de consejo.

Se establece como salvaguarda que el apoyo designado deberá denunciar el ingreso de todo bien al patrimonio de B.M.T.

## **CONCLUSIONES**

## Conclusiones

Lo que motiva a elegir el Proceso de Restricción a la Capacidad como tema a desarrollar en este trabajo son las modificaciones realizadas en la nueva normativa, las que implican un gran avance en la legislación nacional, consolidándose así el cuidado de la salud mental de la persona, siendo uno de los principales derechos humanos reconocidos, preservando la dignidad como valor y principio fundamental, reconociendo que cada persona es única e irrepetible.

La persona humana, por ser tal, es capaz de entablar relaciones sociales y jurídicas. La capacidad es una característica infaltable en razón de la dignidad de la persona humana. La persona como ser humano, posee una dimensión jurídica que se vincula con su ser relacional, con los vínculos que crea con otras personas que son regidas por la justicia.

Los primeros avances que en la evolución sobre la restricción de la capacidad se dieron con la Ley de Salud Mental N° 26.657, sancionada el 25 de noviembre de 2010 y promulgada el 2 de diciembre de 2010, teniendo como principal objetivo asegurar el derecho a la protección de la salud mental. Incorpora el artículo 152 ter al antiguo Código Civil, el que indicaba que se debían especificar las funciones y actos que se limitan a la persona, disponiéndose informes facultativos interdisciplinarios y fijando el plazo de tres años para controlar los mismos. Así también, sustituye el artículo 482 que establecía que una persona no podría ser privada de su libertad por causa de una enfermedad mental, salvo situaciones de riesgo extremo hacia su persona o terceros que ameriten dicha medida.

Esta ley parte de la premisa de la capacidad de todas las personas, siendo que no se podrán realizar diagnósticos de salud mental basados en cuestiones de política, socioeconómicas, culturales, raciales o religiosas, así como tampoco por orientación sexual. La evaluación debe ser realizada por profesionales capacitados y competentes, siendo la misma de carácter interdisciplinario, debiendo orientarse su participación en el reforzamiento, restitución y promoción de los lazos sociales. Respecto a la internación, debe ser considerada como un recurso terapéutico de carácter restrictivo y excepcional, cuando haya un riesgo cierto e inminente.

El primero de agosto de 2015 entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y en orden a la temática que tratamos es justamente reconocer las reformas incorporadas en la legislación que resultaban imprescindibles e impostergables, ello en razón de los avances realizados por la Ley N° 26.657 en coordinación con los instrumentos internacionales relacionados.

El término “demencia” fue erradicado del nuevo cuerpo normativo, siendo que de por sí ya se trataba de un término inapropiado, toda vez que la “demencia” es solo uno de los posibles padecimiento mentales con potencial incidencia sobre la capacidad, pasándose ahora a denominarse “alteración mental”, abarcando así un universo interpretativo más amplio. La restricción a la capacidad es una categoría genérica, que incluye un amplio abanico de posibilidades relacionadas con la amplitud o estrechez de los actos que se limitaran a la persona, y así la inhabilitación fue mantenida en la nueva normativa, exclusivamente para la protección patrimonial, direccionada a actos administrativos o de disposición. La incapacidad, es prevista ahora solo para los casos en que una persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, es ya un supuesto excepcional.

Se destaca el principio por el cual las personas son consideradas plenamente capaces y que las restricciones que se dispongan deberán ser con un criterio estricto y siempre en beneficio y protección del involucrado. La tendencia de la legislación actual es preservar ante todo la autodeterminación de las personas con discapacidad, por lo que se abandona los regímenes de compartimentos estancos – capaces/incapaces- y se pasa a una graduación de la capacidad según el estado particular de cada persona. Ciertamente, hay un cambio de perspectiva sobre la cuestión tratada, siendo que hoy en día se cuenta con más medios para promover e instar la inclusión de estas personas y superar barreras que impedían su autonomía e inclusión en el sistema.

A lo largo del trabajo se puede ver que el principio de la autonomía es uno de los que más destaca, siendo incluso enfatizado por la Convención sobre los Derechos para las Personas con Discapacidad y el Comité de esta Convención, habiendo formulado en sus observaciones la necesidad de promover la autonomía y favorecer las decisiones que efectivamente respondan a las preferencias de la persona protegida, facilitando la

comunicación, comprensión y manifestación de su voluntad para el ejercicio de sus derechos.

En el nuevo Código Civil y Comercial se diseña la regla general de la restricción de la capacidad y, solo excepcional y subsidiariamente, y al único fin de protección de los derechos de la persona, su eventual declaración de incapacidad. En el supuesto de la restricción, no procede ya la tradicional figura del curador, sino que se designa a una o varias personas como apoyo, cuya función es promover su autonomía y favorecer aquellas decisiones que respondan a preferencias de la misma. Esta solución, responde a un firme y marcado avance sostenido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y a la luz de los organismos e instrumentos internacionales. Corresponde destacar el rol fundamental del entorno familiar y personas allegadas que se desempeñaran como apoyo, en la implementación y coordinación de medidas de sostén, en lo relacionado a controles, tratamiento y acompañamiento en el suministro de medicación y atención a su salud, física y mental.

Como se ve a lo largo del trabajo, en la actualidad la capacidad de la persona se encuentra adecuadamente resguardada, siendo que son otros los parámetros y pautas a seguir al momento de determinar su restricción, no solo a través de los informes interdisciplinarios en los que intervienen psicólogos, médicos psiquiatras y asistentes sociales, sino también a través de la especificación de los actos que se limitan, ya no hay una restricción general. Y uno de los puntos más importantes personalmente, considero es el de la revisión de la sentencia, ya sea a pedido del interesado o cada tres años, haciendo lugar al reconocimiento de su mejoría y evolución.

## **BIBLIOGRAFÍA**

## Bibliografía

### Doctrina

- Belluscio, C. A. (2016), “Procesos de familia según el nuevo Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, García Alonso
- Cifuentes, S. – Rivas Molina, A. – Tiscornia, B. (1997), “Juicio de Insania”, Hammurabi
- Foucault, M. (2013), “El nacimiento de la clínica”, Buenos Aires, Siglo Veintiuno
- Kraut, A. J. (2006), “Salud Mental – Tutela Jurídica”, Santa Fé, Rubinzal – Culzoni
- Laferriere, J. N. - Muñiz, C. (2011), “La nueva Ley de Salud Mental – Implicancias y deudas pendientes en torno a la capacidad”, ED
- Lorenzetti, R. L. (2014), “Código Civil y Comercial Comentado”, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni
- Mayo, J. A. - Tobías, J. W. (2011), “La nueva ley 26657 de salud mental”, LA LEY
- Mendez Costa, M. – Vidal Taquini, C. – Córdoba, M. – Medina, G. (2014), “Revista de Derecho de Familia y de las Personas”, Thomson Reuters LA LEY
- Olmo, J.P., (2017), “Salud Mental y Discapacidad”, Buenos Aires, Dunken
- Peyrano, G.F.- Lafferriere, J.N., (2016), “Restricciones a la Capacidad Civil”, Buenos Aires, EL DERECHO
- Rivera, J. C. – Medina, G. (2011), “Código Civil y Comercial Comentado”, Buenos Aires, Thompson Reuters

### Legislación

- Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
- Ley de Salud Mental N° 26.657

### Jurisprudencia

- Condori Huaylla, Nicolino, 722/724, Libro 173 – T3, 4 de Marzo de 2015
- Flores, Rafael Alejandro, 334, Tomo 2014, 12 de Diciembre de 2014
- López, Walter Maximiliano, 269/276, Tomo 35, 30 de Abril de 2015

- Sandoval, Rodolfo Darío, 4820/4823, Libro 512, 31 de Marzo de 2016

Otros

- Arianna, Carlos A., “El Curador Provisorio”, Revista Lexis Nexis “Derecho de Familia”

- Quirno, Diego N. – Crisci, Anabela, “Las Restricciones a la Capacidad de Derecho”, Revista de Derecho de Familia