



**TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

**CAMBIOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN RELACIÓN A LA  
CAPACIDAD DE LAS PERSONAS**

**Cambio de paradigma y derechos reconocidos**

Moya, Gastón

DNI: 34767924

Abogacía

2019

## **RESUMEN**

La mirada y el tratamiento que el Derecho Argentino hace sobre las personas con discapacidad mental, ha dado un giro significativo en los últimos años. Estos cambios se advierten con la incorporación a nuestro Derecho de Tratados Internacionales, principalmente la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad, el dictado de la Ley N° 26.657 de Salud Mental y en el último tiempo con la sanción del Código Civil y Comercial.

El Código Civil y Comercial se enmarca en una nueva perspectiva de la salud mental que reconoce una mayor capacidad y por ende Derechos a las personas.

En el marco de este cambio de paradigma se posiciona a la persona con discapacidad mental en un lugar diferente, donde su capacidad se presume y la declaración de incapacidad es excepcional.

Del modelo de sustitución en la toma de decisiones se pasa al modelo social de discapacidad, promoviendo el respeto de su dignidad, incorporando de este modo, cambios vitales en el reconocimiento y defensa de Derechos Humanos.

El trabajo de investigación consistirá en analizar los cambios introducidos al Código Civil y Comercial en materia de capacidad jurídica de las personas, observando y revisando sus artículos, analizando la evolución en los últimos años de la legislación y jurisprudencia en materia de discapacidad y los instrumentos legales internacionales existentes sobre salud mental y su impacto en nuestra legislación, siendo un tema específico de estudio la brecha entre las normas y las prácticas, asumiendo como premisa la necesidad de promover la igualdad y la no discriminación.

**Palabras claves:** Capacidad- Discapacidad- Salud mental- Igualdad- Autonomía- Sistema de apoyo-

## **ABSTRACT**

The way that Argentine Law looks at and treats people with mental disabilities has taken a significant turn in recent years. These changes are noticeable with the incorporation into our Law of International Treaties, mainly the Convention of The Rights of Persons with Disabilities, the enactment of The Mental Health Act (26657) and in recent times with the enactment of the Civil and Commercial Code is framed in a new perspective of mental health that recognizes a greater capacity at the therefore Rights people.

Within the framework of this paradigm shift, the person with mental disability is positioned in a different place, where his or her capacity is presumed and the declaration of incapacity is exceptional.

From the model of substitution in decision making we move to the social model of disability, promoting respect for their dignity, thus incorporating vital changes in the recognition and defense of Human Rights.

The research work will consist of analyzing the changes introduced to the Civil and Commercial Code in terms of the Legal capacity of persons, observing and reviewing its articles, analyzing the evolution in recent years of legislation and jurisprudence on disability and existing international Legal instruments on mental health and its impact in our legislation, being a specific topic of study between standards and practices, assuming as a premise the need to promote equality and non-discrimination.

**Key words:** Capacity- Disability- Mental Health- Equality- Autonomy- support systems.

## INDICE

INTRODUCCION.....	6
CAPITULO I.....	9
El concepto de discapacidad en la historia.....	9
Introducción .....	9
1.1. Modelos a lo largo de la historia .....	9
1.1.2. Sociedad Antigua.....	9
1.1.2.    La Edad Media .....	11
1.1.3.    Edad Moderna .....	13
1.1.4.    Sociedad Industrial.....	14
1.1.3. Comienzos de la Rehabilitación .....	14
1.1.5.    Surgimientos de Modelos Sociales.....	16
Conclusiones parciales .....	17
CAPITULO II .....	19
Marco normativo antecedentes y evolución.....	19
Introducción .....	19
2.1.    Constitución Nacional .....	19
2.2.    Documentos y Tratados Internacionales de Derechos Humanos .....	21
2.2.1. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	22
2.3.    Ley Nacional de Salud Mental.....	24
2.4.    Código Civil y Comercial.....	27
Conclusiones parciales .....	33
CAPITULO III.....	34
La Capacidad de las Personas en el Código Civil y Comercial .....	34
Introducción .....	34
3.1.    Principios Generales .....	34
3.2.    Restricciones a la Capacidad Jurídica. Reglas Generales.....	37
3.3.    Personas con Capacidad Restringida y con Incapacidad.....	39
3.4.    Legitimados.....	42
3.5.    Entrevista Personal .....	43
3.6.    Intervención del Interesado en el proceso .....	44

3.7. Sentencias.....	45
3.7.1. Revisión de la Sentencia.....	48
<b>CAPITULO IV .....</b>	<b>50</b>
<b>Sistemas de Apoyo al Ejercicio de la Capacidad del Código Civil y Comercial .....</b>	<b>50</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>50</b>
<b>4.1. Concepto.....</b>	<b>50</b>
<b>4.2. Tipos de apoyo .....</b>	<b>51</b>
<b>4.2.1. Los apoyos en la convención de los derechos de Las Personas con Discapacidad</b> 53	
<b>4.2.2. Análisis de Jurisprudencia.....</b>	<b>56</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>59</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>63</b>
<b>Doctrina.....</b>	<b>63</b>
<b>Legislación .....</b>	<b>65</b>
<b>Jurisprudencia.....</b>	<b>66</b>

## **INTRODUCCION**

El régimen de capacidad regulado en el Nuevo Código Civil y Comercial, importa un cambio trascendental en relación con la normativa del Código de Vélez derogado. Sus principios ya fueron incorporados a nuestro derecho positivo por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por nuestro país, los que junto con la jurisprudencia y la actividad consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los diferentes documentos emanados del comité de los Derechos de las personas con discapacidad conforman un orden jurídico de efectiva vigencia en nuestro país.

El ejercicio de la capacidad jurídica del ser humano, como principio general adquiere centralidad en todos estos instrumentos.

El Código Civil Argentino redactado por Vélez, contenía un régimen de capacidad de las personas al cual se le puede calificar de rígido ya que las personas que eran declaradas incapaces eran privadas en forma absoluta del ejercicio de sus derechos.

El Decreto Ley N° 17.711 introdujo la primera atenuación con la categoría de los inhabilitados, al agregar al Código Civil Argentino el artículo 152 bis, que hacía referencia a los casos de embriaguez habitual, uso de estupefacientes, prodigalidad, y disminución en las facultades sin llegar a la demencia. Los así declarados podían administrar por sí mismo sus bienes, salvo limitaciones determinadas en la sentencia y para disponer de ellos requerían la conformidad del curador. Es decir el juez designaba un curador para asistirlo en estas clases de actos pero no para sustituirlo en el ejercicio de sus derechos como en el caso de los declarados insanos.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, constituye el primer tratado de consenso universal que importa la especificación concreta de los derechos de las personas con discapacidad, desde la perspectiva de derechos humanos, que adopta el modelo social de la discapacidad.

La discapacidad obedece ya no a cuestiones médicas sino a causas sociales, es el producto de las barreras sociales e impedimentos impuestos por la sociedad en la que la persona con

discapacidad desarrolla su vida, por lo que la incorporación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a nuestro ordenamiento constituye el punto de partida del reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad.

Asimismo, el dictado de La Ley Nacional de Salud Mental N° 26657 fue el resultado del impacto de la doctrina de los Derechos Humanos en su aplicación a las cuestiones vinculadas a la capacidad jurídica de las personas mayores de edad, receptando los principios consagrados por la Convención.

Esta Ley promueve el reconocimiento de los Derechos de las personas con discapacidad partiendo de la presunción de la capacidad de todas las personas, procurando erradicar la declaración de incapacidad absoluta de nuestro ordenamiento, además incorpora la interdisciplinariedad y la revisión de la sentencia en un plazo no mayor a tres años.

El Código Civil y Comercial de la Nación revoluciona el sentido tradicional de la regulación de las relaciones privadas, a partir de una perspectiva de protección de la persona humana y los derechos fundamentales, es decir se recepta el llamado proceso de constitucionalización o humanización del Derecho Privado, destacando los principios esenciales de la no discriminación y respeto de la persona.

El problema analizar en este trabajo es si, los cambios en materia de capacidad, incorporados al nuevo Código Civil y Comercial, ¿reconocen y/o potencian los derechos de las personas con discapacidad, resguardan su derecho a un trato igualitario y no discriminatorio luego del cambio de paradigma?

Para ello el objetivo de la investigación es analizar y explicar la nueva normativa del Código Civil y Comercial en materia de capacidad, observando, revisando sus artículos y analizando la evolución de la legislación y jurisprudencia en los últimos años.

En el primer capítulo, se desarrollará una breve historia de las personas con discapacidad, a través de la historia, desde la sociedad antigua en donde se encontraban en una situación de opresión que no eran reconocidos como ciudadanos, hasta llegar al modelo social de la discapacidad.

Luego, en el segundo capítulo se analizarán los principales antecedentes legales, Nacionales e Internacionales existentes sobre la discapacidad y salud mental y su impacto en la Legislación Argentina, principalmente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley de Salud Mental.

En el tercer capítulo se analizará el concepto de capacidad en el nuevo Código partiendo de la base que la capacidad de la persona se presume pudiendo solo restringirse para determinados actos, desarrollando las reglas generales de las restricciones a la capacidad y analizando los distintos tipos de sentencias y para finalizar con el cuarto capítulo, en donde se analiza la incorporación de los sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad, aplicándose el modelo de asistencia en la toma de decisiones, constituyendo los apoyos herramientas para lograr la garantía de los derechos de las personas interesadas, tendiente a su autonomía y pleno reconocimiento de sus derechos.

La incorporación a nuestro Derecho de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad supuso un cambio en relación con el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad, cuyos pilares son la autonomía y la dignidad.

Las personas con discapacidad requieren medidas especiales para poder ejercer sus derechos humanos en igualdad de condiciones que las demás, eliminar toda clase de discriminación contra ellas y propiciar su plena integración en la sociedad, por lo que frente a la vulneración de los Derechos que han recibido las personas con discapacidad, el nuevo ordenamiento jurídico se inserta en un camino a mejorar sus situaciones de vida, reconociendo y potenciando los derechos de las personas con discapacidad, incorporando Derechos y principios, como la autonomía personal, el reconocimiento de la capacidad, considerando excepcional la incapacidad, el derecho a ser informado y a participar en el proceso contando con representación legal.



# CAPITULO I

## El concepto de discapacidad en la historia

### Introducción

Personas con discapacidad existieron siempre, pero la apreciación de las mismas a lo largo del tiempo es lo que ha ido cambiando en distintas partes del mundo y en distintas culturas.

En este capítulo se realizará un breve panorama en relación a las personas con discapacidad a lo largo de la historia, desde la Antigüedad en donde las personas con discapacidad han sufrido la opresión y la discriminación por ser consideradas “diferentes”, luego el destino de las mismas fue variando en las diferentes sociedades pero siempre manteniendo esa relación de opresión

A partir de la segunda mitad del siglo XX, esta situación comenzó a ser cuestionada, con el surgimiento de los movimientos sociales de personas con discapacidad que basándose en el Modelo Social y el Paradigma de los Derechos Humanos, comienzan a ser considerados como sujetos de derecho.

### 1.1. Modelos a lo largo de la historia

#### 1.1.2. Sociedad Antigua

Las situaciones de supervivencia que debieron afrontar las primeras sociedades humanas, llevo a pensar que las personas con discapacidad eran abandonadas o muertas por ser consideradas una carga durante los traslados de campamentos en busca de presas o mejores tierras.

Sin embargo existen evidencias de que intentaban medidas curativas como heridas en el cráneo para que saliera el mal, o amputaciones sin anestesia.

La sociedad hebrea consideraba a la discapacidad como una “marca del pecado”, por lo que las personas con discapacidad presentaban serias limitaciones en el ejercicio de sus funciones religiosas. Pero a diferencia de otras religiones, el Judaísmo prohibía el infanticidio e institucionalizaba la caridad. Esto se debe a que

su economía no era rica sino que se basaba en la cría de ovejas y cabras y en el comercio. En una sociedad de este tipo las personas con discapacidad contribuían de alguna forma al bienestar de la sociedad. (Barnes, 1998, p.69)

Entre los pueblos de Asia y África las prácticas fueron diversas. En la India los niños y niñas con discapacidad eran abandonados en el bosque o arrojados al río sagrado. En la Antigua China se empleaban métodos como cinoterapia y los masajes para tratar a las personas con discapacidad motriz.

Entre los griegos el culto a la belleza y la perfección física estaba relacionado con la estructura económica de la sociedad, basada en la explotación de mano de obra esclava. Los grandes logros alcanzados en la filosofía, las artes, la política y la arquitectura fueron posibles gracias al trabajo esclavo que liberaba a los ciudadanos libres para la meditación y la creación intelectual. La formación militar se volvía así inevitable ya que la guerra era la forma de proveer prisioneros para ser esclavizados y Aristóteles (384, 322 a.C) proponía el servicio militar a todos los ciudadanos dado el peligro que podía representar una rebelión de esclavos. Por lo tanto las personas con discapacidad tenían un espacio reducido en razón de que la buena forma física e intelectual era esencial en esa sociedad.

En Esparta, los ancianos examinaban a los niños y niñas al nacer y los considerados débiles eran abandonados o dejados morir. En otras ciudades también existía la práctica de dar muerte a niños y niñas con discapacidad.

La sociedad Romana estaba basada más que la griega en la explotación de mano de obra esclava en grandes unidades rurales y en la expansión imperial para obtener prisioneros y nuevas tierras de cultivo. Por este motivo fueron igual de entusiastas del infanticidio. Amparados en la Ley de las Doce Tablas (540 a.C) que concedía al pater familia el derecho sobre la vida de sus hijos e hijas, a los niños considerados débiles o enfermos, se los arrojaba al río Tíber junto con ancianos y personas adultas con discapacidad. Las personas en la que no se percibía su discapacidad al momento de nacer, eran tratadas severamente el resto de sus vidas.

En la etapa del Imperio Romano la muerte de menores con discapacidad ya no era habitual, sino que se la abandonaba en la calle para que pasara a manos de personas que quisieran

utilizarlo como esclavo o mendigo profesional. Los niños con discapacidad recibían mayores limosnas, lo que originó un comercio con niños mutilados.

Como se podrá observar el exterminio de personas con discapacidad estuvo presente en la mayoría de las sociedades, sin embargo no hay que dejar de tener en cuenta la mirada que hubo en torno de la discapacidad que incluían su asistencia a través de la caridad social, (antiguos Hebreos y comienzos del Cristianismo) , los intentos de tratamiento y curación de la discapacidad (Egipto, Grecia y Roma), la aplicación de políticas sociales por parte del Estado (Atenas de Pericles y Roma Imperial) o su explotación como mendigos (Roma).

A pesar de ello todas estas variantes coinciden en que se considera a las personas con discapacidad como sujetos en situación de subordinación, donde su vida no es respetada o que requieren para sobrevivir de la asistencia de la sociedad o del Estado por ser incapaces de valerse por sí mismos.

### **1.1.2. La Edad Media**

Esta etapa de la historia se caracteriza por la influencia del cristianismo en todos los aspectos de la vida política, económica, social y cultural, abarcando éste período desde la caída del Imperio Romano de Occidente en el año 476 d.C hasta la toma de Constantinopla por los Otomanos en 1453. El cristianismo fue en un primer momento una religión de “quienes carecían de privilegios” (esclavos, mujeres, personas con discapacidad) y por lo tanto las obras benéficas que realizaba eran para su capacidad de atracción y supervivencia en una época de persecución por parte de las autoridades. Esto cambió cuando el emperador Constantino admitió al cristianismo como religión autorizada inspirada en el mantenimiento de la idea romana de la necesidad de un fundamento religioso para el Estado. Más tarde Teodosio (346.395) la declaró religión oficial del Imperio. (Bianchi, 2009, p.25)

Durante éste periodo la postura frente a la discapacidad, fuertemente influenciada por la Iglesia, fue ambivalente. Por un lado se condenaba el infanticidio, mientras que por otro las personas consideradas deformes eran víctimas de rechazo y persecución por parte de las

autoridades civiles y religiosas. Las personas con discapacidad eran confundidas con los locos, vagos y prostitutas.

Tal como afirma Di Nasso (2004):

En el siglo XIV los nacidos con discapacidad física, sensorial o mental, tales como sordera, ceguera, parálisis, eran confinados encierros y exhibidos los fines de semana en zoológicos o espectáculos circenses para diversión para que las familias rectificaran sus pecados cometidos, por considerar que éstos fenómenos o monstruos era una señal de castigo enviada por Dios (p.11).

También durante la Edad Media se persiguió a las personas con enfermedades psíquicas o neurológicas tales como la histeria, esquizofrenia, epilepsia, por considerarlas poseídas o endemoniadas, a las que había que practicarles exorcismos, yendo a parar a la hoguera la mayoría de ellas.

La multiplicación de las personas con discapacidad se produjo en la Alta Edad Media como consecuencia de las Cruzadas en Medio Oriente, la guerra contra los reinos árabes y de las innumerables epidemias que azotaron el continente europeo. Se crearon como consecuencia asilos a cargo de comunidades religiosas.

En el siglo XV se crearon las primeras instituciones psiquiátricas, pero el espíritu de estos establecimientos era predominantemente eclesiástico antes que médico. Igual de lo que sucedía en Roma, también se explotaba la mendicidad como negocio, a mutilar a niños para tal fin.

### 1.1.3. Edad Moderna

Los comienzos de la Modernidad se caracterizaban por dos procesos históricos que llevaron a la consolidación del mundo contemporáneo: la conquista del continente americano y la reforma protestante.

Entre los pueblos indígenas americanos el abandono o muerte de personas con discapacidad estaba limitada a muy pocas sociedades. Desde la llegada de los españoles a las islas del Caribe en 1492 comenzó una etapa de conquista del continente en la que participaron las principales potencias europeas. Hacia 1511 debido al exterminio de la población indígena como consecuencia de trabajos forzados y las epidemias comenzó la introducción de esclavos africanos, se convirtió en un comercio humano en donde el precio de los esclavos si estaban enfermos o eran ancianos era menor. En el comercio de esclavos no había surgido la discriminación entre incapaces ya que mientras sirviera para trabajar y pudiera desplazarse, era mano de obra explotable.

Con la llegada de la Reforma protestante, no representó un alivio para las personas con discapacidad. Martin Lutero las consideraba como habitadas por el demonio, habiendo ordenado la ejecución de un niño con discapacidad mental. Los puritanos fundadores de las colonias inglesas en Norteamérica le asignaban el papel de bufón o tonto del pueblo a quienes padecían de discapacidad mental, y quienes padecían de trastornos psíquicos eran recluidos en asilos sin recibir ningún tipo de atención médica, el trato hacia esas personas se limitaba al aislamiento en la sociedad.

Tal como sostiene Hernández (2004), la Revolución Francesa estuvo influenciada por las obras de pensadores de la Ilustración como Voltaire, Rousseau y Locke, quienes llevaron a la sociedad a examinar la vida y el mundo con base en la experiencia humana. Como resultado las personas con discapacidad comenzaron a ser vistas como responsabilidad pública en la naciente sociedad industrial. Ya no eran concebidas como “diferentes” sino que de acuerdo a los ideales de Libertad, Igualdad y Fraternidad se empezó a pensar en la posibilidad de que pudieran llevar una vida “normal” si se les proporcionaba los medios adecuados

#### **1.1.4. Sociedad Industrial**

El advenimiento de una economía capitalista basada en una producción industrial, llevó a una división técnica del trabajo en la cual los propietarios de los medios de la producción (la burguesía) procuraron contratar a quienes consideraban capaces de realizar tareas repetitivas durante largas horas de trabajo (jornadas de 14 a 18 horas) en condiciones francamente inhumanas (Godia, 1971, p.10).

Comenzó a utilizarse el concepto de Discapacidad como la incapacidad para ser explotado con el objeto de generar ganancia para la clase capitalista. Las personas consideradas “discapacitadas” junto con los pobres en general comenzaron a ser vistas como un problema social y educativo y de apoco comenzaron a ser segregadas en instituciones como Hospitales generales, asilos, colonias, escuelas especiales, escuelas para sordos. Las Instituciones de encierro, no tenían como objetivo sacar de circulación a estas personas sino Normalizarlas para que pudieran adaptarse a la sociedad. Las cárceles, los talleres y hospitales tenían el mismo objetivo disciplinario.

En el siglo XIX se avanzó en la educación de personas con discapacidad con el sistema de lectura y escritura táctil para personas ciegas lo que fue inventado por Louis Braille en 1825. Pero a pesar de estos pequeños avances no afectaron la discriminación y la marginación que sufrieron las personas con discapacidad a lo largo del siglo XIX.

#### **1.1.3. Comienzos de la Rehabilitación**

La Primera Guerra Mundial, que se desarrolló entre 1914 y 1918, dejó una gran cantidad de personas con secuelas físicas y psíquicas en los países involucrados en el conflicto, ya que al finalizar la guerra cientos de personas recibieron subsidios por discapacidades psíquicas adquiridas durante la guerra.

En 1919 se creó la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que tuvo un papel decisivo en proteger los derechos de las personas con discapacidad congénita y adquirida y en la promoción y desarrollo de Programas de Rehabilitación.

En Argentina ya se venias aplicando terapias de rehabilitación para niños débiles y con patologías innatas desde la década de 1910, por lo que se recomendaba a los niños y niñas “débiles” que asistieran a Escuelas Especiales para insertarlos en la sociedad sin debilidades.

El paradigma de la Rehabilitación debe entenderse enmarcado dentro de las políticas del Estado de Bienestar que se aplicaron a partir de las Crisis Económica Mundial de 1930 y se expandieron durante la segunda postguerra. Consistía en la práctica de un sistema de solidaridad social que tendía a corregir las injusticias del “Capitalismo espontáneo” y en el cual el Estado se consideraba responsable del progreso social de la población.

El campo de la Rehabilitación en Latinoamérica comenzó hacia 1955, a través de la previsión de servicios médicos y educacionales, pero desde una perspectiva proteccionista y asistencial, pero las mayoría de las Instituciones que se crearon fueron de carácter privado y sin apoyo financiero del sector público, por lo que sólo se pudo cubrir las necesidades de un pequeño sector de la población con discapacidad.

El paradigma de la Rehabilitación puede incluirse dentro del llamado “Modelo Médico Biológico” de la Discapacidad, que pone énfasis en las patologías que generaban, como producto final un déficit en el funcionamiento del individuo y lo inhabilitaban para llevar una vida normal.

En conclusión, la discapacidad no es vista como el resultado de un conjunto de condiciones sociales, sino como una enfermedad que debe ser curada. Desde este modelo, las personas con discapacidad podían quedar en un situación de minoridad, imposibilitadas de ejercer sus derechos civiles, políticos, económicos y sociales, hasta que fueran curadas es decir hasta que dejaran de ser personas con discapacidad para ser personas comunes, por lo que éste modelo fue cuestionado por movimientos políticos y sociales con posterioridad.

### **1.1.5. Surgimientos de Modelos Sociales**

Los movimientos sociales de personas con discapacidad surgieron en la década de 1970, siendo su objetivo luchar para mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad, asegurar la accesibilidad al medio físico y social y el derecho a la vida independiente.

El activista británico Paul Hunt (como se citó en Barnes, 1998), sostiene que las personas con discapacidad han sido desventuradas porque se las considera incapaces de disfrutar de los beneficios de la sociedad moderna. Dado el carácter de prioritario del trabajo en la cultura occidental, estas personas son consideradas “inútiles” para el bienestar económico de la comunidad. Hunt llama la atención de la discriminación que sufren las personas con discapacidad en el trabajo, en los hospitales o en sus relaciones conyugales. El “reto “que deben enfrentar a los valores de los “capacitados”, es que se los considera “enfermos que sufren y sienten dolor”, es decir son todo aquello que le teme el “mundo normal”.

El nacimiento del modelo social, postula que la discapacidad no es un atributo personal, sino que se expresó socialmente por la presencia de ámbitos en donde las personas con discapacidad no se les permiten acceder.

En éste modelo social, la Discapacidad no se considera un síntoma o condición médica sino una construcción social que modifica o condiciona la realidad de las personas, ya no se las considera enfermas que deben ser tratadas sino como ciudadanos activos en la vida política, económica y social de la comunidad y cuya opinión debe ser tomada en cuenta al momento de elaborar políticas de inclusión.

Comenzaron a crearse organizaciones de personas con discapacidad en todo el mundo, que reclaman un nuevo papel en la organización de políticas sociales, con un mayor protagonismo y autonomía.

El máximo logro obtenido por las organizaciones a lo largo de todas las luchas ha sido la aprobación por parte de las Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, se trata del primer Instrumento Internacional que supone un cambio de paradigma en las actitudes y enfoques respecto de



las personas con discapacidad, que adhiere al Modelo Social en el marco de los Derechos Humanos, el cual extenderé su desarrollo en el capítulo siguiente.

### **Conclusiones parciales**

Se puede afirmar que a lo largo de la historia la situación de las personas con discapacidad ha ido variando distinguiendo a modo de síntesis distintas etapas.

En una primera etapa, encontramos a la sociedad antigua y feudal en donde las personas con discapacidad se encontraban oprimidas de tal forma que no eran reconocidas con el status de ciudadanos o sujetos de derechos, ya que se encontraban en la misma situación que los esclavos, los prisioneros de guerra, su vida carecía de valor, por lo que en muchas sociedades eran muertos, abandonados o encerrados. También eran objetos de caridad o de responsabilidad social por parte del Estado, pero siempre en una situación de “desvalidos” e incapaces de cuidarse por sí mismos.

Una segunda etapa se da con la llegada del capitalismo, donde surge el concepto de Discapacidad como sinónimo de incapacidad para ser explotado por el nuevo modo de producción, si bien existieron algunos avances con la creación de algunos Institutos de formación para facilitar la comunicación para las personas con discapacidad visual o auditiva, en general la situación de éste sector de la población empeoró al desequilibrarse la solidaridad de las sociedades campesinas los modos de la producción artesanal que realizaban en el hogar.

El Paradigma de la Rehabilitación la ubicamos en una tercera etapa que amparado en el Modelo Médico Biológico, consideraba a la discapacidad como una enfermedad o insuficiencia que debía ser curada y a las personas con discapacidad como enfermos a quienes había que mantener en una situación de minoridad privadas de su derechos hasta que fueran curadas e integradas a la sociedad normal.

Con posterioridad en la segunda mitad del siglo XX, encontramos la cuarta etapa, cuando las personas comienzan a organizarse en movimientos sociales que toman la lucha por sus derechos y sus obligaciones a fin de constituirse como sujetos en igualdad de condiciones

que el resto de la sociedad. Es el momento del surgimiento del Modelo Social de Discapacidad que tiene su pilar máximo en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.-

## **CAPITULO II**

### **Marco normativo antecedentes y evolución**

#### **Introducción**

En el presente capítulo analizaré los principales instrumentos legales Nacionales e Internacionales existentes sobre discapacidad y salud mental y su impacto en la legislación Argentina. Para ello comenzaré con la Constitución Nacional, luego con Documentos y Tratados Internacionales, principalmente la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad. Posteriormente analizaré la Ley Nacional de Salud Mental, para concluir con los cambios que introdujo el nuevo Código Civil Y Comercial

#### **2.1. Constitución Nacional**

La protección a las personas con discapacidad tiene rango constitucional a partir de la reforma de 1994. En cuanto a las atribuciones del Congreso, la Constitución Nacional establece lo siguiente: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los Derechos reconocidos por esta Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, mujeres, ancianos, y las personas con discapacidad” (art. 75, inciso 23, primer párrafo).

Las medidas de acción positiva aparecen como una necesidad para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, precisamente porque se reconoce una realidad hostil para estos grupos. Los segmentos sociales que menciona este inciso (niños, mujeres, ancianos, personas con discapacidad) son, por lo tanto, acreedores a los beneficios que puedan emerger de medidas de acción positiva, es decir, políticas específicamente dirigidas a ellos, que les permita el real ejercicio de los Derechos reconocidos por las leyes.

Sin dudas la perspectiva de las acciones positivas forma parte de una idea de intervención estatal más activa en la defensas de las minorías. En el caso de los niños el criterio ya venía desarrollándose en las últimas décadas y especialmente luego de la aprobación por parte de nuestro país de la Convención sobre los Derechos del Niño. También se puede señalar la

situación de las mujeres, tal como se plantea en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

En relación a las personas con discapacidad y de los ancianos, hasta hace poco no existían instrumentos internacionales de la jerarquía de una convención internacional. La resolución de aprobación de la ONU de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es del año 2006 y en junio del año 2015 la Asamblea de la Organización de los Estados Americanos (OEA) aprobó la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores. En estos dos casos la premisa que sostiene la necesidad de medidas de acción positiva es que tales grupos de la población sufren situaciones de segregación.

Es importante mencionar que en la Convención Constituyente de 1994, no estaba comprendida la inclusión de las personas con discapacidad en la redacción original del inciso 23 del artículo 75. En el dictamen de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales, solamente estaban mencionados los otros 3 grupos poblacionales (niños, mujeres y ancianos). Esta Comisión produjo un despacho, que planteaba como uno de los objetivos fundamentales la transformación de la retórica en acción. Este informe expresaba que muchas enunciaciones en documentos internacionales de Derechos Humanos quedaban en declaraciones de las intenciones. Entendía éste despacho que la Constitución Nacional debía receptar esas declaraciones, pero a su vez ofrecer medios idóneos para que se pudieran expresar en políticas concretas, que desarrollarán su plena operatividad. De esta forma en línea con la Doctrina actual en materia de derechos de las minorías, se asumía que existía una discriminación, a pesar de las múltiples normas que prohibían esa conducta. El constituyente argentino de 1994 consideró que las acciones positivas eran un instrumento apto para evitar la discriminación.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> “Inserción solicitada por el convencional Eduardo Valdés sobre Discapacidad”. Secretaria Parlamentaria en la Sesión Plenaria Número 23, T:V, p.5249. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación, Obra de la Convención Nacional Constituyente, 1994, Buenos Aires: La Ley.

## **2.2. Documentos y Tratados Internacionales de Derechos Humanos**

La Declaración Universal de Derechos Humanos (Naciones Unidas 1948) reconoce un conjunto fundamental de derechos que habrán de observarse en todos los países. Se establecieron dos instrumentos Internacionales para promover el respeto de su cumplimiento:

- a) El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- b) El pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Estos dos instrumentos integran, junto a la Declaración Universal de Derechos Humanos la llamada “Carta Internacional de Derechos Humanos”.

Otro documento trascendente aprobado por la República Argentina fue el programa de acción mundial para las personas con discapacidad. Este texto fue sancionado por la Asamblea General de la ONU en 1982. Allí se mencionaba la participación plena de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones. Se refería también a la necesidad de lograr mejoras en las condiciones de vida de esta parte de la población.

Estos documentos establecían que todos los miembros de la sociedad tienen los mismos derechos sin importar su condición, estos son, Derechos civiles, culturales, económicos y sociales. Sin embargo, pese a su trascendencia establecen estándares genéricos, por lo que se hizo necesario adoptar instrumentos que regulen cuestiones específicas, así entonces se aprueban luego Convenciones Especiales en protección de los derechos de las personas con discapacidad: Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (OEA) aprobada por nuestro país en el año 2000, ley N° 25.280.

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (ONU) aprobada por nuestro país en el año 2008, ley N° 26.378.

### **2.2.1. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**

La Convención sobre Los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo fueron aprobadas mediante una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de Diciembre de 2006, tras la suscripción del documento por parte de más 70 países. Fueron suscriptas por la República Argentina y aprobada la ratificación por el Honorable Congreso de la Nación a través de la Ley N° 26.378.

Varios años después, en el 2014 a través de la Ley N° 27.044, se le otorgo jerarquía constitucional.

Este tratado Internacional reconoce la difícil situación en la que se encuentra, el conjunto de las personas con discapacidad, y su propósito es: "...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..." (art.1, primer párrafo). Resalta que es persistente la discriminación que sufren en la práctica las personas con discapacidad, aun cuando existen muchas normas que deberían impactar en la realidad para proteger sus derechos (inciso k del preámbulo).

Este texto reconoce el carácter dinámico del concepto discapacidad, a partir de la idea de la interacción entre una deficiencia y una barrera, y considera que no hay una persona naturalmente discapacitada, sino que tal situación se produce por un entorno y por actitudes discriminatorias que "evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás" (inciso e del Preámbulo).

En cuanto los principios generales que reivindica este instrumento y que se encuentran en el art. 3, son los siguientes:

- A) El respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas.
- B) La no discriminación.

- C) La participación y la inclusión plena y efectiva en la sociedad.
- D) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y de la condición humana.
- E) La igualdad de oportunidades.
- F) La accesibilidad.
- G) La igualdad entre el hombre y la mujer
- H) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y su derecho a preservar su identidad.

Este instrumento se basa en el modelo social de discapacidad, donde el origen de las discapacidades se las considera que son sociales. Las raíces del problema están en las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para que las necesidades de las personas con discapacidad, sean tenidas en cuenta dentro de la organización social.

Se parte de la concepción de que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad a partir de su subjetividad, pero desde el respeto de las diferencias.

Este modelo parte de los valores de los derechos humanos, el respeto de la dignidad humana, la igualdad y el fomento de la inclusión social.

Es necesario remarcar los principios generales de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>2</sup> “plasman la filosofía del modelo social de discapacidad y resultan de suma importancia a la hora, tanto de elaborar políticas en la materia, interpretar o aplicar sus cláusulas, como así mismo indagar en los derechos que el instrumento protege y en obligaciones que establece” (Palacios, A; Sastre Campo, A, 2014).

Estos principios tienen la particularidad de ser específicos con relación a las problemáticas de las personas con discapacidad, lo que resulta importante señalarlos, como enriquecedores del conjunto de tratados de derechos humanos existentes.

Es importante destacar el artículo 12 de la CDPD que plantea el igual reconocimiento como persona ante la ley, es decir el reconocimiento de su personalidad jurídica. Se obliga a los estados a aportar medidas para facilitar el acceso a las personas con discapacidad, de medidas de apoyo para efectivizar su capacidad jurídica, es decir que se reconoce a las

---

<sup>2</sup> En adelante se utilizarán las siglas CDPD.

personas con discapacidad, plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida, es decir se les reconoce el derecho a ser titulares de derechos y poder ejercerlos en igualdad de condiciones con los demás, el derecho de ejercerlos por sí mismos acompañados por los apoyos que necesitan.

El impacto del art. 12 de la CDPD y el reconocimiento de base de la igualdad jurídica de las personas con discapacidad es tal vez el aspecto más significativo de los cambios, introducidos por la Convención y sus implicaciones son numerosas, requiriendo una reevaluación integral de la legislación vigente hasta ese momento.

Entre las características que impulsa el art. 12 de la CDPD para la capacidad jurídica, se puede mencionar, la promoción de la autonomía de la persona, la adopción de un modelo de apoyos, la igualdad jurídica en materia de capacidad y las salvaguardas para evitar abusos que sea proporcionados, adaptadas a la personas y revisables periódicamente.

Asimismo, el artículo 13 determina que los estados deben asegurar los mecanismos para que las personas con discapacidad puedan acceder al sistema de justicia en las mismas condiciones de igualdad que los demás. También determina que en caso de ser necesario, se deben realizar los ajustes correspondientes para garantizar dicho derecho. El acceso a la justicia debe ser garantizado en todas las etapas de un proceso judicial, tanto en materia civil como penal.

De lo expuesto se desprende que la vigencia de la CDPD implica un avance en el ámbito de la discapacidad, ya que propone un sistema de protección y respeto de su voluntad, siendo ella misma la que decida su propia vida, poniendo fin de este modo al régimen de sustitución de su persona, para comenzar con el sistema de apoyos.

### **2.3. Ley Nacional de Salud Mental**

La Ley N° 26.657 de Salud Mental fue promulgada el 10 de Diciembre del 2010, representa un hito central en el campo de la salud mental en la Argentina, fundamentalmente propone la reforma de las prácticas y tratamientos de la salud mental con pleno reconocimiento de los Derechos Humanos de las personas con padecimiento mental.



Esta Ley tiene como antecedentes distintos instrumentos internacionales y normativas ya existentes sobre salud mental. El primero de ellos fue la Declaración de Caracas de “reestructuración de atención psiquiátrica”, consensuada por la Organización mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud. Allí se problematiza el encierro como modelo de atención psiquiátrica y el hospital psiquiátrico como única modalidad de abordaje.

Esta declaración “constituyó el primer estándar interamericano que vinculo directamente a las convenciones internacionales de derechos humanos con las violaciones de estos derechos en el contexto de los hospitales psiquiátricos” (Vázquez, 2010)

La Conferencia Regional para la Reforma de los Servicios de la Salud Mental de Brasilia en 2005, ratificó la validez de sus principios rectores referidos a la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas afectadas por problemáticas mentales. Se sostuvo además la necesidad de las redes de servicios comunitarios que reemplace a los hospitales psiquiátricos monovalentes.

Otro antecedente importante son los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertades en América Latina del año 2008. Este instrumento señala “la particular situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad mental privada de la libertad en hospitales psiquiátricos y en instituciones penitenciarias”, por lo que establece que los sistemas de salud deberán garantizar su gradual desinstitucionalización y la organización de servicios comunitarios.

Finalmente la Declaración Montreal sobre la Discapacidad Intelectual del año 2004, indica que los estados deben: reconocer que las personas con Discapacidad Intelectual y/o problemáticas de salud mental son ciudadanos plenos de la sociedad, cumplir las obligaciones contenidas en las leyes nacionales e internacionales que reconocen y protegen los derechos de las personas con discapacidad, asignar los recursos administrativos y económicos para la implementación de esas leyes, desarrollar medidas legislativas, jurídicas, administrativas y educativas necesarias con el fin de lograr la plena inclusión social de las personas con discapacidad.

En el art. 1 de la Ley N°26657 está insertado su objeto, y consiste en asegurar el Derecho a la protección de la salud mental de todas las personas y garantizar el pleno goce de los Derechos Humanos a aquellas con padecimientos mentales.

En su art. 3 se refiere al concepto de salud mental “es un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómico 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”, manifestando con lo expuesto la adecuación de la ley a la convención CDPD. Esta definición rompe con la hegemonía médico-psiquiátrica y permite un enfoque integral de la salud mental, permitiendo diferentes intervenciones para favorecer la evolución y mejoramiento de las problemáticas.

La ley establece a los pacientes los accesos gratuitos, igualitarios y equitativos a las prestaciones, conocer y preservar su identidad, a ser informado de los procedimientos médicos a lo que es sometido a tomar decisiones relacionadas con su atención y tratamiento dentro de sus personalidades, a que su padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable.

A lo largo de la ley se establece la importancia del carácter interdisciplinario del abordaje de la salud mental. En su artículo 8, la ley establece que debe promoverse que la atención en salud mental este a cargo de un equipo interdisciplinario, integrado por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados y acreditados por autoridad competente, incorporado de esta manera la práctica interdisciplinaria como modalidad de abordaje excluyente en salud mental.

El artículo 9 establece que el proceso de atención debe realizarse preferentemente fuera del ámbito de internación hospitalario, es decir que fija una postura contra las internaciones psiquiátricas. Promueve el desarrollo de acciones de inclusión social, laboral y de atención en salud mental comunitaria. Prohíbe la creación de nuevos manicomios neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes públicos o privados y los que ya existan deberán adaptarse a los objetivos de la ley hasta su sustitución definitiva.

El artículo 42 de la Ley, significó un avance trascendente, al incorporar en el Código Civil de Vélez Sarsfield, el artículo 152 ter, que disponía “las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”.

Podemos afirmar que esta norma en materia de capacidad jurídica determinó el inicio de una jurisprudencia más flexible y respetuosa de la real aptitud de discernimiento para cada acto jurídico, a fin de promover la mayor autonomía posible. Con la incorporación del artículo 152 ter, se introduce en la práctica judicial los conceptos de interdisciplinariedad y revisión.

De esta manera, tal como afirma Caló (2000):

El régimen de capacidad de las personas se encontraba ya modificado en nuestro país por un orden jurídico que, partiendo del principio general de capacidad de todas las personas, reconoció a todo ser humano, más allá de sus circunstancias, el derecho a participar en las decisiones de su interés en la mayor medida posible y otorgó relevancia a la voluntad de las personas antes ignorada (p.55).

#### **2.4. Código Civil y Comercial**

Lo desarrollado precedentemente constituye el marco jurídico para la interpretación y aplicación del régimen de capacidad desplegado en el nuevo Código Civil y Comercial, Ley N° 26.994, sancionada en el año 2014, cuyos artículos 1 y 2, Título Preliminar, Capítulo I, remiten a la Constitución Nacional y a los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos, como fuente e interpretación de sus normas.

El término discapacidad tiene un uso limitado en el nuevo Código Civil y Comercial y el principal tema que desarrolla en ese sentido está vinculado a la discapacidad mental e intelectual con referencia a restricciones para realizar algunos actos jurídicos.

Es entonces la cuestión de la capacidad jurídica el punto central con relación al impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Este gran impacto en el régimen de capacidad resulta del artículo 12, de la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, “Igual reconocimiento como persona ante la ley”. “... Los estados parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar accesos a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

4. “Los estados parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen 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 a 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 aplique 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.”

Asimismo el artículo 13 garantiza el acceso a la justicia.

Artículo 13. Acceso a la justicia.

1. “Los estados parte asegurarán que las personas con discapacidad tengan accesos a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.”
2. “A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los estados parte promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”.

Además en el año 2010 y con la finalidad de poner en práctica la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con la sanción de la Ley N° 26.657 de Salud

Mental, se introdujo el artículo 152 ter, que disponía “Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos, conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”.

La Ley de Salud Mental introdujo una profunda reforma en el sistema de capacidad jurídica del Código Civil, aunque esa reforma resultó incompleta en tanto se limitó a incorporar un sólo artículo al Código de Vélez y no se modificó la redacción de otros artículos que se encontraban en contradicción con las nuevas disposiciones de la Ley de Salud Mental. Se observaba, la existencia de una tensión entre las disposiciones del Código Civil de Vélez Sarsfield y los criterios del artículo 12 de la CDPD.

En ese periodo existieron dos fallos que tuvieron que abordar cuestionamientos directos a los artículos del Código Civil que establecían las limitaciones a la capacidad. En estos autos se sostuvo que tales artículos violaban las disposiciones del artículo 12 de la CDPD y en ambos casos los Jueces de Cámara rechazaron los planteos.

En la causa BMs la Sala J de la Cámara señaló que la inhabilitación decretada no le quita libertad ni autonomía a la causante sino que tiene por fin protegerla.

Asimismo, la Sala I dictó sentencia en la causa “WGs/ Insania” rechazando un planteo similar, remarcando también “que las quejas que proponen desestimar la denuncia, abundan en argumentaciones relacionadas con los principios que se encuentran en juego pero al momento de traducir su incidencia al caso concreto, terminan proponiendo una solución que no asume la protección que G necesita. Pierden de vista las apelantes que la institución que se regula es para la protección y no para la estigmatización de quien o quienes pueden acceder a la tutela que allí se prevé”.

También es importante mencionar un fallo dictado por la justicia marplatense en la causa “B.,L.S inhabilitación” 4 (Tribunal de familia N°1, Mar del Plata, “B., L”, Causa 1863, 2009). La jueza María Graciela Iglesias, dicta el 6 de mayo de 2009 una sentencia donde comienza a abandonarse el modelo de sustitución de la voluntad de la persona por el

modelo basado en la toma de decisiones con apoyos y salvaguardias propugnado por la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

La magistrada declara la inconstitucionalidad de los artículos 152 bis y 468 del Código de Vélez por considerar que los mismos contraviene los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 3, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y artículos 9 y 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Esta sentencia declara que el señor BL, en ejercicio pleno de su personalidad Jurídica deberá tomar toda decisión que comprometa su patrimonio por actos de disposición o administración con el apoyo de su abuela y hermano, aclarando que si tales actos fueron realizados sin el apoyo dispuesto serían considerados nulos. Asimismo, especifica que la extensión del régimen de apoyos alcanzara a todos los actos en que el interesado requiere explicaciones, deba prestar consentimiento, convalidar su decisión y especialmente a aquellos que se relacionan con su salud

Según la Doctrina el dictado del Código Civil y Comercial de la Nación importa uno de los hitos fundamentales en la vida jurídica de este nuevo siglo en nuestro país. Los análisis y debates de la comunidad del Derecho Argentino y de la sociedad, motivaron y motivará largas discusiones y debates doctrinarios teniendo su impacto en la creación de jurisprudencia.

Los nuevos paradigmas y principios que tienen vigencia en las prácticas sociales y culturales vigentes, cobran cuerpo y actualidad en el nuevo CCyC, disipando las lagunas existentes y constituyendo verdaderas pautas interpretativas.

Según palabras del Dr. Lorenzetti (2012) se está frente a un Código “de lo cotidiano”, siendo importante que “este cerca de la gente y que sirva para solucionar los problemas y no para complicarles la vida a las personas

Tal como sostiene el mismo, el CCyC es un Código de la igualdad basado en el paradigma no discriminatorio, es un Código de los derechos individuales y colectivos, para una sociedad multicultural bajo un paradigma protectorio, donde los vulnerables encuentran el fundamento y garantía de la defensa y promoción de los derechos humanos; refleja un

nuevo paradigma en materia de bienes, tendiente a brindar seguridad jurídica en la actividad económica (Lorenzetti, 2012).

Según lo expresado por Herrera, Caramelo y Picasso (2015), es un Código con “identidad latinoamericana”, teniendo en cuenta la influencia de la jurisprudencia regional, especialmente de la que emana de la Corte IDH que integra el llamado bloque de constitucionalidad.

Se da paso al “modelo social de la discapacidad”, partiendo de la base de que sus causas son sociales, debiéndose trabajar para eliminar las barreras que la sociedad impone y que impiden la verdadera inclusión de las personas con padecimientos de forma plena y efectiva. Este modelo social de la discapacidad ha sido receptado en la CDPD cuyo objetivo es asegurar el pleno goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad (Palacios, 2008).

La CDPD afirma que la persona con discapacidad no necesita una medida de protección que le impida ejercer su capacidad jurídica, sino que por el contrario estas medidas tienden a colocarla en igualdad con las demás, deben respetar su voluntad y preferencias.

A través del sistema de apoyo se le reconoce a la persona con discapacidad el derecho de asumir la “divinidad del riesgo” lo cual implica, que las mismas serán responsables de las consecuencias de sus propias decisiones (Iglesias, 2015).

Es importante destacar que doctrinariamente existen distintas opiniones en relación a las personas que padecen patologías severas que no pueden exteriorizar la voluntad, por ejemplo personas que se encuentran en estado vegetativo, casos en que el apoyo que necesitan es tan importante, que se confunde con la realización de actos representativos.

Un sector de la doctrina se inclina por admitir los llamados “apoyos intensos” por los cuales se admiten acciones de sustitución, las cuales se llevan a cabo por un representante. Lo importante de esta sustitución es el hecho de que la persona que las realiza, el representante tiene que demostrar que las decisiones que adopta lo son respetando las intenciones de la persona es decir debe respetar la voluntad presunta de la misma.

Existe otra postura que está en desacuerdo con el modelo de los apoyos y de cualquier tipo de representación. Los que sostienen esta postura no desconocen la posibilidad de que en

ciertas circunstancias, al ser limitada la capacidad jurídica de una persona se autorice a otra a decidir en su nombre, pero solo admiten que esta representación se ejerza fuera del sistema de apoyos y sobre actos concretos.

Kemelmajer, Fernández y Herrera (2015) se inclinan a favor de los apoyos intensos y sostienen que la problemática reside en la negativa de admitir un sistema que posibilite a la persona el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás. Afirman, que estas acciones representativas sustitutivas, ajustadas a la narrativa de vida ya eran admitidas por legislación preexistente basada en el resguardo de la dignidad de la persona y que por lo tanto el juez no puede a su criterio decidir que la persona es incapaz y en consecuencia designarle un curador, porque para ello se deberán verificar los extremos previstos por el artículo 32 de CCyC, que además de exigir que se demuestre que la persona no puede comunicar su voluntad por ningún medio, forma o formato adecuado se debe acreditar que el régimen de apoyo resulte ineficaz.

No podemos dejar de señalar la doctrina del caso “Furlán”, que ha definido pautas precisas sobre las personas con discapacidad.

La corte IDH dictó sentencia el 31 de Agosto de 2012 en el caso “Furlán y Familiares vs. Argentina” relacionado con la responsabilidad del estado, por la falta de respuesta oportuna por parte de las autoridades judiciales argentinas, quienes incurrieron en una demora excesiva en la resolución de un proceso civil de daños y perjuicios contra el estado, de cuya respuesta dependía el tratamiento médico de un niño y posteriormente adulto con discapacidad. Además, declaró por unanimidad que el Estado Argentino era internacionalmente responsable por las violaciones de derechos sufridas por el joven Sebastián Furlán y sus familiares.

El fallo resulta interesante en tanto fija estándares generales a partir de los cuales se analizó y resolvió el presente caso, teniendo en cuenta la obligación estatal de brindar a los niños niñas y adolescentes y personas con discapacidad, la protección de vida en cuanto sujetos de derechos y por su condición de vulnerabilidad, sin discriminaciones, debiendo el Estado garantizar todos los derechos reconocidos por la CADH y demás convenciones.



Asimismo, aborda la noción del modelo social de la discapacidad, de daño al “proyecto de vida”, como también la vulneración de los derechos de los familiares. Todo ello, con un enfoque de derechos humanos<sup>3</sup>.

### **Conclusiones parciales**

El CCyC responde adecuadamente a los criterios de la CDPD y a los lineamientos de la Ley de Salud Mental, no cabe duda que la Convención de los Derechos sobre las Personas con Discapacidad forma parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por lo tanto resulta importante que se intente asegurar estos Derechos en el ámbito nacional, produciendo una legislación clarificadora y uniforme. Esta relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Privado trae como consecuencia un enriquecimiento normativo, incorporando Derechos y Principios, como son la autonomía personal, el Derecho a ser informado y a participar en el proceso contando con representación legal, y lo más importante es el reconocimiento de la capacidad, considerando excepcional la incapacidad.

---

<sup>3</sup> Sobre los derechos y garantías comprometidos. Fallo comentado corte IDH, 31/08/2012, caso “Furlan y familiares, c/ Argentina”.

## **CAPITULO III**

### **La Capacidad de las Personas en el Código Civil y Comercial**

#### **Introducción**

La persona y sus derechos fundamentales son la base que justifica el nacimiento del nuevo Código, ya que el mismo se estructura a partir de la protección de la persona humana y de sus derechos fundamentales. El Código Civil y Comercial se ha enmarcado en un cambio de paradigma respecto de la salud mental, articulándose con la Ley de Salud Mental y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Frente a la amplia vulneración de sus derechos que han recibido las personas con afecciones en su salud mental, el nuevo ordenamiento jurídico se inserta en un camino a mejorar sus condiciones de vida. Las modificaciones realizadas buscan dar respuestas a las diferentes problemáticas que han existido en este ámbito, por lo que en este capítulo me referiré a la capacidad de las personas, las restricciones a la capacidad para concluir con los alcances de las sentencias y la revisión de las misma, garantizando de esta manera su acceso a la justicia y la defensa de la capacidad jurídica.

Antes de las normativas mencionadas, las personas con afecciones en su salud mental eran declaradas incapaces absolutas, perdiendo la disponibilidad de la mayoría de sus actos civiles. Ahora la capacidad de la persona es presumida, pudiendo sólo restringirse para determinados actos, lo que se analizará en este capítulo.

#### **3.1. Principios Generales**

El régimen de capacidad regulado en el C.C y C. importa un cambio trascendente en relación con la normativa del código derogado. Sus principios ya fueron incorporados a nuestro derecho positivo por la Constitución Nacional y los tratados Internacionales sobre derechos humanos aprobados por nuestro país. Ellos conforman junto con la jurisprudencia y la actividad consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los diferentes documentos emanados del Comité de los Derechos del Niños y del Comité de los derechos

de la Personas con Discapacidad un orden jurídico de efectiva vigencia en nuestro país que protege y garantiza el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales de todas las personas.

El ejercicio de la capacidad jurídica del ser humano, como principio general, adquiere centralidad en todos estos instrumentos.

La condición jurídica de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad da cuenta de un pasado común atravesado por historias de prejuicios y discriminación.

Actualmente existe una nueva juridicidad que garantiza el ejercicio de sus derechos, inspirado en principios comunes, como surgirá del análisis de sus normas que desarrollaré.

En el libro Primero, Parte General y dentro del Título I *Persona Humana* en el Capítulo Segundo, se encuentra reglamentado el Régimen de “Capacidad”.

Podemos definir a la capacidad, como la aptitud de la persona para ser titular de derechos, adquirir obligaciones y ejercerlas por sí mismas, y tradicionalmente se la define como un atributo de la persona.

Como consecuencia del impacto de los Derechos Humanos en nuestro Código, ya no se habla de “capacidad atributo”, hoy hablar de capacidad jurídica implica hablar de un auténtico derecho humano, es decir que cuando se pone en juego la capacidad de una persona se está disponiendo sobre derechos tan sustanciales a la condición de persona como la Dignidad, Autonomía y Libertad.

Por estas razones al momento de evaluar alguna restricción a la capacidad y el carácter excepcional de estas restricciones, existe la imposibilidad de extender estas limitaciones a supuestos que no han sido reconocidos legalmente. Por lo que sólo se admitirán restricciones cuando sean para proteger a la persona, pero no en sentido tutelar sino respetuoso de sus derechos humanos.

El CCyC define la capacidad de derecho y de ejercicio, definiendo a la de derecho: “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”.

Las limitaciones que habla este artículo se refieren siempre a la persona frente a determinados actos concretos, por ejemplo las incapacidades establecidas para la celebración de determinados contratos, (compraventa, donación, los contratos prohibidos entre padres e hijos en el ejercicio de la responsabilidad parental, entre el tutor y su pupilo etc. La protección en estos casos es de orden público y las limitaciones no pueden ser suplidas por la actuación de otra persona.

El CCyC en el artículo 23 define a la capacidad de hecho o 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 “.

Por lo tanto como ya lo he expresado el Principio general es la Capacidad, con las únicas excepciones que prevé el Código y las que determina la sentencia judicial, es decir a los supuestos de restricción al ejercicio de la capacidad en relación a los mayores de edad, en las condiciones establecidas en el art. 24, inc. c y art. 31 y ss que analizaré con posterioridad.

Autores como Fernández (2014) sostienen que tradicionalmente la incapacidad fue introducida al observar ciertas condiciones de la persona y en busca de su protección, ya que las personas con padecimientos mentales eran vulnerables frente a terceros, quedando expuestas a riesgos, por lo que frente a esta situación desventajosa surgió la figura del curador como representante de la persona declarada incapaz, ofreciendo una alternativa de ejecución de los actos a través de representación para poder realizarlos.

El Código de Vélez distinguía entre incapacidades de hecho absolutas que privaban en forma total la aptitud de ejercer derechos por si mismos, aquí se incluían las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito y las incapacidades de hecho relativa comprendiendo a los “menores adultos” (mayores de 14 años) quienes podía ejercer determinados actos reconocidos (art. 55 del C.C.)

La idea de representación involucra una verdadera ficción jurídica, ya que hay una persona que realiza el acto, pero no lo hace a su nombre sino a nombre de aquél a quien está representando: en el caso de las personas mayores de edad, el curador actúa en nombre de

su representado (incapaz) y es éste quien se entiende autor del mismo. En este sistema no tiene importancia alguna ni es requisito conocer la voluntad del representado, el curador sustituye la voluntad y participación del asistido pues justamente la persona es considerada carente absoluta de aptitud (Fernández, 2015).

El incapaz, el demente declarado o interdicto no podía hacer nada por sí mismo, era el curador quien debía protegerlo y tomar decisiones por él. Los interdictos formaban parte de la categoría de los llamados “non sujets de droit”, o sea, aquellos que tenían vocación teórica para ser sujetos de derecho, pero que por alguna razón se veían impedidos de serlo. (Famá, Herrera y Pagano, 2008, p.653)

El nuevo Código incorpora el principio de capacidad de ejercicio: toda persona puede ejercer por sí los actos jurídicos, con las solas excepciones establecidas en la norma. Se afirma la capacidad como regla y delimita las restricciones que se podrán establecer.

Al incorporar en forma expresa que la regla es la Capacidad y que para establecer lo contrario en relación a una persona es necesario un proceso judicial que establezca que actos específicos se restringen, sientan los lineamientos establecidos en la Ley de Salud Mental, que establece en sus arts. 3 y 5 la presunción de capacidad de las personas, independientemente de su condición de salud mental, sus antecedentes de tratamientos hospitalario, conflictos familiares o sociales.

### **3.2. Restricciones a la Capacidad Jurídica. Reglas Generales**

La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por una serie de reglas generales que se encuentran establecidas en el art. 31 de. C.C y C., que establece como primera regla que la Capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aún cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial.

Aquí como lo expuse anteriormente tiene su antecedente en lo estipulado en el art. 3 de la Ley de Salud Mental , pero lo interesante es que la presunción de la capacidad rige, aún cuando la persona se encuentre internada en un establecimiento asistencial, puesto que no debe olvidarse que los presupuestos fácticos que habilitan, por un lado, la internación de

una persona y por el otro las restricciones a la capacidad jurídica que según Olmo (2015) son diferentes y uno no debería ser la consecuencia del otro.

El hecho que la capacidad de ejercicio se presume exige un proceso en el que debe probarse rigurosamente la situación contraria a dicha presunción para permitir cualquier restricción a la capacidad.

Las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona, es decir que esta regla establece la excepcionalidad de la restricción, ya que la capacidad restringida supone que la persona conserva su capacidad, la cual es limitada sólo para determinados actos.

Asimismo entre las reglas encontramos una serie de garantías al establecer que la intervención estatal tiene carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en proceso judicial. La interdisciplinaria aparece coherente con la modificación impuesta oportunamente por la Ley de Salud Mental que quiebra la tradicional hegemonía médico psiquiatra en las cuestiones relacionadas con la salud mental.

El carácter interdisciplinario implica, que la existencia de un historial de tratamiento psiquiátrico o que una persona padezca de una enfermedad mental no basta para justificar las restricciones a la capacidad sino que se debe valorar el caso teniendo en cuenta no sólo a la persona sino también al contexto que lo rodea, circunstancias particulares, sociales etc., es decir que el eje del tratamiento en salud mental deja de ser el psiquiatra y pasa a ser el equipo interdisciplinario.

Según Olmo (2015) para visualizar los alcances del inc. d, del art. 31 del CCyC. según el cual las personas tienen derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión, es posible recurrir a la definición del término “comunicación”, que recoge el art. 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso. Para ello, el

Juez deberá asegurar la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de cada persona.

La garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio, ambos de jerarquía constitucional, también imponen que la persona pueda intervenir con asistencia letrada desde el inicio del proceso judicial, En caso de carecer de medios deberá ser proporcionada por el Estado. El derecho a la participación de la persona en el proceso y la asistencia letrada son tratados en el CCyC como regla general en el inc. e del art. 31 y también como un derecho específico, al reconocer a la persona el carácter de parte en el proceso. Se aseguran las garantías de inmediatez con el juez y la asistencia letrada.

Finalmente como última regla establecida en el inc. f, “deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades, siendo esta regla conteste con lo relativo a la imposición de restricciones sólo en beneficio de la persona.

Como resultado de lo expuesto se establece la excepcionalidad de las posibles restricciones, las cuales deben efectuarse siempre en beneficio de la persona, priorizando ante todo, las alternativas médicas que resulten menos restrictivas para el ejercicio de la persona, las que deben promover la integración familiar, laboral y comunitaria (Bueres, 2015).

### **3.3. Personas con Capacidad Restringida y con Incapacidad**

El art. 32 del C.C y C, establece que “el Juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”.

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el art. 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de las personas.

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

El C.C y C establece como regla general la restricción al ejercicio de la capacidad y sólo excepcionalmente y teniendo como fin la protección de los derechos de la persona, su eventual declaración de incapacidad.-

Esta norma prevé que a partir de los trece años se puede restringir judicialmente la capacidad de una persona cuando por padecer de una adicción o una alteración mental permanente o prolongada (no circunstancial) de suficiente gravedad, se estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes, o bien declarar su incapacidad, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz.

Se trata de dos supuestos diferenciados: la incapacidad de ejercicio relativa que alcanza los actos señalados en la sentencia y la incapacidad de ejercicio absoluta.

Se considera una persona capaz, aunque con incapacidad para ejercer por sí sola determinados actos que se especifiquen en la sentencia. El Juez en estos casos, debe fijar las funciones y apoyos que se designen quienes en el ejercicio de su función deberán actuar promoviendo la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de las personas protegidas.

El apoyo no sustituye la voluntad de la persona protegida por la razón de que el apoyo pudiera considerar que es más beneficioso de acuerdo a su punto de vista. La posibilidad de que los apoyos puedan ejercer funciones de representación para algunos actos no afecta tal conclusión, puesto que la representación que en estos casos se otorga al apoyo lo es para que actúe de acuerdo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona protegida. Los alcances de las funciones de los apoyos surgen del art 43 del C.C y C.

Como lo expresara en los puntos anteriores con la sanción de la Ley N° 26.657 y en el contexto de una reforma ansiada de un régimen de salud mental, el art. 152 ter del C.C., se



acercó a un ya sólido andamiaje jurisprudencial doctrinario al disponer que las declaraciones de inhabilitación o incapacidad deberá especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía sea lo menor posible.

Esta solución era insuficiente a la mirada de los derechos humanos, apareciendo con el C.C.y C, una respuesta superadora, por lo que en el supuesto en que la persona se halle en una situación extrema, en que se vea absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno, por cualquier medio, el juez, luego de haber provisto de apoyos adecuados, y si estos resultaren ineficaces, recién entonces se pronuncia por declarar la incapacidad en última instancia.

Históricamente a las personas con discapacidad desde el modelo rehabilitador se considera que las causas que dan origen a la discapacidad son científicas: una limitación física, psíquica o mental. La vida de una persona con discapacidad se considera menos valiosa aunque pueda ser revertida esa situación en el caso de que la persona sea rehabilitada.

En razón de ello, a través de institutos como la curatela se instrumenta un sistema de sustitución en la toma de decisiones.

Como lo señala Olmo (2015), a diferencia de ello, el “modelo social”, receptado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son científicas sino que son 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 ni tiene presente a las personas con discapacidad.

Así se entiende, tal como sostiene Palacios (2008) que no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la sociedad, para asegurar que las necesidades de todas las personas incluyendo las que tengan una discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Se busca entonces, eliminar las barreras impuestas por la sociedad que no permiten su plena inclusión, de modo que las personas con discapacidad puedan ser aceptadas tal cual son.

El Código de Vélez, receptaba el modelo médico rehabilitador, es decir que la enfermedad mental (art. 141 CC), embriaguez habitual o uso de estupefacientes, o disminución en las

facultades (art. 152 bis, inc. 1y 2 C.C), no eran suficientes para declarar la interdicción o la inhabilitación, era necesario una incidencia de aquellos en la vida de las personas. Por otro lado en la incapacidad por insania, la enfermedad mental debía producir una falta de aptitud para dirigir su persona y administrar los bienes y en la causal de inhabilitación que estaba prevista en el art. 152 bis del C.C. era necesario que por embriaguez habitual o el uso de estupefacientes la persona estuviera expuesta a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio.

En los casos de incapacidad el curador ejercía funciones de representación y en la inhabilitación el curador cumplía funciones de asistencia, para el otorgamiento del acto requería el consentimiento de la persona. Luego con la incorporación del art. 152 ter del C.C., en las sentencias de incapacidad como en las de inhabilitación se debía especificar las funciones y actos que se limitaban y se designaba un curador que cumplía las funciones de representación o asistencia respecto de los actos que se limitaba.

Lorenzetti (2012), sostiene que en el Código Civil y Comercial, la curatela ha quedado como un “Instituto Residual”, que se justifica solamente en los supuestos que establece el art. 32 , pero otra parte de la doctrina no comparte este pensamiento y afirman que si bien la curatela se prevé para un supuesto muy restrictivo, el C.C y C., conserva la figura de la incapacidad absoluta y la sustitución de la voluntad del Código derogado, por cuanto deja a discreción del juez, la decisión de designar un curador o apoyos, contraviniendo de esta forma la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad.

#### **3.4. Legitimados**

El art. 33 del C.C y C., legitima para solicitar la restricción de la capacidad o la declaración de incapacidad al propio interesado, al cónyuge no separado de hecho y al conviviente mientras la convivencia no haya cesado, a los parientes dentro del cuarto grado, a los afines dentro del segundo grado y al Ministerio Público.

El límite a la solicitud del cónyuge es ya la situación de separación de hecho y no sólo el divorcio vincular, se incorpora la legitimación del conviviente, todo ello en tanto la convivencia no haya cesado, teniendo en cuenta el reconocimiento que se le brinda en el nuevo ordenamiento jurídico a las uniones convivenciales. Se agrega un límite en la

enunciación de parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad y se mantiene la legitimación del Ministerio Público, que es una legitimación necesaria, en razón de que es parte esencial en este tipo de procesos.

Sin duda el mayor logro de esta norma es la introducción expresa de la legitimación de la propia persona interesada, es decir que teniendo en cuenta el derecho de acceso a la Justicia, consagrado en el art. 13 de la CDPD y las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de la Personas en Situación de Vulnerabilidad, la solicitud de la declaración de incapacidad o de capacidad restringida por el propio interesado debe admitirse por la sola solicitud de la persona ante la autoridad judicial.

### **3.5. Entrevista Personal**

El Juez durante el desarrollo del proceso de restricción a la capacidad, debe garantizar a la persona la inmediatez y entrevistarla personalmente antes de dictar resolución, debiendo estar presentes en la audiencia el Ministerio Público y un letrado que asista a la persona, asegurando de este modo la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento, conforme lo establece el art. 35 del C.C y C.

La inmediatez exigida por el art., se funda en la situación de vulnerabilidad de la persona en su función de su padecimiento y se relaciona con el objetivo de garantizar el derecho de acceso a la Justicia.

El conocimiento directo, no sólo permite al Juez la comprensión de la situación de la persona y de sus habilidades, aptitudes y necesidades, también se da cumplimiento al derecho de ser oído.

En el C.CyC. al igual que en la CDPD, que prevé en su art. 13 el acceso a la justicia para las personas con discapacidad, se encuentra garantizada la accesibilidad por la participación plena reconocida a la persona y por los ajustes razonables que se autorizan .

Es decir que se debe tomar la situación concreta de cada persona, por ejemplo una persona con discapacidad visual, se debe considerar que no todas las personas con esta discapacidad leen Braille, la pérdida de la visión ocurren en diferentes momentos de la vida de una persona y cada una de las particularidades requiere de un sistema de apoyo diferente.

Asimismo en casos de discapacidad intelectual, la comunicación también debe adecuarse a las circunstancias particulares de las personas, y en estos casos, el Juez debe contar con dispositivos de apoyos técnicos a través de equipos interdisciplinarios.

### **3.6. Intervención del Interesado en el proceso**

El art. 36 del C.C y C. establece “La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas la pruebas que hacen a su defensa”.

Interpuesta la solicitud de declaración de incapacidad o de 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.

La persona que solicitó la declaración puede aportar toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados.

Este art. reconoce a la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso de restricción a la capacidad, la calidad de parte y el derecho a participar en el proceso con asistencia letrada, debiendo el Estado garantizarle esta última en caso de que la persona carezca de medios.

La calidad de parte de la persona sujeta a proceso no era reconocida en el C.C. Sin embargo se había incorporado en la Doctrina y Jurisprudencia, fundado en la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio y pronunciándose a favor de la amplitud de sus facultades procesales.

Es decir que la persona que se encuentra en un proceso de restricción a la capacidad, es la protagonista del proceso y debe gozar del derecho a ejercer en el mismo las garantías propias del debido proceso, comparecer, acceder a la justicia, proponer defensas y pruebas, participar en verdadero carácter de parte.

Asimismo tiene el derecho a participar en el proceso con asistencia letrada, que deben ser proporcionados por el Estado, si carece de medios. Dicho derecho debe ser garantizado por

el juez en la primera oportunidad procesal, por ello si la persona comparece sin abogado debe nombrarle uno de inmediato a fin de que lo represente o preste asistencia durante el proceso.

### **3.7. Sentencias**

En el C.Cy C. se encuentran tres tipos de sentencias mediante la cuales se pueden restringir en mayor o menor medida el ejercicio de la capacidad jurídica: sentencias de capacidad restringida, de incapacidad y de inhabilitación.

La sentencia debe pronunciarse en distintos supuestos, es decir basarse en el análisis del contexto que rodea a la persona, el hecho de poseer un diagnóstico de discapacidad no es suficiente para restringir la capacidad o declarar su incapacidad.

Los distintos aspectos sobre los cuales deberán los jueces tener en cuenta al dictar la sentencia, se encuentran establecidos en el art. 37 del C.C. y C.

Diagnóstico y Pronóstico: Hace referencia al contexto social en que la persona desarrolla sus actividades, es decir no tener en cuenta solamente la patología revelada en los certificados o estudios médicos.

Época en que la situación se manifestó: La importancia de esta determinación está relacionada con la celebración de determinados actos que pueden ser declarados de nulidad. Al respecto “La nulidad de un acto jurídico dependerá del carácter ostensible o no de la condición mental a la época de la celebración del acto jurídico” (art. 44 y ss CCyC) (Fernández, 2014, p.98).

Recursos Familiares y Sociales: Este aspecto es fundamental para que el juez pueda determinar el alcance de la restricción y la identificación de las personas que designará como apoyo, y que se elabora un estudio de la actividades que realiza la persona, tratamientos, estudios, relación con sus familiares, actividades que realiza en forma individual o que necesita ayuda.

Régimen de Protección, asistencia y promoción de la mayor autonómica posible: A los fines de promover la autonomía de la persona y el ejercicio de sus derechos, que es el objetivo fundamental del proceso judicial, el Juez deberá determinar en la sentencia sobre las medidas de apoyo que ayudará a lograrlo.

El Equipo Interdisciplinario es la prueba fundamental en que se basará el Juez al dictar la sentencia, el que estará conformado por psicólogos, psiquiatras, trabajadoras sociales, sicopedagogas.

### **3.7.1. Alcances de la sentencia**

La sentencia de capacidad restringida es la regla y la de incapacidad la excepción y ésta sólo procede en casos excepcionales donde no es suficiente con una sentencia de capacidad restringida con la correspondiente designación de apoyos.

Es decir que teniendo en cuenta los principios de presunción de capacidad y el carácter excepcional de las restricciones a la capacidad, las sentencias que se dicten, deben procurar que la afectación de la autonomía de la persona sea la menor posible y deben determinar la extensión y alcance de la restricción, especificando las funciones y actos que limitan

En el Código de Vélez derogado, existían varios encuadres para el dictado de la sentencia los cuales fueron evolucionando a través de las distintas reformas legislativas y en relación a la exigencia de la autonomía de la persona el art. 152 ter incorporó la misma expresión respecto de las declaraciones de inhabilitación o incapacidad, las cuales debía determinar las funciones y actos que se limitaban.

Es decir que antes de la sanción del nuevo Código y como consecuencia de la adhesión de la Argentina a la CCPD, en la jurisprudencia se advertía la tendencia a moderar los efectos de la incapacidad.

Para el caso que el Juez en la sentencia restrinja la capacidad, deberá designar una o más personas que cumplan las funciones de apoyo y para el caso que declare la incapacidad designará un curador, debiendo especificar en ambos casos las condiciones de validez de

los actos que se señalen, las personas que intervengan y el modo de actuación de las mismas.

En estos supuestos el C.C.y C sigue los lineamientos de la CDPD, en razón de que las personas con discapacidad necesitan ayuda para ejercer su capacidad jurídica y no que se las reemplace o excluya, como sucedía con el antiguo Código, donde a las personas con discapacidad no se les consultaba absolutamente nada, quedaban bajo la representación de quien se esperaba tome las decisiones más favorables para el interesado, aunque ellas estuvieran en franca oposición con los deseos o voluntad de la persona.

Como reflejo de este cambio es necesario hacer referencia a un fallo, dictado el 12 de mayo de 2017, por el Juzgado en lo Civil Comercial y de Familia N° 4 de Villa María, en la causa “P.M..F, Demanda de limitación a la capacidad” en donde el Juez dispuso la restricción del pleno ejercicio de la capacidad jurídica de una mujer de 45 años por afectación de su salud mental y designó al padre como apoyo a favor de su hija para la celebración de los actos jurídicos vinculados a ella.

Lo novedoso del fallo radica en que en pos de lograr la mejor comunicación de lo decidido a esta persona con discapacidad, el magistrado introdujo en la sentencia párrafos de “fácil lectura”, destinados directamente a la destinataria de la resolución.

Por medio de un lenguaje sencillo, el Juez explicó a la mujer, aquello que motivaba la decisión y los pasos que se habían seguido, “De los papeles tuyos y de tus cosas más importantes, se va a encargar tu papá A.S.P., pero siempre te va a preguntar primero qué es lo que vos quieres”. Luego de informarle donde sería internada y de que podían visitarla sus familiares, el magistrado le dijo: “Si necesitas algo, se lo podes pedir a la gente del hogar, a tu papá y a tus familiares. También, si quieres, podes pedir hablar con una abogada, o con el Juez, si tenés alguna duda con esta carpeta”.

El Juez destacó en el momento de fundamentar por qué había recurrido a este inédito formato, que de acuerdo con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “existe un mandato y compromiso internacional de promover y proteger la autonomía y la dignidad y plena integración en la sociedad de las personas con discapacidad”. En ese sentido, se “establece que la comunicación” (dirigida a las personas

con discapacidad) incluirá los lenguajes, la visualización de textos, en medios y formatos de fácil acceso (art. 2 de la Convención)

En el mismo sentido, destacó las “Normas Uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad” (aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1994), que fijan la obligación de los estados de hacer accesible la información y documentación para las personas con discapacidad, bajo el lenguaje simple y directo que evite tecnicismos, abstracciones y elaboraciones complejas (art.5, inc. b). Asimismo las reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en Condición de Vulnerabilidad (2008) instan a “garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo a aquellas medidas conducentes (...) que garanticen su (...) comprensión y comunicación”.

Asimismo, teniendo en cuenta los nuevos paradigmas vigentes en materia de discapacidad “basados en la promoción y protección de la autonomía, la dignidad y la plena integración en la sociedad” y reconocidos por los tratados internacionales suscriptos por la Argentina, el Juez concluyó que dentro de tres años debía revisarse nuevamente la declaración mediante, una nueva evaluación interdisciplinaria, en función de lo previsto por el nuevo C.C y C.

Como se puede establecer en este resolutorio, no sólo se da estricto cumplimiento a lo establecido en el art. 31, inc. d, 32, 38 del C.C.y C , sino también a las disposiciones estipuladas en el art. 2 de CDPC.

### **3.7.1. Revisión de la Sentencia**

Revisar una sentencia que declara incapaz o restringe la capacidad de una persona es un Derecho y no es necesario, para hacer efectivo ese derecho, invocar una mejoría ni presentar ningún otro justificativo para iniciar la revisión judicial.

Esta revisión a la sentencia se encuentra contemplada en el art. 40 del CCyC que en su primer párrafo dispone que “La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancia del interesado. En el supuesto previsto en el art. 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 audiencia personal con el interesado...”, garantizándose de esta manera su acceso a la justicia y la defensa de su capacidad jurídica.

En el código de Vélez con la incorporación del art. 152 ter, se abrió la posibilidad de revisión de las sentencias, estableciendo dicho artículo que las sentencias no podían extenderse por más de tres años.

Lorenzetti (2014) consideraba que no se trataba de una verdadera revisión sino de la realización de nuevo proceso que incluía el dictado de una nueva sentencia ya que sólo la rehabilitación de la persona justificaba la revisión. Y es aquí donde el nuevo Código sienta la diferencia ya que para que prospere la revisión no se requiere la comprobación de cambios de las circunstancias que motivaron el dictado de la sentencia respectiva, sino que la revisión aquí se convierte en obligatoria para el juez, quien aunque no mediare solicitud de la parte debe realizarla en un plazo no superior a los tres años desde que fueron dictadas, plazo que si las circunstancias lo exigieran no necesariamente deberán cumplimentarse pudiendo efectuarse la revisión con anterioridad al mismo.

Se advierte que el nuevo Código establece un rol más activo al juez, previendo que en caso de que el mismo no cumpla con la revisión es deber del Ministerio Público instar que se lleve a cabo la misma.

### **Conclusiones parciales**

A modo de conclusión, en el nuevo CCyC se presume la capacidad, pudiendo limitarse para determinados actos. Por otro lado el CC y C, presenta una comprensión más amplia e interdisciplinaria de las personas y su capacidad, incluyendo la necesidad de un equipo interdisciplinario que emita un dictamen para dictar la sentencia, además de la actualización frecuente, ya que la capacidad puede ser limitada durante 3 años, pudiendo pedirse la revisión en cualquier momento.

Es decir que el CCyC se enmarca en una nueva perspectiva de la salud mental, que reconoce una mayor capacidad y por ende, derechos a las personas.

## CAPITULO IV

### Sistemas de Apoyo al Ejercicio de la Capacidad del Código Civil y Comercial

#### Introducción

Los adelantos médicos biológicos, suponen una nueva categoría en cuanto a los sistemas de capacidad que existían, sobre todo en la tipificación jurídica de la capacidad de la persona humana. El art. 43 del C.C y C. se relaciona con las consecuencias que trae aparejada la declaración de restricción a la capacidad jurídica: ya no la designación de un curador representante que reemplace a la persona, sino el establecimiento de mecanismos de apoyos, cuyo fin es el ejercicio personal de la capacidad jurídica por el propio afectado.

#### 4.1. Concepto

El art. 43 del C.C.C. establece que “Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilita 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 de la voluntad y facilitar la comunicación, comprensión y la manifestación de voluntad de la personas para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al Juez la designación de una o más personas de su confianza para que presten apoyo. El Juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y de ser necesario ser inscripta en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas”..

Herrera, M; Caramelo, G y Picasso (2015) explican que las medidas de apoyo se expanden a todas las áreas de desarrollo de la persona con discapacidad. El apoyo es la herramienta, el fin es “la libertad de tomar las propias decisiones”, que excede el ámbito jurídico (art. 3 CDPD). El apoyo puede adoptar múltiples formas y actuar en diversos ámbitos: apoyos prestados por la familia (arts., 4,5 y 23 CDPD) y el apoyo asistencial en sus diversas áreas (personal, económico, social, de salud).

El Juez debe garantizar que la persona pueda ejercer su derecho a tomar decisiones en forma autónoma y que el sistema no se refiera a la situación patrimonial exclusivamente de la persona que requiere de apoyo, sino que la asistencia sea necesaria para que se relacione con la sociedad y se inserte en la misma.

En este sentido los sistemas de apoyo deberán tener no sólo una mirada medica sino también social, que no se tenga en cuenta sólo la situación personal sino también y fundamentalmente, el contexto social de la persona, es decir que el Juez debe contar con un equipo interdisciplinario y requerir los informes que considere necesarios para arribar a un conocimiento completo de la persona, de sus preferencias, habilidades, capacidades residuales, núcleo familiar.

Herrera et al., (2015) sostiene que “los apoyos constituyen ajustes a medida”. Por eso, la CDPD, no enumera sus clases y formas; si impide sistemas representativos clásicos. Justamente, en virtud del reconocimiento de la diversidad propia a la discapacidad, la toma de decisiones con apoyo adopta numerosas modalidades, debiendo diseñarse a partir de las circunstancias y necesidades concretas de la persona (art. 32 CCyC).

Es decir que la finalidad del apoyo es colaborar en la toma de decisiones propias, que la persona pueda desarrollar su propio proceso de decidir, informarla, colaborar en su comprensión, razonamiento, favoreciendo la autotomía y el ejercicio de los derechos, inclusive si la persona logro formar decisión razonada, el apoyo podría no estar presente en momento de celebración del acto, dado que no es la protección de la persona sino la “promoción de sus derechos”

#### **4.2. Tipos de apoyo**

Según Lorenzetti (2015), el sistema de apoyo incorporado por el Código Civil y Comercial puede ser judicial o extrajudicial, individual o colectivo y puede conformarse a través de un asistente personal, un familiar o red de familiares, un allegado o red de allegados.

Es decir que se permiten diferentes opciones, con las cuales se pueda arribar al objetivo que es el ejercicio de los derechos con autonomía de la voluntad y la debida protección de los mismos, puede conformarse con familiares, operadores externos, trabajadores sociales, instituciones o bien una o varias opciones.

Las medidas de apoyo pueden ser de carácter judicial o extrajudicial y van desde acompañamiento para actos de administración y disposición de bienes, asistencia en su devenir cotidiano, asesoramiento, interpretación, contención o incluso en casos excepcionales podrá intervenir como representante de la persona para un acto determinado, sin que esa representación sea sustitutiva de la voluntad, la representación no debe apartarse de la función de apoyo.

Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos”, conforme lo preceptuado, deben allanar los impedimentos comunicacionales a través de la lengua de señas y a la discapacidad auditiva, ampliándose para aquellos supuestos que por diversas razones las personas han perdido la posibilidad de expresarse oralmente y en los casos en que la discapacidad les dificulta la incorporación de las normas sociales no escritas, que traen como consecuencia el desconocimiento del vocabulario más básico .

Podemos afirmar que estas formas, son estrategias técnicas que se aplican para lograr el fin de esta medida de apoyo y la equiparación de derechos pudiendo de esta manera expresar la persona su propia voluntad y ejercer su capacidad jurídica.

El apoyo puede ser prestado por una o varias personas y el propio interesado puede proponer la designación de una persona de confianza para que ejerza ese rol. Asimismo, también las otras personas que se encuentran legitimadas para solicitar la restricción de la capacidad (como él y cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado; los parientes dentro del cuarto grado y si fueran por afinidad dentro del segundo grado y el Ministerio Público) pueden proponer personas de apoyo y finalmente si no hay propuesta, será el Juez quien designe el apoyo.

La designación final recae en el Juez, es él quien debe evaluar y establecer los límites y alcances de la actuación con el fin de proteger a la persona y establecer las garantías necesarias para evitar futuros conflictos de intereses y de influencias indebidas.

El Juez deberá establecer la modalidad de actuación del apoyo en relación a los actos jurídicos a realizar, es decir incluye el carácter de la participación: apoyo más o menos

intenso (es decir simple asistencia para la comunicación), asistencia para la comprensión o toma de decisiones u otra modalidad con mayor intensidad, incluso la realización de actos en representación en concordancia con los arts. 100 y 101, inc. c del C.CyC.

Según Herrera et al., (2015) parte del interrogante de “Qué es una medida de apoyo” y manifiesta:

En primer lugar, cabe delimitar en esta oportunidad qué ha de entenderse por apoyos. Siendo que la presunción de base es la capacidad que toda persona posee para tomar sus decisiones, pueden observarse, diferentes niveles de apoyos:

Un primer nivel es aquel en el que la persona requiere de apoyos mínimos para la toma de decisiones, como podrían ser las relacionadas con el lenguaje o con aspectos tecnológicos que puedan facilitar la comunicación.

Un segundo nivel consiste en la toma de decisiones asistidas, en donde la persona con discapacidad recibe asistencia para la toma de sus decisiones, de un tercero de su confianza, elegido por la propia persona con discapacidad.

Un tercer nivel es la toma de decisiones facilitada, para los casos extremos en que las preferencias y la voluntad no pueden expresarse o conocerse de manera fehaciente, y que debe constituirse en la situación de última instancia.

Finalmente el art. 43 del C.C.yC establece que en los casos que fueran necesario, la sentencia que disponga las medidas de apoyo deberá ser inscripta en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Al respecto señala Lorenzetti (2014), que cuando se trate de sentencias que dispongan medidas de apoyo respecto de actos de disposición, resultará necesaria la publicidad registral y que por lo tanto el Juez deberá ordenarla siempre.

#### **4.2.1. Los apoyos en la convención de los derechos de Las Personas con Discapacidad**

El sistema de apoyo incorporado por el CCyC., es el resultado de los lineamientos determinados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El art. 12 de la CDPD reconoce que todas las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica y que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y que por lo tanto los Estados deben adoptar las medidas que sean necesarias para proporcionarles el acceso al apoyo que necesiten en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Significa el reconocimiento jurídico de la facultad de las personas para tomar decisiones y para ello puede contar con un sistema de apoyo que viene a reemplazar al modelo de sustitución de la voluntad.

A diferencia de los sistemas de protección social que consideran a las personas con discapacidad un objeto a tutelar, la asistencia adecuada se encamina a la liberación de las personas en sus propias vidas, a darles la oportunidad de que decidan por si mismas los que quieran hacer, se trata de un apoyo que habilita en lugar de sustituir (Villaverde, 2012).

La CDPD afirma que toda persona con discapacidad no necesita de una medida de protección que le impida ejercer su capacidad jurídica sino que por el contrario, estas medidas tienen que ponerla en igualdad de condiciones con los demás, deben respetar su voluntad, deseos y preferencias.

Según Iglesias (2015), sostiene que a través del sistema de apoyos se le reconoce a la persona con discapacidad el derecho de asumir la “dignidad del riesgo” , lo cual implica que las mismas serán responsables de las consecuencias de sus propias decisiones.

Doctrinariamente, en relación a las personas que padecen patologías severas que no les permite exteriorizar su voluntad, surgen diversas opiniones, se trata de personas que se encuentran en estado vegetativo, coma profundo, casos en los cuales el apoyo que necesitan es tan intenso que se equipara con la realización de actos de representación.

Un sector de la doctrina se inclina por admitir los llamados “apoyos intensos” por los cuales se admiten acciones de sustitución, las cuales se llevan a cabo por un representante.

Lo interesante de estas acciones de sustitución es el hecho de que la persona que las realiza, el representante, tiene que demostrar que las decisiones que se adoptan, lo son respetando las intenciones y deseos de la persona, considerando y respetando la voluntad presunta de la misma, conforme su narrativa de vida.

Otra postura, se inclina por la incompatibilidad absoluta entre el modelo de los apoyos y cualquier tipo de representación legal. Quienes sostienen esta postura no desconocen la posibilidad de que en ciertas circunstancias, al ser limitada la capacidad jurídica de una persona, sobre la base de los principios de legitimidad, proporcionalidad y no discriminación, se autorice a otra a decidir en su nombre, pero sólo admiten que esta representación se ejerza y aplique fuera del marco de apoyos y sobre actos concretos.

Kemelmajer de Carlucci et al., (2015) se inclinan a favor de los apoyos intensos, sosteniendo que la problemática reside en la negativa de admitir un sistema que posibilite a la persona el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Afirman, que estas acciones representativas sustitutivas, ajustadas a la narrativa de vida ya eran admitidas por la legislación preexistente, basada en el resguardo de la dignidad de la persona y que por lo tanto el juez no puede a su criterio decidir que la persona es incapaz, en consecuencia designarle un curador, porque para ello se deberían verificar los extremos previstos por el art. 32 del C.C.yC, que además de exigir que se demuestre que la persona no puede comunicar su voluntad por ningún medio, forma o formato adecuado, se debe acreditar que el régimen de apoyo resulta ineficaz.

En este sentido se advierte que los apoyos que pueda necesitar una persona para el desarrollo de sus actividades no significan pérdida de su autonomía ya que justamente para los apoyos lo que prevalece es la autonomía.

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, marca que algunas personas con discapacidad necesitan ayuda para ejercer su capacidad jurídica, no que precisen reemplazo y exclusión. Por el contrario, nuestra legislación civil tradicional fue de corte asistencialista: la asunción de la representación de otros a los que no se consulta, ni se hace partícipes; estos eran sustituidos “por su bien”, para protegerlos, asumiéndose que otro puede tomar mejores decisiones.

Por el contrario la CDPD, exige apoyo a la persona para el ejercicio de su capacidad, de las propias aptitudes, teniendo en cuenta el respeto de la dignidad de la persona, imponiendo de esta forma el cambio de paradigma de sustitución de la voluntad al basado en la toma de decisiones con apoyos y salvaguardas.

De lo precedentemente detallado se desprende que el perfil de la CDPD, emerge de su art. 12, es decir la norma reconoce la personalidad jurídica de la persona con discapacidad, en igualdad de condiciones, en todos los aspectos de la vida, al tiempo que obliga a los Estados partes a brindar los apoyos que pudieran necesitar para ejercer esa capacidad jurídica. Además prevé que deberá asegurarse que las salvaguardas que se establezcan y las restricciones que se impongan en el uso de la capacidad, respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias del caso y que se apliquen por el plazo más corto posible y sujetas a exámenes periódico, lo que demuestra un evidente cambio de paradigma.

#### **4.2.2. Análisis de Jurisprudencia**

El sistema de apoyo comienza implementarse en nuestro ordenamiento jurídico con la sanción del CCyC, sin embargo, es importante determinar que con anterioridad a la sanción del CCyC, se dictaron sentencias en base a lo dispuesto en el art. 12 de la CDPD y el art. 3 de la Ley de Salud Mental<sup>4</sup>.

Uno de los fallos que se destaca es “Tufano Ricardo A. s/ internación”<sup>5</sup> del año 2005: conflicto de competencia entre dos juzgado por el control de la internación de un joven de 20 años que padecía “trastorno psíquico por abuso de sustancias psicoactivas”.

Allí la Corte sostiene que “en los procesos donde se plantea una internación psiquiátrica involuntaria o coactiva, es esencial el respeto a la regla del debido proceso en resguardo de los derechos fundamentales de las personas sometidas a aquélla. En este fallo y basándose en los Principios de las Naciones Unidas, la Corte señala que dichas garantías incluyen “la designación de un defensor para que lo asista y represente, la obtención de un dictamen independiente sobre la posible enfermedad mental, previéndose la posibilidad de internación (la que se desarrollará por un período breve y en tanto sea la opción menos restrictiva), cuando exista un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros, En todos estos casos los motivos de admisión y la retención se comunicará

---

<sup>4</sup> Ley N° 26657. Salud Mental, B.O. del 03/12/2010

<sup>5</sup> C.S.J: N, “Tufano”. Fallos 328:4832.



sin tardanza al paciente y al órgano de revisión ( Principio 16, admisión involuntaria), quien deberá examinar a la persona lo “antes posible”, decisión que podrá ser apelada ante un tribunal superior (Principio 17 , órgano de revisión )”.

En otro Fallo, el Tribunal de Familia N° 3 de Lomas de Zamora en “B:A s/ Insania”, con fundamento en que la CDPD resulta legalmente vinculante desde su ratificación y considerando la creatividad del tratado y su jerarquía superior a las leyes, determinó: ”No es menester la declaración de inconstitucionalidad de la normativa del Código Civil, sino más bien, la aplicación directa de la CDPCD que instaura un nuevo modelo social de discapacidad “, resolvió conservar la autonomía de A. para las actividades diarias supervisadas por el señor S.H.F., a quien designó (curador) como sistema de apoyo, debiendo respetar las decisiones y preferencias de A. e informar al Tribunal sobre intereses contrapuestos, mantener el derecho de participación en la vida política y pública y disponer como salvaguarda del sistema de apoyo la evaluación de las capacidades conservadas de A.B. en el término de seis meses.

El Tribunal de Familia N° 1 de Mar del Plata, ha dictado el siguiente pronunciamiento: “B.L. S/Inhabilitación” “Declarar la inaplicabilidad para el caso concreto del art. 152 bis del Código Civil y art. 468 del mismo cuerpo legal por contravenir preceptos constitucionales de personalidad jurídica, reconocimiento de la capacidad jurídica, principio constitucional pro débiles, pro homine, igualdad ante la ley, principio de legalidad, contenidos en los arts. 3,8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 75, Inc. 22 de la Constitución Nacional y art 9° y 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2) Declarar que el señor B.L.,D.N.I.(...) en ejercicio pleno de su personalidad jurídica deberá tomar decisión relativa a la administración y disposición de su patrimonio con el apoyo para tales actos de su abuela, la señora S.,I. y de su hermano el señor G.B., a quienes se los autoriza a tal fin...”. A su vez, instauró un completo sistema de salvaguardas: rendición de cuentas e información de actos de disposición cada seis meses ante ese Tribunal.

Luego de la entrada en vigencia del C.C.y C. se destaca el siguiente fallo “S.O.S/Insania, Expediente N° MXP 6332/15, en trámite ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y laboral, Sec. N° 1, dice:

Como la normativa vigente limita la declaración de incapacidad a un supuesto de excepción, con razón se ha dicho que prácticamente “reemplaza la declaración de incapacidad por la declaración de capacidad restringida, donde la persona conserva su capacidad pero se la restringe para un acto o ciertos actos determinados, para los cuales se prevé la adopción de una o varias medidas de apoyo. Esto es un cambio fundamental, porque la persona sigue manteniendo su capacidad, con las salvedades que impliquen las restricciones para determinados actos, para los cuales contará con apoyo. Y la función del apoyo será la promoción de la autonomía y la asistencia para la toma de decisiones que respondan a sus preferencias (...). Asimismo, a diferencia del Código derogado, que establecía un modelo de atribución de la capacidad o incapacidad desde un criterio médico, basado en un diagnóstico de la persona, el nuevo código introduce un criterio Interdisciplinario, desde el cual la evaluación será realizada desde una diversidad de disciplinas que exceden y enriquecen el criterio”. (Juzgado de Primera Instancia en lo Civil Com. y Laboral, Monte Caseros, Corrientes)

Con lo desarrollado en este capítulo se concluye que la incorporación del Sistema de Apoyo al Código Civil y Comercial, no sólo constituye un gran avance en el ejercicio de los derechos de las personas con capacidad restringida; sino que además supone, el cumplimiento y la adecuación del ordenamiento jurídico, de conformidad a lo previsto en los tratados oportunamente suscriptos por nuestro país, en particular los de derechos humano y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad, estableciendo una coherencia de todo el ordenamiento jurídico.

En los arts. del Código Civil y Comercial referidos a la Restricciones a la Capacidad, se completó la labor iniciada por la Ley de Salud Mental, poniendo el derecho civil en la senda del modelo adoptado por la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad.

Por último se puede afirmar que la Convención promueve la toma de conciencia por parte de la sociedad respecto de las capacidades y lo valioso que resultan los aportes de las personas con discapacidad a la comunidad.

## **CONCLUSIONES**

El Código Civil y Comercial recepta el llamado proceso de constitucionalización o humanización del Derecho Privado, consecuencia de la creciente Doctrina Internacional de los Derechos humanos, cuyos principios esenciales son la no discriminación y respeto de la persona y su diversidad.

El régimen Jurídico de la Capacidad de las Personas fue evolucionando a través de los años, la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, implicaron un avance en la materia y su incorporación cambió completamente el sistema de salud mental en nuestro país.

La CDPD, como se explicó oportunamente, tiene como principal objetivo lograr la autonomía de las personas con discapacidad, brindarles la posibilidad de vivir sus vidas, permitirles decidir por sí mismas, siempre acompañadas por un sistema de apoyos que les faciliten el ejercicio de su capacidad jurídica. La Convención plantea una visión de la discapacidad desde la perspectiva de los Derechos Humanos, el modelo social de la discapacidad, que como lo explicara oportunamente, sostiene que son las barreras que impone la sociedad las que le impide a la persona con discapacidad interactuar.

Con posterioridad, con la sanción de la Ley N° 26657 de Salud Mental, nuestra legislación abre caminos a los principios receptados por la CDPD. La Ley sienta la presunción de capacidad de las personas y al incorporar al art. 152 ter al Código derogado, incorpora la interdisciplinariedad. El art., exigía que las sentencias de incapacidad y las de inhabilidad, especificaran las funciones y actos que se limitaban a la persona y que en su caso se les designara un curador que cumpliera funciones de representación o asistencia respecto de esos actos.

Pese a las modificaciones parciales que el Código de Vélez, experimentó a lo largo de estos años, no brindaba respuestas suficientes a las nuevas situaciones que se planteaban en torno a la capacidad jurídica de las personas.

Comenzó por entonces un proceso de adecuación del derecho interno a la Convención, comenzando la doctrina y jurisprudencia a inclinarse por la interpretación restrictiva de la incapacidad, promoviendo la vida más autónoma posible en cada persona, como lo demuestran dos fallos citados oportunamente, que declaraban la inconstitucionalidad del art. 152 bis y 468 , en razón de contravenir preceptos constitucionales contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad.

Frente a estos cambios la reforma al sistema de capacidad jurídica resultaba necesaria, lo que se plasmó con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial.

Los cambios en materia de capacidad incorporados al nuevo Código Civil y Comercial ¿reconocen y/o potencian los derechos de las personas con discapacidad, resguardan su derecho a un trato igualitario y no discriminatorio, luego del cambio de paradigma?

En este trabajo se analizaron los antecedentes por los que transitó nuestra legislación, para llegar al nuevo cambio de paradigma que posiciona a la persona con discapacidad mental en un lugar diferente, donde su capacidad se presume, aún en los supuestos de internación y la declaración de su incapacidad es excepcional.

Se analizó la capacidad de ejercicio que puede ser limitada en forma parcial, en los supuestos de capacidad restringida o en forma total, en el supuesto de incapacidad, determinando las características de las sentencias que restringen la capacidad y los alcances de la misma y el derecho a la revisión de la sentencia cada tres años, centrándose en esta oportunidad a que la discapacidad mental no sea considerada un estado inmodificable.

Se analizó la procedencia, modalidad y actuación de los sistemas de apoyos en los casos de restricción a la capacidad de las personas.

Como consecuencia de lo analizado, el cambio de paradigma, basado en la igualdad y no discriminación respecto de las personas con discapacidad se advierte a partir del dictado de la Ley de Salud Mental y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad.

Del modelo de sustitución en la toma de decisiones, se pasa al modelo social de discapacidad, siendo receptado por la Convención, cuyo objetivo es el de asegurar el pleno goce y disfrute de los derechos de las personas con discapacidad.

En este sentido el Código Civil y Comercial incorpora cambios vitales en el reconocimiento y defensa de los Derechos Humanos, se distingue a partir de la influencia del paradigma protectorio de igualdad y no discriminación, la distinción de las personas con capacidad restringida y con incapacidad, siendo ésta de carácter excepcional, se incorporan los sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad, aplicándose el modelo de asistencia en la toma de decisiones, constituyendo los apoyos herramientas para lograr la promoción y garantías de los derechos de las personas interesadas, tendientes a su autonomía y pleno reconocimiento de sus derechos.

Asimismo, el Código Civil y Comercial se preocupó por la garantía de derechos a su favor, estableciendo la legitimación de la propia persona interesada, es decir la solicitud de declaración de incapacidad o de capacidad restringida por el propio interesado, debe admitirse sin más requisito que la solicitud de la persona ante la autoridad judicial, teniendo en cuenta el Acceso a la Justicia.

La restricción a la capacidad mediante sentencia debe ser objeto de revisión periódica, previo examen interdisciplinario, lo que constituye una garantía expresa del proceso, además se exige un proceso justo constitucional en el que a la persona con discapacidad, se le reconoce su carácter de parte y se garantiza su derecho de defensa con patrocinio letrado, asimismo el debido proceso exige la inmediación del Juez, quien no puede dictar sentencia sin tomar contacto personal con la persona afectada.

Para concluir se señala que algunos sectores de la doctrina consideran que existe una diferencia del Código con lo estipulado con la Convención en relación a la incapacidad absoluta.

Si bien el nuevo código conserva esta figura con carácter excepcional y su consecuencia es la sustitución de la voluntad a través de la designación del curador es justamente esta privación de la capacidad jurídica la que lo aleja de la CDPD.

Lo importante para destacar es que el Código, sólo contempla este supuesto excepcionalmente, a través de un requerimiento muy estricto, por el que deberá comprobarse que la persona se encuentra absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, siempre que el sistema de apoyo resulte ineficaz previamente.

Es conveniente analizar el impacto que puede tener la legislación a largo plazo, en lo referente a consolidar un clima cultural favorable al reconocimiento de la diversidad, una mirada sobre el otro que un siglo atrás era difícil de encontrar.

Las personas con discapacidad requieren medidas especiales para poder ejercer sus derechos humano en igualdad de condiciones que las demás, eliminar todas las formas de discriminación contra de ellas y propiciar su plena integración en la sociedad, siendo una tarea y compromiso de todos.

Somos protagonistas de un hecho histórico, frente a importantes cambios de un nuevo Código Civil y Comercial. La influencia de los Derechos Humano en el derecho Privado, impone una reconsideración en la Instituciones, dando paso a la igualdad y no discriminación como derechos fundamentales de la persona humana.

## **BIBLIOGRAFIA**

### **Doctrina**

BARNES, C. (1998). *Las Teorías de la Discapacidad y los orígenes de la opresión de las personas discapacitadas en la sociedad Occidental*. Madrid.

BIANCHI, S. (2009). *Historia Social del Mundo Occidental, del Feudalismo a la Sociedad Contemporánea*. Bernal, Argentina: Editorial de la Universidad Nacional de Quilmes.

BUERES, A.J. (2015). *Código Civil y Comercial de la de la Nación*. Analizado, comparado y concordado (1° Ed., 6° Reimpr). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

CALO, E. (2000). *Bioética, nuevos derechos y autonomía de la voluntad*. Buenos Aires, Argentina: Isla Roca.

DI NASSO, P. (2004). *Mirada Histórica de la Discapacidad*. Iberoamérica: Edición de la Fundación Cátedra.

FAMA, M.; HERRERA, M y PAGANO, L. (2008). *La salud mental desde la óptica de la Ley 26657, Instituciones de Derecho de Familia y' Sucesiones*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

FERNÁNDEZ, S. (2015). *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial bajo la lupa de los derechos humanos*. *Revista Código Civil y Comercial, vol 1 (n° 1)*.

FONTAN, Zito. (2014). La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Un llamado a la concientización social. En ZITO FONTÁN, O. (Ed.), *Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica*. Buenos Aires, Argentina: Ad. Hoc.

GODIA, J. (1971). *Los orígenes del Movimiento Obrero*. Buenos Aires, Argentina: CEAL.

- HERNÁNDEZ, E. (2004) *Desarrollo Histórico de la Discapacidad: Evolución y tratamiento*, en: [http://www.iin.oea.org/cursosadistancia/cad\\_guia\\_disc\\_UT1.pdf](http://www.iin.oea.org/cursosadistancia/cad_guia_disc_UT1.pdf).
- HERRERA, M.; CAMELO, G.; PICASSO, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Comentado, Tomo I (1° Ed.). Buenos Aires, Argentina: Infojus.
- IGLESIAS, M.G. (2015). Capacidad, Información y Autonomía. Principio de la dignidad. *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El nuevo Paradigma de la Salud Mental: menos encierro, más comunidad*, 5 (7), 45-46.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; FERNÁNDEZ, S y HERRERA, M. (2015). *Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código*. L.L 18/08/2015, 1.
- LAFFERRIERE, J; MUÑIZ, C. (2015). *La capacidad Jurídica de las personas con enfermedad mental durante el proceso. Los cambios que resultan del art. 152 ter de la ley de salud mental y sus proyecciones en el nuevo Código Civil*.
- LORENZETTI, R. L. (2012). *Código Civil y Comercial de la Nación. Presentación del proyecto*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- LORENZETTI, R. L. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo I (1° Ed)*, Sanra Fe, Argentina: Rubinzal- Culzoni.
- OLMO, J.P. (2014). *Salud Mental y Discapacidad*. Buenos Aires, Argentina: Dunken.
- OLMO, J.P. (2015). *Salud Mental y Discapacidad. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 (1° Ed)*. Buenos Aires, Argentina: Dunken.
- PALACIOS, A. (2008). *El modelo social de la Discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad*. Madrid. España. Editorial Cinca.
- PALACIOS, A; SASTRE CAMPO, A (2014). *Acceso a la justicia y Derecho al voto de personas con discapacidad. Una asignatura pendiente desde los Derechos Humanos*. Buenos Aires. Argentina.



PEYRANO, G; LAFFERRIERE, J. *Restricciones a la capacidad*. Buenos Aires, Argentina: El Derecho, 30-44.

Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

RIVERA, J. (2014). Significación del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista de derecho de familia y de las personas. Edición Especial, Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.

SEDA, J.A. (2018). *Discapacidad y Derechos. Impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Buenos Aires, JUSBAIRES.

VILLAVERDE, M.S. (2014). Modelo Social y de Derechos Humanos. En ZITO FONTÁN, O. (Ed.), *Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica*. Buenos Aires, Argentina: Ad. Hoc.

VAZQUEZ, J. (2010). La declaración de Caracas: *Un instrumento esencial para la promoción y protección de los Derechos Humanos de las personas con discapacidades mentales. En conferencia regional de Salud Mental*.

YUBA, G. (2014). Los cambios de paradigma en el nuevo Código Civil y Comercial. Influencia en el derecho de familia. *Revista jurídica de la Patagonia (3)*.

## **Legislación**

Ley N° 26994. Código Civil y Comercial, B.O. del 08/10/2014

Ley N° 24430. Constitución Nacional Argentina, B.O. del 23/08/1994

Ley N° 25.280. Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, 2000.

Convención sobre los derechos de la personas con discapacidad,

Convención Americana de Derechos Humanos, 1969.

Ley N° 23179. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, 1985.

Ley N° 22431. Sistema de protección integral de los discapacitados, B.O. del 20/03/1981

Ley N° 26657. Salud Mental, B.O. del 03/12/2010

Ley N° 26378. Protocolo Facultativo, B.O. del 09/06/2008

### **Jurisprudencia**

C.Apel.CC, “D., J. s/insania y curatela”, ED, 267-107, 20“16. Mar del Plata, sala III, 22-12-15.

C.S.J: N, “Tufano”. Fallos 328:4832.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H.”VJA”. Causa N°47615/2001, 23/3/2017.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I. “CRS”. Causa N° 27120/2001, 10/8/2017.

Capel. Concordia, sala civil y comercial 2, 22-10-15, “N., T.M.N. s/declaración de incapacidad”, LL online: AR/JUR/42808/2015.

CNCiv, Sala E, sentencia del 15 de julio de 2014, BPS s/art. 152 ter. Código Civil s/ Incidente.

CNCiv, Sala I, 15/03/2014, “W.G.

CNCiv, Sala J, 28/11/2013, “B.M s/art. 152 ter C.C.

CNCiv, Sala K, sentencia del 20 de septiembre de 2012, VNN s/Diligencias Preliminares.

CNCiv., sala H, 23-3-16, “M.C.E. s/determinación de la capacidad”, el Dial.com-AA9606).

Juz.Civ., COM y Familia N° 4, “P, Mr 2017”, Villa María, Córdoba.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil Comercial y Laboral, “S.O. S/Insania”, Expte.MXP6332/15, Monte Caseros, Corrientes

Tribunal de Familia N° 1, “B.L.s/ Inhabilitación”, Mar del Plata, 6/5/2009.

Tribunal de Familia N° 3, “B:A. s/Insania”, Lomas de Zamora, 30/06/2010.