

Comisión: (Proceso civil) Incidencia del Código Civil y Comercial en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de la República.

Tema: Proceso de declaración de capacidades restringidas

Apellido y nombre del o de los autores: Silva, María Celeste del Huerto

Dirección postal: 4.000

Teléfono: 0381 – 5149777

Correo electrónico: celez007hotmail.com

Breve síntesis de su propuesta: Con este trabajo se pretende sistematizar los cambios trascendentales que sufrió el instituto de la incapacidad del Código Civil de Vélez Sarsfield, hoy capacidad restringida con la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), así como su impacto en el procedimiento. En ese sentido, si bien muchas provincias no modificaron su código de forma a la luz de los cambios del derecho de fondo, los tribunales debieron adecuar el procedimiento en la práctica. De esta manera, se tratará de concluir los principios esenciales que debe tener en cuenta un código procesal al regular el instituto de la capacidad.

Postulación: Premios libro de ponencias del XXIX del Congreso Nacional de Derecho Procesal. Premios Asociación Argentina de Derecho Procesal y elDial.com.

Sumario: I.- Introducción.- II.- Regulación de la restricción de la capacidad y declaración de incapacidad en el CCyC.- III.- Conclusión: Principios esenciales ante una inminente reforma procesal

De la Insania a la capacidad restringida y sistema de apoyo:
“Un instituto con perspectiva en derechos humanos. Principios procesales”

I.- INTRODUCCION

A dos años de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) se puede afirmar que algunas provincias tuvieron que reformar su código de procedimiento, mientras que otras, como es el caso de la provincia de Tucumán, los tribunales tuvieron que poner en marcha los postulados que establecía la nueva normativa jurídica de fondo contando con la norma sustancial y no formal.

El instituto de la restricción de la capacidad no fue la excepción ya que tuvo numerosas reformas en el CCyC desde el término para nombrar el instituto, hoy llamado capacidad restringida y declaración de incapacidad en casos excepcionales, y no insania como era en un primer momento, sumado otras cuestiones, como la revisión de la sentencia prescripta por el art. 40, que impone la reevaluación interdisciplinaria de quien se le restringe la capacidad, pudiendo incluso revertirse su situación, cuestión que fue impensada hasta hace muy poco.

De esta manera, se puede afirmar que se pasó de la insania a la restricción de la capacidad y sistema de apoyo, contando actualmente con un instituto con perspectiva de derechos humanos, que pone otra mirada en las personas con discapacidad y que no las anula, reconociéndoles derechos y sobre todo como “sujetos de derechos”, y no como objetos de protección.

Esta mirada del instituto con perspectiva de derechos humanos tiene que ver con que Argentina tiene vigente dos convenciones sobre discapacidad: La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIADDIS) de 1999 y la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD) de 2008, que en nuestro ordenamiento jurídico tiene jerarquía constitucional.

En ese orden de ideas, cabe referenciar que una primera reforma trascendental en la materia fue la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental Ley nº 26.657 (LSM), sancionada el 25 de noviembre de 2010 y promulgada el 2 de diciembre de ese mismo año. La normativa fue un nuevo paradigma en la concepción del instituto.

Fue a partir de la sanción de la esa ley que se empieza a hablar sobre los derechos de las personas con discapacidad. Introduce principios esenciales con perspectivas de derechos humanos. En ese sentido, el artículo 1 establece que *“La presente ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno*

goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional...”¹.

El artículo 3 de la ley antes referenciada impone una regla que debe ser respetada, sin excepción alguna: *“Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas”²*. Esto quiere decir, que la regla es la capacidad y sólo puede ser restringida la misma mediante una declaración judicial.

Asimismo, el art. 7 de la LSM enumera un abanico de derechos con la finalidad de reafirmar que se debe partir que las personas con discapacidad y con capacidad restringida declarada son sujetos de derechos, no objetos de protección, siendo primordial reconocer y hacer efectivos los mismos en todos los ámbitos de la vida social, incluido el ámbito jurisdiccional.

De esta manera, estamos ante un nuevo paradigma que rige la materia conocido como el modelo social de la discapacidad.

La reforma tiene un gran impacto en la materia en el sentido de que *“se pasa de un modelo de sustitución en la toma de decisiones a un modelo de apoyo en la toma de decisiones”³*. El CCyC se aparta del instituto regulado por Vélez Sarsfield que adopta el llamado modelo biológico que equiparaba la figura jurídica de la incapacidad a la existencia de una enfermedad. También deja de lado, el sistema instaurado por la reforma de la Ley nº 17.711 que recepciona el denominado modelo biológico / jurídico, para llegar a un modelo superador con la norma vigente, que introduce el modelo social, que brinda una visión contextual de la persona con discapacidad o con algún padecimiento mental o adicción.

¹ Ley Nacional de Salud Mental Nº 26.657. Derecho a la Protección de la Salud Mental. Disposiciones complementarias. Derógase la Ley Nº 22.914. Sancionada: Noviembre 25 de 2010. Promulgada: Diciembre 2 de 2010. En línea <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/175977/norma.htm>

² Ley Nacional de Salud Mental Nº 26.657. Derecho a la Protección de la Salud Mental. Disposiciones complementarias. Derógase la Ley Nº 22.914. Sancionada: Noviembre 25 de 2010. Promulgada: Diciembre 2 de 2010. En línea <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/175977/norma.htm>

³ Código Civil y Comercial Comentado. Director Ricardo Luis Lorenzetti. Tomo I. Rubinzal – Culzoni Editores. Primera Edición. Año 2.014 Página 32

“El modelo social de la discapacidad... considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son religiosas, ni científicas, sino que son preponderantemente sociales, y que las personas con discapacidad pueden aportar a las necesidades de la comunidad en igual medida que el resto de las personas, pero siempre desde la valoración y el respeto de su condición de personas y de la diversidad”⁴.

Este es el modelo que compartimos y el que es receptado por el CCyC que regula el instituto de la capacidad restringida y declaración de incapacidad con una mirada puesta en los derechos humanos, tales como libertad, igualdad, dignidad, fomentando la inclusión sin discriminación alguna. *“...Apunta a la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propia vida, y para eso se centra en la eliminación de cualquier tipo de barreras, a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades”⁵.* Considera que las causas que originan la discapacidad no son propias de la persona, sino del ambiente, es decir, las limitaciones son las de la sociedad para prestar servicios adecuados universales y con ajustes razonables para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social.

“Pasamos de un sistema que pretende controlar que la persona no se dañe ni dañe a sus bienes a un sistema que procura que pueda gozar del mejor modo de y con la mayor plenitud sus derechos como persona, individuo y ciudadano...”⁶.

“... La normativa vigente limita la declaración de incapacidad a un supuesto de excepción... prácticamente reemplaza la declaración de incapacidad por la declaración de capacidad restringida, donde la persona

⁴ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378) Comentada. Pablo O. Rosales (Compilador). Editorial AlbeledoPerrot. Buenos Aires. Año 2012. Página 156

⁵ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378) Comentada. Pablo O. Rosales (Compilador). Editorial AlbeledoPerrot. Buenos Aires. Año 2012. Página 157

⁶ S.I.A. S/ PROCESO SOBRE CAPACIDAD". Dra. Revsin Neral Roca. Fecha: 25 de marzo de 2015. Expte: A-2RO-16-F11-13. En línea

http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/comunicacionjudicial/index.php?option=com_content&view=article&id=3449:jueza-de-familia-resolvio-en-proceso-judicial-sobre-capacidad-juridica-de-una-joven&catid=90:2da-circunscripcion&Itemid=107

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 la restricción 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...”⁷.

II.- REGULACION DE LA RESTRICCIÓN DE CAPACIDAD Y DECLARACION DE INCAPACIDAD EN EL CCYC

El art. 31 del CCyC establece las reglas generales y los principios substanciales del instituto de la restricción jurídica de la capacidad: *“a. la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume...; b. las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona; c. la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario...; d. la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión; e. la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada...; f. deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades”.*

Se puede afirmar que el art. 32 del ordenamiento de fondo es la columna vertebral que rige el instituto. Reglas tales como que la capacidad se presume siempre con independencia de cualquier característica personal o diagnóstico, que las restricciones tienen carácter excepcional y siempre en beneficio de la persona y en los casos determinados en el Código, la intervención tiene que ser interdisciplinaria, que el interesado tiene derecho a recibir información y tiene derecho a ser oído y contar con abogado, así como que deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades, dan cuenta que las personas con capacidad

⁷ “S.O.S/INSANIA” N° 202/15. Fecha: 18 de agosto de 2015. Juzgado de 1º Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral. Monte Caseros – Corrientes. Magistrados: Ferreyra. En línea <http://www.saij.gob.ar/juzgado-1ra-inst-civil-comercial-laboral-local-corrientes-so-insania-fa15210012-2015-08-18/123456789-210-0125-1ots-eupmocsollaf>

restringida son capaces por regla, aunque se trate de personas con discapacidad o se encuentren internada en un establecimiento asistencial.

En el supuesto de la capacidad restringida, hay dos requisitos indispensables conforme se desprende del art. 32 del CCyC “... *persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad ...*” y como otro extremo es que esa adicción o alteración “*puede resultar un daño a su persona o a sus bienes...*”. En estos casos, el juez debe detallar los actos en los que se restringe la capacidad, así como las funciones del sistema de apoyo que puede ser una persona o más de acuerdo a las circunstancias del caso y de la persona, que tienen la función de “*promover la autonomía y favorecer las decisiones... de la persona protegida*”⁸.

Por su parte, la declaración de incapacidad se reserva para el caso excepcional de que “*la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyo resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador*”, habiéndose agotado la posibilidad de modo, medio o formatos alternativos. Este extremo que debe corroborarse es necesario, pero no suficiente, a este requisito debe sumársele la ineficacia de los apoyos o del sistema de apoyo, por lo que es indispensable la designación de un curador y es en este único caso que se justifica el sistema de la representación.

De esta manera, hay dos figuras la del curador y la del apoyo. En el caso del curador su principal función es cuidar la persona y los bienes del incapaz con el objeto de que recupere su salud. Los recursos de estas personas deben ser destinadas a la recuperación y mejora del interesado. En cambio, el apoyo no desplaza a la persona del total ejercicio de sus derechos. Asimismo, en este caso la figura está pensada para brindar soluciones tanto en el ámbito patrimonial, como en el personal.

⁸ Art 32 del Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 Aprobación. Sancionada: Octubre 1 de 2014. Promulgada: octubre 7 de 2014. En línea <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

Por su parte, el art. 33 introduce una novedad al enumerar los legitimados para solicitar la declaración de incapacidad o capacidad restringida, siendo el primero, el propio interesado. De esta manera, se refuerza la idea de “parte” de la persona a la que se restringe su capacidad, quien es, en definitiva, protagonista del presente proceso pensado y destinado solo en su propio beneficio, potenciando sus derechos y libertades. Así, el propio interesado tiene que contar con asistencia jurídica, formar parte activa del procedimiento, aportar pruebas que hacen a su defensa, conforme lo ratifica el art. 36. El art. 33 establece que *“están legitimados para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida: a. el propio interesado; b. el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado; c. los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado; d. el Ministerio Público”*⁹.

Por otro lado, a lo largo del procedimiento, el Código faculta al juez a ordenar las medidas cautelares que estime necesarias a fin de garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona protagonista del proceso., conforme lo establece el art. 34.

El art. 35 señala que debe comparecer la persona protagonista del proceso, juntamente con el pretense apoyo o curador, cada uno con sus respectivos abogados/as y un representante del Ministerio de Menores e Incapaces a una audiencia ante el Juez que entiende la causa. En los casos, que la persona no pueda trasladarse a fin de llevarse a cabo el llamado “examen de visu”, la o el Titular del Juzgado deberá constituirse en el domicilio en el que se encuentra el interesado en compañía del Ministerio de Menores y los letrados intervinientes. Esta entrevista personal con el juez o jueza es de vital importancia en el procedimiento. El art. 35 del CCyC es muy

⁹ Art. 33 del Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 Aprobación. Sancionada: octubre 1 de 2014. Promulgada: octubre 7 de 2014. En línea <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

claro al estipular que *“el juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente...”*¹⁰.

Con respecto al contenido de la sentencia de fondo en este tipo de procedimientos, el art. 37 establece que *“la sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso: a. diagnóstico y pronóstico; b. época en que la situación se manifestó; c. recursos personales, familiares y sociales existentes; d. régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible. Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario”*¹¹.

A esto se suma que, conforme art. 38 del CCyC *“la sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación”*¹².

*“Es al momento de dictarse sentencia que el juez designa el o los apoyos y, “caso por caso”, identifica el objeto del encargo y los actos en los que ellos tienen como función ayudar a la persona a decidir por sí misma, promoviendo su capacidad natural y fomentando su autonomía personal”*¹³.

Otro de los avances trascendentales en esta materia, es la reevaluación de las personas a las que se les restringe la capacidad o se

¹⁰ Art. 35 del Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 Aprobación. Sancionada: octubre 1 de 2014. Promulgada: octubre 7 de 2014. En línea

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

¹¹ Art. 37 del Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 Aprobación. Sancionada: octubre 1 de 2014. Promulgada: octubre 7 de 2014. En línea

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

¹² Art. 38 del Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 Aprobación. Sancionada: octubre 1 de 2014. Promulgada: octubre 7 de 2014. En línea

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

¹³ “GSE s/ DETERMINACION DE LA CAPACIDAD”. Fecha: 23 de agosto de 2016. Cámara Nacional Civil, Sala J. En línea <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/08/G-S-E-s-DETERMINACION-DE-LA-CAPACIDAD.pdf>

declara su incapacidad. En ese sentido, y con perspectiva en derechos humanos se estima que la persona puede mejorar en su salud y progresar. En el ordenamiento anterior era impensable que estas personas tengan que ser reevaluadas. El art 40 prescribe que *“la revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado... la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado. Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial...”*¹⁴.

*“La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancia del interesado... Es decir, actualmente se determina un concreto derecho de revisión. Ello en favor del acceso a la justicia por parte de la propia persona y el derecho a la defensa de su capacidad jurídica, posibilitando de esa manera la revisión y, en su caso, modificación, de acuerdo al cambio de aquellas condiciones originarias en relación a la persona con capacidad restringida o a quien se le ha declarado la incapacidad... no siendo necesario la comprobación de un diverso estado al originario ni invocar un justificativo que promueva la revisión, siendo suficiente el solo derecho reconocido...”*¹⁵.

En cuanto a los efectos de la sentencia, el art 39 es claro al afirmar que produce efectos contra terceros a partir de la inscripción en la marginal del acta de nacimiento en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. *“Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con*

¹⁴ Art. 40 del Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 Aprobación. Sancionada: octubre 1 de 2014. Promulgada: octubre 7 de 2014. En línea <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

¹⁵ “P.E.R. S/ PROCESO SOBRE CAPACIDAD”. Fecha 05 de noviembre de 2015. Número de sentencia 66. Viedma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro. En línea http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/jurisprudencia/ver.protocolo.php?id=69046&txt_nro_expediente=&txt_caratula=&cbo_desde_dia=1&cbo_desde_mes=1&cbo_desde_anio=1990&cbo_hasta_dia=7&cbo_hasta_mes=5&cbo_hasta_anio=2999&txt_nro_sentencia=&cbo_tipo_sentencia=-1&txt_sentencia=&cbo_organismo=-1

*posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas*¹⁶, conforme lo prescripto por el art. 44 del CCyC.

Por su parte, de acuerdo a lo establecido por el art. 45 *“los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos: a. la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b. quien contrató con él era de mala fe; c. el acto es a título gratuito”*¹⁷.

Por último, así como la restricción de la capacidad fue ordenada por un juez previo examen de visu y un examen interdisciplinario, la legislación actual tiene estipulado no sólo la reevaluación de la misma, sino además su cese, conforme art. 47

V.- CONCLUSION: PRINCIPIOS ESENCIALES ANTE UNA REFORMA PROCESAL

No cabe duda, que la normativa de fondo recepta los principios de los tratados internacionales y de la LSM con una nueva perspectiva en derechos humanos sobre esta materia, estableciendo reglas procesales claras tales como personas legitimadas para iniciar el proceso, facultades y deberes judiciales, el sistema de apoyo, contenidos de la sentencia, entre otros que no debe perder de vista un código procesal que regule la materia.

No obstante, estimo pertinente y esencial una reforma en el código procesal en la provincia de Tucumán, así como en las provincias en donde sea necesario, ya que hay cuestiones esenciales en la actualidad que no se llevan adelante, como por ejemplo, garantizar la asistencia jurídica de la persona de que se le va a restringir la capacidad, las reevaluaciones de oficio, la enumeración taxativa de los actos a los que se restringe la capacidad.

¹⁶ Art. 44 del Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 Aprobación. Sancionada: octubre 1 de 2014. Promulgada: octubre 7 de 2014. En línea

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

¹⁷ Art. 45 del Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 Aprobación. Sancionada: octubre 1 de 2014. Promulgada: octubre 7 de 2014. En línea

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

En materia de capacidad restringida y de declaración de incapacidad como excepción, cabe destacar que el código de fondo vigente ratifica la obligación de los jueces a decidir razonablemente. No sólo deben decidir razonablemente, sino que esa decisión debe estar fundada. En caso contrario, esa decisión será arbitraria.

Un nuevo código de procedimiento debe establecer que los procedimientos en esta materia sean ajustados de manera de lograr un mejor acceso a la justicia de las personas con discapacidad, y facilitar la comprensión y realización de los trámites, conforme lo indican los tratados internacionales referidos a la materia, el CCyC, la ley de Salud Mental y las Cien Reglas de Brasilia, con los ajustes razonables y accesos universales en el procedimiento.

Un código de procedimiento actualizado sería fundamental para que las personas que son parte en este proceso puedan ejercer sus derechos con todas las garantías del debido proceso, siendo un limitador para el juez como director del proceso y en la toma de sus decisiones.

Este inminente código procesal tampoco puede perder de vista plazos, los informes interdisciplinarios que se deben llevar adelante, así como los recursos para interponer contra la sentencia que restringe la capacidad.

Por último, no hay que perder de vista, que el nuevo paradigma busca rescatar la capacidad en vez de acentuar las discapacidades, la regla es la capacidad y en caso de restricción de la capacidad, que esa restricción sea lo menos restrictiva de la capacidad. Un código de procedimiento no puede dejar de lado esta visión.