

La determinación de la capacidad jurídica, principios y procesos

POR RUBÉN MARCELO GARATE (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los principios de la determinación de la capacidad.— III. Incapacidad o capacidad restringida.— IV. El proceso en la Provincia de Buenos Aires.— V. Aspectos críticos.— VI. Reglas procedimentales.— VII. Novedades en las legitimaciones.— VIII. Medidas cautelares.— IX. El principio de inmediación.— X. La sentencia judicial: aspectos específicos.— XI. Control de convencionalidad.— XII. El apoyo.— XIII. Una sentencia que debe ser inscripta.— XIV. Interdisciplinariedad y la posible rehabilitación.— XV. Los derechos de las personas con capacidad restringida.— XVI. La capacidad y el derecho sucesorio.— XVII. Conclusión.— XVIII. Bibliografía.

Resumen: el problema de la capacidad jurídica es un tema muy amplio. Nos podemos preguntar cuando se adquiere o cuando se pierde. A partir de la incorporación de las Convenciones Internacionales en materia de discapacidad, comenzamos a hacernos otras preguntas. ¿Cuándo se limita? ¿Por qué limitar su ejercicio? ¿Es posible establecer límites? Muchas otras preguntas que merecen una respuesta. Pero como siempre, estas respuestas en el mundo del Civil Law salen de la norma. Este trabajo pretende adentrarse en los problemas centrales de la determinación de la capacidad, teniendo en cuenta el nuevo paradigma que se impuso a partir de la reforma del Código Civil.

Palabras claves: capacidad - restricción - incapaz

Determination of capacity, principles and processes

Abstract: *the issue with juridical capacity is a very extensive topic. We can question ourselves when it is acquired or when it is lost. With the incorporation of the international conventions in matters of disability, we begin to ask ourselves other kinds of questions. When is it limited? Why is its exercise limited? Is it possible to establish any limits? And many other questions that deserve an answer. But, as usual,*

(*) Prof. en Filosofía y Ciencias de la Educación. Abogado. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho de Familia. Prof. de Introducción al Derecho y de la Maestría de Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP.

these answers in the world of civil laws, escape the norm. This work aims to delve on the main problems of the determination of the capacity, taking into account the new paradigm that was imposed from the reform of the civil code.

Keywords: *capacity - restriction - incapacity*

I. Introducción

El problema de la capacidad jurídica es un tema muy amplio. Nos podemos preguntar cuando se adquiere o cuando se pierde. A partir de la incorporación de las Convenciones Internacionales en materia de discapacidad, comenzamos a hacernos otras preguntas. ¿Cuándo se limita? ¿Por qué limitar su ejercicio? ¿Es posible establecer límites? Muchas otras preguntas que merecen una respuesta. Pero como siempre, estas respuestas en el mundo del Civil Law salen de la norma. Este trabajo pretende adentrarse en los problemas centrales de la determinación de la capacidad, teniendo en cuenta el nuevo paradigma que se impuso a partir de la reforma del Código Civil. Para ello, es necesario que tengamos presente los principios fundamentales que rigen la capacidad, que pueden ser señalados de la siguiente manera: a) la capacidad y su ejercicio son presupuesto en todos los casos; b) la intervención de un equipo interdisciplinario que permita una evaluación integral; c) la adopción de apoyos, es una herramienta para mejorar la autonomía de las personas discapacitadas; d) la sentencia es una norma individual, que personaliza límites específicos. Bajo este paradigma, fijado por estos principios intentamos introducirnos en la problemática de la determinación de la capacidad, en integrarlo con las cuestiones procesales específicas en el ámbito de la Provincia de Buenos Aries.

II. Los principios de la determinación de la capacidad

Debemos iniciar nuestra exposición afirmando que, la regulación sobre la capacidad de las personas que establece el Código Civil y Comercial se funda en el principio general del reconocimiento de la capacidad. En este sentido podemos decir que la regla es considerar que toda persona es capaz, y que lo excepcional es la incapacidad, la que debe ser expresamente limitada por una declaración judicial. No obstante ello, la incapacidad nunca puede ser total, porque siempre somos titulares de derechos, y estos pueden ser ejercidos en la medida de las posibilidades que cada persona pueda desarrollar.

Recordemos que el Código de Vélez Sarsfield distinguía entre la capacidad de derecho y capacidad de hecho, o mejor dicho, entre ser titular de derechos y poder ejercerlos. La nueva redacción del Código Civil y Comercial mantiene esta clasificación. Establece que la capacidad de derecho, solo puede limitarse parcialmente,

reconociendo que toda persona es sujeto de derecho. Por lo tanto, todos tenemos derechos, pero según la edad o la capacidad, estos disminuyen o aumentan. Podemos gozar, en un primer momento de algunos derechos, hasta que al lograr la mayoría y obtener la totalidad de ellos. No obstante, en algunas circunstancias la edad no es limitativa, como cuando un niño o joven debe ser oído, ya que el Código incorporar el concepto de capacidades progresivas. Permitiendo comprender la situación del niño, niña o adolescente, desde su propia situación, instalando el paradigma de la comprensión del otro desde el otro y no de un tercero ajeno a su realidad existencial (D'Albano, 2015: 82).

La incapacidad de derecho tiene que ver con el impedimento de la realización de determinados actos, que impliquen adquirir obligaciones, un buen ejemplo de ello, es la limitación para la celebración de un contrato. Otro de los principios jurídicos que subyacen en el Código, además del reconocimiento de la capacidad, es el resguardo de la autonomía personal. Esto no es otra cosa que empoderar a las personas que padecen alguna forma de discapacidad, no para que tengan un tratamiento como personas especiales, sino que se los considere como personas “normales” con necesidades específicas. El Código pretende que la persona pueda desarrollar plenamente aquellas actividades, para las que se le reconoce plena capacidad, estableciendo de forma específica aquellas otras para las que requiera de un apoyo o un sistema de apoyo. Lo que se procura resguardar es la autonomía personal, como así lo establece expresamente en el artículo 23, cuando al referirse al ejercicio de la capacidad nos dice: “(...) toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”.

La capacidad de hecho se define como la aptitud para poder obrar y ejercer determinados derechos. Su limitación, solo encuentra sustento en la posible vulneración de derechos en la que se encuentran las personas menores de edad y las personas que padecen alguna afección en su salud mental. En principio, el derecho, recurre a los progenitores, tutores o curadores, para que los representen, tendiendo a la protección de la persona frente a terceros. El artículo 24 inc. c) del CCiv. y Com. establece con relación al ejercicio de los actos jurídicos que *la persona declarada incapaz mediante una sentencia judicial, tiene una restricción en la extensión dispuesta en esa decisión*. La solución a esta situación y a otros casos de restricciones, viene dada con la representación del padre, tutor o curador (Bariffi, 2016: 1). La incapacidad de hecho, implica una limitación al ejercicio de determinados actos. Debemos tener en cuenta que, no se impide aquellos actos que tengan que ver con su realización, sino específicamente aquellos que tienen que ver con la ejecución. El ejercicio de la capacidad tiene las excepciones que la norma establece. Ello se encuentra en consonancia con lo establecido por el artículo 12 de la CDPD que establece igual reconocimiento como personas ante la ley y

especifica en su inc. 1 que los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. Es que para la convención, el principio es la capacidad y la restricción solo es excepcional. Por ello, se le debe asegurar defensa de su ejercicio, como así se encuentra asegurado por el derecho internacional de los derechos humanos, del cual la convención internacional forma parte (Budich y otros, 2015: 1). Bien cabe destacarse que desde el 6 de junio de 2008 se encuentra aprobada por la ley nacional 26.378 que cuenta con jerarquía constitucional en los términos del artículo 75, inc. 22 Constitución Nacional (CN), según lo establece la ley 27.044.

Tanto en el régimen anterior, como en la regulación actual, consideraron que nadie puede dejar de ser considerada como persona humana, más allá que no puede realizar todos o algunos actos jurídicos que le son propios. Sin embargo, a la luz de la normativa internacional, este principio de la personalidad, tiene una proyección jurídica importante en su exégesis, atento que toda persona tiene derecho a ser oído y poder expresar su opinión; como así también, a participar en el proceso judicial de determinación de su capacidad, con su propia representación legal.

En la sección tercera del Código se comienza a hablar de las restricciones a la capacidad. Es el artículo 31 del CCiv. y Com. el que establece los principios generales que dan le fundamento de toda la regulación de esta institución. Así se establece:

1. La capacidad siempre se presume (en principio todos somos capaces; salvo que se pruebe lo contrario).
2. La limitación de la capacidad es excepcional (por lo tanto hay que individualizar cada caso).
3. Su determinación supone un enfoque multidisciplinario y no solo legal (es una cuestión jurídica fundada en un análisis interdisciplinario).
4. La persona involucrada tiene derecho de ser informada (Kant sostenía que, las personas son fines en sí mismos. Por lo tanto nadie puede ser tratado como una cosa, sobre la cual se dispone graciosamente).
5. Debe participar en el proceso, contando con asistencia letrada (en tanto que el derecho internacional de los derechos humanos, ha establecido como principios jurídicos procesales el derecho a ser oído, el acceso a la justicia, y la defensa en juicio).
6. La opción debe ser la menor restricción de sus derechos (porque cada restricción se correlaciona con un apoyo).

La enunciación de estos principios se vincula con el nuevo paradigma, aportado desde la reforma del Código. Dicho paradigma, encuentran entre su fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos, que con la aprobación de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, dictada por la OEA en el año 2000, aprobada por la ley nacional 25.280. Así también, con el dictado de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en este caso elaborada por la ONU y como ya dijimos, aprobada por la ley 26.378. A partir de estas normas internacionales, los derechos de las personas con discapacidad, se encuentran enmarcadas dentro de los derechos humanos, desde donde deben ser interpretados y entendidos. Esta perspectiva fue tenida en cuenta cuando en nuestro país se dictó en el año 2010 la ley de salud mental 26.657, que pretendió plasmar a nivel nacional, esta normativa internacional sobre los derechos humanos, poniéndose en sintonía con los principios establecidos con las Naciones Unidas. Que en su artículo 1 de la CDPD establece que el propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno, en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, promoviendo el respeto de su dignidad (Bariffi, 2016: 2).

No por nada, uno de los principios de la norma nacional, tiene que ver la afectación de la menor cantidad de derechos. Este principio es concordante con la idea de pensar la restricción, solo en beneficio de la persona discapacitada. Esta vinculación entre el derecho internacional y el derecho nacional, se puede apreciar en el cambio de perspectiva que presenta el Código Civil y Comercial. Porque, la declaración de incapacidad nunca se puede aplicar de forma general, sino que se debe indicar cuáles serán las concretas limitaciones que se impondrán a la persona, justificando dicha decisión. En igual sentido se expresa la ley 26.657 que dice en su artículo 3 “se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas”. Por lo que toda restricción implica un proceso de conocimiento, en el que se pruebe la situación de excepción, a fin de conformar un criterio legal objetivo, sobre la base del informe presentado por los facultativos, especialistas en la materia.

Si bien la cuestión de fondo tiene que ver con un tema médico psiquiátrico, también es necesario considerar aspectos psicológicos, sociales, económicos, biológicos y culturales. Por eso el Código, entiende la necesidad de abordar el problemática de forma interdisciplinaria, porque la salud mental, no sólo es un problema médico en el que se encuentra en riesgo la salud, sino que también, a raíz de este padecimiento la persona se encuentra vulnerable en los distintos ámbitos de la vida social. En estos casos no puede faltar la presencia del Estado, así lo entiende la CDPD en su artículo 26 cuando dice que:

“(…) los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas”.

III. Incapacidad o capacidad restringida

El artículo 32 del CCiv. y Com. señala la puerta de entrada a la incapacidad. Dicho así puede sonar muy determinante y hasta temerario. Bien hemos indicado que, la restricción al ejercicio de la capacidad, es excepcional y que su fin es la protección de los derechos de la persona. Sin embargo sabemos de la existencia de enfermedades mentales imposibles de revertir, en tanto que afectan la salud de forma permanente, extinguiendo toda expectativa de recuperación. En estos casos el Código Civil y Comercial entiende que cuando no basta brindar un sistema de apoyo, para quien no puede desempeñarse por sí mismo. Si necesita una mayor ayuda. La norma faculta al juez a reconocer la incapacidad y designarle un curador que lo represente, para todos los actos de la vida civil (Bariffi, 2016: 5).

El primer requisito para determinar la capacidad de la persona tiene que ver con la edad. La ley establece, que se debe ser mayor de 13 años. Este límite de edad se encuentra en sintonía con lo establecido en el artículo 25 y 26 del CCiv. y Com. que considera adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años. Se presume que tiene aptitud para decidir por sí mismo sobre los tratamientos de salud, que no pongan en riesgo grave su vida o su integridad física. También puede prestar consentimiento con la asistencia de sus progenitores, siempre que el profesional de la salud o especialista médico le explique o le informe su opinión sobre las ventajas y riesgos del acto médico.

El segundo requisito tiene que ver con el padecimiento de una enfermedad o una adicción, permanente o prolongada de suficiente gravedad. En el caso de la adicción debe ser entendida, como la dependencia a una sustancia o la realización de una actividad nociva para la salud o el equilibrio psíquico. Se requiere que tenga cierta continuidad, y que se produzca sin límite de tiempo, provocando un riesgo a la salud. Definimos a la adicción como la conducta habitual, que determina la voluntad de la persona, de tal forma que se requiere de la ayuda externa para poder modificarlo.

El tercer requisito tiene que ver con la afectación de la plena capacidad, en la medida que se ve afectado su relación con su entorno. La declaración de “capacidad restringida” supone la imposibilidad de manejarse por sí mismo, porque el padecimiento impide tener plena conciencia de sus actos y de las consecuencias de estos. Esta dificultad provoca que se encuentre en una situación de vulnerabilidad, que pudiera perjudicarlo de algún modo. La evaluación del posible riesgo, con relación a su persona y/o patrimonio, debe ser considerado por el juez dentro del proceso de capacidad. El efecto que provoca esta declaración, es la designación de un sistema de apoyo, según las necesidades de la persona. Estos apoyos que se le designen, tienen como finalidad apuntalar la voluntad del causante, promoviendo decisiones favorables a su persona.

No obstante, si alguien necesita una mayor contención, porque se encuentra en un estado de imposibilidad absoluta, requiriendo una contención que exceda las posibilidades que pueda brindarle un sistema de apoyo, porque su relación con su entorno es casi nula. Es posible, según nos señala el cuarto párrafo del artículo 32 del CCiv. y Com. que, para estos casos, se permita el nombramiento de un curador que lo represente para todos los actos de la vida civil, pudiendo tomar decisiones por la persona incapacitada. Situación que debe ser corroborada obviamente por un informe interdisciplinario, que establezca un diagnóstico médico, que permita aportar un criterio suficientemente objetivo. Esta posibilidad apunta a brindar una solución aceptable, a la persona que padece una gravedad de la enfermedad, que afecta la posibilidad de tomar, todo tipo de decisión por sí misma, para lo que resulta infructuoso contar solamente, con un sistema de apoyo (Mendiondo y otro, 2016: 3).

IV. El proceso en la provincia de Buenos Aires

En el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires encontramos a partir del artículo 618 los distintos pasos procesales para la declaración de “demencia” dentro del proceso del proceso de incapacidad. Esto nos permite pensar que lejos ha quedado el derecho procesal del nuevo paradigma, por lo cual una reforma en materia procesal nos urge permanentemente.

Ahora bien, el Código Procesal establece, que la solicitud ante el juez debe realizarse exponiendo los hechos que fundamentan el pedido. Acompañando en este caso dos certificados médicos, que acrediten el estado de salud mental y su peligrosidad. Es interesante pensar las lecturas que se pueden hacer del concepto de “peligrosidad”. En este sentido lo peligroso es lo que debe ser aislado para que no perjudique al resto, ni se perjudique a sí mismo. En el fondo lo peligroso tiene que ver con la salud mental, entendiendo que es de por sí, que es peligroso quien tenga

un padecimiento mental, antes que una persona que necesita algún tipo de ayuda. Si pensamos en la redacción del artículo 42 del CCiv. y Com. nos habla de conductas “riesgosas”, para sí y para terceros, resaltando con esta conceptualización de la situación de vulnerabilidad que se puede encontrar una persona con dificultades mentales, quien también puede poner en riesgo la vida o la salud de otros, por su padecimiento en su salud.

V. Aspectos críticos

Ahora bien, la normativa nacional, pretende asegurar la mayor autonomía de las personas con padecimientos mentales. Este criterio, es una de las claves para entender, no solo como opera el nuevo paradigma, sino también, para entender la intención del codificador cuando estableció el articulado que hoy nos rige. El artículo 12 de la CDPD establece reglas en materia de capacidad jurídica, que impone la necesidad de una revisión de las normas civiles sobre el ejercicio de la capacidad. Dentro de este contexto de cambios de paradigma hay que ubicar la ley 26.657 de Salud Mental, que marcó una modificación significativa, al introducir el artículo 152 *ter* que obligaba a personalizar en las sentencias las funciones y actos que se limitan, a contar con una evaluación interdisciplinaria y revisar las sentencias cada tres años (Kemelmajer y otros, 2015: 1).

Se puede cuestionar que el Código Civil y Comercial de la Nación, se mete a regular aspectos netamente procesales, desconociendo que la legislación en materia de procedimiento, es una facultad no delegada por las provincias al gobierno nacional (artículo 121 de la CN). Atento que las provincias en forma exclusiva pueden dictar su propio derecho público, procesal y adjetivo. Estas atribuciones son remanentes de las atribuidas al gobierno federal, se formulan de manera tácita o expresa, *a contrario sensu*, de los denominados poderes prohibidos (Quiroga Lavié, 2009: 993). Si bien, la crítica resulta ser aguda, en beneficio de nuestros codificadores, debemos decir que la propia Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, señala en su artículo 4 inc. “b” que es obligación de los Estados, “tomar todas las medidas pertinentes, incluidas las medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”. Fundamento suficiente, para pensar una legislación nacional que asegure todos los derechos enunciados en la convención internacional, como por ejemplo el de acceso a la justicia. En consecuencia, resulta necesario, un conjunto de normas generales básicas que puedan ser aplicables en todo el territorio del Estado, garantizando la aplicación uniforme de los derechos convencionales, que poseen rango constitucional (artículo 75 inc. 22), y rigen para toda la nación (Converset, 2015: 53).

VI. Reglas procedimentales

Podemos comenzar enunciando los principios procesales, que se encuentran sustentados por la normativa establecida en el Código Civil y Comercial que regula este instituto y que rigen las prácticas judiciales de la determinación de la capacidad, de la siguiente forma:

1. Se presume que toda persona tiene capacidad, salvo que una sentencia los restrinja, la cual debe establecer específicamente, para que tipo de actos existen limitaciones.
2. La persona que tenga posibilidades de tener una limitación a su capacidad es parte del proceso y debe tener representación letrada, asegurándose la posibilidad de ser oído y el acceso a la justicia.
3. La declaración judicial en la que se determina de la capacidad jurídica encuentra fundamento en los informes interdisciplinarios producidos y en la restante prueba aportada por las partes, a fin garantizándose el debido proceso.
4. Si se prueba que existen limitaciones en la capacidad hay que designar un sistema de apoyo, pudiéndose nombrar a una persona o más de una, para que asuma formalmente su colaboración.
5. El juez debe tener contacto con el causante y entrevistarlo, concretando la intermediación judicial que debe existir en este proceso.
6. La sentencia, no hace cosa juzgada, sino que debe ser revisada periódicamente, realizando un nuevo examen interdisciplinario.

Todos estos principios resultan importantes porque la forma de hacer razonable las decisiones, depende de su grado de aceptabilidad. Esto tiene que ver con el mayor o menor apego a las normas que se produce en la acción discursiva emprendida en el dictado de la sentencia. En ella se intenta desarrollar un conjunto de argumentos, sobre los cuales se apoya su justificación.

La pretensión de racionalidad del discurso busca legitimar una decisión. Se intenta expresar un conjunto de argumentos jurídicos, que surgen de la valoración de las acciones particulares (Arnio, 2003: 231). En esta perspectiva es indispensable entender que toda norma del ordenamiento, tiene un carácter estratégico que es necesario conocer si se ejerce la función jurisdiccional. Nuestra capacidad se pone en juego, cuando las normas establecen objetivos jurídicos (Ciuro Caldani, 2005: 30).

La existencia de derechos y garantías procesales con plena vigencia es una tarea específica del poder jurisdiccional, cuando pretende aplicar la ley para cada caso particular. Esto se transforma en un criterio de *corrección*, que permite darle fundamento a la decisión judicial (Alexy, 1984: 2). En este sentido Dworkin sostiene que la ley es una empresa que descansa en la coordinación de los esfuerzos del individuo y la comunidad. El mejor sentido político de un cuerpo normativo solamente se encuentra en el servicio que este presta (Dworkin, 1997: 168).

Dentro del ordenamiento jurídico podemos encontrar reglas de carácter obligatorio. En este caso el Código Civil y Comercial, nos ofrece un conjunto de reglas formalmente válidas, que intentan optimizar el proceso judicial. Señalan un conjunto de aspectos fácticos que deben producirse, a fin de reunir los medios aptos y acciones alternativas, para alcanzar el objetivo propuesto por el legislador. En este sentido, podemos afirmar que los derechos humanos, de las personas con discapacidad, se comportan como principios jurídicos, que animan y dan sentido a la legislación. Porque lo que se pretende es logra su plena eficacia, con el señalamiento de estas normas procedimentales.

VII. Novedades en las legitimaciones

Como todo proceso judicial, la determinación de la capacidad se fundamenta en la premisa que toda persona que se encuentra legitimada para poder iniciarlo, tiene derecho a participar nombrando a su abogado. En estos procesos de determinación, esta premisa se encuentra asegurada explícitamente, en el artículo 31 del CCiv. y Com. inc. e), cuando establece la participación activa del causante, debiendo nombrar un abogado que lo represente, y que según el caso, el Estado se le debe proporcionar patrocinio gratuito, si carece de medios económicos suficientes. No obstante debemos hacer la salvedad que esta regla general, no solo enmarca una cuestión procesal, sino que se relaciona con los principios de *defensa en juicio* y de *acceso a la justicia*.

Los legitimados para poder realizar el trámite de determinación de la capacidad son quienes se encuentran enumerados en el artículo 33 del CCiv. y Com. la novedad, está dada, por la posibilidad que el propio causante, pida su propia restricción a la capacidad. Esta innovación que trae el artículo 33 inc. a) del CCiv. y Com., lo que se vincula por un lado, con el derecho de igual reconocimiento ante la ley y el derecho de acceso a la justicia. Asimismo, tienen su correlato, en los artículos 12 y 13 de la CDPD. Por otro lado, el artículo 36 del CCiv. y Com. establece que la intervención del interesado en el proceso, es como parte del mismo, pudiendo aportar todas las pruebas hagan a su defensa.

El cónyuge también puede solicitar la determinación del otro poniéndose en este caso como condición, que no se encuentre separado de hecho, ya que se tiene en cuenta en estos casos, que los efectos de la sentencia de divorcio se retrotraen a la fecha de separación. En el caso de los convivientes, pueden pedirlo mientras continúen con la convivencia, manteniendo esta condición de que no se produzca durante la separación. Todo esto resulta, lógico sobre todo si tenemos en cuenta que luego de la separación, pueden existir intereses contrapuestos y que el apoyo debe velar por el cuidado del causante.

En cuanto la legitimidad de los parientes se tomó como límite los que se encuentren en el cuarto grado de consanguinidad y el segundo grado de afinidad. Concordante con lo establecido en el artículo 2438 que, al referirse a la sucesión, determina a falta de descendientes, ascendientes y cónyuge, heredan al causante, las personas con capacidad restringida o los curados, como los parientes colaterales hasta el cuarto grado inclusive, en tanto que tienen vocación hereditaria. No obstante con relación al deber alimentario el artículo 537 menciona en el inciso c) que los hermanos bilaterales y unilaterales tienen esta obligación y los parientes afines se deben alimentos si están vinculados en línea recta en primer grado (artículo 538). En este sentido podríamos entender que le codificador consideró, que tanto los posibles herederos, como quienes tienen obligación alimentaria pueden tener interés en la declaración de incapacidad, ya sea en procura del patrimonio de este o por la obligación que tienen para con él.

Siguiendo la línea trazada por el Código de Vélez, también en la actual redacción, le reconoce legitimidad al Ministerio Público, resultando en cabeza de la Asesoría de Menores e Incapaces el inicio de las actuaciones. El artículo 103 del CCiv. y Com. reconoce su actuación tanto en los casos de las personas incapaces, como de quienes tengan una capacidad restringida, y también en los casos que requieran un sistema de apoyo, dándose intervención en estos casos a la Curaduría de Alienados. La intervención del Ministerio Público, es tan necesaria, que su ausencia en el proceso acarrea la nulidad relativa del mismo, en la medida que puede ser subsanada posteriormente, en la medida que siendo advertida antes del dictado de la sentencia, se le dé intervención, tomando conocimiento de las actuaciones pudiendo proponer medidas de prueba o de resguardo de la integridad del causante. En los casos que el causante, carece de representante legal, resulta necesario proveerle un abogado. Es el Ministerio Público quién debe procurárselo, nombrando un defensor oficial para que actúe en su favor.

VIII. Medidas cautelares

Una vez iniciado el proceso de restricción de la capacidad, existiendo una situación de riesgo para la persona o para su patrimonio, acreditando la verosimilitud

del derecho y el peligro en la demora, es posible previo al dictado de la sentencia, que se dispongan medidas cautelares, conforme lo regulado por el artículo 36 del CCiv. y Com. Sin que se necesario la contracautela, atento que su finalidad es la protección del causante, por ello pueden ser dispuestas de oficio o por pedido del denunciante, del denunciado o del Ministerio Público. En tanto que el tiempo de duración de las medidas, depende particularmente del momento en que se recupere la capacidad. Un ejemplo claro lo encontramos en el pedido de inscripción en el Registro de la Propiedad, de la inhibición general de bienes. Esta es una medida de protección patrimonial tiende a evitar la asunción obligaciones, la realización de contrataciones y la disposición de bienes, que pueda perjudicar a la persona limitada en su capacidad, ya que por sí solo y sin ningún apoyo o protección, puede encontrarse en una situación de vulnerabilidad.

Una de las medidas que tienen que ver con el resguardo personal es el nombramiento provisorio de una persona que apoye al causante en sus actos de administración y disposición. Las funciones de este primer apoyo son mucho más amplias, ya que también tiene a su cargo, según cada caso, de ocuparse de brindar los cuidados necesarios de la salud y de la interrelación relación con su entorno social. Generalmente esta responsabilidad cae en quien ha dado inicio al proceso o en un familiar más próximo de preferencia (Converset, 2015: 54).

Este tema del entorno social, en el que se incluye la persona con discapacidad, guarda estrecha relación con lo establecido por el artículo 19 de la CDPD cuando se reconoce el derecho en igualdad de condiciones o situación, de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, debiendo facilitar su plena inclusión y participación en la comunidad. Mientras que el tema de la salud al que aludimos, encuentra su correlato en el artículo 25 de la CDPD, cuando afirma que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Siendo los Estados Partes quienes deberán adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a los servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluido la problemática de la rehabilitación relacionada con la salud.

IX. El principio de inmediación

La cuestión de la competencia no es un tema menor en los casos de determinación de la capacidad. Sobre todo porque determina el juez que entenderá en este tipo de procesos tan especiales. Esta, queda fijada por el domicilio o el lugar de internación de la persona conforme lo establece el artículo 35 del CCiv. y Com. Esta regulación se encuentra motivada, en el principio de inmediatez. Se tiende a la protección inmediata de situaciones de vulnerabilidad de derechos, asegurando

la tutela judicial efectiva. La ley prefiere el domicilio real, por sobre cualquier otro tipo de domicilio, porque presume la posibilidad del juez o del funcionario judicial, de tener un rápido contacto con la persona involucrada, conocer la situación, realizar las evaluaciones del caso y considerar los sistemas de apoyo disponibles. También, hay que tener en cuenta que el domicilio regula la ley aplicable.

El artículo 35 del CCiv. y Com. se introduce claramente, según nuestra percepción, en la dinámica procesal. Estableciendo a la intermediación como una obligación del órgano jurisdiccional, como una parte esencial del proceso judicial. Cabe destacar que existen, pocas obligaciones procesales, tan claramente puestas en cabeza del juez. Entendemos que esto responde a garantizar el derecho de acceso a la justicia, como así lo establece el artículo 13 de la CDPC en su inc. 1). Para lograr esto, resulta necesario ajustar el procedimientos, adecuándolo a la situación particular de la persona con discapacidad, a fin de facilitar el desempeño de las funciones de la persona, como participante directo e indirecto en el proceso. Esta inmediatez exigida se resuelve en una entrevista personal, que produce el conocimiento directo del juez con el causante. Ello, a fin de que el magistrado tenga una comprensión de la situación, social, económica y psíquica, para determinar las aptitudes, habilidades y limitaciones existentes. Con la intención de permitir el reconocimiento de su individualidad, que lo constituyen como un sujeto de derechos particulares y específicos. Porque su situación es particular, en tanto que resulta ser un individuo concreto con una historia personal, sino también, alguien que por su salud se encuentra en una situación especial dada su discapacidad, que lo hace vulnerable.

Le corresponde al juez realizar los ajustes procedimentales que resulten razonables, teniendo en cuenta la situación del interesado, incluyendo toda aquella modalidad, como la concurrencia al lugar de residencia, adaptando la formalidad del proceso, a fin de asegurar el acceso a la justicia (Olazábal, 2016: 162).

Este tipo de procesos pretende la inclusión de la persona en su sociedad. Reconociendo sus capacidades e incapacidades, sobre las cuales se debe proyectar su desarrollo coexistencial futuro. Es por este motivo, que se requiere que realmente sea parte, teniendo la posibilidad de comprender los distintos pasos procesales, teniendo en cuenta su tipo de discapacidad. En este sentido, el juez tiene la posibilidad de establecer los ajustes procedimentales, que entienda necesarios, para facilitar el conocimiento de las actuaciones.

Como condición para el dictado de la sentencia el artículo 627 del CPCC de la Provincia de Buenos Aries, establece que el causante debe comparecer ante el juez del proceso o según la circunstancia el mismo juez debe trasladarse al domicilio o, al lugar de internación, para tener un contacto directo. La sentencia que debe dictarse en el plazo de 15 días, debe ser inscripta en el Registro del Estado Civil

y Capacidad de las Personas. La misma sentencia debe notificarse a las partes, quienes en el término de 5 días pueden oponerse presentando su apelación. El artículo también considera la situación en la cual, el juez no designa un curador, porque considera que no debe declararse la “incapacidad” total. En tanto que solo debe determinar ciertas limitaciones a la capacidad. Para este caso el artículo, solo permite que pueda ser declararlo inhabilitado. En este caso la normativa nacional nos señala otras posibles soluciones, poniendo a la inhabilitación, como otra de las posibilidades, conjuntamente con la determinación y la curatela, según el caso que se ventile.

La sentencia también tendrá que pronunciarse sobre la necesidad de la intervención de la Curaduría Oficial. Organismo de carácter oficial, cuya función es la de ejercer el rol de curador, según los términos utilizados por la anterior legislación. Su presentación se produce, en aquellos casos que el causante, no tenga familiares o cuando la familia no se hace cargo del cuidado de la persona, sin importar los motivos que determinan su actuar. Es por lo tanto, la Curaduría Oficial, quien puede ser nombrada como sistema de apoyo o curador, ejerciendo el rol de representante de la persona incapacidad.

Cualquiera de los legitimados puede dar inicio al proceso. Generalmente, son parte de dicho proceso judicial, el causante, quien según el artículo 36 del CCiv. y Com. puede aportar y solicitar todas las medidas de pruebas “*en a su defensa*”, demostrando que posee plena capacidad. Situación que solo se daría en los casos de intereses contrapuestos entre las partes intervinientes, lo que motiva suficientemente que la ley disponga que la persona que tiene en juego el discernimiento de su capacidad, comparezca con abogado, que según el caso puede ser nombrado de oficio. También son parte las otras personas legitimadas que se proponen para apoyar al causante, y en este caso tienen la posibilidad de *aportar toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados*.

Con relación a la prueba, el artículo 621 el CPCC de la Provincia establece su limitación en la acreditación de los hechos que hubiesen invocado. La persona discapacitada, tiene la posibilidad de demostrar su plena capacidad, ejerciendo de esta forma su defensa. En este aspecto hay que tener en cuenta la posibilidad de la intervención del Asesor como parte del proceso, quien puede pedir medidas de prueba y ejercer el control sobre la misma.

El Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires reconoce la posibilidad de que se realice el pedido de determinación de la capacidad, mientras una persona se encuentre internada. El artículo 624 que habla sobre esta posibilidad prescribe la obligación del juez de considerar la necesidad de mantener la internación o resolver su levantamiento. Claro que esto, como el trámite de este tipo de procesos, no puede pensarse sin la intervención calificada de los especialistas de la

salud, quienes deben informar el diagnóstico, pronóstico y la fecha de inicio de la enfermedad. Como así también, el tipo de tratamiento a seguir, la asistencia que debe brindársele y la necesidad de su internación. Estos informes que deben ser elaborados con los ítems indicados por el artículo 625 del CPCC, deben notificarse a las partes que intervienen en las actuaciones. La obligación normativa tiene que ver con el conocimiento que las partes del proceso: causante, denunciante y el Ministerio Público, puedan oponerse o en su defecto solicitar explicaciones o precisiones, si asentir lo informado de forma expresa o tácita ya sea que por el término de 5 días de notificado no se realizara presentación alguna, como así lo establece el artículo 626. Cabe señalar que también se indica el traslado al curador provisorio, que al día de hoy, ha quedado sin efecto y no hace más que abonar esta necesidad de una rápida reforma procesal que permita coordinar la normativa nacional y provincial.

X. La sentencia judicial: aspectos específicos

La redacción de la sentencia judicial debe cumplir los aspectos formales que se encuentran enunciados en el artículo 37 del CCiv. y Com. Este artículo refleja los pasos procesales realizados con anterioridad, al dictado del acto resolutivo. Debe reflejar el estado de salud del causante, estableciendo el diagnóstico médico y posible evolución, determinando con cierta aproximación, según los datos o estudios previos, la fecha de inicio del padecimiento. Asimismo, debe indicarse el régimen de apoyo; responsabilidad que puede recaer en una persona en particular o en un grupo de personas, que debe brindar los cuidados del caso.

No obstante, en este tipo de procesos, las exigencias del pronunciamiento judicial no se apartan de los requisitos generales que debe tener toda sentencia, en la medida que el juez debe procurar conocer la verdad de los hechos y formarse una convicción analizando la prueba producida en su conjunto, de acuerdo al principio de la sana crítica (Olazábal, 2016: 163).

En el artículo 38 del CCiv. y Com. se dispone que la sentencia que determina la capacidad jurídica de una persona debe tener un alcance restrictivo, especificando las funciones y los actos que se limitan, atento que se procura afectar de la menor forma posible la autonomía de la voluntad. Para lo cual se obliga al juez a establecer con claridad la extensión de las limitaciones impuestas, por lo que necesitará un apoyo especial.

Kelsen decía que la sentencia forma parte del ordenamiento jurídico, con características particulares por ser una norma de grada inferior, en tanto que derivada de una norma de superior jerarquía, establece las condiciones particulares, en las que se proyecta la regla general a las situaciones específicas; que como todas

presentan aspectos distintos e impensados (Pettoruti, 2005: 73). La sentencia sobre la determinación, cumple al pie de la letra, con todas estas características, en la cual la “particularidad” juega un rol importante, en el que se conjugan las convenciones internacionales y la normativa nacional. En ella, son considerados actos ordinarios de la vida común, como viajar, asistir a eventos, realizar tareas doméstica, o actividades políticas, como votar o afiliarse a un partido. Pero también, acciones que tienen que ver con el ejercicio de la responsabilidad parental, como así también los actos de la vida civil, comprar, disponer y administrar.

Cuando se habla de la sentencia en los procesos de determinación, uno de los primeros temas que se ponen en debate, tiene que ver con su alcance y si hace “cosa juzgada”, en la normativa vigente. En este aspecto la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el Acuerdo 2078, en los autos “Y. V. Insania y curatela”, brindó una solución. Se planteó un recurso, en el que se sostenía la incompetencia del juez de primera instancia, por la existencia de una causa anterior en la que ya se había dictado sentencia, atento que ya se había iniciado un proceso en otro departamento judicial. La Cámara de la Matanza sostuvo la nulidad de todo lo actuado, reconociendo que era cosa juzgada. La Suprema Corte de la Provincia, consideró equivocados, los fundamentos en dos aspectos. Por un lado, no se puede hablar de “cosa juzgada” en un proceso de determinación de la capacidad, si se tiene en cuenta la Convención de los Derechos de las Personas Discapacitadas y a la reforma introducida por el artículo 42 de la ley 26 657. Pues dichos instrumentos han venido a superar esa mirada estrictamente psiquiátrica. En tanto que la salud mental de una persona, requiere de una manera periódica para contemplar posibles avances en la recuperación de su enfermedad, desenvolvimiento y desarrollo. En estos procesos no puede pensarse que es inmutable, la sentencia que restringe o amplía el ejercicio de la capacidad jurídica, porque la estabilidad del pronunciamiento se encuentra supeditado a la permanencia de las causas que dieron lugar a su dictado. En estos casos no puede sostenerse que exista cosa juzgada o litis pendencia perfecta, como había afirmado la Cámara. La autonomía y habilidades de las personas con alteraciones mentales son mutables en función de un sin número de causas: tratamientos, estímulos, socialización, nuevos afectos, vínculos, apoyos, medicación suministrada. Debe, indefectiblemente reconocerse que existe un derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado invariable, como así lo establece claramente el artículo 7 inc. n) de la ley 26 657.

El índole de la cuestión sobre la que debe resolver el juez compromete el orden público, porque se pone en juego el problema de la capacidad, que resulta por sí dinámica, variable, compleja y mutable. Porque siempre es posible la curación, mejora o rehabilitación, pueden surgir nuevas formas de reinserción social, cultural y familiar, que permitan mejorar total o parcialmente la situación de la persona.

Esto resulta relevante para entender la importancia del tomar contacto personal con el causante. La necesidad de evaluación por parte de un equipo interdisciplinario y el dictado de un nuevo pronunciamiento respetuoso de los parámetros legales vigentes, estableciendo un sistema de apoyo de acuerdo a sus necesidades.

XI. Control de convencionalidad

Cuando se habla del control de convencionalidad nos referimos a distintos aspectos. Uno de ellos tiene que ver con la adecuación de las normas jurídicas a lo que establece la convención, y que los distintos organismos internacionales controlan por medio de algún tipo de seguimiento. Otro, tiene que ver con el control que realizan los distintos estamentos jurisdiccionales, con relación a la eficacia de la convención. Así, un juez tiene la posibilidad de considerar, si en alguna situación se ha transgredido la normativa internacional.

La determinación de la capacidad y su ejercicio encuentra una regulación, en las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este derecho se sustenta en lo establecido por las Convenciones Internacionales como ser, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 (ley 23.849 y con jerarquía constitucional conforme lo establecido por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) y la Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad (ley 26.378 y con jerarquía constitucional por ley 27.044). Todas ellas se conjugan con la normativa nacional como la ley 26.061 de Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y la ley 26.657 de Salud Mental, y obviamente el Código Civil y Comercial.

Bien podemos reconocer que el Código Civil y Comercial sigue la línea imperativa de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, produciendo esa adecuación necesaria entre normas internas y convencionales. En relación a esto podemos remarcar que, uno de los lineamientos de la convención, tiene que ver con el empoderamiento de las personas con discapacidad, quienes han sido sometidos históricamente a la exclusión. Esta marginación social era además garantizada por el sistema jurídico al considerar que debía ser reemplazado socialmente por una persona capaz que lo supliera, en todos los actos de la vida, porque él ya no podía valerse por sí mismo. Este rol fue el que desempeñó el curador, quien venía a sustituir al “insano” para todos los actos de la vida jurídica. Hoy las normas no se desentienden de la imposibilidad, que pueden tener algunas personas de manejarse plenamente en su vida. Pero esto no quita que puedan ejercer por sí mismos, algunos actos y que ellos, cualquiera sea su condición no dejan de ser personas, con derechos civiles, sociales y políticos, con más todos aquellos derechos que por su índole se les reconoce.

El Código señala fuertemente el principio rector de la determinación, a la autonomía, dentro del esquema de incapacidad, considerando que el ordenamiento jurídico, puede establecer una capacidad restringida, sobre la posibilidad de limitar el ejercicio de la capacidad. Determinando que una sentencia judicial, exponga específicamente, el tipo de protección que se le debe dar a la persona vulnerable disponiendo medidas adecuadas, que permitan ayudar el desarrollo de la autonomía personal. Se le puede nombrar excepcionalmente un representante o asistente, a la persona que se encuentra absolutamente imposibilitada (artículo 32 párrafo 3ro. del CCiv. y Com.), como así también el apoyo designado para algunos actos determinados (artículo y 101 inc. c del CCiv. y Com.). En los casos de su actuación judicial el artículo 103 regula la actuación del Ministerio Público, para la representación de personas incapaces y con capacidad restringida.

XII. El apoyo

El Código Civil mantuvo un enfoque asistencialista al concebir que la otro debía tomar la representación, de una persona a quien no se consultaba, porque tenía imposibilitado emitir opiniones y tampoco podía ser consultado. Para “protegerlos” se los excluía reconociéndolo incapaz, sin ningún tipo de valoración sobre sus competencias y limitaciones. Colocándole un rótulo que le valía de por vida, negándole subrepticamente toda posibilidad de avance o mejoría. Esta concepción que la codificación decimonónica cristalizó, durante mucho tiempo, la relación entre las personas con discapacidad y el resto de la sociedad. Tuvo su punto de inflexión a partir de la elaboración de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, marcando un cambio de paradigma. Porque ya no tenemos al “otro” que toma decisiones por el insano, sino una persona que apoya, y que sirve de contención. Su obligación, no es otra que la de cuidar, nada menos que a otra persona, que por tener una discapacidad, no es menos persona, sino que resulta ser alguien que sufre una limitación de algunas de sus facultades. Sigue siendo persona, por eso no podemos avasallar o subestimarle, ya que siempre tiene la posibilidad de comunicarse de alguna forma, transmitiéndonos sus pareceres, necesidades y angustias.

El modelo basado en la sustitución y representación de la persona discapacitada fue dejado de lado. La Convención sobre Personas con Discapacidad reconoce la personalidad jurídica de la persona con discapacidad, en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida; obligando al Estado a brindar los apoyos que pudiera necesitar para ejercer esa capacidad jurídica. Si tenemos en cuenta la CDPD encontraremos que los “apoyos” es un término, utilizado para referirse de forma genérica a quien debe brindar su asistencia. Le corresponde a cada Estado determinar el contenido que se le dará a esta palabra dentro de su ordenamiento jurídico. Por lo tanto el tipo de sostén que se establezca, depende de cada Estado

que ha ratificado el tratado internacional. Sin que tenga que entenderse tal o cual institución (Budich y otros, 2015: 3).

La figura de apoyo surge como la forma de garantizar el ejercicio de los derechos humanos. Resulta ser una herramienta de utilidad, para que intervenga en situaciones que las cuales la incapacidad presenta un rasgo limitador del desarrollo de la personalidad. El apoyo sirve esencialmente para asegurar el ejercicio de los derechos. En este sentido pueden ser designados uno o más apoyos, no importa el número, solo interesa la cantidad de derechos que resultan necesarios salvaguardar. Esta figura no puede ser entendida, como un mero representante jurídico, representa mucho más. Es la posibilidad que tiene la persona limitada en sus capacidades, por su condición de disminución en su aspecto mental o psíquico, de lograr todas las aptitudes necesarias para ejercer plenamente sus derechos. Que no es más ni menos, pretender desarrollar su vida, contando con todas las posibilidades que tenga a mano para mejorar su calidad de vida.

Todo esto no quita la posibilidad de que se produzcan conflicto de intereses entre la persona discapacitada y su apoyo. En estos casos de conflictos con los apoyos, el artículo 43 indica que para el discernimiento de los apoyos, el juez debe intervenir para evitarlos. Esto guarda relación con lo establecido por el artículo 12 CDPD. En el mismo sentido se expresa la Observación General Nro. 1 del Comité de la CDPD cuando establece que la influencia indebida por parte de quien realiza el apoyo se produce cuando en la interacción entre la persona que la presta y quien recibe el apoyo, se presentan señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación. En estos casos, es necesario poner en ejercicio la protección contra la influencia indebida. No obstante es fundamental respetar la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores (Lafferrière, 2017: 209).

Bien se puede contar con una multiplicidad de apoyos que favorezcan el plano, personal, económico, social, de salud, educación y jurídico. Si bien, generalmente se puede preferir concentrarlos en una sola persona, que pueda dar una rápida respuesta a las necesidades o realizar las gestiones que tiendan a brindar soluciones adecuadas. Pero, ya sean uno o múltiples todos tienden a lograr el mayor desarrollo de la autonomía personal.

La diversidad de las situaciones de discapacidad son el parámetro sobre el que debe evaluarse, el sistema de sostén que necesita cada individuo y la modalidad que debe asumir, ya que no siempre se requiere un soporte, constante en las decisiones o las acciones por realizar. Uno de los elementos a tener en cuenta para la valoración de las limitaciones tiene que ver con el desarrollo de la conciencia y la capacidad de discernimiento. Ahora, bien el apoyo no es alguien que toma las decisiones por el causante, sino quien conoce de los deseos y necesidades del

otro, y toma decisiones en su favor, bajo el control judicial, a fin de resguardar sus derechos.

El artículo 43 del CCiv. y Com. define este concepto jurídico que denomina como *apoyo*. No obstante, debemos comenzar diciendo que es la contrapartida de la designación de un curador, ya que reemplaza a la persona. Esta figura, encuentra su fundamento en el artículo 12 inc. 3 y 4 de la CDPD, que reconoce al apoyo, como una salvaguardia para el ejercicio personal de la capacidad. Estos apoyos dependen, necesariamente de las limitaciones de la persona involucrada. No todas las personas sufren discapacidades psíquicas, en la misma intensidad, ni son afectados por sus consecuencias en igual forma. En algunos casos, encontramos personas que pueden expresar claramente su voluntad, diciendo cual es el apoyo que desean y que persona eligen para realizar tal actividad. En otros casos, resulta difícil que puedan expresarse. Sin embargo, hay que recordar que el Código entiende que el apoyo puede estar centralizado en la actividad desplegada por una persona o por un conjunto de medidas, que involucran a más de una persona (Mendiondo y otro, 2016: 5).

La CDPD, en su artículo 4 inc. a) establece que una de las obligaciones del Estado es asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas, para lo que se deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención. El Código, siguiendo el criterio sentado por la Convención, reconoce al apoyo, como una figura amplia, en lo que respecta a su contenido, ya que se puede hacer efectiva en la medida de quien la necesite, al ser adaptable a cada situación. Si bien, el apoyo, no encuentra en las normas un encuadramiento específico, en cuanto a su formalidad de quien debe ejercerlo o cómo debe ejercerlo, se le asigna una función exclusiva: asistir a quien resulte afectado en las diversas esferas, en el que se desarrolla su vida.

Es necesario entender que las medidas de apoyo dependen, de las limitaciones de la capacidad. El problema central reside en cómo estas limitaciones dificultan el ejercicio de los derechos. El apoyo debe ayudar, fortalecer y promover el ejercicio de estos derechos. El aspecto cuantitativo y cualitativo del apoyo, por lo tanto, depende de cada una de las dificultades que padezca cada persona y que mencionamos de forma genérica. El objetivo fundamental del apoyo es favorecer el ejercicio de la autonomía personal y el reconocimiento de sus derechos. La legislación ha dejado el paradigma de la sustitución, que sacaba o borraba a la persona de su lugar para sustituirla, por otro, que asume su total representación. Esto era pensado desde un esquema de protección del incapaz, quien se entendía como alguien

imposibilitado de hacer cualquier cosa por sí solo. El paradigma asumido por la normativa vigente tiene que ver con la salvaguardia de sus derechos y la búsqueda de un apoyo en el ejercicio de los derechos. Esto muestra que hay una preocupación por la asistencia, el cuidado y la contención.

En general podemos decir que el Código Civil y Comercial regula los efectos jurídicos de las conductas. La plena capacidad jurídica tiene que ver con la comprensión o representación de los efectos de nuestras acciones. Quien puede realizar estos actos es reconocido como una persona autónoma. Esto, nos permite comprender que el apoyo se encarga de promover los derechos personales de un "otro". Es por medio de este otro, que una persona limitada en su capacidad, puede ser ayudada a desarrollar una mayor autonomía. Ni más, ni menos, es lo que afirma el artículo 32 CCiv. y Com. que dice: "(...) el o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida".

La designación del apoyo puede ser realizada por el propio causante, en la medida que el mismo no se encuentra impedido de expresar su voluntad de todas las formas posibles. Sobre todo si tenemos en cuenta, que se debe respetar y promover la expresión de sus decisiones. No obstante se puede designar más de una persona, en tanto que esto no provoque en el futuro ciertos conflictos o desacuerdos, que compliquen la situación real del causante. Otros que pueden proponerse, como sistema de apoyo, son todos aquellos que se encuentran legitimados. La última ratio se produce en caso de desacuerdos, dejando librado al propio juez, en su carácter de tercero imparcial, la designación del sistema de apoyo.

El artículo 101 inc. c) del CCiv. y Com. establece que los apoyos actúan como representantes, de las personas con capacidad restringida, en la medida que haya sido designado en una sentencia. Nada impide que la representación sea dada solo para algunos actos o para todos los actos de la vida. En los casos que la representación sea otorgada para todos los actos, nos encontramos, por el grado de discapacidad de la persona, no ya ante una restricción, sino ante un tipo de limitación amplio, que tiene como fundamento un impedimento insalvable. En estas situaciones se puede nombrarse un curador como lo establece el artículo 32 del CCiv. y Com. que en su último párrafo dice que excepcionalmente, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de ejercer una interacción con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, forma o medio adecuado. Resultando ineficaz el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador, si resulta ineficaz para su contención y protección personal, la simple indicación de un sistema de apoyo (Benavente y otro, 2016: 4).

XIII. Una sentencia que debe ser inscripta

Como establece el artículo 39 todas las sentencias de restricción deben ser inscriptas en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Bajo una anotación marginal, para que pueda ser conocido por los terceros, que eventualmente pretendan realizar algún tipo de negocio jurídico. Esta inscripción, también resulta válida para quien pretenda oponerla, a los terceros que pretendan hacer efectiva una obligación, pudiendo lograr en estos casos la declaración de nulidad.

La ley Orgánica Nacional del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (ley 26.413), en sus artículos 88 y 89 dispone que se debe inscribir todo hecho o acto jurídico que modifique la capacidad de las personas. Solo produce efectos contra terceros, desde la fecha de su inscripción. Asimismo, las sentencias que restrinjan actos patrimoniales de disposición, deberán ser inscriptas en los registros específicos, para que puedan ser oponibles a terceros, según las condiciones que la misma sentencia establezca.

Una de las grandes diferencias de este tipo de procesos tiene que ver con concebir a la sentencia, no como definitiva e inmodificable, sino como algo susceptible de ser revisada y modificada. Ella tiene una función declarativa, en tanto que se encarga de determinar la capacidad de la persona. El Código, considera la posibilidad de la existencia de condiciones sanitarias y farmacológicas, que en un futuro puedan llegar a ser más favorables al tratamiento de la discapacidad, y que el tratamiento médico pueda provocar una mejoría total o parcial, en el propio paciente. Esta revisión, por tanto, implica una modificación en las condiciones en la cual fue dictada la primera sentencia.

Como ya habíamos enunciado, la sentencia es oponible a los terceros, una vez inscripta ante el Registro del Estado Civil. A partir de su publicidad los actos civiles que realice, la persona restringida en sus capacidades podrán declararse nulos. El artículo 44 del CCiv. y Com. regula esta situación, determinando que la consecuencia de los actos posteriores a la inscripción, son contrarios a lo dispuesto por el juez en su sentencia. No obstante, solo se encuentran comprendidos por la sanción de nulidad, los actos posteriores a la inscripción registral, por su oponibilidad a terceros. Para que pueda ser declarado nulo, el acto jurídico debe ser realizado por quien tiene su capacidad restringida o por quien se le ha reconocido total incapacidad. La nulidad solo será declarada, porque la conducta va en contra de la sentencia dictada por autoridad competente.

La complejidad de la situación está dada por los actos restrictivos que establece la sentencia de determinación. En las sentencias de incapacidad, que tramitan con la solicitud de un curador, esta problemática, resulta mucho más sencilla, por el tipo de sentencia, en la medida que hace referencia a la totalidad de la

capacidad. Sobre todo porque hay que tener en cuenta que el principio es el de la capacidad, para todos aquellos actos que no fueron prohibidos o mejor dicho limitados. Bien cabe recordar en este caso el principio de clausura, enunciado por Kelsen estableciendo que, todos los actos que no se encuentren prohibidos, están permitidos.

No obstante, los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser atacados, por el interesado, intentando su declaración de nulidad, en la medida que estos, se encuentren comprendidos dentro de las situaciones previstas en el artículo 45 del CCiv. y Com. En estos casos, solo se puede pedir la anulación del acto, porque como bien sabemos, que la nulidad opera de pleno derecho. Esta situación, amerita necesariamente desplegar una actividad de conocimiento con relación a la conducta realizada, tanto por la persona que se encuentra limitada en su capacidad, como de la persona plenamente capaz que intervino en la acción. El artículo habla de los actos anteriores a la inscripción de la sentencia. Se reconocen ciertas situaciones en las cuales puede ser considerada la nulidad relativa del acto. En estos casos es necesario determinar la existencia de perjuicio en relación a la persona incapaz o con restricciones en su capacidad. Pero no basta con ello es necesario que también se den las situaciones descriptas en algunos de los tres incisos, como ser: a) que la enfermedad sea ostensible, o mejor dicho, que pueda percibirse como algo manifiesto. Esta posibilidad haría dificultoso a su vez probar la buena fe de la contraparte, por no podía dejar de desconocer la enfermedad mental padecida por la persona. Situación que solo puede suponerse en los casos que puedan determinarse como evidentes, porque no requieren de un análisis pormenorizado del sujeto.

La consecuencia de este artículo, la encontramos específicamente, en el momento de la producción de la prueba, ya que esta debilidad o limitación, debe ser reconocible, al momento de la realización del acto. Sin bien, no se exige puntualmente algún tipo de conocimiento pormenorizado, el problema que afecta la salud mental, de la persona debe ser notorio o público, para que pueda encuadrarse dentro de este supuesto. Lo que guarda relación con lo establecido por el artículo 261 del CCiv. y Com. que prescribe, que quien se encuentra privado de razón, no posee capacidad de discernimiento.

En el inciso b) se menciona la existencia de mala fe en la persona del contratante, porque conociendo el estado de disminución o vulnerabilidad, en el que se encontraba la persona discapacitada, obro a sabiendas abusando de su situación de debilidad. Por último, el inciso c) se refiere a los actos a título gratuito, como puede ser el caso de una donación. Bien, podemos observar una protección del contratante a título oneroso, quien en principio se encontraría a salvo, poniendo en cabeza del peticionante la probanza de la situación que amerita la declaración

de anulabilidad. No obstante, que cada requisito debe ser tenido en cuenta separadamente, como así lo regula el artículo 45 del CCiv. y Com.

Distinto es el caso en el que se pretende la declaración de nulidad de un acto producido por una persona limitada en su capacidad o totalmente incapaz, cuando esta se encuentra fallecida con posterioridad a su realización. El artículo 46 del CCiv. y Com. al regular esta situación destaca como principio general, que los actos realizados por estas personas, anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden ser impugnados. Quedando exceptuados, aquellos en que la enfermedad mental resulta del mismo acto. En este caso, el que el acto celebrado, provoca la alteración mental. Si partimos estableciendo que es imposible la impugnación de los actos realizados entre vivos, una vez producido el fallecimiento de la persona. Resulta imposible examinar su condición de salud mental, luego de su muerte. La norma dificulta la discusión de la validez, a fin de mantener la seguridad jurídica. Este artículo no se refiere a los actos de última voluntad. Estos actos se encuentran regulados específicamente por el artículo 2467 CCiv. y Com. que prescribe la nulidad del testamento, cuando son realizados por una persona privada de razón al momento de testar, entendiéndose que en esa oportunidad se carece de discernimiento para la realización del acto. En el mismo sentido, el inc. c) de dicho artículo, distingue si la persona fue declarada incapaz jurídicamente, o si se produce de forma excepcional, o como lo indica el inc. d) que se haya realizado durante intervalos lúcidos, reconociéndose en ese caso la validez del acto.

El artículo 46 del CCiv. y Com. se refiere a los actos realizados, por la persona con limitaciones, que antes de la inscripción de la sentencia hubieran fallecido. Para analizar este artículo debemos tener en cuenta, algunos de los principios que resultan fundamentales hacer una correcta exégesis. El primero de estos principios tiene que ver con la oponibilidad de la sentencia de determinación de la capacidad, desde la inscripción en el respectivo registro, atento que la publicidad la hace oponible a terceros. El otro principio, que da fundamento a este artículo, es la seguridad jurídica, razón por la cual se impide la impugnación de los actos realizados anteriormente a la inscripción. Excepto que se produzca alguna de estas posibilidades: a) que la enfermedad mental pueda deducirse del acto mismo, habiendo indicios relativos de la enfermedad en la celebración del acto; b) que se produzca la muerte durante la tramitación de la acción por determinación o declaración de incapacidad. Etapa en la que se abre un período de sospecha sobre aquellos actos que se realizaron durante el transcurso del proceso. Bien se puede objetar esta normativa si tenemos en cuenta que el principio general es el de la capacidad. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la capacidad, antes de sobrevenir el fallecimiento, estaba siendo cuestionada y que la sentencia podría haber evitado las consecuencias dañinas. En este caso, los herederos deben demostrar los problemas de salud mental que afectaban al causante, que le impidieron tener

discernimiento sobre la celebración del acto, para que el juez pueda declarar la nulidad. No obstante, el artículo, protege los actos realizados a título oneroso, estableciendo como requisito de la nulidad del acto, que se haya realizado a título gratuito, o quien contrató lo haya realizado de mala fe, a sabiendas de la afección mental de la persona.

XIV. Interdisciplinarietà y la posible rehabilitación

Uno de los principios sobre los que se basa la normativa actual es la visión interdisciplinaria de la salud mental. Ha dejado de pensarse como un problema sanitario que afecta solo una esfera de la vida de la persona, en la que solo tenían cabida los psiquiatras. Sino que es un problema que afecta a la persona de forma global, porque le acarrea un conjunto de dificultades, en distintos aspectos de la vida: relacional, afectivo, laboral, cultural y educativo, por nombrar algunas. Esta afectación de la persona, fue reconocida en primer lugar por la ciencia médica, y luego por la ciencia jurídica. Por eso resulta auspicioso, su recepción en la normativa nacional, por cuanto que no solo se encuentra afectada un aspecto psiquiátrico, sino también psicológico, social y médico. Ya no puede intervenir una solo especialista del campo de la salud debe ser un enfoque multidisciplinario que ponga a la persona que padece una discapacidad, en un contexto o mejor dicho en “su” contexto. Porque la visión del derecho, ha cambiado su perspectiva, ya no interesa un aspecto individual, sino la persona en su complejidad relacional.

Cabe recordar que la legislación anterior no permitía una reevaluación periódica, ni el dictado de una nueva sentencia que estime las condiciones, tanto psiquiátricas, psicológicas y sociales del causante, que permitieran determinar las limitaciones que tuviera para el normal desarrollo de su vida. Porque se consideraba, que se encontraba *per se* incapacitado para la totalidad de sus actos, por lo que debía ser reemplazado por otra persona, que tenía total dominio sobre el primero. De modo tal, que una nueva sentencia, solo podía ser dictada si la persona se había recuperado, volviéndola a habilitar, sin ningún tipo distinción para todos los actos de la vida civil (Budich y otros, 2015: 4).

La legislación vigente asegura un derecho de revisión de la sentencia dictada en el proceso de determinación. Esto no tiene que ver con un ataque, a aquello que primeramente se hubiera resuelto. En este caso situaciones la forma procesal que corresponde es la apelación, a fin de hacer caer la resolución judicial. Sino que tiene que ver con una reevaluación, de la situación integral de la persona que padece algún tipo de discapacidad psíquica. Todo ello, para considerar el avance o retroceso de la enfermedad y la eficacia de los apoyos designados.

Lo esperable de una sentencia en materia de determinación de la capacidad es que mantenga los estándares propuestos por la convención internacional, en

lo referido a la justificación de la decisión y que establezca una proporcionalidad de la restricción, en función de las limitaciones que impiden un total desarrollo de su capacidad. La nueva resolución, por lo tanto, es fruto no solo de un dictamen interdisciplinario que aporta un caudal de contenidos esenciales, para los fundamentos de la sentencia, que debe centrarse en las particularidades de la situación planteada y su posible evolución. Sino que también se impone al juez, la obligación de tomar contacto personal con la persona afectada, como así también conocer sobre su sistema de apoyo. Este contacto personal que se formaliza, en una audiencia, debe concurrir el abogado del causante, para la asistencia legal de este y el representante del Ministerio Público, en tanto que ejerce la representación promiscua, debiendo velar por los intereses de este en representación del Estado, suscriptor de la convención internacional.

No obstante, también puede darse la situación en la cual la limitación de la capacidad se transforme en algo abstracto, en la medida que la persona se recupera en su salud. Pueden darse distintos motivos, como por ejemplo la aparición de una nueva medicación que produce la modificación del estado en el que se encontraba o que la continuidad del tratamiento, provoca la mejoría psíquica de la persona. Para esta situación el Código Civil y Comercial, regula en su artículo 47, la declaración de cese de incapacidad o restricción. Como la determinación, tiene que ver con un tema médico y social, es lógico que la declaración de cese implique un nuevo examen interdisciplinario, en el que se dictamine la situación de salud de la persona. Bien cabe destacar que la finalidad de esta resolución establecería el cese de todas las restricciones, que se hubieran impuesto. La nueva sentencia que debe ser dictada, puede ser el resultado de la imposición del deber de revisión establecido por el artículo 40 CCiv. y Com. (Benavente y otro, 2016: 6).

El restablecimiento de la capacidad implica como condición la realización de una reevaluación. Como consecuencia de ella puede concluirse que no sea necesario mantener un ejercicio restrictivo de los derechos. La otra posibilidad se produce cuando del resultado del informe pericial, se determina un empeoramiento, del estado de salud, resolviéndose en estos casos una ampliación de las medidas de apoyo y una mayor limitación de la capacidad.

Es bueno destacar que la evaluación no solo es de carácter médica, sino también social, ya que todos los informes son por principio interdisciplinarios. En esto podemos observar que el Código, no solo tiene en cuenta una cuestión de salud, sino también de integración social de la persona involucrada con su entorno, familiar, barrial, educativo y/o laboral. La nueva sentencia también debe ser inscrita en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas como lo establece el artículo 39 CCiv. y Com. Esta nueva sentencia puede ser peticionada por los legitimados, quienes se encuentran enunciados en el artículo 33 del CCiv. y Com.

y pueden aportar todos los medios de prueba que sean necesarios (artículos 31, 35 y 36 CCiv. y Com.).

Con relación a la interdisciplinariedad, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en la causa *Astobiza, Ana Carina s/ determinación de la capacidad jurídica*, la Asesora había apelado la resolución que sostenía que la pericia, reunía los requisitos previsto por el artículo 37 del CCiv. y Com., pero denegaba la intervención de tres profesionales médicos, psiquiatras o legistas, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 620 inc. 3º y 625 del CPCC, tal como pretende. Se cuestiona la decisión resaltando que, si bien se había dado cumplimiento al artículo 37 del CCiv. y Com. corresponde no desoír el procedimiento especial establecido por el Código ritual que establece además de la pericia interdisciplinaria, la intervención de tres médicos legistas.

Anteriormente, el paradigma imperante se basaba principalmente en la opinión y el diagnóstico médico. A partir del nuevo abordaje de la problemática, plasmada en el Código Civil y Comercial, se produce un apartamiento de la preeminencia de la pericia médica, como único elemento de convicción. Se da lugar al advenimiento de la pericia social, en el cual, el criterio médico es fundamental para establecer un diagnóstico sobre la salud del causante como elemento de convicción, pero nunca el criterio médico puede ser limitativo de la decisión judicial.

El artículo 620 del CPCC de la Provincia de Buenos Aires establece que el juez deberá designar de oficio tres médicos psiquiatras o legistas, para que informen, dentro del plazo indicado, sobre el estado actual de las facultades mentales del presunto insano. No obstante, el artículo 42 del ley 26 657 incorporó el artículo 152 ter, del CC preveía que “las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias”. En ese interregno de normas, surge finalmente el artículo 37 del CCiv. y Com. que claramente establece “(...) para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario”. En esta línea de pensamiento la Suprema Corte sostuvo que:

“(...) Cabe tener presente la ventaja que proyecta la interdisciplinariedad como patrón valorativo de la capacidad de la persona, pues viene a desterrar los restringidos estándares vigentes respecto del tratamiento judicial de las personas que padecen alteraciones de su salud mental, pues le permite al órgano decisor contar con una visión integral, que abarque también el contexto social y ambiental del individuo, no sólo su diagnóstico médico/clínico (...)”.

Por otro lado, el artículo 619 del CPCC expone que ante la imposibilidad de acompañar los certificados que pedía el artículo 618 del CPCC el juez pide la

opinión de dos médicos forenses. Claro que esto va contra la idea de interdisciplinariedad, introducida en el Código Civil y Comercial (como un principio fundamental de este instituto —artículo 31 inc. c—), porque este artículo circunscribe el problema a una cuestión médica, dejando de lado la relación social o la situación particular que pueda estar atravesando la persona. La mirada propuesta por el Código Procesal deja de lado lo asistencial, para establecer una categorización jurídica “insano-peligroso”, “demente-incapaz”, que sirva para todos los casos. El juez, según del CPCC sabe de todo, y solo pide opiniones a los profesionales de la salud. Muy diferente de lo establecido por el CCiv. y Com. que en su artículo 40 establece que la necesidad de un dictamen interdisciplinario, ponderando en este caso, el informe que elaboren los distintos peritos, quienes deben expedirse sobre el diagnóstico y pronóstico de la enfermedad.

El Código solo prevé la intervención del Ministerio Público en su carácter de representante promiscuo de los incapaces. El artículo 40 del CCiv. y Com. establece que el Ministerio Público tiene el deber de fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial, instando para que se lleve a cabo, si el juez no la hubiere efectuado dentro del plazo de los 3 años. Claro que el Código Procesal no tiene en cuenta (por el desfasaje legislativo entre dos leyes diferentes), la figura del abogado del causante (artículo 36 del CCiv. y Com.), que puede estar en cabeza del Ministerio Público, cuando se carece de recursos como lo indica el artículo 31 inc. e), por lo que debe sortearse un Defensor Oficial que lo represente. Dejándose de lado figura del curador provisional, y del curador definitivo, como sustituto y representante del insano. Si bien, permanece el plazo de 30 días para la producción de prueba y la obligatoriedad del traslado al discapacitado de los informes médicos. Siempre es un tema en discusión, la conveniencia de que la persona enferma sea informada sobre su enfermedad, si en el caso de los padecimientos mentales, en los casos que no reconoce su problema de salud o no se encuentre lúcida para comprender los informes. Sin embargo, en estos casos es bueno tener a la vista lo que establece como principio general el artículo 31 inc. d) del CCiv. y Com., que la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión. Evidentemente, la norma pretende asegurar el derecho de la información de todos los actores del proceso.

La posibilidad de la rehabilitación, se encuentra contemplada en el artículo 629 del CPCC. En la actualidad, este artículo debe interpretarse siguiendo los nuevos criterios normativos; reconociendo que la persona limitada en su capacidad, como así también el curado y al inhabilitado, pueden promover su rehabilitación. Para lo cual el juez deberá designar nuevamente a un equipo técnico que lleve a cabo un nuevo examen interdisciplinario, que será utilizado como fundamento de la nueva resolución judicial.

Si el proceso se produce cuando el causante se encuentra internado, el juez puede disponer la visita periódica a la institución en la que se encuentre alojado. El artículo 630 del CPCC establece que el juez podrá nombrar un curador. En la actualidad por la ley 26.657 artículo 21 y 22, en los casos de internación involuntaria se debe nombrar un abogado del causante, quien conjuntamente con el Asesor y el Juez deben controlar las condiciones de su situación visitando periódicamente al internado y requerir los informes al director del establecimiento, sobre la evolución de su enfermedad y tratamiento al que se encontrare sometido.

XV. Los derechos de las personas con capacidad restringida

La clave de bóveda de esta normativa pasa por entender que la capacidad es una regla que le permite al juez evaluar y determinar en cada caso el alcance de las funciones del curador o apoyos necesarios. Reconociendo de este modo que no se puede afectar la autonomía de la persona, sin motivo que así lo justifique. El paradigma conduce a la protección de la persona vulnerable, en primer lugar dentro del medio de familia.

Entre las protecciones a las personas con discapacidad podemos mencionar la que señala el artículo 455 del CCiv. y Com. sobre el deber de contribución de los cónyuges, al sostenimiento, de a los hijos comunes o propios de uno de ellos, que tiene capacidad restringida y conviven con ellos. Disposición que encuentra su fundamento, en la idea que supone la vida matrimonial de construcción de un plan de vida conjunto, en el cual las partes se obligan a satisfacer las necesidades vitales del grupo familiar que conforman. Claro que el artículo establece una limitación en la disposición patrimonial individual, en procura de ayudar al interés familiar. La norma encuentra su justificación en la solidaridad familiar, el que prima sobre la libertad de los cónyuges, que se extiende más allá, de los hijos biológicos para proyectar esta obligación sobre los hijos menores de edad y sobre los hijos discapacitados, mayores de edad, que mantengan un vínculo consanguíneo con un solo cónyuge. El articulado coloca en el centro de la regulación a la persona humana, intentando resguardar a quienes, pueden encontrarse en situaciones de vulnerabilidad dentro del grupo familiar. Imponiendo deberes específicos a los parientes por afinidad, reconociendo la importancia de este vínculo social, sobre el que se construyen relaciones afectivas y jurídicas (Herrera y otros, 2015: 97).

Otro de los derechos para los hijos discapacitados, lo establece el artículo 526 del CCiv. y Com. con relación a la atribución de la vivienda familiar en las uniones convivenciales, disponiendo, que puede ser atribuida a quien tenga a su cuidado a los hijos con capacidad restringida o discapacidad. En este caso, cesada la convivencia y sin posibilidad de acuerdo entre las partes, el juez tiene la posibilidad de considerar la atribución de la vivienda, a uno de los convivientes. Por un plazo

máximo de dos años, contados desde la ruptura de la unión. La correcta exégesis del artículo implica que reconozcamos la delimitación de un criterio objetivo para determinar el derecho protectorio de la vivienda de los adultos luego del cese de la vida común. Ya que el derecho a la vivienda de los hijos se encuentra dentro de las obligaciones que genera la responsabilidad parental, como así lo establece el artículo 659 del CCiv. y Com.

Distinto es lo que establece el artículo 885 del CCiv. y Com. que trata sobre el pago de realizado a una persona incapaz o con capacidad restringida. En principio, la persona que tiene capacidad puede administrar sus bienes. El reconocimiento de su capacidad le asegura la posibilidad de ejercer plenamente sus derechos. Capacidad que debe ser conservada al momento de la realización del pago de la obligación. El artículo establece la invalidez de dicho pago, realizado a quien tenga su capacidad restringida. En caso que la capacidad se encuentre afectada, el acto posee nulidad relativa, porque la norma intenta proteger un interés particular como así lo establece el artículo 386 del CCiv. y Com. Según lo que establece el inc. c. artículo 24 del CCiv. y Com. no pueden ejercer sus derechos, quienes fueron restringidos judicialmente, conforme el alcance que establezca la sentencia (artículo 32 del CCiv. y Com.). En estos casos es el curador o la persona designada como apoyo, quien resultará habilitada para recibir el pago. La nulidad, puede ser invocada por el acreedor incapaz o con capacidad restringida o también, por parte del deudor haya actuado de *"buena fe y ha experimentado un perjuicio importante"* (artículo 388 CCiv. y Com.), quien se encuentra obligado a demostrarlo. Este acto solo puede ser subsanado por la ratificación posterior que se encuentra en cabeza de la persona que ejerce el apoyo o cuando dicho acto haya beneficiado al acreedor.

En cuanto a la adopción, es el artículo 603 del CCiv. y Com. el que establece que la adopción puede ser unipersonal si el cónyuge o el conviviente *ha sido declarado incapaz o con capacidad restringida, y la sentencia le impide prestar consentimiento válido para este acto. En este caso debe oírse al Ministerio Público y al curador o apoyo y, si es el pretenso adoptante, se debe designar un curador o apoyo ad litem.* La norma quiere dejar establecido que la adopción dual o conjunta cede cuando uno de los miembros de la pareja o matrimonio se encuentra imposibilitado de expresar su voluntad adoptiva. Entendiendo que es injusto que el restante se vea impedido de llevar adelante el pedido de adopción, por la imposibilidad física o psíquica de su cónyuge o conviviente (Herrera, 2015: 393). El Código Civil y Comercial reglamenta el ejercicio de la capacidad. El cual se encontrará limitado, conforme una sentencia que declara la incapacidad del cónyuge o conviviente. Todo depende que se expidió sobre la capacidad para consentir o no la adopción de una persona menor de edad. Se podrá requerirse al magistrado que determinó la limitación de la capacidad jurídica que fije el alcance, para este caso en particular.

Con relación a la vivienda, la persona con capacidades restringidas, goza del derecho que le otorga el artículo 245 del CCiv. y Com. para que este no pueda ser embargado o ejecutado, solicitando su afectación a este régimen de protección de la vivienda familiar. En el caso que sea titular o conjuntamente con todos los cotitulares. Para el caso de los condominios o también puede disponerse. También el juez de oficio, puede disponerlo, pero solo en estos casos en los que el titular este restringido en sus capacidades. Asimismo, según lo establecido por el artículo 250 del CCiv. y Com. cuando el cónyuge o conviviente, que tiene registrada su unión, tiene su capacidad restringida, la transmisión de la vivienda afectada por este régimen, debe ser autorizada judicialmente. Teniendo en cuenta que el régimen protectorio, le otorga al bien el carácter de inalienable, podemos concluir que la regla general resulta ser que el inmueble afectado, no puede ser transmitido (compraventa, donación, permuta, etc.) y que tampoco puede ser gravado (usufructo, garantía, etc.). Salvo que se tenga la conformidad del cónyuge o del conviviente, o en su defecto la autorización judicial (Herrera y otros, 2015: 50).

Con estos señalamientos, no intentamos agotar el análisis del Código Civil y Comercial con relación a los derechos de las personas con capacidad restringida. Solo hemos querido desarrollar este aspecto, porque la normativa vigente es un claro ejemplo de un sistema protectorio siguiendo los lineamientos establecidos por el derecho convencional. En este sentido resulta interesante la tensión dialéctica entre autonomía y protección que se encuentra presente en este instituto, que surge replicado de la norma internacional. Las limitaciones en la capacidad tanto en los niños o adolescentes, como en los discapacitados, tienen el mismo fundamento, la posible vulneración de derechos (convergencia). Sin embargo, para los menores de edad la regla es la limitación, teniendo en cuenta el desarrollo de sus capacidades progresivas. Para los padecen una enfermedad mental la capacidad es la regla y su limitación la excepción (divergencia) (Lafferrière, 2017: 10).

XVI. La capacidad y el derecho sucesorio

La determinación de la capacidad tiene repercusiones en el derecho sucesorio que resulta interesante tener en cuenta, ya que muchas veces no se tiene en cuenta esta relación. En esta materia el CCiv. y Com. tiene un trato diferenciado para las personas con discapacidad. En materia de la porción hereditaria legítima, el Código regula la posibilidad de establecer voluntariamente por medio de testamento, una mejora en favor del heredero con discapacidad. Esta situación se encuentra normada por los artículos 2448 y 2493 CCiv. y Com.

Si bien el Código, no pide la declaración judicial para poder disponer y realizar mejoras, bien podemos suponer que, dicha declaración evita que el derecho pueda ser discutido posteriormente. No obstante ello, la norma no habla solamente

de la discapacidad mental, sino también de la discapacidad física. Amplificando su aplicación quien padezca cualquier tipo de discapacidad. Nosotros lo hemos traído en análisis, porque quien padezca una discapacidad psíquica, puede verse beneficiado en sus derechos sucesorios. Lo interesante del primer artículo mencionado es que define a la persona con discapacidad diciendo que:

“(...) se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral” (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014: 422).

Esta definición, nos permite vislumbrar la relación fundamental que existe, entre la normativa nacional y la norma convencional. Así, como el esfuerzo del codificador en incorporar específicamente, los principios de la Convención de Derechos sobre las Personas con Discapacidad. La protección que intenta brindar la norma responde directamente a la situación de vulnerabilidad que puede encontrarse la persona discapacitada, frente al fallecimiento de un familiar cercano, con quien lo une derechos hereditarios.

En concreto, en el instituto del derecho sucesorio, permite en estos casos disponer de la legítima, constituyendo un fideicomiso con relación a los bienes que conforman la legítima del discapacitado y/o mejorar cualitativamente la porción legítima, con más un tercio de esta. La mejora prevista en el artículo 2448 CCiv. y Com., propone la mejora a favor de heredero con discapacidad, descendientes y ascendientes, incrementando la legítima.

Las mejoras según los órdenes pueden ser los siguientes: PD (porción disponible) más $1/3$ de las porciones legítimas correspondientes. Para los descendientes con discapacidad: $PD \ 1/3 + 1/3.2/3 = 5/9$. Para los ascendientes con discapacidad: $PD \ 1/2 + 1/3.1/2 = 2/3$.

Dentro de las posibilidades del causante, se encuentra la de establecer una mejora por medio de un fideicomiso testamentario (artículo 2493 CCiv. y Com.), o por cualquier otro medio, como por ejemplo; a través de un legado de bienes determinados (artículo 2498 CCiv. y Com.) o de una cuota de alimentos (artículo 2509 CCiv. y Com.), determinando el goce de uso de un bien (artículo 2154 CCiv. y Com.), asegurando el usufructo (artículo 2129 CCiv. y Com.) o el derecho de habitación (artículo 2158 CCiv. y Com.) de ciertos bienes, como así también, la indivisión forzosa de un bien (artículo 2330) CCiv. y Com. Todos ellos, limitados a la extensión de la cuota que establece la norma.

Según la norma, dicha mejora, es solo para el heredero ascendiente o descendiente. Evidentemente no contempla la figura del cónyuge. Entendemos que esto es así, porque respecto a este podría acudirse a medidas de protección relativas al hogar conyugal, también se puede recurrir al derecho de habitación, asegurándolo testamentariamente.

La norma no es aplicable a otros órdenes parentales u otras personas con discapacidad que pudieran estar a cargo del causante y con las cuales, el derecho sucesorio, no los vincule asegurando una porción legítima. No obstante debemos tener en cuenta, que el criterio para determinar la discapacidad, viene impuesto por la decisión del causante, que se expresa a través de un testamento válido o fideicomiso, no requiriendo acreditación de grado de discapacidad de ninguna índole. La norma no exige el dictado de una acreditación judicial de la discapacidad, tampoco fija porcentuales mínimos en tales padecimientos. Sin embargo, puede ser un criterio atacado por los restantes herederos, cuando este beneficio no se adapta a los criterios proporcionados por el artículo 2448 del CCiv. y Com.

XVII. Conclusión

No cabe duda que la Convención de Derechos sobre las Personas con Discapacidad forma parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En consecuencia resulta de fundamental importancia que se intente asegurar estos derechos, dentro del instituto de la capacidad y en particular en el proceso de determinación de la capacidad jurídica, en el ámbito nacional, produciendo una legislación clarificadora y uniforme. Esta relación entre el derecho internacional y el derecho privado provoca un enriquecimiento normativo, incorporando derechos y principios, como son la autonomía personal, el reconocimiento de la capacidad, considerando excepcional la incapacidad, el reconocimiento, el derecho de ser informado y participar en el proceso, contando con representación legal y la tutela judicial efectiva.

Para Manuel Kant, nuestra concepción sobre la libertad humana, es el principio apriorístico que nos permite entender las relaciones sociales. Estas relaciones se desarrollan sin evitar el conflicto. En este sentido, el derecho es un simple medio para lograr la paz social (Kant, 2007: 67). En el mismo camino, se encuentra Juan Bautista Alberdi, quien sostuvo que el derecho se asienta sobre la base común del principio que reza: "(...) el derecho de cada hombre expira donde empieza el derecho de su semejante" (Alberdi, 1947: 112). Ellos entendieron que la justicia tiene que ver con asegurar los derechos de cada hombre y que la igualdad, resulta ser el criterio de aplicación de esos derechos.

Si tomamos en cuenta estos principios, para entender con mayor claridad el instituto de la capacidad, podemos considerar que el derecho no puede dejar de tener en cuenta que el sujeto normativo. Las normas se dirigen a personas concretas, específicas e individuales, que intentan convivir armónicamente. Las reglas referidas a la determinación de la capacidad no están para encasillar, impedir o interrumpir; sino para ayudar, promover y respetar el derecho de la persona con discapacidad a llevar una vida digna. Esto tiene que ver con la consideración de su propia autonomía, con la intención de provocar un desarrollo propio de sus capacidades, desde las muchas o pocas limitaciones que cada uno pueda tener.

Con relación a los derechos humanos, Manuel Atienza afirma que, son derechos subjetivos cuya titularidad se atribuye a las personas, por el simple hecho de serlo, que cuando están incorporados al derecho positivo y forman parte de la Constitución, se les suele llamar derechos fundamentales (García Marriqué, 2004: 49). Por otro lado, Antonio Pérez Luño afirma que los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades que, en cada momento histórico concreto, recogen las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, que deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.

Esto nos permite entender, por un lado la importancia de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, como una parte importante de los derechos humanos y por lo tanto como un conjunto de exigencias, que requerían una expresa plasmación en la legislación nacional. Porque todos los derechos humanos se inscriben en los siguientes supuestos: 1. Se aplican a todas las personas, sin discriminación alguna. 2. Su validez es irrestricta, no dependiendo de circunstancias políticas y sociales. 3. Incumben a los estados particulares buscar el modo adecuado para su protección y realización (Arango, 2004: 60). Todo ello, no hace más que fundamentar la necesidad de una legislación nacional uniforme y coherente, que garantice estos derechos.

Reconocemos que los juicios prácticos en general, como lo son las sentencias, deben tomar como parte de su fundamento último a los derechos humanos. Con esto queremos señalar la importancia de la implementación de un proceso de interpretación, que entienda la relación entre el derecho nacional y el derecho convencional, como parte fundamental del discurso jurídico. Para que este se mantenga dentro de los límites de las convicciones razonadas que establecen los principios convencionales. Esto requiere de la utilización de dos aspectos importantes: una lógica de inferencia apropiada y la formulación de argumentos jurídicamente válidos, los que se construyen en base a garantizar la eficacia los derechos humanos de las personas con discapacidad.

También debemos pensar la importancia de los distintos operadores jurídicos a la hora de consolidar, resguardar y llevar a la práctica, esta forma de entender y comprender la determinación de la capacidad jurídica, como parte del marco normativo, que encuentra un fundamento jurídico y discursivo dentro de un contexto convencional.

Bien podemos reconocer que los principios que sustentan el instituto de la capacidad son tomados del derecho convencional de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Siguiendo el pensamiento de Carlos Nino podemos establecer que estos principios sustantivos pueden ser enunciados de la siguiente forma:

1. *Autonomía de la persona*: se relaciona con la libertad de hacer. Se sustenta en la idea de la igualdad entre las personas. Sin embargo, todo tratamiento igualitario no puede ser independiente de la concepción sobre lo que es bueno para el hombre y para su propia vida. El trato que se dispensa a una persona como un igual explicita la forma en que alguien desearía ser tratado. La concepción sobre la autonomía personal se proyecta en otros derechos, como son: la integridad corporal y psíquica, la libertad de asociación, de expresión y libertad en el desarrollo de la vida privada.
2. *Principio de inviolabilidad de la persona*: se relaciona con la libertad de las conductas, cuyos efectos recaen sobre el propio agente. Los derechos funcionan como restricciones a los intereses colectivos. Establecen una barrera a los demás integrantes de la sociedad o al Estado mismo, impidiendo vulnerar los derechos individuales básicos. Entendemos que siempre deben privilegiarse los principios fundamentales, por sobre los derechos particulares.
3. *Principio de la dignidad de la persona*: advertimos que respetar la libertad del individuo no es lo mismo que satisfacer sus deseos. Depende, que el individuo asuma las consecuencias de sus decisiones (Nino, 1989: 117).

Cuando se afirma que la norma puede ser entendida como la objetivación de una modalidad de la acción se pretende reflejar un criterio de racionalidad específico, que es utilizado por los operadores jurídicos para responder a cuestiones concretas. La dinámica del derecho nos obliga a comprender los estándares propuestos por el derecho internacional. Esto nos lleva a pensar criterios de aplicación de las normas jurídicas. El derecho tiene una manifestación concreta que se hace perceptible en su aplicación. Si queremos tener una visión integral del fenómeno jurídico debemos considerar las exigencias de racionalidad, de las decisiones jurídicas. En este intento por alcanzar cierto grado de corrección, se produce una conjugación de normas, conductas y valores. No podemos dejar de tener en

cuenta el sentido axiológico que conlleva una decisión jurídica (Herrera Figueroa, 1995: 133). La sentencia judicial requiere esencialmente de un discurso, que exponga los fundamentos que sostienen su racionalidad.

El discurso práctico, producido por el jurista, debe estar atado a estrictas reglas procedimentales, y a los principios se encuentran consagrados de forma expresa en el derecho positivo (Alexy, 2008: 36). La vida del derecho consiste en un intercambio de argumentos, que ofrecen interpretaciones alternativas sobre lo que el derecho es, en cada caso (Rodríguez, 1997: 62).

Reconocemos una relación entre, interpretación, aplicación y creación del derecho, pues toda decisión judicial posee necesariamente una fundamentación racional, que pretende ser reconocida como correcta (Alexy, 2008: 40). Las exigencias de un estado de derecho se encuentran vinculadas al respeto de los derechos humanos y los procedimientos institucionalizados. Sólo podemos hablar de legalidad y legitimidad, cuando se siguen estos criterios de acción (Rodríguez, 1997: 68). Pues, la finalidad de todo ello, se encuentra en la maximización de los derechos (Sieckmann, 2006: 209) y en la validación institucional, que ve se explicitada, cuando se incorporan los derechos humanos, en el quehacer cotidiano, por el solo hecho de encontrarse incorporados como obligatorios, en el catálogo de derechos fundamentales de nuestra constitución (Alexy, 2003: 21). Nada más específico y en sintonía con los derechos humanos, que la posibilidad que la normativa actual le otorga a la persona con padecimientos mentales, una participación en el proceso. Distinguimos distintas formas de intervenir en el proceso, ya sea con una representación letrada, con la audiencia que señala el artículo 35 del CCiv. y Com. que tiene la finalidad del contacto directo con el juez de la causa, en la que debe expresar su parecer libremente. Como así también la posibilidad de reevaluación periódica. Todo lo que nos permite vislumbrar un trato de personalizado, preocupado por considerarlo como alguien y no como algo. En definitiva, podemos concluir que la preocupación del legislador ha sido acercar el derecho a la gente, sin prejuicios de ningún tipo, que pudieran provocar exclusiones. Comprendiendo que el derecho, es una herramienta de constructiva para el afianzamiento de las relaciones sociales.

XVIII. Bibliografía

ALBERDI, Juan Bautista (1947). *El crimen de la guerra*. La Plata: Calomino.

ALEXY, Robert (2008). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.

— (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

— (1994). “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”, en: *Isonomía*. Nº 1.

ARANGO, Ricardo (2004). *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

ARNIO, Aulis (2003). “Algunas observaciones sobre la justificación jurídica”, en: Enrique Zuleta Puceiro (comp.) *Interpretación de la Ley*. Buenos Aires: La Ley.

BARIFFI, Francisco (2016). “Restricción a la capacidad y capacidad civil. Tensiones constitucionales y Código Civil y Comercial”, en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley. AP/DOC/1094.

BENAVENTE, María Isabel y BURUNDARENA, Ángeles (2016). “Restricciones a la capacidad de personas mayores. Problemas y soluciones”, en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley AP/DOC/1048.

CAMPS, Carlos Enrique (2004). *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*. Anotado Comentado. Concordado. Tomo II. Buenos Aires: Depalma.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel (2005). “Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces”, en: *Jurisprudencia Argentina*. Doctrina. Nº 13. Buenos Aires.

CONVERSET, Juan Manuel (2015). *Incidencias del Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Hammurabi.

D’ALBANO TORRES, Patricia Inés (2015). *Estudio del Nuevo Código*. Buenos Aires: Ediciones D&D.

DWORKIN, Ronald (1997). “Cómo el derecho se parece a la literatura”, en: *La decisión judicial*. Santa Fe de Colombia: Siglo del Hombre Editores.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (2004). *Derechos Humanos e injusticias cotidianas*. Bogotá: Universidad externado de Colombia.

GROSMAN, Cecilia (1998). *Los derechos del niño en la familia*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

HERRERA FIGUEROA, M. (1955). *Justicia y sentido*. Tucumán. Ministerio de Educación de la Nación. Universidad Nacional de Tucumán.

HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo II. Buenos Aires: Infojus.

KANT, Immanuel (2007). *Hacia la paz perpetua, un proyecto filosófico*. Trad. Marey M. Udi J. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; FERNÁNDEZ, Silvia E. y HERRERA, Marisa (2015). “Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código”, en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley. D, 1073.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (1994). “El derecho constitucional del menor a ser oído”, en: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 7. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

LAFFERRIERE, Jorge Nicolás (2017). “La capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial: entre la autonomía y la protección”, en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley. AR/DOC/591/2017.

MENDIONDO, Nurit y OLMO, Juan Pablo (2016). “Elevación en consulta: pautas para revisar las sentencias de capacidad restringida”, en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley. 23/09/2016.

NINO, Carlos Santiago (1989). *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea.

OLAZÁBAL, Alejandro (2016). “Un nuevo procedimiento para la determinación de capacidad”, en: *Revista de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, N° 76. Septiembre.

PETTORUTI, Carlos y SCATOLINI, Julio (2005). *Elementos de Introducción al Derecho*. Buenos Aires: La Ley.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel y CENICACELAYA, María de las Nieves (2009). *Derecho Constitucional Argentino*. Tomo II. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni.

RODRÍGUEZ, César (1997). “Teoría del derecho y decisión judicial”, en: *La decisión judicial. El debate Hart. Dworkin*. Bogotá: Universidad de los Andes.

SIECKMANN, Jan (2006). *El modelo de los principios del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Fecha de recepción: 27-04-2017 Fecha de aceptación: 30-06-2017