

El modelo social de la discapacidad en Argentina: paradigma de la toma de decisiones con apoyos y salvaguardas en el nuevo Código Civil argentino

Esteban Toro Martínez

*Médico especialista en Psiquiatría y Medicina Legal
Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
Profesor Titular de Psiquiatría Forense de la Carrera de Especialistas en Psiquiatría, Instituto Superior de Posgrado, APSA
Profesor Titular de Legislación en Salud Mental, Maestría en Gestión en Salud Mental, ISALUD
Docente Adscripto al Departamento de Salud Mental, Facultad de Medicina, UBA
Email: etoromartinez@gmail.com.ar*

Introducción

Antecedentes del paradigma jurídico tutelar con sustitución de la voluntad en el Código Civil de Vélez Sarsfield

En la Argentina nuestro actual Código Civil (C.C.) rige desde el 1° de enero de 1871. Su autor, el célebre Vélez Sarsfield, inspirado en el *Esboço* de Freitas y recogiendo la evolución de la tradición romana, introdujo en nuestro *corpus legal* la dicotomía caracterizada por

la presencia de salud mental-capacidad vs. ausencia de salud mental-incapacidad. De este modo, quedaban por un lado los “sanos” dotados de plena capacidad y por el otro los enfermos “insanos” desprovistos de toda capacidad (incapacitados) para la realización de todos los actos de la vida civil.

Este paradigma se erigió sobre la base de la joven psiquiatría decimonónica y sus novedosas clasificaciones,

Resumen

En los últimos años en la Argentina se han sancionado un conjunto de leyes especiales y un nuevo Código Civil y Comercial que pone el marco normativo argentino en consonancia con los Tratados de Derechos Humanos y en particular con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De este modo se ha dejado atrás el paradigma protectorio tutelar de sustitución de la voluntad, por el nuevo paradigma de derecho a la capacidad en igualdad de condiciones con asistencia en las decisiones mediante sistemas de apoyos y salvaguardias.

Palabras clave: Capacidad - Restricción de capacidad - Incapacidad - Apoyos - Salvaguardias.

THE SOCIAL MODEL OF DISABILITY IN ARGENTINA: PARADIGM OF DECISION-MAKING SUPPORT AND SAFEGUARDS IN THE NEW ARGENTINE CIVIL CODE

Abstract

There has been a new framework with new laws and a new Code in Argentina in recent years in order to put its legal system in congruence with International Covenants on Human Rights and in particular with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Through this new laws Argentina legal system recognize that persons with disabilities enjoy capacity on an equal basis with others in all aspects of life and the State shall take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity with safeguards.

Key words: Capacity - Legal capacity on equal basis - Disability - Support - Safeguards.

que llenaban de entusiasmo al campo de la investigación científica en la psiquiatría y sobre la noción de tutela al débil de mente o espíritu tomada de la tradición romana. Esto quedaba claramente reflejado en la redacción del artículo 141 del C.C. previo a su modificación en 1968: "*Se declaran dementes los individuos de uno y otro sexo que se hallen en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, aunque tengan intervalos lúcidos, o la manía sea parcial*" (1).

Puede apreciarse en la terminología técnica utilizada en la redacción, la huella de la obra de Pinel y de su discípulo Esquirol pero atento a las sempiternas dificultades que la nosografía psiquiátrica ha ofrecido como desafío y como obstáculo al derecho y a la ciencia el codificador en el artículo 3615 del C.C. párrafo 2 expresó que la demencia era una expresión genérica que designaba a todas las variedades de la locura. De esta manera, comprobada la enfermedad, se decretaba la incapacidad para ejercer sus derechos de un modo absoluto y el insano quedaba sometido a curatela. El artículo 475 del C.C. (De la curatela) completa el círculo: "*los declarados incapaces son considerados como los menores de edad en cuanto persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces*" (2).

Pero para comprender cabalmente cómo se llegó a dicho artículo 141 del C.C., debe realizarse una breve reseña del Derecho Romano (DR) y será sorprendente descubrir la vigencia de aquél sobre este aspecto en este siglo XX que, en materia de capacidad, finalizó con la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) del año 2006.

En el DR se destacaron dos expresiones a lo largo de los tiempos: *los furiosus (furiosus) et demens* o *mente cap-tus* que en algunas ocasiones, se utilizaron como sinónimos de enajenación mental y en otras, para discriminar por un lado entre furiosos o violentos y por el otro, en débiles de mente pero con las mismas consecuencias jurídicas. Sin embargo, entre los estudiosos del DR algunos estiman que para los primeros se suspendía la capacidad de obrar o del ejercicio de derecho, mientras que para los segundos les correspondía la asignación de un curador atento a que su condición acarrearía una incapacidad absoluta (1, 2).

Asimismo, mientras que en el DR se fueron suprimiendo muchas de las diferencias entre la tutela y la curatela, en el Reino de Castilla la primera correspondió a los menores impúberes y la segunda para los menores adultos o púberes (hasta que cumplieran la mayoría de edad a los 25 años) con el acento puesto en la administración de los bienes. Finalmente, con el descubrimiento de América, el Derecho Castellano pasó a las Indias y el sistema de tutelas y curatelas se prolongó desde el 25 de mayo de 1810 hasta la codificación definitiva (2).

De lo hasta aquí desarrollado se desprende que se establecían dos formas de afecciones, una más grave que la otra, a las cuales se le asignaban distintas consecuencias legales a la hora de determinar el ejercicio de sus derechos y la oferta de protección a través de sistemas de curatelas. En consecuencia, es importante para comprender los conceptos de nuestro C.C., conocer qué entiende la doctrina jurídica por capacidad, sus tipos y por incapacidad.

La capacidad es la aptitud de las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones. Esta puede referirse al goce de los derechos o a su ejercicio; en el primer caso, es la capacidad de derecho y en el segundo, se trata de la capacidad de hecho o de ejercicio. Por lo tanto hay 2 tipos de capacidades: a) De Derecho que es aquella que se inicia desde el momento mismo de la concepción en el seno materno y es la aptitud presentada por las personas para adquirir y gozar de derechos que no les estén prohibidos; y b) De Hecho, de ejercicio o de obrar que es la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones (3). De este modo, el artículo 52 del C.C. estipula que las personas de existencia visible (los seres humanos) son precisamente *capaces* de adquirir derechos o contraer obligaciones reputándose como tales (*capaces*) todos los que en este Código no están expresamente declarados incapaces y a éstos les serán permitidos todos los actos y derechos que no les fueren expresamente prohibidos (artículo 53 C.C.). En consecuencia, en el artículo 54 del C.C. se demarca quiénes tiene incapacidad absoluta: 1°) las personas por nacer; 2°) los menores impúberes; 3°) los dementes; 4°) los sordomudos que no saben darse a entender por escrito; el artículo 56 de C.C. establece que los incapaces pueden, sin embargo, adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley, y en el artículo 58 se estipula que este Código protege a los incapaces, pero sólo para el efecto de suprimir los impedimentos de su incapacidad, dándoles la representación que en él se determina, y sin que se les conceda el beneficio de restitución, ni ningún otro beneficio o privilegio.

En esta apretada síntesis se da cuenta que el objetivo del instituto de la incapacidad es el de brindar protección con el objetivo de suprimir los impedimentos que la incapacidad ocasiona, protección que se da a través de la representación (4).

El avance en las conceptualizaciones psicopatológicas y en las terapéuticas fue marcando en las enfermedades mentales un espectro de gradaciones de gravedad que fue tornando al Código insuficiente en su finalidad tutelar y así se llegó a la reforma Borda de 1968, en la cual se redefinió quiénes serán considerados incapaces creando además la figura de la inhabilitación; esta última, destinada a proteger a aquellos que portaban una enfermedad mental de menor gravedad que la contemplada bajo la insania. Para ser claros, la inhabilitación no consistía en un régimen más benigno de restricciones a la capacidad, aunque en los hechos lo fuera, sino que implicaba la posibilidad de proteger de actos jurídicos perjudiciales para sí, en aquellas personas que aún no se encontraban en peligro por su enfermedad, pero que del ejercicio de la plena capacidad se estimara que sí. La mencionada reforma modificó la redacción del artículo 141 del C.C.: "*se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes*" (4). Adviértase que retiró de su redacción la condición de "*estado habitual*" que contemplaba la versión anterior de dicho artículo. No obstante la doctrina acepta que tal enfermedad mental debe ser habitual, actual y de sufi-

ciente gravedad (1). En relación a las nuevas formas de patologías menos graves que quedaban desprotegidas bajo la concepción del paradigma tutelar, esta reforma introdujo el artículo 152 bis: *“Podrá inhabilitarse judicialmente: 1°) A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio; 2°) A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio ... Se nombrará curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación. Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos. Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso”* (4). Al respecto resulta de suma importancia prestar atención al tiempo verbal, atento que para el artículo 141 del C.C. se declararán incapaces a aquellas que a causa de sus enfermedades mentales no tengan aptitud -tiempo verbal presente- para dirigir su persona o administrar sus bienes mientras que para el artículo 152 bis del C.C. inciso 2° podrá inhabilitarse judicialmente a los disminuidos en sus facultad (toda vez que) el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar -tiempo verbal potencial- presumiblemente daño a su persona o patrimonio.

Por lo dicho hasta aquí el Código de Vélez Sarsfield previó en su versión de 1871 un sistema de representación legal, necesario, universal, controlado y promiscuo (porque más allá del representante interviene el Ministerio Público) (2). El Código actual, tras la reforma de 1968, promueve 2 tipos de medidas de protección: un sistema de representación y un sistema de asistencia en función del *quantum de gravedad*. La voluntad del insano, o declarado incapaz, queda reemplazada por la del representante legal quien ejercerá la prerrogativas jurídicas en todos los actos jurídicos que correspondan; mientras que en el caso del inhabilitado funcionará un sistema de asistencia que permite al asistido ejercer sus derechos de administración personalmente, pero para aquellos actos de importancia tales como los de disposición entre vivos u otros que limite la sentencia, deberá contar con la asistencia del curador; porque, esencialmente, la restricción de la capacidad se circunscribe a determinados tipos de actos pero manteniendo la capacidad genérica (5). En la insania la voluntad del declarado incapaz es reemplazada por la del curador y en la inhabilitación se produce una integración de voluntades. La vigilancia se concreta con la necesidad de obtener autorización del asistente y esa conformidad o autorización también complementaria del acto es el asentimiento, que se presta en cada acto.

Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad: el modelo social de la discapacidad

La CDPD es un tratado internacional en el que se recogen los derechos de las personas con discapacidad

así como las obligaciones de los Estados Partes integrantes en la Convención a los fines de promover, proteger y asegurar esos derechos. En la Convención se establecen 2 mecanismos de aplicación: el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, encargado de supervisar la aplicación de la Convención, y la Conferencia de los Estados Partes, encargada de examinar cuestiones relacionadas con la aplicación de la Convención.

La Asamblea General de las Naciones Unidas la aprobó el 13 de diciembre de 2006 y se abrió a la firma el 30 de marzo de 2006. El Protocolo Facultativo de la Convención es un tratado internacional en el que se demarcan 2 procedimientos con la finalidad de reforzar la aplicación y supervisión de la convención. El primero de ellos es un procedimiento individual de comunicaciones que permite a las personas presentar peticiones ante el Comité denunciando violaciones de sus derechos; el segundo es un procedimiento de investigación que dota a la Convención de autoridad para investigar violaciones graves o sistemáticas de la Convención. La influencia de esta Convención es de tal envergadura que ante un diferendo en relación a los Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental -que en Argentina es Ley- y la propia Convención, ésta deberá prevalecer sobre aquella. Nuestro país, en virtud de lo dispuesto por artículo 75 inciso 22 1° párrafo de nuestra Carta Magna (CM), aprobó mediante ley 26.378, sancionada el 21/05/08, promulgada el 06/06/08 y publicada en el Boletín Oficial (B.O.) el 09/06/08 la CDPD y su protocolo facultativo. De este modo, la CDPD tiene jerarquía supralegal, encontrándose por debajo de la CM y por encima del C.C.

Si bien todos los instrumentos de Derechos Humanos (DD.HH) son aplicables a las personas con discapacidad, la Convención es necesaria a fin de tener una reafirmación clara de que los derechos de las personas con discapacidad son DD.HH y de reforzar el respeto de los mismos. Para su elaboración se partió del diagnóstico de que los mismos no se estaban respetando. De este modo, la CDPD es el primer instrumento de derechos humanos del siglo XXI y el primer instrumento legalmente vinculante que protege de manera general los derechos de las personas con discapacidad.

Entre los antecedentes de DD.HH cabe destacarse (6):

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
2. Declaración Universal de Derechos Humanos;
3. Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales;
4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
5. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;
6. Convención Americana de Derechos del Hombre (Pacto de San José de Costa Rica);
7. Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio;
8. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;

9. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes;

10. Convención de los Derechos del Niño;

11. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares;

12. Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas;

13. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Por su parte, en lo que a Discapacidad específicamente se refiere, se destacan:

1. Declaración de los Derechos de las Personas con Discapacidad (1995);

2. Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad (1981);

3. Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental (1991) (en adelante Principios);

4. Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (1993).

Si bien en la Convención no se recogen derechos humanos nuevos, se establecen en ella con mayor precisión. La estructura general es la siguiente: preámbulo; propósito; definiciones; principios generales; obligaciones; derechos específicos; medidas para promover la aplicación; cooperación internacional; aplicación y seguimiento; y disposiciones finales.

En el preámbulo de la CDPD, inciso e) se lee: *“reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones”* y en el artículo 1º, 2º párrafo resalta que: *“las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”* (7).

De este modo puede apreciarse que en la Convención no figura una definición taxativa de “discapacidad” ni “de personas con discapacidad”, pero existe un reconocimiento de que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de procesos dinámicos que surgen de la interacción de la persona con deficiencia por un lado y las barreras debidas a la actitud y al entorno que dificultan o impiden la participación plena y efectiva en sociedad en igualdad de condiciones con los demás.

El propósito de la presente Convención es *“promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente”* (artículo 1º, 1º párrafo). Desde el modelo social de la discapacidad se asume que la raíz del problema no está en las condiciones individuales del sujeto sino en las limitaciones de la sociedad para asegurar adecuadamente la necesidades de las personas, variando la misma según los distintos contextos procurando que las respuestas sociales sean proporcionadas

desde el respeto a la igual dignidad inherente a su condición de persona y el respeto de su libertad (7).

En el artículo 3º se establecen los principios generales entre los que se destacan: *“a) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; b) la no discriminación; c) la participación e inclusión plenas y efectivas en sociedad; d) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana; e) la igualdad de oportunidades; f) la accesibilidad; g) la igualdad entre el hombre y la mujer”* (7).

Para ello, los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad (artículo 4º, inciso 1º, obligaciones generales) y en el artículo 12º la CDPD expone toda su cosmovisión y paradigma jurídico acerca de *“de la capacidad en igualdad de condiciones”*. Éste artículo debe ser de lectura obligatoria para comprender lo que en nuestro medio fue entre los años 2008/2010 la innominada capacidad residual, luego el artículo 152 ter de la Ley de Salud Mental (LSM) y en este año el nuevo C.C.

El artículo 12º se titula: Igual reconocimiento como persona ante la ley y en sus primeros puntos establece que *“Los estados partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica; los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”*. Así, la persona con discapacidad tiene derecho a la personalidad jurídica y a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones (7). Para esto estipulan los siguientes 2 puntos que son los principios ordenadores desde donde se puede entender el profundo cambio de paradigma que esta Convención introdujo en materia de capacidad/discapacidad y que se vio reflejado en las sentencias, la LSM y en el nuevo C.C.

El artículo 12º. 3 estipula que *“los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”* y en el punto 12. 4 explicita que éstos *“asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”* (7).

De esta manera, lo que la convención propone es el derecho a la capacidad en igualdad de condiciones con el o los apoyos que sean necesarios para el ejercicio de la

capacidad jurídica complementado con medidas judiciales (salvaguardias) que controlen y limiten dichos excesos. Al respecto ver artículos 42 de la ley 26657/10, y 32 y 43 del nuevo C.C.

Entonces, el modelo social de la discapacidad, además de considerarla como la resultante de una interacción desfavorable entre la condición del sujeto y las barreras de la sociedad, plantea un giro de 180 grados -giro copernicano- en la manera de conceptualizar los regímenes legales en relación a la capacidad. En consecuencia, la CDPD cambia el paradigma jurídico de la discapacidad propio de nuestro código tutelar protectorio de sustitución de la voluntad por el paradigma basado en la toma de decisiones con apoyos y salvaguardas. En el viejo paradigma tutelar la regla era la incapacidad y el reemplazo de su voluntad para ejercer la protección. En el actual, la regla es la capacidad con grados de restricción, con explicitación de funciones y actos que se limitan procurando la mayor autonomía posible e instrumentando un sistema de apoyos que asista a quien se le restrinjan las mismas en la toma de sus decisiones y de salvaguardias que evite excesos y faculte controles legales.

Así, podemos decir que en materia de discapacidad el siglo XXI comenzó con la CDPD en el año 2006 y en la Argentina en el 2008.

Jurisprudencia Argentina: un fallo marplatense que declaró la inconstitucionalidad del art. 152 bis del C.C. sobre inhabilitación

En el expediente caratulado “B., L S/ inhabilitación”, la jueza María Graciela Iglesias del Tribunal de Familia N°1, con la intervención de la Asesora de Incapaces Mónica Cotroneo, el 6/5/2009 dictó una sentencia adecuando el marco jurídico argentino a los mandatos del derecho internacional (8). En su parte expositiva luego de un detallado repaso de los tratados de DD.HH con jerarquía constitucional y de la obligación que la CDPD impone a los Estados Partes valoró en dicha sentencia “los Estándares de derechos específicos en salud mental, viabilizando a través de ellos la tutela efectiva responsabilidad del Estado frente a la deficiencia que provoca la discapacidad de la persona”. “La autonomía personal, la libertad, el poder de decisión, la inclusión social, la libertad, la dignidad, el derecho humano a la personalidad, a la honra, a la dignidad, a la sexualidad, a la familia, a la diferencia, a la individualidad, al conocimiento, al tratamiento, a la salud, al trabajo, al consentimiento informado, a la rehabilitación e inserción sin privación de la libertad por salud, son derechos humanos en crisis que se enfrentan al concepto de normal y anormal, al olvido y exclusión social, las siguientes normas establecen los estándares de DD.HH de las personas con padecimiento psíquico: Declaración de Hawai de 1977, sobre implicancias éticas específicas en Psiquiatría (Asamblea General de la Asociación Mundial de Psiquiatría Hawai 1977) y Declaración de Hawai 2 de Viena de 1983, Declaración de Atenas de 1989 y Declaración de Luxor de 1989, Resoluciones dictadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, programa de Acción Mundial para los impedi-

dos ... 1982, Declaración de Caracas de 1990, 21 Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de 1991, establecen un régimen que constituye un punto de partida para que los Gobiernos y Organismos se superen en la búsqueda de Prácticas y tratamiento de condiciones de vida dentro y fuera de las instituciones psiquiátricas y prevén protección contra la detención arbitraria en dichas instituciones. La Declaración de Viena de 1993 declaró que los DD.HH son universales, indivisibles, interdependientes y están interrelacionados; Normas uniformes para la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas del 20 de diciembre; declaración de Madrid de 1996”. “Así mismo la doctrina de los DD.HH que emana de la Corte Interamericana de DD.HH en sus opiniones consultivas y en las sentencias contenciosas ha quedado establecido que el principio de aplicación frente a dos categorías de derechos, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana, es decir debe cobrar virtualidad la cláusula “Pro Homine”. “Ello implica que el mundo contemporáneo ha reconocido que todo ser humano por el hecho de serlo es titular de derechos fundamentales que la sociedad no puede arrebatarle lícitamente. Por ello al momento del dictado de la presente sentencia, por ello entiendo que no es posible aplicar el ordenamiento dispuesto por el C.C respecto de incapacidad relativa dentro del marco del juicio de inhabilitación”. “Si L. B. es titular de personalidad jurídica, con capacidad jurídica para el ejercicio de sus derechos, debe aplicarse la operatividad de las normas y convenciones (Ley 26378, CDPD) de conformidad con el principio de la cláusula más favorable a la persona humana y lo dispuesto en el art. 27 de Convención de Viena sobre los tratados” (9). En su parte dispositiva el fallo en su transcripción abreviada dispuso: 1- Se declara que L. B “en ejercicio pleno de su personalidad jurídica deberá tomar toda decisión que comprometa su patrimonio por actos de disposición o administración con el apoyo para tales actos de su abuela y su hermano, a quienes el fallo autoriza en todo lo conducente a tal fin (arts. 9 y 12 de la CDPD, art. 16 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 13 Convención Americana de DD.HH); 2) En caso de que L. B. realizara actos jurídicos “per se” sin el apoyo ordenado en el fallo para la comprensión del acto que se trate, esos actos serán tenidos por nulos...5) Se estableció como salvaguardia que L.B., su abuela y su hermano rindan cuentas de su actuación cada seis meses ante el tribunal y por el plazo de tres años” (9).

A través de este fallo ejemplar se pretende mostrar cómo en la Argentina comprendida entre 2006-2010 germinaban las bases para el profundo cambio normativo que implicarían la ley 26657/10, la ley de derechos del paciente (ley 26529/09) –que no se discutirá en este trabajo- y el nuevo Código Civil de pronta entrada en vigencia el 1° de Agosto de este año.

La Ley 26657/10

La LSM sancionada el 25/11/10, promulgada por decreto 1855/10 el 02/12/2010 y publicada en el B.O. el 3/12/2010 entró en vigencia el 12 de diciembre de 2010, consta de 46 artículos y XII capítulos generales. El legis-

lador se propuso entre uno de sus objetivos armonizar a través de una ley marco la práctica de la salud mental basada en un modelo comunitario e interdisciplinario que limite al máximo las medidas coactivas de internación y de restricción de capacidades poniendo el acento en la autonomía del aquejado, el respeto a su voluntad, la preservación de sus lazos familiares y comunitarios y el respeto de sus DD.HH. La discusión que ha despertado y aún lo hace esta norma escapa al objetivo de este trabajo, que en esta sección intenta el abordaje técnico de los aspectos pertinentes al tema en cuestión.

La LSM en su artículo 1º asegura "...el pleno goce de los derechos humanos de aquellas personas con padecimiento mental que se encuentran en territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos" puedan establecerse. Así también, el artículo 2º considera parte integrante de la ley a los Principios adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1990 que en su Principio 1.4 establece que "No habrá discriminación por motivo de enfermedad mental. Por 'discriminación' se entenderá cualquier distinción, exclusión o preferencia cuyo resultado sea impedir o menoscabar el disfrute de los derechos en pie de igualdad"; en el Principio 1.5 estipula que "Todas las personas que padezcan una enfermedad mental tendrán derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos pertinentes, tales como la declaración de los Derechos de los Impedidos y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión"; en el Principio 1.6 destaca que toda persona que a causa de sus enfermedades mentales carezca de capacidad (recordar que esta concepción es superada por la CDPD) establece que las decisiones que se tomen se harán frente a un tribunal independiente y que "las decisiones sobre la capacidad y la necesidad de un representante personal se revisarán en los intervalos razonables previstos en la legislación nacional" (10, 11). Específicamente en relación con la CDPD, la LSM en el artículo 3º, 2º párrafo establece que "se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas", en su artículo 5º explicita que "la existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado" y en el artículo 7º inciso n destaca el "Derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable" (10). En relación a la no discriminación y en consonancia con el Principio 1.4, la LSM en su artículo 7º inciso i resalta el derecho a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado (10). Por su parte el decreto de reglamentación 603/2013 establece en relación a este último artículo e inciso que "el INSTITUTO NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, LA XENOFOBIA Y EL

RACISMO (INADI) y la AUTORIDAD FEDERAL DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL (AFSCA), en el ámbito de sus competencias, en conjunto con la Autoridad de Aplicación y con la colaboración de todas las áreas que sean requeridas, desarrollarán políticas y acciones tendientes a promover la inclusión social de las personas con padecimientos mentales y a la prevención de la discriminación por cualquier medio y contexto" (11).

Pero es en el capítulo XII donde introdujo una importante modificación al actual C.C. a través del artículo 42 al introducir el artículo 152 ter que estipula: "Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible". Este artículo conmovió toda la estructura jurídica de la capacidad/incapacidad vigente poniendo al marco legal argentino en consonancia con la CDPD y con los Principios de Naciones Unidas. De este modo introdujo los equipos interdisciplinarios que deben complementar a la evaluación realizada por tres médicos legistas o forenses del artículo 631 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) que interroga bajo el título de Calificación Médica acerca de: 1) Diagnóstico; 2) Fecha aproximada en que la enfermedad se manifestó; 3) Pronóstico; 4) Régimen aconsejable para la protección y asistencia del presunto insano; y 5) Necesidad de su internación; al tiempo que derogó sin especificarlo conforme a lo normado en los artículos 18, 20 y 21 el segundo párrafo del artículo 629 del CPCCN que establecía que "si se tratase de un presunto demente que ofreciese peligro para sí o terceros, el juez ordenará su internación en un establecimiento público o privado" o el artículo 625 del CPCCN *in fine* en relación a la facultad del juez de indicar una internación al sólo efecto de evaluar la incapacidad del insano si fuera necesario. Tal fue el impacto de esta reforma que el 7 de octubre de 2011 el Presidente de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió reemplazar los términos "insania" e "inhabilitación" por la denominación "Art. 152 ter del Código Civil" para caratular los expedientes que antes se denominaban de insania e inhabilitación.

Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Título 1 Persona Humana, Capítulo 2 Capacidad

El 23 de febrero de 2011 se dictó el decreto 191/11, que creó la Comisión Redactora, integrada por el Dr. Ricardo Lorenzetti, la Dra. Elena Highton y la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci. El anteproyecto fue entregado al Poder Ejecutivo el 4 de julio de 2012, el Congreso constituyó una comisión bicameral, desde donde se realizaron numerosas audiencias en todo el país y se recibieron más de mil ponencias. Finalmente, el 7 de octubre de 2014 fue promulgado por el Poder Ejecutivo.

El C.C. presenta algunas características sobresalientes: define paradigmas del derecho privado que se interrelaciona con el resto del ordenamiento jurídico, en

relación a leyes especiales ha decidido mantenerlas y remitir a ellas (p. ej., la LSM) y establece la necesidad de una decisión judicial fundada en una pluralidad de leyes, haciendo necesario un diálogo entre ellas: CM, Tratados de DD.HH, Jurisprudencia, Leyes Especiales y el propio C.C. Por último, ha puesto fin a una división tajante entre el derecho público y privado, existiendo en este código comunicabilidad de principios entre lo público y privado (13). Esta conexión entre la Constitución y el derecho privado basada en la doctrina y la jurisprudencia se ha dado en llamar *Constitucionalización del Derecho Privado*. Un ejemplo elocuente de esto último es la constitucionalización del Derecho en Salud Mental.

La doctrina civil imperante a la luz del código anterior utilizaba el concepto de persona, no como persona humana sino como un centro de imputación de normas, un ente abstracto capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. De ahí que Borda, en la parte general de su Manual de Derecho Civil, citara a Kelsen al afirmar que persona jurídicamente hablando, no es un algo concreto y externo al derecho; es simplemente (...) una manera de designar la unidad de una pluralidad de normas que estatuyen derechos y deberes (3).

En cambio, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) recogiendo los profundos cambios sociales, culturales, económicos que han impactado en las relaciones humanas y a través de la constitucionalización del Derecho Privado (vía artículo 75 CM inciso 22) tutela la persona humana y subraya la coherencia del sistema privado con el sistema de DD.HH. De este modo, el CCCN se construye alrededor de la persona humana, no ya como ente lequía sino como realidad ontológica, social y sujeto de derechos atravesada por la perspectiva de DD.HH.

En su artículo 1º el Código especifica que "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme a la Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos en los que la República Argentina sea parte. A tal efecto se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho" y el artículo 2º, en relación a la interpretación de la ley, establece que ésta "debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

En el Capítulo 2 aborda el tema de la Capacidad y en la sección 1, principios generales establece dos tipos de capacidades:

Art. 22: "Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados".

Art. 23: "Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial".

Art. 24: "Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:

a) la persona por nacer;
b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2º de este Capítulo:

c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión"

Luego en la sección 3, aborda la cuestión de las Restricciones a la Capacidad, estableciendo como principios comunes

Art. 31: "Reglas generales. La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales:

a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aún cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;

b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;

c) la intervención estatal tiene siempre un carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;

d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas a su comprensión;

e) la persona tienen derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;

f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades".

Art. 32. "Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

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

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

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

Art. 38: Alcances de la sentencia. "La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Así mismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de actuación" (14).

En relación al sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad en el artículo 43 define que "se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen

como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos". En su segundo párrafo, sin mencionarlo, explícitamente alude a la cuestión de la salvaguardia: "el interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas" (14).

Hasta aquí en el nuevo Código centrado en la persona humana mantiene la distinción entre Capacidad de derecho y de ejercicio, presume la capacidad de ejercicio y establece que toda persona humana puede ejercerla excepto las limitaciones expresamente previstas por el Código y por sentencia judicial, considerando su limitación de carácter excepcional y privilegiando: el acceso a la información, a la alternativa menos restrictiva de la libertad y a la intervención de carácter interdisciplinaria. Pese a ciertas discusiones doctrinarias previas mantiene dos niveles de restricciones: persona con capacidad restringida y con incapacidad e instituye el sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad, su función y las garantías judiciales de control al mismo.

En el decir del Presidente de la Corte Suprema de la Nación, Dr. Ricardo Lorenzetti "el Código constituye uno de los primeros ordenamientos codificados que ajusta disposiciones a los principios de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" (13).

Conclusiones

La Argentina ha desarrollado un sistema normativo de avanzada en materia de capacidad, en consonancia con el artículo 12 de CDPD, a través de nuevas leyes especiales y un sistema coherente a través de su nuevo CCCN que cristalizó el cambio paradigmático que constituye el modelo social de la discapacidad, basado en el ejercicio de la capacidad con asistencia reemplazando al modelo tutelar con sustitución.

El desafío de la comunidad de psiquiatras es entender el proceso, capacitarse técnicamente en la aplicación de las leyes, empoderarse de las nuevas normas y, desde ese lugar, sumarse al debate para enriquecerlo y mejorar las políticas de salud sin temor a perder nuestra identidad de médicos con una aptitud exquisita y hasta única que nos brinda la Clínica para detectar el fenómeno psicopatológico y aportar a su terapéutica en la línea de trinchera donde nos desempeñamos dentro de un abordaje individualizado e interdisciplinario ■

Referencias bibliográficas

1. Cifuentes S, Rivas Molina A, Tiscornia B. Juicio de insania. Buenos Aires: Editorial Hammurabi; 1997.
2. Olmo JP. Salud Mental y discapacidad. Buenos Aires: Editorial Dunken; 2014.
3. Borda GA. Manual de Derecho Civil, Parte General. Vigésima Edición Actualizada. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot; 2003.
4. Código Civil de la República Argentina con Legislación Complementaria. Buenos Aires: Editorial SIL; 1999.
5. Cifuentes S, Sagarna F. Código Civil Comentado y Anotado. Tomo I. Buenos Aires: Editorial La Ley; 2003.
6. Sobredo LD, Amendolaro R, Laufer Cabrera M. La perspectiva de Derechos Humanos, un instrumento para abordar situaciones clínicas complejas. *Vertex* 2010; 21: 49-54.
7. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006 [Internet]. Disponible en: www2.ohchr.org/spanish/law/disabilities-convention.
8. Villaverde MS. Apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Notas a partir de un fallo marplatense que no discapacita.
9. Fallo Completo. Expediente N1863 "B.L. s/Inhabilitación". Tribunal de Familia N°1 Mar del Plata; 2009.
10. Ley Nacional de Salud Mental. Ley N° 26657/10. Ministerio de Salud. Presidencia de la Nación. Buenos Aires, Argentina; 2011.
11. Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención en Salud Mental. Edición en Español. Dirigida por Prof. Dr. Roger Montenegro. Buenos Aires: Editorial Asociación Psiquiátrica de América Latina; 1998.
12. Ley de Salud Mental. Decreto Reglamentario 603/2013. Ministerio de Salud. Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones. Boletín Oficial. Buenos Aires; 2013.
13. Lorenzetti RL. Palabras Preliminares. Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires: Editorial Erreius; 2014. p. 1-9.
14. Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires: Editorial Erreius; 2014.