

Comisión nº1, Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen de capacidad de la persona humana”.

## **LAS FALENCIAS DEL LEGISLADOR EN LA RESTRICCIÓN DE LA CAPACIDAD**

**Autor:** Thelma Patricia TROTTA\*

### **Resumen:**

*El presente trabajo pretende establecer algunas consideraciones sobre las cuales el nuevo código esta en falta, con el cambio de paradigma en razón de la incorporación del régimen de capacidad progresiva.*

*Analizar la ausencia de una definición de alteración o padecimiento mental, la integración de los comités interdisciplinarios, como así también el de los grupo de apoyo, cuya función es asistir a la persona en su recuperación y en el ejercicio de sus derechos.*

### **1. El cambio de paradigma**

El antiguo Código en su artículo 54 establecía la incapacidad de Hecho, hoy de ejercicio absoluta para las personas declaradas dementes en juicio o para los sordomudos que no pudieran darse a entender por escrito, por lo tanto la voluntad de la persona considerada loco, idiota, insano, demente etc., era reemplazada por la de su representante o su curador<sup>1</sup>, en muchos casos eran recludos en Neuropsiquiatricos, conocidos en el lenguaje común como manicomios donde podían permanecer sin que nadie supiera, ni se preocupara más por ellos, convirtiendo a estos centros de salud mental en verdaderos reservorios de personas, algunas enfermas otras ya no. Nadie puede negar lo estigmatizante que esta condición era para la persona que la sufría y lo difícil de su recuperación posterior.

Lo importante no era el cuidado y protección de la persona sino de su patrimonio.

La sanción de la Ley 26.657 Ley de Salud Mental, incorpora en artículo 152 ter, la obligación de la intervención de un cuerpo interdisciplinarios de especialistas cuya función era por un lado ayudar al juez para establecer el grado de discapacidad mental del paciente a los fines de declarar su incapacidad o su inhabilitación, al mismo tiempo que obligaba a un seguimiento permanente del paciente no solo por parte de este equipo de profesionales sino del juez y poniendo un tope de tres años al plazo de internación.

Este incipiente cambio de paradigma establecido por la norma mencionada, se ve plasmado en todo su vigor, en el articulado del nuevo código Civil y Comercial,

---

\* Profesora Ayudante Universidad de Buenos Aires, Derecho Civil y Derecho de Daños, Cátedra Doctor Ameal.

<sup>1</sup> ARIANNA, Carlos, “ El curador provisorio”, en Revista Derecho de Familia, Nº 31, 2005, pp3 y ss.

comenzando por un cambio en el lenguaje<sup>2</sup>, ya no se refiere a la persona con problemas mentales en los términos soeces que indique en el párrafo anterior, al contrario el lenguaje utilizado conduce a evitar la estigmatización y la discriminación. Reconocer al otro como un igual, reconocer al otro como una persona<sup>3</sup>.

Este nuevo paradigma procura una protección integral de la persona, que padece algún tipo de alteración mental, acorde al principio de inviolabilidad de la persona humana conforme art 51 CCC, <sup>4</sup>estableciendo el principio general de Capacidad<sup>5</sup>, (art 31 inc. a CCC\*), aun cuando esta se encuentre internada, siendo esta solución acertada pues no se debe confundir la situación de vulnerabilidad y desprotección que puede presentar una persona al encontrarse en un centro de internación o rehabilitación, ( decisión estrictamente terapéutica, que debe ser tomada por el facultativo a cargo y solo en forma excepcional por la autoridad pública y en los alcances del art 42, dejando al paciente en manos de los médicos, para que determinen si procede la misma, sus condiciones y duración ), con la plena capacidad de sus condiciones mentales y su juicio de realidad que deben tenerse en cuenta si de capacidad se trata.

El Juez luego de un proceso, también novedoso ya que se le otorga legitimación al propio interesado para participar en él (art 33 inc. a CCC)<sup>6</sup>, contar con su propio patrocinio letrado, aportar las pruebas que considere oportunas en defensa de sus derechos algo impensado en el código anterior, al igual que la obligación que tiene el magistrado de entrevistar personalmente a la persona en cuestión, antes del dictado de la sentencia, más allá del dictamen del equipo de profesionales que actúe en el proceso. Podrá optar por el régimen de restricción a la Capacidad o de incapacidad, debiendo establecer en su sentencia conforme el art 37 en el cual se lee " La sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso:

- a. diagnóstico y pronóstico;
- b. época en que la situación se manifestó;
- c. recursos personales, familiares y sociales existentes;
- d. régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible.

Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario.

El artículo 38 al mismo fin continúa "La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación". Podría decirse que este artículo es bastante claro y de él se desprende

---

<sup>2</sup> CROXATTO, Guido Leonardo, "La Salud Mental (En la Argentina): Dos Paradigmas en Pugna", Lecciones y Ensayos, N° 90, 2012, págs. 255-276

<sup>3</sup> NUSSBAUM, M, "El ocultamiento de lo humano", Ed Katz, Buenos Aires, Cap. 2 Año 2006

<sup>4</sup> ARTÍCULO 51.- Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

<sup>5</sup> Su antecedente se encuentra en el art 3 de la Ley 26.657 que establece "...Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas"

\* Código Civil y Comercial de la Nación.

<sup>6</sup> ARTÍCULO 33.- Legitimados. Están legitimados para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida: a. el propio interesado; Código Civil y Comercial de la Nación

que deberá el juez establecer un régimen de representación, de asistencia o mixto para la celebración de determinados actos y los alcances de los mismos.

## **2. La vaguedad de los términos alteración y padecimiento mental**

Todo haría parecer que el legislador tuvo miedo de definir en forma concreta cuales son las causales terapéuticas, que pueden llevar a una persona a tener una falta total o parcial de aptitud suficiente para dirigir su persona o administrar sus bienes.

Por eso evita hablar de enfermedad mental y utiliza términos tan ambiguos como confusos, así se refiere a alteración mental permanente o prolongada<sup>7</sup> o padecimiento mental, no hace referencia porque excede los límites del presente trabajo al concepto de "debilidad psíquica", como componente subjetivo en el vicio de lesión.

Así el estado de cosas cabe preguntar por un lado: Qué se entiende por alteración o padecimiento mental, (interpretando que ambos conceptos fueran sinónimos), y por el otro Quiénes estarían calificados para determinar el diagnóstico y el pronóstico de esa "situación", término por demás desafortunado que emplea el art 32 inc b, para referirse a la época en que aparecieron o se manifestaron, creo yo los síntomas de dicha alteración o padecimiento.

Para responder al primero de los interrogantes recurriré al Diccionario de la Real Academia Española, el cual define alteración como la acción y el efecto de perturbar, trastornar e inquietar, así definida y con la escasa información que la normativa nos brinda, podríamos afirmar que una alteración mental sería toda aquella situación que perturbe, trastorne o inquiete a una persona en forma prolongada o permanente, de lo que se desprende que cualquier actividad, problema personal o social que lleve a una persona a sentirse inquieta, insegura, perturbada para realizar sus tareas o para enfrentar sus relaciones daría pie al menos prima facie a que se inicie un proceso en pos de proteger su persona y sus bienes, dónde queda el juicio de realidad síntoma que los psiquiatras consideran esencial a la hora de evaluar una afección mental, y el efecto que esta tenga sobre la capacidad de la persona de dirigir sus actos o administrar sus bienes en forma parcial o total.

Siguiendo con la búsqueda de una definición concreta de alteración mental, me adentre en los textos especializados en el tema de Salud Mental y grande fue mi sorpresa cuando todos se referían a trastornos mentales o enfermedades mentales, será que nuestro legislador no quiso adentrarse demasiado en un tema que está más allá su competencia académica, respuesta que me parece equivocada ya que se supone, cuenta con eficientes colaboradores que pueden acercar un haz de luz sobre la oscuridad del tema, lo cierto es que no se fijan parámetros claros para poder definir cuáles serán las enfermedades o trastornos mentales cuyos efectos sobre la salud mental de la persona produzcan un daño tal que lo lleve a la restricción de su capacidad o en una situación excepcional y límite a la incapacidad.

En pos a aclarar la situación y de establecer límites concretos a este nuevo paradigma hubiera sido correcto referirse a enfermedad mental o trastorno mental, conceptos más

---

<sup>7</sup> Artículo 37 "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...."

precisos al momento de hablar de síntomas, establecer diagnósticos y fijar un pronóstico a corto o largo plazo.

Al hablar de alteración o padecimiento se deja abierta una brecha por demás amplia que no condice con el principio de defensa la persona y la no estigmatización de la misma dejando la puerta abierta a que cualquier depresión o stress lleve al pedido de restricción o quite de la capacidad.

Tampoco se hace referencia a la integración que deberá tener el equipo interdisciplinario, el cual a mi criterio deberá estar encabezado por un médico psiquiatra, considero dando respuesta a quienes pueden determinar los síntomas, establecer el pertinente diagnóstico que permita determinar si la persona ha perdido o no el pleno uso de sus capacidades mentales y de ser así el alcance de dicha pérdida, sin perjuicio de que colaboren con él otros profesionales que puedan tener incumbencia en la materia como es el caso de psicólogos, sociólogos, trabajadores sociales etc., a los fines de cumplimentar los requerimientos del inc.c del art 37.

### **3. Los grupos de apoyo**

No podía terminar el presente trabajo sin hablar de la importancia que este nuevo concepto de capacidad le otorga a los grupos o redes de apoyo, los mismos pueden estar integrados por profesionales o por familiares de la persona y tiene como función asistir y colaborar con el enfermo, no solo en el ejercicio de alguno de sus Derechos sino con su recuperación y con la obtención de una mejor calidad de vida, a diferencia del antiguo código la misma persona enferma, podrá recurrir al Juez para pedir una medida en su propia protección, y un grupo de apoyo.

Otra vez el legislador nada dice sobre como deberán integrarse tales grupos, cuáles serán sus funciones en general, que circunstancias de hecho se tendrán en cuenta para su designación y las funciones que cada miembro tendrá con respecto al enfermo, si bien el sentido común parece decirnos que para conformar estas verdaderas redes de contención social se debería priorizar a los integrantes del grupo familiar, siempre que no existan entre ellos verdaderos conflictos de interés que hagan imposible tal designación

### **4. Conclusiones**

Es pertinente y acertado el cambio de paradigma para terminar con años de estigmatización y desamparó de personas con enfermedades mentales o capacidades diferentes.

Consideró desacertado el empleo del término alteración o padecimiento mental, debiendo haberse utilizado el de enfermedad mental.

Considero que se dejó librado a la decisión del magistrado la integración, elección y funciones del grupo de apoyo o red solidaria a la cual se ha dado un rol central en la asistencia, mejoramiento y restablecimiento de la Salud del paciente.