

Restricciones a la capacidad

Proyecto de Reforma Unificación Civil y Comercial

Por

Silvina Munilla* y María Adelina Navarro Lahitte Santamaría**

Sumario: 1. Introducción. 2. La terminología. 3. Principio de capacidad. 4. Restricciones a la capacidad. Edad. 5. Interdisciplina. 6. Intervención del interesado en el proceso. 7. Entrevista personal obligatoria con el juez. 8. Sentencia a medida. 9. Curatela. 10. Conclusión.

1. Introducción

El Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente en tratamiento en la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación, intenta receptor, con en relación con las restricciones a la capacidad jurídica, la práctica forense, la jurisprudencia del Fuero, los presupuestos de la Ley 26.657 y, a su vez, adaptar la legislación interna a las previsiones de la Convención

* Abogada por la UBA (1998). Desde 1994 a 1996 realizó tareas en el Poder Judicial de la Nación conforme art. 14 R.J.N. Desde 1999 ejerce la docencia en la Facultad de Derecho de la UBA, en la cátedra “Elementos de Derecho Civil”, del Dr. Carlos A. Ghersi, y desde 2012 en la cátedra “C.P.O. Insania e Inhabilitación. Tutela de los Vulnerables”. En 2007 finalizó la Carrera Docente en la Facultad de Derecho de la UBA. Ha tenido especial dedicación a las curatelas de las personas con patologías mentales desde 2005. Integra la lista de Abogados Curadores de la Matrícula del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Coautora en el *Tratado del derecho a la salud* (Tomo I, Parte II, Capítulo 1 “El derecho a la salud de las personas con patologías mentales. Ley de Salud Mental”), dirigido por el Dr. Ghersi y la Dra. Weingarten, *La Ley*, 2011. E-mail: silvina@munilla.us

** Abogada por la UBA. Curadora Pública de la Defensoría General de la Nación. Docente en la UBA y UFLO. Miembro Aequitas. Actuó en la Justicia Nacional en lo Civil de Familia y Capacidad de las Personas (1994–2009); Curadora Pública, designada por concurso en 2009. Docente de la cátedra “Familia y Sucesiones”, Dra. Wilde–Albores, de la Facultad de Derecho de la UBA, designación por concurso 1999–2009 y de la cátedra “Insania e Inhabilitación, Tutela de los Vulnerables”, Dr. Carlos Ghersi, de 2012 a la fecha. Docente de la cátedra “Civil I”, Dr. Carlos Carranza Casares, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores, de 2008 a la fecha. Coautora de “Reconocimiento de la situación de excepción que implica el padecimiento mental en orden a la aplicación e interpretación de las leyes”, *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, dirigida por Cecilia P. Grosman, Nora Lloveras y Aída Kemelmajer de Carlucci, diciembre de 2011.

sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo (aprobados mediante la Ley 26.378 en el año 2008), cuyos estándares no pueden ser desconocidos por el ordenamiento de fondo.

En el presente trabajo abordaremos las cuestiones que, a nuestro entender, resultan más relevantes.

2. La terminología

El artículo 31 del Proyecto de Reforma dice: *“Reglas generales. La restricción de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun 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”*;

Dicha norma tiene su fundamento en la Ley Nacional de Salud Mental n° 26.657. Cabe entonces recordar los conceptos de salud y de salud mental.

La Organización Mundial de la Salud definió en su Constitución de 1946 el concepto de salud como *“el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades ligeras, fuertes o graves”*, habiéndose complementado dicha definición en 1992 con el agregado de *“y en armonía con el medio ambiente”*. La misma Organización definió a la salud mental como un *“estado de bienestar en el cual el individuo es consciente de sus propias capacidades, puede afrontar las tensiones normales de la vida, puede trabajar de forma productiva y fructífera y es capaz de hacer una contribución a su comunidad”*.

A su turno, la Ley 26.657 en su artículo 3° define a la salud mental como *“un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona”*, poniendo el acento sobre los sujetos interesados. Esta definición es uno de los grandes aciertos que ha traído la ley, puesto que abandona el viejo concepto psiquiátrico forense donde se hablaba de *“alienados”, “dementes” y “enajenados”* –términos que, valga la aclaración y la redundancia, nunca fueron acabadamente conceptualizados– por uno más evolucionado basado en la moderna psiquiatría asistencial y en la presunción de capacidad de las personas.

En el art. 32 del Proyecto, y en los concordantes, se abandona la actual terminología del Código que alude a *“insania”, “interdicción”, “demente”* y recepta la impronta de un nuevo abordaje que incluye erradicar conceptos

que pudieran ser entendidos como despectivos. En tal sentido, el Proyecto se refiere a *“personas con incapacidad o con capacidad restringida”*.

Se ha dicho: *“Como una realidad que se retroalimenta, los términos y modos utilizados inducen el contenido del pensamiento y socializan a los integrantes de esa comunidad en los conceptos y valores que a su vez expresan. Sugieren juicios y prejuicios... Por ello cuando se intenta aplicar el concepto de enfermedad o discapacidad, hay que tener mucho cuidado en la forma en que se expresan las ideas. Decir que alguien tiene una enfermedad o una discapacidad es mantener la neutralidad, ya que son posibles distintos matices de interpretación en relación con su potencial. Sin embargo, las afirmaciones formuladas en el sentido de lo que alguien es en vez de que alguien tiene o padece, suelen ser más categóricas y negativas”¹*.

Sin embargo, sostenemos que el aspecto terminológico no puede terminar siendo un escollo cuando, a fuerza de no herir susceptibilidades, dejamos de llamar las cosas por su nombre.

3. Principio de capacidad

Sostenemos que conforme el art. 140 del C.C.: *“Ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente”*. En el marco internacional, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su art. 5° establece: *“Igualdad y No Discriminación. 1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna...”*.

El inciso a) del artículo 31 del Proyecto tiene su antecedente inmediato en el segundo párrafo del art. 3° de la Ley Nacional de Salud Mental, que dice: *“Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas...”*. A su turno, el inciso b) encuentra su referente en todo el espíritu de la Ley 26.657 que ha quedado plasmado en los principios generales de la capacidad del nuevo código [Capítulo 2 *“Capacidad”*, Sección 1ª *“Principios generales”*] en los artículos 22 y 23.

Con fundamento en la presunción de capacidad consagrada en el artículo 3° de la ley 26.657 y en el inc. d) del artículo 31 del Proyecto, se le deberá brindar a las personas afectadas en su salud mental la información referida en

¹ Carranza Casares, Carlos A., *Salud mental y derechos humanos a concretar*, Buenos Aires, Editorial Universidad Católica Argentina, pp. 15 y 16.

la norma antes señalada “a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión”, supliendo a la posible falta de esta (véase al respecto las disposiciones del artículo 16, inc. c) de la Ley 26.657) con el otorgamiento del consentimiento informado por sus representantes legales. Esta idea surge, con los mismos términos, del art. 10 de la ley 26.657 in fine que se encuentra íntimamente ligada a las disposiciones del artículo 5° de la ley N° 26.529 que regula los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud.

4. Restricciones a la capacidad. Edad

El artículo 32 del Proyecto recepta en una sola norma lo que es abordado por los arts. 141 y 152 bis. inc. 1°) y 2°) del Código Civil: insania e inhabilitación por adicciones o por debilidad mental.

El primer párrafo del artículo 32 establece que “*el juez puede restringir la capacidad de una persona mayor de trece (13) años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes*”. Constatado esto, el juzgador deberá, siguiendo esta normativa, proceder a restringir su capacidad.

Recordamos que, según el art. 145 del Código Civil, la edad mínima allí contemplada para poder pedirse la declaración de demencia es de 14 años.

Ponemos de relieve que se ha suprimido el término “inhabilitados” que utiliza el código en el artículo 152 bis. inc. 1°) y 2°), para los disminuidos mentales, los ebrios y los adictos a estupefacientes, voz aquella que queda reservada exclusivamente para los pródigos. De esta forma se hicieron oír las voces críticas que sostenían que no existía una declaración sobre el estado de capacidad en que quedaban los inhabilitados. Ahora la tendrán aquellos incluidos en la anterior norma: son personas con capacidad restringida. Misma categoría le cabe actualmente a los inhabilitados por prodigalidad conforme art. 48 y 49 del Proyecto.

Ahora bien, en el concepto de “*adicción*” del artículo que comentamos, al no estar limitada la cuestión a los patologías antes referidas, se pueden incluir tanto el uso abusivo de la droga o el alcohol como otras adicciones tales como el juego.

Cabe recordar que el artículo 4° de la Ley 26.657 incorporó el tratamiento de las adicciones (refiriéndose puntualmente a “*las personas con uso problemático de drogas, legales e ilegales*”) como una parte integrante de las políticas de salud mental, acordando a quienes padecen de adicciones “*todos los derechos*

y garantías que se establecen” en la ley “en su relación con los servicios de salud”. Desafortunadamente la Ley de Salud Mental nada dice con relación a otros tipos de adicciones, pues al hacer especial mención al “uso problemático de drogas” acota severamente las posibles interpretaciones al respecto, transformándolo así en un número cerrado y dejando fuera la posibilidad de incorporar otras adicciones a la tutela de este artículo.

En tal sentido, encontramos una luz en la nueva redacción del artículo 32 primer párrafo, prescindiendo esta vez –afortunadamente– de la especificidad antes señalada.

A su vez, se suprime la expresión a los disminuidos en sus facultades del inc. 2º) del Código Civil (“Podrá inhabilitarse judicialmente: ... 2º) 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”). La Reforma reemplaza la terminología por conceptos específicos más abarcadores: alteración funcional permanente o prolongada, de suficiente gravedad.

Para que la restricción a la capacidad prospere en los casos descriptos (adicción o una alteración funcional permanente o prolongada, de suficiente gravedad), deberán probarse la repetición de esos estados, su carácter crónico, el efecto en la personalidad del sujeto y evaluarse su efecto en la vida de relación en tanto pueda otorgar actos perjudiciales a su persona o a sus bienes.

Como corolario de esta nueva categoría legal, sostenemos que todo será una cuestión de grados. Entre el negro y blanco no solo hay zonas grises, las hay rojas, amarillas, verdes, azules y cuántos colores puedan formarse. Para ello, es necesario dejar de lado los conceptos rígidos a los que estábamos acostumbrados y considerar, además, los permanentes avances de la ciencia médica.

Luego, el fundamento del segundo párrafo del artículo 32 se encuentra exclusivamente en la ineptitud absoluta que la persona mayor de trece años tenga para dirigir su persona o administrar sus bienes por causa de una enfermedad mental. Constatado esto el juzgador deberá, siguiendo esta normativa, proceder a su declaración de incapacidad.

Como tan claramente lo exponen Santos Cifuentes, Andrés Rivas Molina y Bartolomé Tiscornia “... sin enfermedad mental queda fuera de juzgamiento la incapacidad general... Pero, a la vez, aun existiendo aquella fase patológica, deben evaluarse las consecuencias que ella proyecta sobre cualquiera de los extremos definidos: la administración de los bienes (valoración socioeconómica) y la preservación de la persona de peligros en lo físico y en lo espiritual, para ella y para su familia (valoración individual–social)... Las dos condiciones

son indispensables... ". "El concepto (de enfermedad mental) entonces debe ser amplio, con estructura abierta para captar todo nuevo elemento que en la investigación aparezca. O sea; dinámico, provisorio y perfectible. Sano es aquel que piensa, siente y actúa, con el medio, creando y compartiendo el bienestar social. Mientras que la anormalidad se presenta cuando, según los aspectos ideológicamente concebidos por la sociedad en que vive el sujeto, este no se asimila a ellos"².

La edad contemplada por la norma en análisis se corresponde con el artículo 24 del Proyecto, el cual define como menor de edad a quien no cumplió 18 años, aclarando que los mayores de 13 años son adolescentes. Por otra parte, se quita la distinción entre menores de edad impúberes (menos de 14 años) y adultos (mayores de 14) que contiene el artículo 127 del Código Civil. En este sentido, el reconocimiento de la categoría de "adolescente" implica una innovación, ya que la misma no está contemplada en la Convención de los Derechos del Niño.

A partir del art. 24 se establece un orden de capacidades graduales por tanto, a partir de esta edad, eventualmente incumplirá efectuar las restricciones que correspondan a la capacidad de la persona que se trate a efectos de evitar que concrete actos que le sean perjudiciales.

Así, la declaración de incapacidad o capacidad restringida pone a la persona en una situación de incapacidad de hecho absoluta, siendo injustificada –a la luz del nuevo código–, la declaración de incapacidad cuando el menor de trece años ya se encuentra en una situación de incapacidad absoluta (art. 24, inc. b).

5. Interdisciplina

El Proyecto de Reforma incorpora taxativamente la cuestión de la interdisciplina en los siguientes artículos: en el art. 31 inc. c), que dice: "Reglas generales. La restricción de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial", en el art. 37 in fine: "Sentencia. ... Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario", en el art. 40: "...la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres (3) años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios...", en el art. 41: "Internación: La internación de una persona... a) debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario..." , y en el art.

² Cifuentes, Santos; Rivas Molina, Andrés y Tiscornia, Bartolomé, *Juicio de insania*, Buenos Aires, Hammurabi, 2^o ed., 1999, pp. 34–36.

47: *"Procedimiento para el cese: El cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad debe decretarse por el juez que la declaró, previo examen de un equipo interdisciplinario..."*.

Dichos artículos tienen su fundamento más reciente en el art. 5° de la Ley Nacional de Salud Mental, que expresa: *"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 solo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado"*. Dicha norma debe conjugarse con las disposiciones ya mencionadas del artículo 3° cuando dice: *"Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas"*; formando ambos conceptos parte integrante de la nueva modalidad con que se aborda la problemática de la salud mental a la luz del Proyecto de Código que nos ocupa.

Actualmente el artículo 142 del Código Civil dispone que *"La declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte, y después de un examen de facultativos"* y el art. 152 ter. establece que *"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 (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible"*.

El abordaje a través del equipo interdisciplinario es el eje de la modalidad de intervención conforme lo previsto actualmente por los arts. 8°, 9° y 11 de la Ley Nacional de Salud Mental n° 26.657.

Tales normas nos remiten al concepto de salud mental postulado en el artículo 3° de la Ley 26.657 al considerarse la salud mental como un *"proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos"*. Lo adecuado para su cuidado es, precisamente, el abordaje a través de un equipo interdisciplinario que pueda abarcar todos los componentes que lo forman, integrado, puntualmente, por profesionales, técnicos y trabajadores capacitados, contándose entre ellos a psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, enfermeros, terapeutas ocupacionales, etc.

Sin embargo, sobre este punto ya se comienzan a oír diversas voces críticas aduciendo la liviandad con que se han equiparado a los psiquiatras (médicos) con los restantes profesionales referidos en la norma que, si bien son profesionales de la salud, no revisten aquel carácter.

6. Intervención del interesado en el proceso

Los arts. 33 y 36 del Proyecto prevén expresamente la intervención del propio interesado quien podrá solicitar su declaración de incapacidad o capacidad restringida (art. 33, inc. a) reconociéndole a su vez la calidad de parte, pudiendo aportar todas las pruebas que hagan a su defensa. Asimismo se establece que si la persona interesada ha comparecido al proceso sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio. El interesado podrá aportar toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados (art. 36). Ello guarda relación con el principio establecido en el art. 31 inc. d) en cuanto dispone que la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios.

En primer lugar no resulta menor el hecho que el art. 36 se refiera al causante como *"la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso"*, de lo cual se colige que la impronta del trámite no es otra que proveer a las necesidades de la persona en relación con el ejercicio de su capacidad jurídica y no estigmatizarla bajo ningún concepto.

En cuanto a la legitimación del interesado, queda claro que se debe ser prudente a efectos que esta nueva legitimación no sea utilizada para evadir obligaciones patrimoniales o personales, efectuar falsas denuncias o evadir responsabilidad penal.

Señalamos que, conforme lo previsto el art. 627 del Código Procesal Civil y Comercial de Nación, la intervención del denunciado se encuentra limitada a la defensa de su capacidad y solo se le permite aportar pruebas en tal sentido. Sin perjuicio de ello, en la práctica se le admite que también podrá cuestionar la legitimación del denunciante e ilustrar acerca de la composición de su patrimonio cosa que tal vez, ni los más cercanos afectos ni familiares, conozcan.

En lo que respecta a la designación de abogado prevista por el art. 36 para la persona que ha comparecido al proceso sin letrado se abren varios interrogantes y cuestiones que llegado el caso quedarán en contraposición con las previsiones del actual Código Procesal como ser sobre quién recaerá esta función: ¿Recaerá en el Curador Público o en la creación de un nuevo cuerpo de letrados? ¿Habrà lista de *"abogados del denunciado"* en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal como la hay para los curadores y tutores? ¿Lo debe nombrar el juez o podrá hacerlo algún funcionario del Ministerio Público? ¿Cuál va a ser la pauta que tendrá en cuenta para nombrarlo? Luego, una vez designado el abogado, cabe preguntarse: ¿Segue las instrucciones de su cliente o actúa como auxiliar de la justicia? ¿Tendrá amplitud probatoria y

carga dinámica de la prueba o solo será una defensa técnica y, por lo tanto, limitada? Y como estos, varios interrogantes más que se suscitarán en la práctica profesional.

7. Entrevista personal obligatoria con el juez

Dicha obligatoriedad quedó plasmada en el art. 35 del Proyecto. Lo interesante de este artículo es que el conocimiento personal del denunciado por el juzgador. Lo que hasta ahora era una facultad "*si las particularidades del caso lo aconsejare*" (conf. art. 633 del CPCCN) pasa a ser una exigencia inexcusable para el juez. Esta incorporación es una innovación que sigue la línea del nuevo código en cuanto al contralor de estos procesos y la cercanía material con la persona en cuyo interés se siguen (principio de inmediatez). Sin perjuicio de ello, y dependiendo de la patología y estado de salud en el que se encuentre el denunciado al momento de dictarse la sentencia, consideramos que el juez podrá solicitar la presencia en dicha entrevista de los peritos intervinientes en el proceso, o bien al profesional que se encuentre a cargo del tratamiento psicológicos o psiquiátrico de forma tal que la persona se sienta contenida.

Asimismo, consideramos importante que el pretense curador se encuentre presente a efectos de evaluar en el mismo acto la vinculación con la persona en cuyo interés se sigue el proceso y proyectar las líneas de acción respecto del mejoramiento de la salud y la gestión del patrimonio.

A mayor vigilancia, el Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado deben estar presentes en las audiencias. El fundamento es el mismo y, sin embargo, cabe preguntarse ¿cuál será la actuación del abogado en dicha entrevista? ¿controlar al juzgador? ¿explicarle a su "*cliente*" los alcances de la reunión? ¿le está permitido hablar en dicha audiencia o solo es una "*entrevista técnica*"? Seguro este artículo admitirá tantas aplicaciones jurisprudenciales como intérpretes.

En último lugar cabe preguntarse qué ocurrirá si el denunciado se niega a entrevistarse personalmente con el juez. Consideramos que la audiencia no puede quedar librada a la voluntad del denunciado, y deberán arbitrarse los medios para que el contacto personal con el interesado se efectivice. Nótese que el artículo no aclara en qué lugar físico debe realizarse el encuentro, con lo que podríamos pensar que, previo a fijar la fecha de la entrevista, el juez podrá solicitar que el o los profesionales a cargo del tratamiento se expidan respecto de la conveniencia o no de su traslado al juzgado.

8. Sentencia a medida

La sentencia pone fin al estado de sospecha sobre la capacidad de la persona. Pero el la función del juez no se agota ahí, pues deberá determinar la extensión y alcance de la incapacidad. Para ello, se apoyará en las distintas pruebas producidas por el equipo interdisciplinario. En tal sentido en el art. 37 prevé que la sentencia debe establecer el régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible, cuestión que guarda relación con lo previsto actualmente en el art. 152 ter del Código Civil que expresamente dispone que las sentencias judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

Así, el art. 37 del Proyecto recepta los lineamientos del art. 631 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en cuanto a los aspectos que debe pronunciarse en la sentencia, a saber: diagnóstico y pronóstico y época en que la situación se manifestó; y suma otros tales como el pronunciamiento acerca de los recursos personales, familiares y sociales existentes y el régimen adecuado para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible.

A su vez, conforme el art. 38, la sentencia deberá determinar la extensión y alcance de la incapacidad y designar representantes o apoyos. Vale decir que se recepta los presupuestos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ley 26.378, que en su art. 12, inc. 3. Establece que *“Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”*.

Con acierto, a efectos de despejar dudas, en el art. 43 se define expresamente el sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica como *“cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesita 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...”*.

Destacamos que el sistema de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica se asocia en el Proyecto al régimen de asistencia y no de representación

El Proyecto se inscribe en la línea de las llamadas *“sentencias a medida”* puesto que requieren de un trabajo artesanal por parte de los jueces para delimitar los actos y funciones que pueda realizar la persona en cuyo interés se sigue el proceso a efectos de limitar lo menos posible la capacidad

del denunciado. En tal sentido, el modelo médico queda desplazado por un modelo social y de derechos en el cual la discapacidad es el resultado de la interacción de la persona con su medio, sobre la base de un proceso dinámico en el que las circunstancias y el tratamiento, pueden derivar en la capacidad plena.

En función de ello, debe proporcionarse al interesado el sistema que más se adecue a sus circunstancias personales y a su vida de relación (conf. C.N.Civ., Sala "G", causa 324.623 del 14/08/2001).

Se impone de este modo –en consonancia con el 42 de la Ley 26.657– un régimen de graduación de la restricción a la capacidad civil con múltiples matices según el estado de la persona, su red socio familiar y su patrimonio, partiendo de la presunción de capacidad de todas las personas (art. 5° de la Ley 26.657).

Por último, y tal la base sentada en el anterior art. 152 ter. *"la sentencia que declara la incapacidad o la restricción parcial a la capacidad de la persona debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres (3) años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios"*. Queda claro que si las circunstancias cambiaran con anterioridad, el curador deberá ser el primero en pedir la el cese de la incapacidad o bien plantear la morigeración de la restricción impuesta. Sin embargo, también cabe merituar específicamente los casos de patologías irreversibles en los cuales la persona se siente violentada con exámenes recurrentes.

9. Curatela

Conforme el art. 32 *in fine* del Proyecto, en los casos en que el juez declare la incapacidad y la capacidad restringida de una persona, deberá designar un curador y fijar sus funciones. En tal sentido, el curador podrá tener asignadas funciones de representación o asistencia, cuya extensión y alcance fijará el juez en la sentencia (conforme art. 38).

Destacamos que en la buena práctica de la curatela, la persona que ejerce este rol no debería prescindir nunca de relevar la voluntad de su curado.

A diferencia del Código actual, el Proyecto prevé la pluralidad en la figura de la representación y de asistencia, cuestión que en la práctica ya tenía lugar con fundados precedentes que destacaban cuestiones de solidaridad y organización familiar entre otras circunstancias en las cuales los familiares se hacen cargo de manera indistinta o conjunta de determinadas gestiones.

Sin embargo, entendemos que se debe ser muy prudente en este punto, delimitando las funciones que cada uno tomará a su cargo con claridad, para que luego no ocurra que *“uno pensó que el otro estaba haciendo lo que nadie hizo”* y, a la postre, se proceda a la desprotección de la persona que se debía atender.

10. Conclusión

De lo expuesto, quedan claras las loables intenciones del legislador en orden al reconocimiento de la capacidad jurídica, sin perjuicio de lo cual también se pone en evidencia la necesidad imperiosa de reformular, llegado el caso, el régimen procesal a efectos de asegurar un procedimiento claro que garantice la independencia de las evaluaciones y la defensa en juicio del interesado.