

Comisión n° 14, Estudiantes. Privado Parte General: "Nuevas reglas referidas al régimen de capacidad de la persona humana"

## **RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD DE LA PERSONA HUMANA. PRINCIPIOS CONSAGRADOS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y SU IMPACTO EN EL PROCESO**

**Autor:** Lucas Bellotti\*

### **Resumen:**

*En este trabajo, nos propusimos analizar los principios que habrán de regir los procesos en que la capacidad de una persona humana es puesta en sospecha y – eventualmente– restringida.*

*Hemos advertido más continuidades que novedades, sin perjuicio de destacar que algunas de esas innovaciones habrán de generar un impacto trascendente en la materia.*

*Asimismo, hemos hecho oportuna la ocasión para reflexionar sobre las deudas que Argentina tiene con un colectivo muchas veces postergado como es el de las personas con discapacidad.*

### **Introducción**

Enseña Abelardo Levaggi<sup>1</sup> que los grandes juristas de Roma Clásica fueron remisos a la elaboración de abstracciones y principios jurídicos generales. No fue sino hacia el final de la República, y gracias a una indudable influencia de la filosofía griega, que tales conceptos comenzaron a ser valorados.

Herederos quizás de esa tradición, el Código Civil pensado por Vélez Sarsfield, confirió una notoria importancia a los principios del Derecho, aunque sin sistematizarlos. Prestigiosa doctrina ha dicho que los derogados artículos 15, 16 y 17 de aquel cuerpo conformaban un auténtico sistema material que indicaba a los jueces “*cómo fallar más allá de las leyes*”<sup>2</sup>.

Al respecto, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) representa, a la vez, una continuidad y una ruptura. Continuidad, porque sus arts. 1 a 3 siguen confiriendo una importancia capital a los principios jurídicos al momento de la interpretación y aplicación de la norma. Ruptura, porque a lo largo del articulado, se ha

---

\* Alumno regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, carrera de Abogacía. Promedio a la fecha: 9.65.

<sup>1</sup> LEVAGGI, Abelardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino. Castellano – Indiano/ Nacional T° I*, p. 31.

<sup>2</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *El Código Civil argentino y las fuentes del Derecho (acerca de los artículos 16 y 17 del Código Civil)*. Disertación en homenaje a Jorge Mosset Iturraspe organizada por la U.N.R.

decidido enumerar cuáles son dichos principios, tal el caso del art. 31 que “*bajo el título reglas generales, incorpora en rigor los principios generales en la materia*”<sup>3</sup>.

Intentar captar los principios que han de regir cada materia se acerca a la pretensión de asir lo inasible. Precisamente, el valor trascendente de los principios en el Derecho es su capacidad de aparecer allí donde ha faltado la previsión del legislador.

No obstante, la técnica legislativa escogida obliga a reflexionar cuáles son los alcances de los principios elegidos y, particularmente, cómo deben ser coordinados con el resto de la normativa.

A aquella reflexión nos abocaremos seguidamente. Trataremos, asimismo, de relevar qué novedades supone su incorporación respecto de la normativa derogada. Finalmente, presentaremos algunas conclusiones, necesariamente provisorias y que no persiguen otro fin que ofrecer elementos para el debate respecto de la materia que será objeto de desarrollo.

### **1. Los principios seleccionados por el artículo 31 en general. Enumeración y breve comentario sobre novedades y permanencias**

Dice el artículo que da nombre a este apartado:

*ARTICULO 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, 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;*

*c) la intervención estatal tiene siempre 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 para su comprensión;*

*e) la persona tiene 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.*

Según trataremos de demostrar, los incisos que suponen un impacto novedoso en nuestro medio son los indicados con las letras *d* y *e*. En ellos nos detendremos con mayor detalle por cuanto, analizados en profundidad, no encuentran correlato en el Código derogado ni en necesidades relevadas por la jurisprudencia o la práctica foral.

Obedecen, antes bien, a cuestiones de política legislativa y al intento de adecuar nuestras leyes civiles a los compromisos asumidos internacionalmente, en particular con

---

<sup>3</sup> HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (directores); ÁLVAREZ, Julián (director editorial); FERNÁNDEZ, Silvia, E., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* p. 81.

la suscripción de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, recientemente elevada a jerarquía constitucional.

Los demás principios listados tenían consagración legal expresa en la normativa de fondo vigente al momento de sancionarse el CCCN, o se derivaban de otras disposiciones. Su incorporación al Código, entonces, se vincula antes bien a cuestiones de sistematicidad de la normativa vigente en la materia, ahora menos dispersa.

## 2. Los principios seleccionados por el artículo 31 en particular

### 3.1 La presunción de capacidad de las personas y el carácter excepcional de la restricción a la capacidad

La presunción a la que refiere el inciso *a* del artículo 31 CCCN ha sido auténtica línea directriz de nuestras leyes civiles, al menos desde los orígenes de la codificación.

Ella fluía, obligadamente, del juego de los artículos 52, 53, 140<sup>4</sup> y 3616, primera parte, de la normativa derogada y, más lejanamente, de una interpretación extensiva del art. 18 de nuestra Carta Magna.

La inclusión de la presunción de la capacidad en el código de Vélez, lejos estaba de resultar una obviedad. Basten para afirmar ello los ejemplos en el Derecho comparado que establecían restricciones a la capacidad de tipo legal, esto es, presunciones *iuris tantum* de que la persona no se encontraba en condiciones de dirigirse o manejar su patrimonio en razón de determinada afección. Tal el caso del Código Italiano de 1865 – contemporáneo al de Vélez– que disponía una inhabilitación para el sordomudo y el ciego llegados a la mayoría de edad, y hasta tanto un tribunal fallase en contrario (art. 340).

En Argentina, la ley 26.657 ya había consagrado explícitamente la presunción objeto de comentario en su art. 3, 2º párrafo: “*Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas*”. Asimismo, el apartado *c* del mismo artículo prohíbe tener por desvirtuada esta presunción en razón de antecedentes de internación.

Las razones que habrían llevado al legislador contemporáneo a incluir la parte final del inciso que aquí nos detiene (“...*aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial*”) estarían vinculadas más bien a cuestiones sociológicas: se hizo hincapié en la necesidad de afirmar la validez de la presunción aun en contextos de internación de cara a las representaciones sociales disvaliosas que aun existen para la población que se encuentra alojada en instituciones dedicadas a la salud mental<sup>5</sup>.

En cuanto al **carácter excepcional de la restricción a la capacidad**, éste es una derivación lógica del principio anterior; por lo que hemos decidido tratarlos en conjunto. Si la regla es la capacidad de la persona, la excepción es su limitación que, por lo tanto, debe entenderse restrictivamente. Tal era la manda categórica del ya mencionado art. 53 del Código Civil que, refiriéndose a las personas humanas, normaba: “*Les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos...*”.

---

<sup>4</sup> MEDINA, Graciela; RIVERA, Julio C. (coordinadores); ESPER, Mariano C (director), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* p. 115.

<sup>5</sup> HERRERA, Marisa y otros, *Código...* p. 82.

Se ha dicho que la diferencia que se logra con la incorporación estaría dada por su impacto en la respuesta que las leyes dan a la discapacidad. Se estaría evolucionando desde un criterio subjetivo, centrado en la incapacidad de la persona, a otro objetivo, donde la atención recae en los actos que la ésta no puede otorgar por sí misma<sup>6</sup>.

Dicha evolución –loable y que entendemos capta adecuadamente el espíritu del art. 19 *in fine* de nuestra Carta Magna– entendemos ya había operado con la introducción del art. 152 ter al Código Civil que en su parte final, refiriéndose a las sentencias de inhabilitación e incapacidad, disponía: “*deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible*”.

En tal sentido, jurisprudencia de la Capital ya tenía dicho que “*una interpretación integradora del plexo normativo aplicable en la actualidad -Código Civil, ley 26657 y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad-, (...) exige una resolución que mantenga la capacidad jurídica general del sujeto, disponga sistemas de apoyo y salvaguardas únicamente para los aspectos necesarios, preservando la mayor autonomía, realizar una interpretación restrictiva respecto de la necesidad y la afectación de la capacidad y -ante la duda- resolver a favor de la capacidad y mantener la participación de los intervinientes en todos los aspectos de su vida justificando cada decisión que se aparte de su voluntad”<sup>7</sup> (el énfasis nos pertenece).*

En cuanto a la razón de ser de las medidas restrictivas de la capacidad de obrar de la persona, la doctrina y la jurisprudencia eran unánimes: la protección de los intereses de la misma persona cuya capacidad se limita<sup>8</sup>. En este sentido, tampoco se registran innovaciones de parte del legislador.

### 3.2 La interdisciplinarietà

El carácter interdisciplinario del abordaje en los procesos que versan sobre capacidad de la persona humana fue una novedad introducida por la ley 26.657, que agregó al Código Civil el art. 152 ter. Dicha norma decía en lo pertinente: “*las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias*” (énfasis agregado).

La ley mencionada supuso un auténtico cambio de paradigma. Al respecto, resulta ilustrativo el hecho de que el I Congreso Interdisciplinario de Protección al Enfermo Mental haya recomendado en 1983 modificar el art. 626, inc. 3 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para que este dispusiera la intervención únicamente de psiquiatras (dado que admite también la de médicos legistas) en la producción de la pericia de la que debe valerse el juez para dictar sentencia, criterio este que fue avalado por la doctrina<sup>9</sup>.

La prescripción del art. 152 ter citada resultó un trascendente salto con miras a la incorporación del modelo social de la discapacidad que propone la Convención de los

<sup>6</sup> HERRERA, Marisa y otros, *Código...* p. 82.

<sup>7</sup> T.,M.H. s/ artículo 152 ter Código Civil. Sentencia del 12 de septiembre de 2014. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo civil n° 7. ID IJ: FA14020017

<sup>8</sup> TOBIAS, JOSÉ W. *La inhabilitación en el derecho civil*, p. 19. Ver asimismo “*Canillas Romas, Armando J*”. Sentencia del 24 de abril de 1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B.

<sup>9</sup> CIFUENTES, Santos; RIVAS MOLINA, Andrés y TISCORNIA, Bartolomé, *Juicio de insania* p. 382.

Derechos de las Personas con Discapacidad. Esto es, la recepción de la temática como un fenómeno multicausal, que no agota su etiología en cuestiones meramente clínicas, sino que aparece también condicionado por factores históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos.

En tal sentido, el nuevo CCCN también representa una continuidad respecto de la normativa anterior.

### 3.3 La accesibilidad de la información

Hemos dicho que lo prescripto en el art. 31 inc. d supone uno de los criterios más innovadores de cara a nuestra tradición legal. Se trata de una novedad trascendente, y que no encuentra correlato con disposición alguna de la normativa derogada, aunque sí en abundante normativa convencional<sup>10</sup>.

Al coordinar el inciso transcripto con lo dispuesto en el art. 32, segundo párrafo (ajustes de procedimiento) y 35, primera oración *in fine* (accesibilidad) surge que es deber del juez adaptar el proceso del que hablamos con miras a su cabal comprensión por el interesado.

En tal orden, resulta por demás trascendente la sentencia de actualización dictada en el marco de los ya citados autos T.,M.H. s/ inhabilitación el 12 de septiembre de 2014 por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 7; y a instancias de la Curadora Pública definitiva de la interesada. El decisorio comienza con su formato tradicional, mas párrafo seguido se dirige directa y coloquialmente a la justiciable, a quien le explica sus alcances y razones en un modo accesible, sin tecnicismos y con gran cantidad de ejemplos.

En una resolución interlocutoria reciente<sup>11</sup>, la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en la oportunidad prevista en el art. 633 del ceremonial encomendó a la curadora definitiva explicarle al interesado los alcances de la sentencia de primera instancia así como la que expedía ese tribunal, en un lenguaje accesible para este y bajo constancia en las actuaciones.

Se trata de avances sustanciales, que hablan de un loable intento de la magistratura de satisfacer nuevos estándares en la materia. El nuevo código exige que estas prácticas se extiendan a todo el curso del proceso, en la medida de lo razonable, agregamos nosotros.

No bastará entonces con que el acto procesal más importante sea puesto al alcance de la persona cuya capacidad se cuestionó. Es que éste es consecuencia de una gran cantidad de actos previos también de importancia superlativa, como ser la apertura a prueba, los traslados de pericias, las medidas cautelares que se adopten, etcétera. Estrategias para tornar accesibles las intervenciones en el expediente hay de las más variadas<sup>12</sup> y auspiciamos su utilización a la brevedad.

---

<sup>10</sup> Particularmente, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en su art. 9 y las Cien reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad.

<sup>11</sup> C., M.C. s/ art. 152 ter del Código Civil, 2015. CNCiv, Sala G. Inédito.

<sup>12</sup> Ver FERNÁNDEZ MELE, Soledad. *La primera sentencia de lectura fácil. Un avance en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad*. En Revista de Derecho de Familia Abeledo Perrot, 2015, II, p. 39-51.

Creemos que los avances que se logren en el punto traerán consigo saldos altamente positivos en lo que hace a la humanización del servicio de justicia y al modo en que este es percibido por colectivos altamente vulnerables.

### 3.4 El derecho a la asistencia letrada durante el proceso

Entendemos que la prescripción del art. 31 inc. e del CCCN es la más relevante y la que genera mayor impacto en el proceso del que hemos estado hablando. Una lectura rápida del asunto podría llevar a concluir que la norma no tiene nada de nuevo, pues la figura de la curatela provisoria o *ad litem* prevista en el antiguo art. 147 cumplía con esas funciones. No obstante, según creemos, ello no es del todo exacto.

El carácter de la intervención del curador provisoria fue materia debatida. La fórmula del art. 147 del Código Civil le encomendaba funciones de “*representación y defensa*” a quien desempeñase el cargo. No era pacífica la doctrina respecto del rol que dichos conceptos imponían al letrado designado: un sector (del que destaca la postura de Orgaz) sostuvo se trataba de un auténtico defensor de la capacidad de la persona, que debía propender al rechazo de la demanda. En cambio, otra corriente (integrada, entre otros, por Tobías) lo ubicaba en el rol de auxiliar externo del juez que, sin perjuicio del deber de velar por el debido proceso, debía dirigir sus miras al establecimiento de la verdad objetiva, aunque de ella resultara la necesidad de una restricción de la capacidad<sup>13</sup>.

Lo cierto es que la fórmula de la “*participación con asistencia letrada*” utilizada en el nuevo art. 31 inc. e del CCCN parece inclinarse hacia la postura del abogado defensor, sobre todo si se coordina con lo dispuesto en el artículo 36 de ese cuerpo.

En primer lugar, merece señalarse que se ha abandonado la lógica mediante la cual una persona (curador) defendía y representaba a otra (denunciado). Lo que se observa es una inversión de roles: es el denunciado el que *participa con asistencia* de un tercero, quien se encuentra en mejores condiciones por sus conocimientos específicos en la materia

A favor de esta interpretación, merece señalarse que el art. 36 ya mencionado condiciona el nombramiento de un abogado para el supuesto en que la persona denunciada comparezca sin él al proceso. La diferencia merece ser advertida, pues fluía de los términos del art. 626 inc. 1 del Código Procesal Civil y Comercial que el nombramiento del curador provisoria era un acto reservado al juez. Prestigiosa doctrina<sup>14</sup> y jurisprudencia<sup>15</sup> eran contestes al respecto.

La lectura que aquí se propicia permite reeditar una vieja polémica: si las medidas que restringen la capacidad de una persona no son impuestas sino en su beneficio, la defensa en estos procesos no puede tender ciegamente al rechazo de la demanda si de los hechos surge la necesidad de hacerle lugar.

Se impone encontrar una solución razonable y el citado Orgaz presenta un interesante criterio en este sentido. Refiriéndose al curador *ad litem* sostuvo: “*debe extremar su celo en defensa de su representado, exigiendo que se cumplan las condiciones de la ley*

---

<sup>13</sup> Ver, TOBIAS, José W., *La inhabilitación...* p. 173 y ss., y CIFUENTES, Santos y otros, *Juicio...* p. 344 y ss.

<sup>14</sup> FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa y PAGANO, Luz María “*Salud mental en el derecho de familia*” p. 384.

<sup>15</sup> R.L., F.C. Sentencia del 15 de febrero de 1980. CNCiv.; Sala B, ED, 88-795.

*en cuanto al procedimiento y a la declaración y ofreciendo las pruebas necesarias que demuestren, en su caso, que la enfermedad de su defendido no le impide dirigirse a sí mismo y manejar sus asuntos. Es claro que su deber no consiste en negar lo innegable ni en discutir lo evidente, pero tampoco debe irse al otro extremo y lucirse por la imparcialidad: su papel de defensor no le permite, en tales términos, ser imparcial*<sup>16</sup> (énfasis agregado).

Creemos que de la postura transcripta puede extraerse una solución de consenso. En primer lugar, y en esto la doctrina siempre fue pacífica, el letrado que defiende a la persona con capacidad cuestionada durante el proceso debe ser un inflexible custodio de la legalidad de aquél.

Pero además, su actividad debe asumir perfiles defensistas, los cuales se satisfacen adecuadamente –creemos– haciendo todo cuanto esté a su alcance para, si el rechazo de la demanda se presenta como notoriamente improcedente, tender a que la restricción de la capacidad de la persona que defiende sea la mínima posible (cfr. art. 38 CCCN). Diremos en consecuencia que el rol que le cabe al abogado mencionado en este tipo de procesos es el de defensor de la estricta proporcionalidad de la respuesta jurídica a la discapacidad.

El abandono del carácter imparcial que la lectura armónica de la legislación anterior parecía imponer al curador provisorio no debe, de todos modos, alarmarnos en demasía. Es que el carácter oficioso de los procesos de familia (ahora reconocido expresamente en el art. 706 del CCCN), el cual debe acentuarse en los procesos de cuestionamiento de la capacidad, no limita el accionar del juez a las alegaciones de las partes ni le impide adoptar medidas distintas de las peticionadas para fallar a verdad sabida y buena fe guardada.

Por su parte, el Ministerio Público sigue siendo parte principal y necesaria en el proceso que aquí nos ocupa, a tenor de lo dispuesto en el art. 103, apartado b, tercer supuesto del CCCN. Por ello, el proceso habrá de contar de todos modos con una parte que lo impulse debidamente, si así no lo hace el asistente letrado de la persona cuya capacidad se cuestiona.

La parte final de la segunda frase del art. 36 CCCN genera algunas dudas respecto de lo hasta aquí dicho: “...si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y preste asistencia letrada en el juicio” (énfasis agregado).

Es unánime la doctrina al señalar que representación y asistencia son dos regímenes diferentes. En el primero la voluntad de una persona suple la de otra, en el segundo la persona conserva la iniciativa para la realización del acto, pero debe contar con el asentimiento de un tercero para que pueda surtir efectos<sup>17</sup>. En consecuencia la conjunción de los dos regímenes para un mismo tipo de actos es jurídicamente imposible.

Resulta capital determinar cómo debe actuar el letrado que intervendrá en el proceso de cara a la voluntad de la persona cuya capacidad entró en sospecha. En la práctica foral no son pocos los casos en que la persona consiente la restricción a su capacidad y, más

---

<sup>16</sup> ORGAZ, Alfredo, *Derecho civil. Personas individuales* 2ª ed. p. 230.

<sup>17</sup> TOBIAS, José W., *La inhabilitación...* p. 267 y ss.

aun, prefiere su encuadre de una manera más gravosa que la que podría resultar necesaria.

Previo a la reforma, había consenso en la doctrina en que la actuación del curador provisorio era independiente de la de su curado, por lo que estas podían ser incluso opuestas<sup>18</sup>. A la luz de la nueva normativa, la cuestión cambiará según el letrado defensor asuma funciones de asistencia o representación.

Si, como vimos, en el marco de la asistencia la iniciativa la conserva el interesado; parecería que el abogado debería adherirse a las pretensiones de la persona con capacidad sospechada, aunque peticione una restricción de esta última. En cambio, si el asistente letrado *representa* a la persona en cuestión, cabría sostener que éste puede actuar con prescindencia de sus criterios.

La cuestión aparece fácil de resolver a poco que se advierta que la defensa en juicio de los derechos de la persona es un bien indisponible a la luz del art. 18 de nuestra Constitución Nacional. Que una persona vea restringida su capacidad jurídica sin que ello sea consecuencia de un previo y profundo análisis, resulta a todas luces incompatible con el Estado de Derecho. La conclusión no cambia aunque sea ella misma quien así lo prefiere<sup>19</sup>.

En un reciente y muy interesante caso<sup>20</sup> la jueza de grado rechazó un pedido de rehabilitación promovido por la curadora definitiva de un inhabilitado, en razón de que este se oponía categóricamente a que se le diera curso a tal pretensión. Consideró la magistrada que no era posible, dado el régimen de asistencia en que se encontraba el interesado, otorgar actos procesales como el que la curadora pretendía sin contar con su conformidad.

La decisión fue revocada por la segunda instancia, acertadamente según creemos. Señaló la alzada que la respuesta que da el Derecho a la discapacidad mal puede apartar sus miras de su objetivo principal, que es que la persona recobre su capacidad (según los términos del derogado art. 481) o autonomía (art. 32, 3º párr. CCCN). En consecuencia, si se toma noticia de que la restricción de la capacidad que la persona pretende es innecesaria o desproporcionada para su estado actual y real; es deber de todos los involucrados en el proceso hacer que éste tienda a dar la respuesta que sí se condice con tal estado.

Por lo tanto, estimamos que la asignación de funciones de representación o asistencia al letrado al que hace referencia el art. 36 del CCCN debe realizarse siempre con criterio casuístico y sin dejar de tener en cuenta la presunción de capacidad de la que ya hemos hablado. Así, *prima facie*, cabe admitir que el abogado mencionado actúe adherido a los criterios de la persona cuya capacidad se cuestiona, incluso cuando esta pida una restricción a su propia capacidad, cuestión específicamente prevista por el nuevo ordenamiento (art. 33 inc. a). Ello porque es totalmente posible que una persona con conciencia de su enfermedad requiera una protección de sus derechos adecuada a la medida de sus dolencias.

---

<sup>18</sup> FAMÁ, María Victoria y otras, *Salud mental...* p. 385.

<sup>19</sup> CIFUENTES, Santos y otros, *Juicio...* p. 447 y ss. Los autores sostienen el carácter indisponible de la capacidad jurídica habida cuenta del interés público comprometido.

<sup>20</sup> *R., B.M s/ art. 152 ter. Código Civil.* 2013. Juzgado Nacional en lo Civil n° 84. Inédito. El caso ha sido tratado con precisión por Juan Vénere en una obra inédita a la fecha de este trabajo.

Ahora bien, si de la prueba que paulatinamente se agrega a las actuaciones, las convicciones que en tal sentido se irá formando el juez y la impresión que le generará la audiencia personal del art. 35 CCCN surge que el pedido del interesado se presenta *prima facie* desproporcionado (por más o por menos) o improcedente; cabe que el magistrado a cargo del proceso decida como medida cautelar de apoyo (art. 34 CCCN) otorgar facultades de representación al defensor para que este pueda cumplir adecuadamente su fin y –eventualmente– removerlo si así no lo hiciere.

Ello, claro está, sin perjuicio de que el interesado en su carácter de parte en el proceso pueda peticionar, ofrecer prueba y controlar la producida. Esto era algo admitido por la doctrina unánimemente<sup>21</sup>; y ha recibido consagración expresa en el CCCN con la primera oración de su art. 36.

Entendemos que la propuesta es la solución que mejor se consustancia con la indisponibilidad de las garantías constitucionales mencionada, el principio general recogido en el art. 31 inc. e del nuevo código, la presunción de la capacidad de toda persona humana y el rol que el nuevo art. 36 del CCCN asigna al letrado interviniente durante la sustanciación del proceso.

### **3.5 El deber de priorizar las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades**

En cuanto a lo prescripto por el art. 31 inc. f, tampoco se advierten novedades, pues resulta una transcripción casi textual del art. 7 inc. d de la Ley Nacional de Salud Mental n° 26.657, la cual ya reconocía el derecho a “*recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria*”.

En términos sustanciales, poco ha avanzado la Argentina en su compromiso de eliminar los hospitales de internación monovalentes (aquellos que solo alojan personas con patologías mentales) proceso al cual la literatura especializada ha llamado, con criterio ilustrativo, *desmanicomialización*. Tal es uno de los compromisos asumidos con la ya nombrada Ley 26.657, en su art. 27.

Tampoco resulta satisfactorio el panorama en orden a la generación de dispositivos adecuados para personas que no requieren los rigurosos controles de una internación, pero sí algún nivel de acompañamiento o supervisión para las actividades de la vida cotidiana, como son las llamadas *casas de medio camino* o *residencias protegidas*. Esto lleva a que colectivos de personas sumamente autónomas permanezcan en sus internaciones, por falta de alternativas adecuadas, con las lamentables consecuencias que eso supone. Además, exterioriza el desdén del sistema público de salud respecto del deber (ahora incluido en el código) de priorizar las alternativas terapéuticas más respetuosas de las libertades individuales.

Tan cierta es esta dolorosa realidad, que en fecha reciente dos Curadoras Públicas de la Ciudad de Buenos Aires ampararon contra los Estados Nacional y Local a fin de que se los obligue a la construcción de los dispositivos comentados. La demanda fue

---

<sup>21</sup> GHIRARDI, Juan Carlos, *La inhabilitación judicial*, p. 204.

parcialmente acogida en la primera instancia y, apelada que fue, se encuentra pendiente de resolución en la segunda<sup>22</sup>.

### 3. Conclusiones

De todo lo dicho hasta aquí cabe concluir, en primer lugar, que la sistematización de los principios realizada por el art. 31 del CCCN trae consigo más continuidades que novedades.

Los alcances de las incorporaciones realizadas en los incisos *a*, *b* y *c*; no requieren más esfuerzos para la magistratura, los letrados y operadores jurídicos en general que los que ya eran necesarios previo a la entrada en vigencia de la nueva codificación.

En cambio, el deber de tornar accesible el procedimiento para el interesado, realizando para ello los ajustes que sean menester, supone interesantes desafíos en materia de capacitación de empleados, funcionarios, magistrados y profesionales. Sin dudas se precisará también ánimo flexible e innovador.

En cuanto al cambio en el rol del otrora curador provisorio, nos hemos propuesto encontrar una solución de medio camino entre los bienes jurídicos en juego. Entendemos que pasada la sorpresa de la novedad, quienes venían desempeñando su cargo bien y conforme a derecho (tal su juramento al asumirlo) no deberán realizar mayores modificaciones en sus tareas cotidianas. El ejercicio de la curatela provisorio – el de la abogacía en general, digamos– no pudo haber sido nunca en buena lid petitioner ante la justicia algo que no correspondiera.

Por último, merece llamarse a la reflexión sobre la falta de los dispositivos alternativos a la internación psiquiátrica. Poco valdrán los ingentes esfuerzos de la magistratura, la eficacia estratégica de los abogados para colocar a sus asistidos en la mejor situación socio-ambiental y sanitaria posible y las dolorosas enseñanzas de la historia de las internaciones innecesarias; si no existe en el plano de los hechos modo de efectivizar derechos y garantías reconocidos por las leyes de toda jerarquía. Situación esta que, además, compromete la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

Hasta aquí cuanto hemos podido aportar al debate en este marco.

---

<sup>22</sup> *S., A.F. y otros c/ Ministerio de Salud de la Nación y otros s/ amparo*. Sentencia del 15 de abril de 2015. Juzgado Contencioso Administrativo Federal n° 9 de la Capital Federal, inédito.

