

Un análisis del sistema de capacidad del Código Civil y Comercial, desde la mirada de la jurisprudencia

An analysis of the capacity system of the Civil and Commercial Code from the perspective of jurisprudence

María Romina Kilgelmann

Sabrina Sánchez

Instituto de Derecho Civil

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad Nacional del Litoral

Resumen

En el presente trabajo analizamos cómo la jurisprudencia ha plasmado los cambios operados en materia de capacidad en los cinco años de vigencia del Código Civil y Comercial argentino.

Abstract

In this work we analyze how the jurisprudence has reflected the changes made in terms of capacity in the five years of the Argentine Civil and Commercial Code.

Palabras clave

Capacidad · Restricción · Incapacidad · Apoyo · Convencionalidad

Key words

Capacity · Restriction · Inability · Support · Conventionality

Introducción

Uno de los temas centrales del derecho civil en el que se introdujeron reformas estructurales en el año 2015 es el vinculado a la capacidad de las personas humanas. A cinco años de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, nos proponemos en este trabajo analizar, a través la mirada de la jurisprudencia, cómo funcionan en la práctica los cambios operados en la normativa.

Pretendemos hacer un recorrido sobre las modificaciones operadas en materia de capacidad, considerando a esta como atributo fundante de la personalidad, con el fin de establecer si los ejes centrales del cambio propuesto se ven o no reflejados. ¿Es la jurisprudencia reflejo de los principios establecidos en el artículo 31 CCyC? ¿Se cumple la premisa de que la capacidad es la regla y que su limitación debe ser siempre entendida como una excepción, conforme un sistema de protección y atendiendo a las particularidades de cada caso? ¿Se puede observar en los fallos sobre la materia un rol más activo del juez, no solamente durante el proceso —a partir del contacto con las personas cuya capacidad se restringe— sino también al momento de diseñar ese traje a medida de cada sujeto a la hora de dictar sentencia? ¿Se cumplen las garantías del proceso a favor del sujeto cuya capacidad pretende restringirse? ¿Se ha logrado que el sistema de apoyos funcione en los términos previstos por el art. 43 CCyC?

1. Las reglas generales en materia de capacidad del artículo 31 del Código Civil y Comercial

El diseño de restricciones a la capacidad de ejercicio que contiene el Código Civil y Comercial resulta singularmente diferente del que ofrecía el código derogado.

Sin dudas, en este punto cobra especial importancia la adaptación de las normas del Código a las Convenciones Internacionales aplicables en la materia, es decir, a la Convención sobre los Derechos del Niño⁽¹⁾ y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁽²⁾.

No podemos ingresar al estudio de la capacidad de ejercicio de las personas humanas, caracterizado como un sistema garantista, abierto y tutelar, sin referirnos a las reglas generales establecidas en el artículo 31 CCyC y analizar su efectividad en la práctica.

A lo largo de sus seis incisos, este artículo pretende delinear los ejes fundamentales del sistema, los que deben ser tenidos en cuenta en todo momento al referirnos a la capacidad.

Conforme el artículo 31, las restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica se rigen por las siguientes reglas:

- 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.

A partir de la aplicación de estas reglas generales, podemos encontrar casos jurisprudenciales donde la sentencia que restringe la capacidad es revocada por transgresión a las mismas.

Así, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Curuzú Cuatiá revocó la sentencia de grado, porque en lugar de señalar los actos respecto de los cuales operaría la restricción a la capacidad, detalló los actos que sí podía realizar el sujeto:

El decisorio de este Tribunal de Alzada referido y parcialmente transcripto antes dejó en claro que resulta «...inadecuada e improcedente la determinación en la sentencia de los actos de la vida diaria que puede realizar por sí mismo el interesado. Es que, si la regla es la capacidad y su restricción la excepción, no es de buena técnica detallar los actos que el interesado está capacitado para hacer, pues no sólo que se parte de la excepción como si

⁽¹⁾ Adoptada por la ONU el 20/11/1989, aprobada en Argentina por Ley N° 23849 y con rango constitucional desde 1994 por su incorporación en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

⁽²⁾ Aprobada por la ONU el 13/12/2006, incorporada a nuestro derecho interno por Ley N° 26378, con jerarquía constitucional, según art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional por Ley N° 27044–B.O. 22/12/2014.

fuera la regla, sino que cualquier desprevenido puede interpretar que el interesado no puede hacer, está incapacitado de hacer, todos aquéllos actos no enumerados. Así, la capacidad de la persona se reduciría a los actos que la sentencia individualiza como aquéllos que puede hacer por sí mismo, y todos los demás, alcanzados por la restricción (...).⁽³⁾

Reiterados son también los pronunciamientos que destacan la importancia del examen interdisciplinario:

A la hora de establecer una restricción de la capacidad, es condición esencial la intervención de la interdisciplina, siendo los profesionales de las distintas áreas de la salud (Psicológica, Psiquiatría, Lic. en Trabajo Social), quienes trabajando en forma coordinada se encuentran en condiciones adecuadas para evaluar la necesidad de una protección a modo de restricción, ello obedece a que la salud mental no comprende un concepto médico o legal en forma aislada, se la reconoce como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, 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 (art. 3, Ley 26.657).⁽⁴⁾

Nos parece importante traer a colación en este punto que, de acuerdo a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, bajo el mandato y compromiso internacional de promover y proteger la autonomía y la dignidad y plena integración en la sociedad de las personas con discapacidad, se establece que la «comunicación» hacia ellas incluirá los lenguajes, la visualización de textos en medios y formatos de fácil acceso (art. 2 de la Convención).

Traemos como ejemplo de ello la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia y 4ª Nominación en lo Civil, Comercial y de Familia de Villa María, de fecha 12/05/2017, en autos «P. M. F.–Demanda de limitación a la capacidad», en la que el juez, luego de invocar la normativa internacional antes referida señaló:

Con tales pautas, me dirigiré en forma personal y directa a M. F. P., con la simplicidad que este caso concreto requiere, para explicarle qué significa esta resolución para ella (...) Palabras para M. F. P. Te explico lo que hicimos en esta carpeta tuya. Esta carpeta está hecha para ver qué es lo mejor para vos, luego del accidente que tuviste. Te fueron a ver varios médicos, una psicóloga y una trabajadora social. Ellos nos informaron las cosas de tu vida de todos los días, que podés hacer sola, y otras cosas para las cuales necesitás ayuda de otras personas. Te fuimos a ver el juez, una defensora especial, y la abogada de tu papá, y conversamos con vos. Con todos esos papeles, y otros informes que buscamos, decidimos qué es lo mejor para vos, para que estés bien. De los papeles tuyos, y de tus cosas más importantes, se va a encargar tu papá, A. S. P., pero siempre te va a preguntar primero qué es lo que vos querés. Vimos que el lugar donde estás viviendo está bien para vos, porque en la casa se hace difícil

⁽³⁾ Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Curuzú Cuatíá 14/03/2017 «P. J. R. s/ restricción a la capacidad». DFyP 2017 (diciembre), 228. Cita *online*: AR/JUR/7168/2017

⁽⁴⁾ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Gualeguaychú, sala I, 18/10/2017, «M., N. M. s/ restricciones a la capacidad». Cita *online*: AR/JUR/105579/2017.

atenderte bien. (...) Si necesitás algo, se lo podés pedir a la gente del hogar, a tu papá, y a tus familiares. También si querés podés pedir hablar con una abogada o un abogado, o con el juez, si tenés alguna duda con esta carpeta. Después de un tiempo te van a ver de nuevo los médicos, una psicóloga y una trabajadora social, y el juez, para ver cómo está tu salud.

Al respecto, tiene dicho Burundarena, que uno de los modos de realización del principio de participación de la persona es la concreción del derecho a recibir información, como paso previo a la adopción de decisiones y a la realización de los actos en todos los ámbitos en los que se desenvuelve; y aclara aquella que a estos fines se incluye en la noción de comunicación los lenguajes, la visualización de textos en Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso⁽⁵⁾.

También los Tribunales de alzada han revocado sentencias, cuando la restricción a la capacidad se dio sin cumplimiento de la entrevista personal del juez con la persona cuya capacidad estaba siendo juzgada:

De ahí que se haya sostenido que la entrevista personal del magistrado con el sujeto cuya capacidad jurídica se procura restringir, forma parte de las garantías personales que es preciso preservar en resguardo del debido proceso adjetivo. Sin entrevista, no hay sentencia válida, sin ésta, no hay revisión por la Alzada. La humanización llega a tal punto que transforma el contacto personal en requisito sin el cual no hay un pronunciamiento válido (María Isabel Benvante, *El juicio de incapacidad y las reglas procesales adecuadas. Una deuda pendiente*, DFYP 2013 (septiembre), 249–Sup. Doctrina Judicial Procesal 2013 (diciembre). En función de lo anterior y oída la Sra. Defensora de Menores de Cámara en su dictamen de fs. 522, el Tribunal RESUELVE: Devolver las actuaciones al juzgado de grado... 2) La magistrada interviniente deberá mantener una entrevista personal con el Sr. B. A. S. a efectos de cumplir de forma adecuada con el art. 35 del CCCN.⁽⁶⁾

2. Los incapaces de ejercicio del art. 24 Código Civil y Comercial

En materia de incapaces de ejercicio, enumerados en el artículo 24 del ccyc, los cambios operados refieren al supuesto de los menores (inc. b) y a los declarados incapaces por sentencia (inc. c). Nada nuevo se ha dicho en relación a las personas por nacer.

En el caso de menores, la modificación vino de la mano de la expresa incorporación en el articulado del código de la denominada «autonomía progresiva» —que ya se había comenzado a considerar a partir de la Ley n° 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes—.

⁽⁵⁾ Burundarena, Ángeles (2015) «Proceso declarativo de restricción a la capacidad y excepcional de incapacidad» en el código procesal modelo para la justicia de familia (Ciudad Autónoma de Buenos Aires). *Revista de Derecho Procesal*, Tomo 2015–2, RC D 1394/2017.

⁽⁶⁾ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala: H, Fecha: 4/12/2017, «S. B. A. s/ determinación de la capacidad». Cita: MJ-JU-M-108620-AR

Por su parte, y en lo que refiere al inciso tercero «personas declaradas incapaces por sentencia», desde la lectura del artículo 32 último párrafo ya se advierte el carácter excepcionalísimo de la aplicación de la figura.

El sistema de protección sigue siendo para todos los incapaces de ejercicio la representación legal, hoy prevista en los artículos 100 y 101 del código, pero con la particularidad de que el cambio operado en relación a la capacidad de menores y personas declaradas incapaces por sentencia hace que el espacio de actuación del representante legal se vea considerablemente disminuido.

En el caso de los menores, se establece un sistema más flexible, abierto y además concesivo de facultamientos de diversa índole. Por un lado, en el campo de actuación extrapatrimonial y en relación a los denominados actos personalísimos, por el juego de la denominada «autonomía progresiva» y la expresa consagración del derecho del menor a ser oído en todo proceso judicial que le concierne y a participar en las decisiones sobre su persona (art. 26 ccyc). Por otro lado, para actos extrapatrimoniales y patrimoniales, conforme la regla establecida en el artículo 645 último párrafo, cuando el acto involucra a hijos adolescentes (es decir menores entre los 13 y 18 años), es necesario su consentimiento expreso.

Especial atención merece en materia de menores el expreso reconocimiento del derecho del menor a ser oído y a expresar su opinión ¿Cuál es su verdadero alcance?

A partir de la lectura de doctrina y jurisprudencia puede concluirse que en el marco de todo proceso en que se involucren intereses de un niño, el mismo debe ser escuchado, bajo pena de nulidad. Y su opinión habrá de ser valorada y de ser posible, respetada. Sin embargo, y con la debida fundamentación, el juez podrá decidir contrariando lo pretendido por el menor:

Si bien en los casos en que los tribunales resuelven cuestiones que involucran a menores sin previamente haberlos escuchado, dicha deficiencia genera la nulidad del pronunciamiento dictado, toda vez que el derecho a ser oído constituye una garantía sustancial que fluye de su consideración como sujeto, el principio debe ser considerado conforme las circunstancias de cada caso en particular ya que por sobre todo ritualismo debe en todo caso necesariamente primar la realización del bien o interés del menor debiendo evitar a todo trance situaciones de inequidad, máxime en casos en los que se encuentra en juego aquel superior interés.⁽⁷⁾

La escucha del niño tiene superlativa prioridad, y prueba de ello es la importancia que le ha otorgado el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, señalándolo como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo, y la consideración del interés superior del niño, lo que pone de relieve que no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos. De este modo, se descarta la idea de que receptor la opinión del niño sea meramente simbólico, tal como sucedería si es oído, pero no se tiene en cuenta su opinión.

Cabe tener presente que el niño, niña o adolescente es partícipe en la construcción de su interés superior, obligando a sus representantes y al juzgador a analizar sus deseos y

⁽⁷⁾ Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Villa Dolores, 12/04/2010, resumido por Lloveras, Nora y Orlandi, Olga (2010) *Actualidad en derecho de familia*. Abeledo-Perrot, p. 1281.

sentimientos al momento de definir y dilucidar sus derechos. De este modo, constriñe, en su caso, al juez a fundar acabadamente el motivo de su apartamiento en la decisión.⁽⁸⁾

En el caso de las personas declaradas incapaces por sentencia, que en el Código derogado eran considerados incapaces absolutos —y más allá de que las modificaciones operadas a partir de la Ley de salud mental habían atenuado tal expresión—, la nueva regulación establece que la sentencia debe ajustarse a cada caso concreto, y establecer qué actos serán realizados a través del representante. Ello deja en claro que la representación ya no se extiende «a todos los actos de la vida civil», y que el representante sólo podrá actuar en relación a los actos para los que sea habilitado conforme la sentencia.

3. Restricciones a la capacidad de las personas

El Código Civil y Comercial ha establecido un régimen de restricción al ejercicio de la capacidad jurídica estructurado desde la perspectiva de la protección de la persona humana y de sus derechos fundamentales, reconociendo los principios de legalidad, no discriminación, igualdad, autonomía y libertad. De donde la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume y las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional (art. 31, incs. a y b ccyc).

La correcta aplicación en la práctica de este nuevo sistema de restricción conlleva una singular exigencia de atención, dedicación y responsabilidad por parte del juez, del Ministerio Público y de quien cumple la asistencia letrada privada o pública de la persona cuya capacidad de ejercicio es objeto de determinación judicial, que haga operativas las garantías establecidas en el art. 31 ccyc y que adecue la decisión sobre el tipo grado y alcance de la actuación de quien la represente o asista debiendo esa sentencia adaptarse en cada caso a las potencialidades volitivas y cognitivas reales de la persona. Es que se trata de resguardar al vulnerable, pero afectando lo menos posible su dignidad su autodeterminación y sus derechos fundamentales.

No es uniforme la doctrina ni la jurisprudencia en cuanto al alcance del artículo 32 primera parte, y los casos frente a los cuales puede restringirse la capacidad de ejercicio.

Por un lado, parte de la doctrina —a la que adherimos—, entiende que el artículo 32 debe ser entendido en forma amplia, de modo de proteger no solo a quienes padecen una adicción o disminución psicológica, sino también a aquellos en que la disminución sea de tipo física, siempre y cuando ella coloque al sujeto en una situación que necesite protección. Así lo ha sostenido expresamente el Dr. Edgardo Saux:

(...) las personas con capacidad restringida involucran todo un abanico de situaciones de vulnerabilidad (no sólo psíquica, sino también física, como lo declararon las conclusiones del 4° Congreso Nacional de Derecho Civil, de las 11 Jornadas Nacionales de Derecho Civil, de las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil y de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho

⁽⁸⁾ Cámara de Apelaciones en lo Civil en Documentos y Locaciones de Concepción V. C. F. c. V. J. A. s/ Alimentos. (Rec. de queja por apelación denegada p/p Dr. Juan Facundo Masaguer), 20/02/2020. Cita online: AR/JUR/11764/2020

Civil que en el Código derogado se ubicaban tanto dentro de la interdicción por causas síquicas como en la de la inhabilitación judicial (excepto la del pródigo).⁽⁹⁾

Tal postura nos parece acorde al modelo social plasmado en la Convención Internacional que entiende 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 con las demás. Este nuevo modelo reconoce la diversidad de las personas con discapacidad y la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.

El respeto del modelo social implica que no *debe privarse a la persona de su posibilidad de elegir y actuar*. La aplicación del sistema creado a partir de la Convención de la ONU para Personas con Discapacidad debe guiarse por el principio de la «dignidad del riesgo», es decir, *el derecho a transitar y vivir en el mundo, con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse*. En contraposición a este paradigma, los sistemas jurídicos de muchísimos países, tutelares y asistencialistas, se han basado en la dicotomía clásica entre «capacidad de derecho» —o capacidad de goce— y «capacidad de hecho» —o capacidad de ejercicio— reconociendo la primera, pero no la segunda, y de esa manera *se ha cercenado sistemáticamente la posibilidad de que, en la práctica, puedan ejercer sus derechos, bajo la excusa de proteger a las personas con discapacidad de los peligros de la vida en sociedad*.

Desde esta óptica, ya no puede admitirse un modelo que designe curadores, que sustituyen a la persona en la toma de decisiones. Este tipo de medidas paternalistas en realidad encubre una forma de restricción de derechos que hace de las personas con discapacidad un grupo oprimido, en contraposición a la visión de un «grupo vulnerable» que propone el modelo médico–rehabilitador.

La meta no es la curación (que no siempre es posible o deseable y, en todo caso, una cuestión médica), sino la plena inclusión y participación en la sociedad, a través de la remoción de barreras. Para ello, se promueve la designación de apoyos y salvaguardas a fin de que la persona pueda decidir por sí (principio de «dignidad del riesgo»)⁽¹⁰⁾

Por otro lado, en cambio, parte de la doctrina limita el alcance del artículo 32, entendiendo que no resulta aplicable a supuestos en que la persona padezca una discapacidad física y/o sensorial. Tal sería la postura plasmada en el Código Civil y Comercial comentado dirigido por el Dr. Ricardo Lorenzetti, cuando señalan que:

la incapacidad de los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito (conf. la terminología del art. 153 del Código derogado) es derogada, al igual que la presunta incapacidad derivada de una discapacidad física y/o sensorial que suponga meramente una limitación y/o diversidad en la comunicación o en la manifestación de la voluntad. (Kraut y J. Palacios, 2014:147)

⁽⁹⁾ Saux, Edgardo Ignacio (2018) *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Tomo II, Editorial Rubinzal Culzoni, p. 338.

⁽¹⁰⁾ Grillo, Juan María (2018) El modelo Social y el Juicio de determinación de capacidad. Cuestiones Procesales. La Ley 2018–E, 1197, publicado en LL 26/10/2018.

Sin perjuicio de ello, señala el autor, en dichos casos la persona con discapacidad física o sensorial podría incluso solicitar la designación de medidas de apoyo por parte del juez como una acción directa, y sin necesidad de requerir la restricción a la capacidad.

En este sentido se ha expedido la Cámara 2da. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, Sala III, al revocar la sentencia de primera instancia que restringía la capacidad de una persona con disminución en la capacidad física (displasia congénita de cadera):

El art. 32 Cód. Civ. y Comercial define las personas pasibles de restricción a la capacidad: mayores de 13 años, con padecimiento de adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, quedando fuera de toda restricción cualquier presunta incapacidad derivada de una discapacidad física y/o sensorial que suponga solo una limitación —o diferencia— en la comunicación o en la manifestación de la voluntad, integrable por otros medios, modalidades o formatos adecuados.

Ello así —y si bien no es este el supuesto—, el Código ha eliminado la posibilidad de cuestionar la capacidad o discernimiento de una persona que utiliza métodos alternativos de comunicación, derogando la incapacidad de los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito al igual que la presunta incapacidad derivada de una discapacidad física y/o sensorial que suponga meramente una limitación y/o diversidad en la comunicación o en la manifestación de la voluntad (Lorenzetti, 2014).

Es decir que ni la declaración de incapacidad ni la de capacidad restringida, contemplan como causal la situación de quien por una disminución de sus facultades corporales o físicas se ve en graves dificultades para expresar su voluntad (Alterini, 2015)⁽¹¹⁾.

Sí, en cambio, hay acuerdo doctrinario respecto a que cuando hablamos de personas con capacidad restringida, nos encontramos ante personas básicamente capaces, pero respecto de las cuales la sentencia que se dicte en los términos de los artículos 36 y 37, puede restringir su capacidad para determinados actos que deben ser especificados en la sentencia. A su vez, la misma sentencia debe establecer el sistema de apoyos necesarios conforme el artículo 43.

4. La inhabilitación judicial

La figura de la inhabilitación se ha visto considerablemente reducida en el Código Civil y Comercial toda vez que solo puede ser aplicada a quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes exponen a su cónyuge, conviviente o sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio.

Como bien señala la doctrina, es el único supuesto donde la restricción es en resguardo de la familia y no de la persona cuya capacidad se restringe.

La doctrina no es uniforme en cuanto a la conveniencia o no de haber dejado esta figura. Nosotros consideramos positivo que se haya mantenido la figura, para atender puntualmente a personas con un desorden de la conducta que no alcanza a definirse como patológico.

⁽¹¹⁾ Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, sala III, 14/08/2018, «V., M. C. A. s/ restricciones a la capacidad» Publicado en: RCCyC 2019 (febrero), 08/02/2019, 67 Cita Online: AR/JUR/48042/2018

La inclusión de los pródigos como inhabilitados, diferenciados, en consecuencia, de quienes pueden ver restringida su capacidad por adicciones o alteraciones mentales (art. 32 CCyC), podría brindar una solución al caso de ludópatas o jugadores compulsivos, a los compradores desordenados y/o a quienes tienen tendencias a sobreendeudarse más allá de sus posibilidades. También la inhabilitación puede dar respuesta a la situación del sobreendeudamiento de los consumidores, entendiendo por tal la existencia de un conjunto de deudas exigibles que exceden las posibilidades económicas de pago del consumidor... A partir de esta protección, se logra amparar a la familia, como sociedad natural y básica del Estado. (Chanfreau et.al., 2016)

Es importante tener en cuenta el alcance de la restricción del inhabilitado, reducida estrictamente a lo patrimonial, lo que justifica diferenciar la figura en relación al amplio y variado sistema de apoyos que pueden darse en caso de aplicarse el art. 32 CCyC.

Sin embargo, y pese a las ventajas del mantenimiento de la figura, la jurisprudencia publicada no arroja casos en que se aplique la misma.

5. Sistemas de apoyo

El sistema de apoyo contemplado como medio de protección para las personas a las que se restringe su capacidad conforme el art. 32 o —con alcance más restringido—, en relación a quienes se inhabilita en los términos del art. 48 CCyC, configura sin dudas una de los aportes más valiosos del nuevo sistema. Mucho ha dicho la jurisprudencia al respecto:

El sistema de apoyo debe ser diseñado a partir de las necesidades y circunstancias concretas de la persona (crf. art. 12). Puede ser individual o colectivo. Así, puede conformarse a través de un asistente personal, un familiar o red de familiares, un allegado o red de allegados, una asociación, una institución oficial, o cualquier otra opción que pueda propiciar al objeto de su función, que no es otra que la promoción de la autonomía y la protección y el ejercicio de sus derechos.⁽¹²⁾

En los casos de limitación de la capacidad, la función de apoyo no se reduce a la administración del dinero de la causante, sino que se aspira a lograr un compromiso y vínculo con ella, que abarque aspectos afectivos y significativos en esta etapa de su vida; siendo numerosa su descendencia, es de esperarse que sea su familia directa la que, de manera conjunta y/o alternada asuma un rol activo en tales funciones.⁽¹³⁾

Como ya hemos señalado, el sistema de apoyos coloca en cabeza del juez, la difícil tarea de diseñar el sistema de protección a medida del sujeto cuya capacidad pretende restringir o limitar, cual un sastre diseña un traje a medida. Y en ese diseño, es fundamental no perder de vista la finalidad principal del apoyo, facilitar a la persona la toma de decisiones.

Al respecto ha dicho la jurisprudencia:

⁽¹²⁾ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 30/05/2017 «L. B. A. B. s/ determinación de la capacidad». Publicado en: LA LEY 11/07/2017, 11/07/2017, 10—LA LEY2017—D, 190, RCCyC 2017 (noviembre), 17/11/2017, 29. Cita *online*: AR/JUR/26542/2017

⁽¹³⁾ Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial de 9a Nominación de Córdoba, 11/09/2019, «Mariani, Emma Isabel s/ demanda de limitación a la capacidad». RDF 2020-III, 118, Cita *online*: AR/JUR/55965/2019.

el objetivo del apoyo no es decidir «por» la persona, sino facilitarle la toma de sus propias decisiones. Y así surge una de sus características principales, esto es, el apoyo no desplaza o sustituye a la persona, sino que se sitúa a su lado, procurando que sea ésta quien en última instancia decida (...) por lo que continúan diciendo los autores que Dado que la persona, aunque restringida conserva su capacidad, los apoyos deberían designarse a fin de asegurar que cuente con el discernimiento necesario para dar validez a sus actos jurídicos (art. 259).⁽¹⁴⁾ (Kraut y Jorge-Palacios, 2014: 252-253)

En cuanto a la o las personas que ocupen el rol de apoyo, si bien el código propone diversas alternativas, es fundamental que al momento de la construcción del sistema de apoyo se tengan en cuenta las particularidades del caso. Así, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén dejó sin efecto la designación de un funcionario del Ministerio Público de la Defensa:⁽¹⁵⁾

La designación de un funcionario del Ministerio Público de la Defensa, como figura de apoyo para la persona cuya capacidad fue restringida, no es la más adecuada para la protección de sus necesidades, toda vez que no existen bienes para administrar, y es deseo de la interesada que para los actos administrativos y consentimientos informados se designe como figura de apoyo a la madre superiora, y a dos monjas de la institución donde se encuentra alojada.

6. Declaración de incapacidad

Indudablemente el Código Civil y Comercial ha adoptado como paradigma el principio de capacidad de las personas. No obstante, el art. 32 mantiene la condición de incapaz y la limita a supuestos excepcionales en donde por la alteración mental de la persona, no solamente se estime que del ejercicio de su capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes, sino que además se requiere que la misma se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo.

Así se ha dicho que la incapacidad es el supuesto de excepción en el nuevo régimen. A su turno, y aun admitida como opción viable, el Código exige también un criterio objetivo, que excede de un diagnóstico de la persona y/o a su pertenencia a un grupo social. Lo que califica es la situación de la persona: absoluta imposibilidad de interacción y/o comunicación por cualquier modo, medio o formato adecuado. La imposibilidad no es cualquier dificultad o complejidad, sino que debe ser un impedimento de carácter absoluto, tal como exige la norma. Se trata de aquella persona que se encuentra en situación de ausencia de conciencia de sí, de su alrededor, carente e imposibilitada de comunicación con el entorno, con otras personas, y por todo lo cual un sistema de apoyo aparece insuficiente, correspondiendo entonces la figura de un curador que ejerza representación pura. (Fernández, 2015:87)

⁽¹⁴⁾ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala III, 14/05/2019 R., L. S. D. «s/ proceso de restricción de la capacidad» RCyS2019-VIII, 92. Cita *online*: AR/JUR/16095/2019

⁽¹⁵⁾ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala I, 22/05/2018, «M. M. D. s/ capacidad jurídica» Publicado en: La Ley Online; Cita *online*: AR/JUR/31289/2018

Hay dos requisitos esenciales de procedencia para la declaración de incapacidad: «1) imposibilidad absoluta de manifestación de la voluntad, aun utilizando tecnologías adecuadas; 2) que el sistema de apoyos resulte ineficaz. Caso contrario corresponderá, eventualmente, una sentencia de capacidad restringida y la consecuente designación de apoyos».⁽¹⁶⁾

La Corte Nacional tuvo oportunidad de pronunciarse ante el recurso extraordinario interpuesto por la Defensora Pública de Menores e Incapaces, en el marco del proceso sobre determinación de la capacidad de R. P. A. En primera instancia, se declaró la restricción de la capacidad del causante en los términos de la primera parte del art. 32 del Cód. Civ. y Com. de la Nación respecto de todos los actos de administración y disposición de bienes y de recursos de salud, como así también de los actos jurídicos en general. Por su parte, la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil modificó dicho pronunciamiento declarando la incapacidad de R. P. A. en los términos del art. 32, última parte, del Cód. Civ. y Com. de la Nación, por entender que de las constancias de autos se infería que ante las serias dificultades que presentaba el causante para interactuar con su entorno y expresar adecuadamente su voluntad, el caso estaba comprendido dentro del supuesto excepcional de incapacidad, por lo que dispuso la designación de su hermana como curadora y confirmó el sistema de salvaguarda establecido en la sentencia de grado.

Contra tal decisión, la Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara dedujo recurso extraordinario, por cuanto la causante posee una autonomía aceptable, aunque requiere de la supervisión de terceros y, en consecuencia, aplicar el art. 32 última parte conculca derechos de neta raigambre constitucional de su representado a la luz de los nuevos principios establecidos internacionalmente para la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

La Corte hizo lugar al recurso, por cuanto la sentencia que declaró la incapacidad del causante en los términos del art. 32, último párr. del Cód. Civ. y Com. es arbitraria, pues el juzgador omitió ponderar la particular situación de la persona que, según las constancias de la causa, presenta retraso mental moderado, manifiesta sus gustos y preferencias, presenta lenguaje acorde a su nivel, colabora en tareas simples y puede llevar a cabo su vida cotidiana con la asistencia de sus familiares, de modo que no se encuentra absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado ni se puede afirmar sin más que el sistema de apoyos resulte ineficaz.⁽¹⁷⁾

7. La registración de la sentencia

Otra de las novedades introducidas por la reforma, fue la exigencia de la inscripción de la sentencia que restringe la capacidad —sea porque declare la incapacidad de ejercicio, la restricción de la capacidad en los términos del 32 o la inhabilitación en los términos del art. 49—, en la partida de nacimiento de la persona.

⁽¹⁶⁾ Cámara de Familia de Mendoza (C Familia Mendoza) Fecha: 23/03/2018, G., A. C. s/ insania Publicado en: DFyP 2019 (febrero), 235. Cita *online*: AR/JUR/2379/2018.

⁽¹⁷⁾ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 07/02/2019 «P. A., R. s/ determinación de la capacidad». Fallos: 342:35. Cita *online*: AR/JUR/35/2019

Tal exigencia, pensada como un recaudo para la oponibilidad de la sentencia frente a terceros, no necesariamente contribuye a la adecuada protección el sujeto al que la misma refiere, en tanto para la mayoría de los trámites que se realizan a diario, incluso para aquellos de trascendencia patrimonial, la partida de nacimiento no se exige para su realización. Siendo así, salvo que la persona expresamente invoque y acredite su restricción, podría otorgar un acto perjudicial sin la debida participación de su representante o apoyo según el caso.

8. Revisión de la sentencia

El proceso de revisión de sentencias consagrado por la legislación nacional ya desde la incorporación del artículo 152 ter en el derogado Cód. Civil (al recepcionar las disposiciones de la Ley de Salud Mental) y luego perfeccionado mediante el artículo 40 del vigente Cód. Civ. y Com. de la Nación —que establece en cabeza del Ministerio Público la obligación de controlar la revisión dentro del plazo máximo de 3 años—, es la adecuada respuesta al deber establecido en el artículo 12.4 de la CDPD conforme al cual:

Los Estados Partes 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 la 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.

Debemos prestar especial atención al objetivo de la revisión:

El objetivo principal de la revisión es conocer si hubo cambios en la condición mental o intelectual del causante, que permitan revertir la declaración o bien modificarla. Pero también sirve esta evaluación para conocer cómo están funcionando los apoyos a esa persona y cuál es su vinculación con el entorno afectivo y social. A partir de esas interacciones se pueden analizar y reevaluar las restricciones en sí mismas, pero también los apoyos que necesita (3). Lo que se está analizando es la salud psíquica o la condición cognitiva, que puede (o no) sufrir modificaciones con el transcurso del tiempo. Pero también se debería analizar su conducta en un núcleo de contención social, que pudo haber variado y que requiere de una supervisión judicial para asegurar que se brinden adecuadamente los apoyos que necesita esa persona con discapacidad mental o intelectual. Por lo tanto, la producción de la prueba no se debería limitar a un examen médico sobre el interesado, sino que debería incluir entrevistas a quienes interactúan de manera cotidiana con esa persona (lamentablemente no suele ser así en la práctica). (Seda, 2018:45)

Es importante tener en cuenta que esta norma, al igual que todo el plexo normativo en la materia, resulta aplicable no sólo a las sentencias que se hayan dictado a partir de la sanción del Código, sino que establece la exigencia de las autoridades competentes, de arbitrar el

mecanismo adecuado para revisar viejas sentencias que restringieron la capacidad de las personas o declararon su incapacidad y no fueron sometidas luego a un proceso de revisión.

La jurisprudencia nos muestra muchos casos vinculados a este punto. Así, el Juzgado de Familia de Mar del Plata Nro. 4 ha expresado al respecto:

La revisión de la sentencia, se funda en las posibles variaciones y modificaciones vitales de las personas que padecen procesos de vulnerabilidad psíquica. Desde este punto de vista y a partir de hacer efectivas las normas protectorias convencionales y constitucionales en los procesos de determinación de capacidad —en consonancia con lo dispuesto en el art. 5 de la ley 26.557— la restricción a la capacidad de ejercicio de derechos del Sr. C. debe ser revisada a partir del diagnóstico interdisciplinario y audiencia personal con el mismo. Así, la recta interpretación del derecho humano a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, exige el análisis de la conveniencia de la revisión de la sentencia de limitación a la capacidad y su eventual modificación del sistema de sustitución o asistencia previamente establecido.⁽¹⁸⁾

Por su parte el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 24^a Nom. de Córdoba ha sostenido:

La sentencia que declaró la insania de una persona con síndrome de Down debe modificarse, debiendo limitarse la restricción de la capacidad al ejercicio de ciertos actos —de disposición, con un régimen de apoyo— y sin que exista obstáculo legal para contraer matrimonio, pues es la solución que se impone con fundamento en el carácter excepcional de la restricción al ejercicio de la capacidad, la que debe atenerse al criterio del beneficio de la persona (art. 31, Cód. Civ. y Com.) y al derecho de aquella de no verse obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico (art. 19, CN).⁽¹⁹⁾

9. Conclusión

Del recorrido por la jurisprudencia analizada, entendemos que, en términos generales, los principios en materia de capacidad y su restricción son recepcionados, logrando así que el nuevo paradigma en materia de capacidad tenga acogida y que nuestra jurisprudencia supere el control de convencionalidad que impera en la materia.

En lo que refiere al sistema de apoyos, los fallos demuestran una adecuada interpretación por parte de los jueces a la hora de diseñar ese traje a medida de cada caso puntual. Lo que también se advierte a partir de los recursos interpuestos contra sentencias que no se ajustan a esos preceptos, es el importante rol que cumple el ministerio público de menores e incapaces, al recurrir en muchos casos cuando la sentencia resulta ser más restrictiva de lo estrictamente necesario.

En cuanto al régimen de incapacidad en los términos del artículo 32 cuarto párrafo del Código Civil y Comercial, la jurisprudencia ha entendido —salvo casos aislados—, el

⁽¹⁸⁾ Juzgado de Familia Nro. 4 de Mar del Plata.C., P. J. s/ materia a categorizar (incidente de revisión de sentencia), 18/07/2019, C., P. J. s/ materia a categorizar (incidente de revisión de sentencia). Cita *online*: AR/JUR/61233/2019.

⁽¹⁹⁾ Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial de 24a Nominación de Córdoba. Fecha: 19/10/2018 Partes: B., I. A. s/ demanda de limitación a la capacidad Publicado en: RCCyC 2019 (marzo), 04/03/2019, 141–RDF 2019–III, 125.

verdadero carácter excepcional de la medida. De modo tal que, si existe la posibilidad de expresar una voluntad, no importan las limitaciones del sujeto; esa voluntad debe ser atendida, aplicándose en consecuencia el supuesto de capacidad restringida del 32 primero y segundo párrafo. La incapacidad entonces reviste carácter excepcional y extraordinario, reservado a casos extremos en los cuales la persona a la cual se le aplica la medida está imposibilitada en forma absoluta de comunicarse con su entorno.

Como una deuda aún no saldada por el ordenamiento, compartimos la postura doctrinaria conforme la cual sigue siendo necesario estructurar un sistema de registros públicos, que integren una red interconectada a nivel nacional, donde consten las incapacidades o restricciones a la capacidad de ejercicio, a fin de brindar seguridad jurídica. Tal sistema debería instrumentarse dentro del ámbito del registro de estado civil y capacidad de las personas⁽²⁰⁾. Entendemos que, en caso de implementarse, debería exigirse la presentación de un certificado o constancia de la que surja si el sujeto se encuentra o no inscripto en el mismo, al menos para la realización de actos de trascendencia.

Bibliografía

- ALTERINI Jorge (2015) Código Civil y Comercial Comentado, Tomo I. *LA LEY*
- CHANFREAU, Gabriela; Hess, Esteban; Izuzquiza, María Laura; Louge Emiliozzi, Esteban (2016). Algunas reflexiones acerca de la inhabilitación por prodigalidad en el Código Civil y Comercial). Publicado en: SJA 03/08/2016, 1; JA 2016-III.
- CROVI, Luis y D. RIVERA Julio (2016). *Derecho Civil Parte General*. Editorial Abeledo Perrot.
- FERNANDEZ, Silvia (2015) Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario al art. 32. Tomo I. En AA.VV. *Código Civil y Comercial Comentado*. Infojus.
- GRILLO, Juan María, «El modelo Social y el Juicio de determinación de capacidad. Cuestiones Procesales» Publicado en *LL 26/10/2018, LA LEY 2018-E, 1197*.
- HERRERA, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Tomo 1. Infojus.
- LORENZETTI, Ricardo Luis (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Editorial Rubinzal Culzoni.
- SAUX, Edgardo Ignacio (2018). *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Tomo II, Editorial Rubinzal Culzoni.
- SEDA, Juan (2018) La actuación procesal de personas incapaces y con capacidad restringida en el Código Civil y Comercial. La revisión trienal de la sentencia de restricción de la capacidad de ejercicio. En *RCCyC 2018* (diciembre), 45, *LA LEY 30/01/2019, 1, LA LEY 2019-A, 591*.

⁽²⁰⁾ Así se concluyó por unanimidad en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Bahía Blanca en el año 2015, Comisión 1, punto 29 de las conclusiones