



UNIVERSIDAD NACIONAL DE RIO NEGRO.

SEDE ATLÁNTICA.

ABOGACIA

**“El nuevo paradigma en Salud Mental:
adiós al binomio capacidad-incapacidad.”**

DOCENTE GUIA: Fredes, Paula.

ALUMNA: Awe, S. Marina.

FECHA DE ENTREGA: 16 de septiembre de 2016.

Índice

Introducción.....	3
Antecedentes. Viejo Paradigma en torno a la incapacidad.....	4
Dementes y sordomudos, ¿Incapaces?	6
Regulación internacional y nacional. Base del nuevo sistema de Salud Mental.....	8
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.....	9
- Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.....	10
- Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental.....	11
El caso de la Provincia de Rio Negro.....	11
Ley nacional de salud mental, n° 26.657.	15
¿Qué cambia con el nuevo Código Civil y Comercial?	21
Cuadro Comparativo	22
¿Qué significa este cambio en la regulación nacional? ¿Existe un cambio de paradigma?	28
Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad. ¿La aparición de esta nueva figura forma parte del nuevo paradigma?	31
Lo que dijo la jurisprudencia.....	36
Conclusión.....	53
Referencias Bibliográficas.	56

Introducción.

Como tema de estudio del Seminario Final de Grado y observando diferentes problemáticas sociales, he decidido abordar el tema de la Salud Mental dentro del campo del derecho, específicamente su contraste con el principio general que considera a todas las personas como capaces y que se ha venido reforzando a lo largo de los años, a través de diversos instrumentos internacionales.

El derecho ha regulado a través de normas específicas y generales la cuestión de la capacidad como atributo de la personalidad, lo que significa que ella es, al igual que el resto de los atributos, un aspecto de fundamental importancia para la persona e inseparable de la misma. En ese contexto, históricamente el tema de la Salud Mental ha estado vinculado con el dilema de la capacidad-incapacidad, asociándose generalmente a la incapacidad, con las personas que padecen algún tipo de sufrimiento mental. El conflicto se presenta cuando emerge la dicotomía clásica del derecho, que postula por un lado el principio general de la capacidad y por otro lado, promueve las declaraciones de incapacidad de las personas con padecimiento mental.

El presente trabajo se inscribe dentro de los llamados estudios socio-legales, con aproximación al llamado “derecho en contexto” en la terminología del Reino Unido (Chynoweth, 2008), analizando las transformaciones que se han generado en torno al clásico dilema de la capacidad-incapacidad, poniendo especial énfasis en los cambios relacionados al ámbito de la salud mental y busca responder al siguiente interrogante: ¿estamos, realmente, frente a un cambio de paradigma en torno a la regulación de la capacidad- incapacidad respecto de la salud mental?.

Antecedentes. Viejo Paradigma en torno a la incapacidad.

Según Borda (1996) existe un problema en relación a los derechos y deberes jurídicos de las personas. La capacidad representa la parte dinámica de dicho problema, y el estado su parte estática.

Es importante tener en cuenta que la capacidad es un atributo de la persona, que como tal cumple un rol fundamental en el desarrollo de la vida de la misma, tal cual lo describe Llambías Jorge J. (1996) y lo expresa la mayoría de la doctrina de nuestro país.

Desde el punto de vista doctrinal y legal, la capacidad se reputa como un principio general del derecho que en el Código Civil era susceptible de grados.

Para poder desarrollar el punto antes mencionado es necesario tener presente la clásica distinción teórica entre capacidad de hecho y capacidad de derecho, entendiendo a la primera como la aptitud de una persona de poder ejercer sus derechos, y a la segunda como la idoneidad de una personas de poder gozar de los derechos que la ley le otorga.

Hasta el primero de agosto del año 2015 podíamos advertir en el Código Civil que la mayor complejidad se presentaba con la incapacidad de hecho, pues la incapacidad de derecho “se sustenta, generalmente, en razones de orden moral. Con su institución se impide que alguien sea titular de un derecho determinado, se espera mantener las relaciones humanas en un nivel moralmente más saludable que si se permitiera lo que está prohibido” (Llambías, Jorge J., 1996, pág. 396).

Pero en la incapacidad de hecho lo que se afecta es la aptitud de determinada persona para ejercer por sí mismo sus derechos. Por ello, la solución o el remedio a esta incapacidad era el nombramiento de un representante instituido en razón de la insuficiencia psicológica del sujeto para suplir el pleno ejercicio de sus derechos.

Así había diversos supuestos de incapacidad de hecho, aunque lo relevante de aquella regulación fue la clasificación en grados de la incapacidad, la cual se subdividía en:

Incapacidad Absoluta	Incapacidad Relativa
<p>Son aquellas que no admiten excepciones.</p> <p>Por ejemplo: la persona por nacer</p> <p>(conforme artículo 54)</p>	<p>Son aquellas que si admiten excepciones</p>
<p>En ellas, se sustituye a la persona en sus derechos por otra, que obra en nombre y cuenta de la incapaz.</p> <p>(artículos 56, 57 y 62)</p>	
<p>Personas reputadas incapaces</p>	
<ul style="list-style-type: none"> - Persona por nacer - Menores impúberes <li style="padding-left: 20px;">- Dementes - Sordo mudos que no saben darse a entender por escrito <p>Conforme Art. 54 CC</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Menores adultos (Art. 55 CC)

Para estos incapaces la ley proveía una protección que radicaba en gozar de un representante, que según el grado de incapacidad, podía ser el padre, tutor, curador o el Ministerio de Menores, según lo determinaban los artículos 57 y 59 del Código Civil. Estas figuras cumplían el rol de tomar las decisiones y administrar los bienes de estas personas, presuntamente incapaces. La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, se

pronuncia sobre esta cuestión, en el año 2012, en la causa D. N. E s/Inhabilitación. Resalta este tribunal que el rol del curador no es solamente un acto de tutela patrimonial, sino que también debe proveer a la recuperación del sujeto. “Es así que la función asignada por la ley al curador no se limita a la mera asistencia material, sino también a aquella de carácter moral y prioritariamente destinada a procurar la recuperación del curado en su totalidad o, cuanto menos, a propender un mejoramiento de sus posibilidades.” (Cám. Ap. en lo Civil y Com. de Azul, D.N.E s/Inhabilitación, 2/08/2012).

Dementes y sordomudos, ¿Incapaces?

En el Código Civil, dementes y sordomudos tenían dos títulos aparte que regulaban su situación, tales eran los títulos X y XI. En este último título, el artículo 153 consideraba como sordomudos a aquellos que no supieran darse a entender por escrito, y ante esta condición eran considerados incapaces para los actos de la vida civil.

El título X del Código declaraba como demente a aquellas personas que por causa de enfermedades mentales no podían dirigir sus bienes o administrarlos (conforme art. 141 CC), es decir, que dementes eran, en palabras de Llambías (1996), los enfermos mentales en general. Al respecto expresan Martínez y Daray (2012), citando a la causa “F. de S.C – 9/05/1990” que:

“La norma contenida en el art. 141 CC (ref. por ley 17.711), requiere que exista enfermedad mental, puesto que ello es indispensable para que se dé seguridad al pronunciamiento y que la consecuencia de esa enfermedad sea la imposibilidad del sujeto de administrar su patrimonio y dirigir su persona’.”

(Martínez, Matías Juan y Daray, Federico Manuel, 2012, pág. 253, “C. Nac. Civ. sala G, F. de S., C, 09/05/1990”)

Para la declaración de demencia, la antigua ley determinaba lo siguiente:

“Art. 140. 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.

Art. 142. La declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte, y después de un examen de facultativos.

Art. 143. Si del examen de facultativos resultare ser efectiva la demencia, deberá ser calificada en su respectivo carácter, y si fuese manía, deberá decirse si es parcial o total.”

Podría afirmarse que para llegar a ser un demente, declarado tal en juicio era necesario, como explica Llambías (1996, pág. 496), en primer lugar, que se trate de un enfermo mental; en segundo lugar, que el estado de enajenación mental sea habitual o permanente y que dicha enfermedad incida en la vida del sujeto; que sea solicitada la declaración de demencia por alguna parte legítima para ello y finalmente la realización de un examen de facultativos, entre otros.

En este sentido, es importante resaltar que los requisitos que se nombraron no son los únicos, debido a que también era necesario cumplir con las normas procedimentales pertinentes y acorde a cada jurisdicción, pero sí son las exigencias más relevantes.

Entonces, una vez obtenida la declaración de demencia resta conocer cuáles eran las consecuencias de tal pronunciamiento. Entre varias, solo resaltare aquí las dos consecuencias que resultan más significativas en el presente trabajo.

Por un lado, Borda (1996) afirma que “la declaración de demencia convierte al enfermo en un incapaz *de iure*, queda interdicto” (pág. 266) y por lo tanto se le nombra un curador, quien a partir de entonces se hará cargo del gobierno de la persona y de sus bienes.

Por otro lado, explica el mismo autor que “otra consecuencia posible de la declaración de demencia es la internación del enfermo. Pero esta medida solo puede tomarse en los casos en que sea de temer que, usando de su libertad, se dañe a sí mismo o dañe a otros” (pág.271); es decir, que la medida es excepcional.

Estos son dos de los efectos más notables de la pasada declaración de demencia.

Todos estos puntos de la normativa de Vélez han ido cambiando a través de la promulgación de diversos instrumentos tanto internacionales como nacionales. Principalmente, en nuestro país, a partir del año dos mil quince.

Regulación internacional y nacional. Base del nuevo sistema de Salud Mental.

Asumiendo a la capacidad como regla, y adelantándome a la explicación del derecho actual, según lo establecido en la nueva ley nacional, dice Silvia Fernández (2015) que la regulación que establece el nuevo código...

“es coherente –control de convencionalidad- con las normas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que nuestro país incorporó por ley 26.378 y luego otorgó jerarquía constitucional. El Código regula observando a esta Convención y el modelo social que ella establece: en el modelo social el “problema” de las personas con discapacidad no radica en ellas mismas sino en las condiciones del entorno que generan barreras –

actitudinales, comunicacionales, edilicias, procesales, etc-, que les impiden ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con las demás.”

Para entender mejor este postulado, se analizarán a continuación diversos aspectos de los instrumentos internacionales relativos a las personas con discapacidad.

- **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.**

Esta Convención tiene como eje central a las personas con discapacidad, las cuales incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

El propósito de la Convención es promover el respeto por la dignidad de las personas con discapacidad y asegurar el acceso a la justicia; proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad (Artículo 1° CDPD), garantizar la seguridad y la libertad de las personas con discapacidad asegurando que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

Dicha Convención plantea principios generales, impone a los Estados ciertas obligaciones a cumplir y a su vez, les efectúa ciertas recomendaciones. Entre ellos podemos mencionar:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;

f) La accesibilidad;

g) 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 se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

h) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento.

- **Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.**

Al igual que la Convención precedente, en este instrumento se define como discapacidad a una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

Esta norma, ratificada en el año 2000 por el Estado argentino a través de la ley 25280, tiene como objetivos la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad (Artículo II). Así mismo, busca que los Estados trabajen en la detección temprana e intervención,

tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad.

- **Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental.**

Este documento de la ONU plantea una serie de principios que pueden entenderse como derechos humanos fundamentales. Entre ellos encontramos:

- Derecho a recibir atención y asistencia sanitaria en el área de salud mental. (Principio n° 1, inc. 1° - Principio n° 8)
- Derecho a ser tratado con respeto a su humanidad y dignidad. (Principio n° 1, inc. 2°)
- Principio de No Discriminación. (Principio n° 1, inc. 4°)
- Derecho a la vida en comunidad: acceso a la vivienda y al trabajo. (Principio n° 3)
- Derecho a recibir un tratamiento que sea lo menos restrictivo posible. (Principio n° 9)
- Derecho del paciente mental de recibir un correcto consentimiento informado previo. (Principio n° 11)

El caso de la Provincia de Rio Negro.

En septiembre de 1991 la Provincia de Rio Negro sancionó la ley n° 2440 denominada originariamente ley de “Promoción sanitaria y social de las personas que padecen sufrimiento mental”, y actualmente “Sistema de Salud Mental”.

Si bien la provincia de San Juan fue la primera en el país que en el año 1989 promulgó una ley de Salud Mental, Rio Negro es considerada también pionera en la materia ya que fue la segunda provincia en el país, y la primera en la Patagonia en establecer un régimen de salud mental.

La ley R n° 2440 es comúnmente conocida como la ley de desmanicomialización rionegrina, que prohibió la apertura de nuevos neuropsiquiátricos, manicomios, etc. y propició el cierre de los existentes hasta ese momento. A continuación se analizarán los antecedentes y fundamentos de la ley.

La norma nació con la pretensión de “cambiar atavismos medievales en relación al enfoque de los pacientes con sufrimiento mental” (Legislador Romera, 1991, pág. 7/3). Este era el propósito general que trajo como derivado el cierre definitivo de los neuropsiquiátricos que solo segregaban y llenaban a la sociedad de prejuicios respecto de los enfermos mentales.

Dicen los fundamentos de la ley que quien padece de una enfermedad mental no es en realidad, un enfermo, un loco; es una persona con una enfermedad que pertenece a la clínica médica especializada y que debe ser tratada en una clínica de salud mental.

Tomare aquí una frase que expresó Romera en la discusión parlamentaria al sancionar la ley: “este proyecto es algo así como el nunca más a la alienación mental”, lo cual encierra diversas ideas. Es un proyecto de profundos cambios sociales y del sistema de salud. El loco ya no es un alienado discriminado, ya no se lo encierra, ni se lo saca de la sociedad. Ahora el *loco* es *persona*, es un ser humano que vive en sociedad, que tiene un problema o una enfermedad que afecta su desarrollo y funcionamiento mental, pero no se lo encierra, no se lo abandona ni se lo discrimina, ahora el viejo “paciente mental” es un ser humano que vive y se desarrolla en sociedad, y por ello ésta debe cargar con la responsabilidad de ayudar a esa persona, debe cambiar sus hábitos y costumbres y entender que el “demente”

no es responsable de su enfermedad. La ley confía en la sociedad como sostén de afecto y solidaridad.

Decían los legisladores en la discusión parlamentaria, que solo con los cambios de enfoque y de términos, como por ejemplo el reemplazo de la palabra “locura” por “sufrimiento mental”, “loco” por “persona”, “enfermedad” por “crisis”, entre otros, cambia de por si la perspectiva del sistema de salud mental, cambia el abordaje del problema.

La ley fue todo un hito provincial que trajo diversas críticas y preocupaciones, ¿qué harían los rionegrinos con todos los locos en la calle?

En primer lugar, según surge del debate parlamentario de la ley n° 2440 (1990), los legisladores tomaron como modelo el sistema de Gorizia, ciudad de Italia, de 1978, cuya idea había sido elaborada por el Dr. Basaglia, y se basaba principalmente en la externalización de los pacientes internados en neuropsiquiátricos, aunque dicho proceso en aquel país europeo implicó también un complejo proceso político y social, que Río Negro no llevaría a cabo.

En segundo lugar, el proyecto de ley propuesto en 1991 no consistió solo en prohibir los neuropsiquiátricos y dejar a las personas con afectaciones mentales fuera del ámbito de la salud, sino que proponía toda la organización de un sistema de salud que diera apoyo y asistencia al paciente, a través de equipos interdisciplinarios capacitados al efecto.

Y finalmente, esta norma reafirma los derechos de los viejos dementes a “ser tratados como personas, atendidos y recuperados” (Legislador ROMERA, 1991, pág. 11/3).

Sancionada la ley, en el año ya mencionado, se observa en su texto un amplio tratamiento de la problemática de salud mental. Se destacarán a continuación, los puntos que resultan más relevantes para el caso analizado.

Como primer ítem, la norma rionegrina crea un sistema de salud que “atendiendo a la entidad total y plena del ser humano” (Conforme Artículo 1°), garantiza el tratamiento y rehabilitación de las personas con sufrimiento mental, sea cual fuere la edad de éstas, con el objetivo de reinsertar a la persona a la comunidad respetando su identidad y dignidad. Para dicho fin la norma promueve el acceso al trabajo y/o aprendizajes laborales como recursos terapéuticos orientados a aquella re inserción.

Seguidamente la ley establece que la internación de la persona con algún sufrimiento mental procederá solamente, de ser imprescindible, para lograr la más pronta recuperación y resocialización de la persona, debiendo ésta extenderse el mínimo tiempo posible. Además asegura y promueve el mantenimiento de vínculos, contactos y comunicación de las personas con sus familiares y amistades.

Otro de los puntos notables, se refiere al tratamiento adecuado de las personas con algún padecimiento mental, para lo cual se fija la formación de equipos terapéuticos y promocionales, que no solo cumplen una función terapéutica frente a la persona que lo necesite, sino que también cumple un rol frente a la justicia para analizar los diversos casos y presentar sus evaluaciones y opiniones a la autoridad judicial correspondiente.

Otro de los destacados de la ley, que realza el interés provincial en la solución de la problemática relativa a la salud mental, se encuentra en el artículo 20 el cual reza lo siguiente:

“Todo establecimiento asistencial público o privado que recibiera internación voluntaria de personas o a pedido de familiares, que pudieran estar alcanzadas por la presente Ley, deberán comunicar fehacientemente y por escrito dentro de las veinticuatro (24) horas o en el menor tiempo que permitan los medios disponibles, al Juzgado Civil, o en su ausencia, al Juzgado de Paz más cercano

y a la autoridad de aplicación el hecho, a fin de que se garanticen la asistencia y promoción que se establece por la presente. A tal efecto y dentro de las veinticuatro (24) horas los juzgados comunicarán la novedad a la autoridad de aplicación.”

Ahora bien, la provincia de Río Negro, puntera en la implementación de un sistema de salud mental junto con otras cinco provincias de la Nación -San Juan, Entre Ríos, Córdoba, San Luis y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires-, tuvo la iniciativa de legislar en la temática, lo cual significó, en principio, el avance de la provincia en temáticas aun no tratadas en Nación hasta años posteriores.

Ley nacional de salud mental, n° 26.657.

A partir de 1983 los temas relacionados a la salud mental fueron la prioridad del sector salud. Se comenzó por la creación de programas participativos nacionales, que dieron auge a la cuestión de la desinstitucionalización. A partir de ello, se iniciaron en diferentes lugares, experiencias puntuales de modificaciones en las prácticas asistenciales, como trabajos en asambleas, grupales, talleres, etc. e implementando estrategias extramuros de trabajo con familias y articulación interinstitucional.

Sobre la década de los '90 este proceso comenzó a desarticularse, aunque en varias zonas continuaron con los modelos ya mencionados, por ejemplo en Río Negro y San Luis.

La problemática de la salud-enfermedad mental se fue proyectando como un problema relevante para la salud pública que requería ser abordado de forma integral.

Se tuvieron en cuenta también diversos informes y estudios que mostraban los defectos de una mala estructura en el tratamiento de enfermedades mentales. Puede mencionarse como

antecedente de la ley nacional 26.657: el Informe de la Salud en el mundo de la Organización Mundial de Salud (OMS) del año 2001; datos del PROSAM- MSN que revelaban que en la Argentina existían 54 instituciones con internamiento crónico y 42 hospitales psiquiátricos provinciales, con una cantidad de personas internadas en instituciones públicas estatales de aproximadamente 21.000; el Informe "Vidas Arrasadas - La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos - Un Informe sobre Derechos Humanos y Salud Mental en Argentina" del CELS y Mental Disability Rights International (MDRI) durante los años 2004-2007, que denunciaba la persistencia de situaciones de negligencia, abuso y privación de libertad de personas por causa de su padecimiento mental; entre otros.

A raíz de ello, el día veinticinco de noviembre del año dos mil diez fue sancionada la ley N° 26.657 por el Congreso de la Nación y promulgada por Decreto del Poder Ejecutivo el veintiocho de mayo del año dos mil trece. Esta norma trajo como consecuencia un cambio en el sistema de salud mental. Gabriela Yuba (s/f) expresó que “respecto de las personas con discapacidad, el cambio de paradigma (...), se advierte a partir del dictado de la Ley de Salud Mental (Ley 26.657)”. Continúa explicando esta autora que:

“Del ‘modelo de sustitución en la toma de decisiones’ se dió paso al ‘modelo social de la discapacidad’, siendo receptado por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuyo objetivo es el de asegurar el pleno goce y disfrute de los derechos de las personas con discapacidad, promoviendo el respeto de su dignidad, del derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 12 CDPD).”

La ley 26.657, explica Leonardo Gorbacz en un comentario al artículo “Ley de salud mental 26.657. antecedentes y perspectivas” de la Revista Latinoamericana de Ciencia

Psicológica (2012), señala los límites dentro de los cuales deben desarrollarse las políticas a fin de encuadrarse dentro del respeto a los derechos humanos básicos que nuestro país se ha comprometido a respetar a nivel internacional a partir de los tratados que son de cumplimiento obligatorio para los estados locales. El ex diputado afirmó que la Ley de Salud Mental es una ley marco, que a pesar de tener antecedentes en otras provincias, genera un modelo para que aquellas jurisdicciones que no han reglado el tema de Salud Mental, lo hagan; y aquellas que ya tienen regulación se amolden a la ley o la complementen.

En los fundamentos del proyecto de ley 26.657 presentado en el año 2009, se puede observar que entre sus principales antecedentes se encuentran las leyes de 6 provincias que sirvieron de base a dicha norma. Ellas son: la ley 2440 del año 1991 de la provincia de Río Negro, la ley 448 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del año 2000, la ley de 1989 de la provincia de San Juan, ley de 1994 de Entre Ríos, ley de octubre de 2010 de Córdoba, y la ley de San Luis del año 2006.

El gran hito de la sanción de esta norma, es precisamente la modificación hecha al Código Civil que tendió a considerar a las personas que deban ser declaradas incapaces como sujetos de derecho, cuya singularidad era considerada como necesaria de considerar y atender, y a restringir su autonomía lo menos posible y por plazos también breves sujetos a revisión.

Teniendo en cuenta que esta ley nacional responde a antecedentes provinciales y que deriva de una necesidad social de regular el tratamiento de las personas con padecimientos mentales o con restricciones a su capacidad, se delinearán a continuación, los puntos más importantes de la mencionada ley.

Dicha norma es ordinariamente conocida como la ley de salud mental que prohíbe la creación de manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados, habilitando las internaciones de personas con enfermedades mentales en hospitales generales.

Sin embargo dicha ley no es solo una norma prohibitiva sino que es una regla mucho más importante y paradigmática, pues ella garantiza a las personas con problemas de salud mental el goce efectivo de su capacidad. El artículo 3° de la norma determina que “se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas” y establece como objetivo principal asegurar el derecho a la protección de la salud mental y el pleno goce de sus derechos humanos.

Por ello, además de los derechos reconocidos para todas las personas en el ordenamiento argentino, reconoce para aquellas con padecimiento mental algunos específicos. Entre ellos: el acceso gratuito y equitativo a la atención sanitaria y social integrada y humanizada; el derecho a conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía e historia; derecho a recibir un tratamiento adecuado, eficaz y que menos restrinja sus derechos y libertades; derecho a ser informado de los derechos que le asisten y de todo lo concerniente a su salud y tratamiento; derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades; derecho a recibir un tratamiento personalizado y en un ambiente apto; derecho a no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin un consentimiento fehaciente; entre otros (Conforme Artículo 7). También establece a la internación como un recurso terapéutico excepcionalísimo que no puede ser indicada para la solución de problemáticas sociales; solo puede llevarse a cabo cuando sea más beneficioso para la persona, por el lapso de

tiempo más breve posible y, siempre y cuando se promueva el mantenimiento de vínculos, contactos y comunicaciones con su familia y entorno.

Lo novedoso y relevante de esta ley es la creación de equipos interdisciplinarios formados por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados (psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional, etc.) para la atención especializada y personalizada de las personas con padecimiento mental. Ello garantiza y confirma lo que determinan las normas internacionales: que las personas con padecimientos mentales son ante los derechos humanos, “personas” con derecho a ser atendidos y tratados como tales.

Fue en este sentido que con la sanción de la norma debió modificarse el antiguo Código Civil que incorporó el Artículo 152 ter referido a la declaración judicial de inhabilitación e incapacidad y se sustituyó el artículo 482 del mismo Código reafirmando el trabajo de un equipo interdisciplinario para la aprobación judicial de una privación de libertad para un declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicción.

Bajo el objetivo de asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas y el pleno goce de los derechos humanos (Artículo 1º, ley 26.657), la ley establece diversos derechos y garantías.

- Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas (Artículo 3º)
- El Estado argentino le reconoce a las personas con padecimiento mental, diferentes derechos, conforme lo determina el Artículo 7º. Entre ellos:
 - A recibir atención sanitaria y social integral y humanizada. Asegurar el acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios. (Art. 7º, letra a-)
 - A conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia (letra b-)

- A recibir una atención basada en fundamentos científicos (Letra c-).
 - 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 (Letra d-).
 - A ser acompañado en el tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe (Letra e-).
 - Derecho a que en el caso de internación involuntaria o voluntaria prolongada, las condiciones sean supervisadas periódicamente por el órgano de revisión (Letra h-).
 - Derecho a la no discriminación por el mero hecho de sobrellevar un padecimiento mental actual o pasado (Letra i-).
 - Derecho a ser informado sobre: los derechos que lo asisten y todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado (Letra j-).
 - Derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento. (Letra k-).
 - A recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad. (Letra l-).
 - A no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin un consentimiento previo (Letra m-).
- Rige para el tratamiento de personas con padecimientos mentales el principio del consentimiento informado. Se garantiza su derecho a recibir información a través del medio que resulte más apropiado para lograr su comprensión. (Conforme artículo 10º)

- En el caso de internaciones, la ley las considera como un recurso restrictivo que puede determinarse solo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos para el paciente, según lo estipula el artículo 14 de la ley 26657.
- Así mismo, para el caso de internación la norma prevé que: la misma sea por el menor tiempo posible; que no se establezca para solucionar problemáticas habitacionales o sociales; y, que se mantengan los vínculos, contactos y comunicación de la persona internada con sus familiares, amigos y entorno. Conforme artículos 14 y 15.
- También se determina que en los supuestos de internaciones voluntarias, la persona puede decidir por sí, el abandono de esa internación (Artículo 18).
- La ley nacional ha prohibido, según el artículo 27, la creación de manicomios, neuropsiquiátricos e instituciones de internación monovalente, sean públicos o privados.
- Finalmente, se establece a través del artículo 31 de la ley que la Autoridad de Aplicación será el Ministerio de Salud de la Nación, por lo que le corresponde a ese órgano establecer planes nacionales para la correcta ejecución y tratamiento de la ley.

¿Qué cambia con el nuevo Código Civil y Comercial?

Pareciera que el articulado completo cambia de aquel viejo Código de Vélez. El vocabulario que se emplea en el Código Civil y Comercial cambia rotundamente y se adapta a la normativa de los derechos humanos.

El Código Civil y Comercial regula las cuestiones atinentes al régimen de la capacidad y salud mental en el libro primero, título I, capítulo 2.

A continuación se presentará un cuadro comparativo de las diversas normas que regulaban el tema tratado en el Código de Vélez y las correspondientes en el Código Civil y Comercial.

Cuadro Comparativo	
Código Civil	Código Civil y Comercial
<p>Título II</p> <p>De las personas de existencia visibles.</p>	<p>Título I</p> <p>Capítulo 2</p> <p>Capacidad</p>
<p>Artículo 52.- Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este código no están expresamente declarados incapaces.</p> <p>Artículo 53.- Les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos,</p>	<p>Artículo 22.- Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.</p> <p>Artículo 23.- Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma</p>

<p>independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política.</p>	<p>sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.</p>
<p>Artículo 54.- Tienen incapacidad absoluta:</p> <p>1° Las personas por nacer;</p> <p>2° Los menores impúberes;</p> <p>3° Los dementes;</p> <p>4° Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito;</p> <p>5° <i>(Inciso derogado por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.)</i></p>	<p>Artículo 24.- Personas incapaces de ejercicio.</p> <p>Son incapaces de ejercicio:</p> <p>a) la persona por nacer;</p> <p>b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo;</p> <p>c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.</p>
<p>Artículo 55.- Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar.</p> <p><i>(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O.</i></p>	<p>Artículo 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.</p> <p>No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el</p>

<p>26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.)</p>	<p>ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.</p>
<p>Artículo 56.- Los incapaces pueden, sin embargo, adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley.</p>	<p>La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.</p>
<p>Artículo 57.- Son representantes de los incapaces:</p> <p>1° De las personas por nacer, sus padres, y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre;</p> <p>2° De los menores no emancipados, sus padres o tutores;</p> <p>3° De los dementes o sordomudos, los curadores que se les nombre.</p> <p>(Artículo sustituido por art.</p>	<p>Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.</p> <p>Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.</p>

<p><i>1° de la <u>Ley N° 17.711</u> B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.)</i></p>	<p>A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.</p>
<p>Art. 129. La mayor edad habilita, desde el día que comenzare, para el ejercicio de todos los actos de la vida civil, sin depender de personalidad alguna o autorización de los padres, tutores o jueces.</p>	<p>SECCION 3ª Restricciones a la capacidad Parágrafo 1° Principios comunes Artículo 31.- Reglas generales. La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por</p>
<p>Título X De los dementes e inhabilitados Art. 140. 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. Art. 141. Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su</p>	<p>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</p>

<p>persona o administrar sus bienes.</p> <p><i>(Artículo sustituido por art. 1° de la <u>Ley N° 17.711 B.O.</u> 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.)</i></p>	<p>información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;</p> <p>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;</p> <p>f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.</p> <p>Artículo 32.- Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.</p> <p>En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.</p> <p>Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.</p> <p>Artículo 100.- Regla general. Las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí.</p> <p>Artículo 101.- Enumeración. Son representantes:</p> <ul style="list-style-type: none">a) de las personas por nacer, sus padres;b) de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe;
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>c) de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos; de las personas incapaces en los términos del último párrafo del artículo 32, el curador que se les nombre.</p> <p>Artículo 102.- Asistencia. Las personas con capacidad restringida y las inhabilitadas son asistidas por los apoyos designados en la sentencia respectiva y en otras leyes especiales.</p>
--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

¿Qué significa este cambio en la regulación nacional? ¿Existe un cambio de paradigma?

A partir del año 2010 con la sanción de la ley nacional 26.657 de Salud Mental, habían comenzado a delinearse algunos cambios en cuanto a restricciones de la capacidad se refiere. Dicha norma es llamada comúnmente ley de desmanicomialización, en tanto la misma, prohíbe la creación de manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados. Sin embargo, entiendo aquí que lo más importante de dicha ley es la promoción de los derechos y la garantía que el instrumento les otorga a las personas con padecimientos mentales de poder abordar un tratamiento en el pleno goce de sus derechos humanos.

Todos los cambios producidos por el Código Civil y Comercial conducen a plantear el siguiente interrogante: ¿Implica el cambio de legislación un cambio de paradigma?

En primer lugar, hay que tener presente que el Nuevo Código se estructuró a partir de una mirada enfocada en la persona y sus derechos, es decir, en una perspectiva de protección de la persona humana y de sus derechos fundamentales.

Así, el primer cambio fundamental para el tema analizado es la desaparición de la figura de las incapacidades absolutas y relativas, remarcando firmemente el principio general de la capacidad. Ya no existe la incapacidad basada en la concepción de eliminación de la persona o muerte civil, sino una capacidad que puede ser restringida y para la cual se insta un mecanismo de apoyo.

En consonancia con lo anterior Silvia E. Fernandez (2015) dice:

“ya no estamos hablando de aquella “capacidad-atributo”, sino que hoy día hablar de capacidad jurídica implica mencionar un concreto y auténtico derecho humano –conforme doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-; es que cuando se pone en juego la capacidad de una persona se está disponiendo sobre derechos tan sustanciales a la condición de persona como la dignidad, autonomía y libertad.”

Tenemos con el Código Civil y Comercial un derecho tan esencial como lo es la vida misma, ahora la capacidad es entendida como un derecho humano sustancial.

Como ya se detalló en el cuadro precedente podemos observar que los artículos 22, 23 y 24 nos dan definiciones y lineamientos sobre la capacidad; y, en la sección 3ª del capítulo 2, título I encontramos las restricciones a dicha capacidad. De la conjunción de estos podemos destacar algunos puntos básicos y de gran trascendencia:

- Se presume la capacidad de ejercicio.
- El juez puede restringir la capacidad de una persona mayor de trece años que padezca una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, que revista gravedad y siempre que sea en resguardo de su persona o sus bienes.
- Las limitaciones a la capacidad son excepcionales y se imponen siempre en beneficio de la persona.
- La persona tiene derecho a la información.
- Se priorizan los tratamientos menos restrictivos de derechos y libertades.
- Se insta un sistema de apoyo a las personas con sufrimiento mental.

Pareciera existir un cierto paralelismo entre el viejo Código y el Código Civil y Comercial, en cuanto a los fundamentos que determinan la incapacidad. Ambos establecen como motivo de esta declaración la imposibilidad o el daño a los bienes o a la propia persona. Sin embargo, mientras el artículo 141 del CC afirmaba que se declararían incapaces a quienes no podían dirigir su persona o administrar sus bienes, el Nuevo Código, con un enfoque más humanista, viene a decir que *podrá restringirse la capacidad* en el caso de que el pleno ejercicio de ésta resulte dañoso a su persona o a sus bienes, es decir, se restringe la capacidad, no se lo piensa incapaz y es excepcional. Este es el más claro ejemplo, dentro de nuestra temática, del cambio radical de enfoque que acarrea el Código Civil y Comercial y al cual venimos haciendo referencia. La pregunta a hacerse en este punto es qué pasa cuando un juez declara la restricción de la capacidad de una persona. Bueno aparece una nueva figura... el sistema de apoyo.

Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad. ¿La aparición de esta nueva figura forma parte del nuevo paradigma?

En el Capítulo 2, sección 3º, párrafo 2º del Código Civil y Comercial encontramos la definición de esta nueva figura que analizaremos, y que forma parte del cambio de paradigma al que se ha venido haciendo referencia. Reza el artículo 43:

“Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.”

Lo que se puede deducir entonces de este artículo, es que los apoyos deben promover a la autonomía y al auto-valimiento de la persona.

Sin embargo esto comienza con una historia compleja. ¿Cómo se llega a la redacción de este artículo?

Inicialmente el Código de Vélez no preveía esta figura, pues la persona con alguna discapacidad era declarada incapaz y en consecuencia se le designaba un curador que lo reemplazaba en su persona y decidía por él. Pero este sistema instituido por el viejo Código, no fue una idea de Vélez, sino que responde al modelo de tratamiento para la discapacidad de la época.

Explica Jorge Carlos Berbere Delgado en su artículo sobre salud mental y discapacidad (2014) los diferentes tipos de tratamiento a la discapacidad y su evolución. Allí detalla que

uno de los primeros tratamientos era denominado “modelo de prescindencia”, según el cual se trataba a las personas con alguna discapacidad como diferentes, era un castigo de Dios y por ello sufrían la marginación y el ocultamiento como forma de tratamiento.

Este modelo evoluciona luego al “modelo rehabilitador” (o modelo médico-científico), en donde la persona es ahora un “enfermo” sometido a un proceso de normalización en donde

“se considera que las personas con discapacidad pueden tener algo que aportar a la comunidad, pero sólo en la medida en que sean rehabilitadas o normalizadas, y logren asimilarse a las demás personas (válidas y capaces) en la mayor medida posible” (Mario Toboso Martín y M. Soledad Arnau Ripollés 2008).

Finalmente emerge el “modelo social”, en donde se entiende a las personas con alguna discapacidad como iguales a los demás, “en un nivel de igualdad de aportes, con una mirada de respeto y entendimiento social por las diferencias” (Jorge Carlos Berbere Delgado, 2014, pág. 186). La visión más humanista de este modelo se respalda en los principios de igualdad, libertad, no discriminación e inclusión social.

Adhiero en este sentido a la definición que brinda María Silvia Villaverde (2014) cuando explica que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sustituyó el modelo médico por el modelo de la discapacidad social que

“parte del respeto de la identidad de las personas con discapacidad, por lo que se cambia el eje de la transformación que ya no pasa por el individuo sino por el entorno social (o a la sociedad mayoritaria), en el que deben producirse las adecuaciones o ajustes necesarios para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

De lo que se trata es de la transformación del ‘nosotros’ (sociedad normalizada) para incluir al ‘otro’, no ya de integrar, incluir o ‘normalizar’, ‘rehabilitar’, ‘restablecer’, ‘normalizar’ a lo conceptualizado como diferente, sino de eliminar las barreras que lo interceptan en su vida cotidiana. Se trata de un ‘proceso de dinámica y periódica igualación’ mediante la remoción de las causas estructurales que sitúan a las personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad, lo que implica asumir la responsabilidad por el otro y transformar nuestras percepciones de lo humano y visión de lo social (igualdad ‘profunda’ de oportunidades para todos).”(2014, pág. 4)

Este breve recorrido histórico permite apreciar que la evolución al sistema que tenemos desde mediados del año dos mil quince se generó por un profundo cambio social, y la necesidad de la comunidad de que el régimen jurídico se adecue a las necesidades imperantes del momento. Como dice Silvia E. Fernández (2014), el viejo artículo 152 ter apareció con la sanción de la ley nacional 26.657 “anunciante de un ‘nuevo régimen de salud mental’” (pág. 36), que en realidad ya había comenzado a delinearse por vía jurisprudencial y doctrinaria. Esto en tanto, varios tribunales ya habían dictado sentencias especificando la clase de actos que realizaría, en aquel momento el “insano”, procurando así la menor afectación de la autonomía personal. Esto se observa en casos como los posteriormente detallados.

Los sistemas de apoyo surgen en esta etapa como una manera de nivelar las barreras comunicacionales y permitir así, que las personas puedan ejercer su capacidad jurídica a través de la expresión de su propia voluntad. No es un sistema de protección, sino un sistema de promoción de derechos. En este sentido debe interpretarse la figura del apoyo

según lo explica Silvia Fernández en los comentarios al artículo 43 del Código civil y comercial (2015).

Continúa diciendo esta autora, en sus comentarios, que existen diferentes niveles de apoyos:

“un primer nivel es aquel en el que la persona requiere de apoyos mínimos para la toma de sus decisiones, como podrían serlo los relacionados con el lenguaje o con aspectos tecnológicos que puedan facilitar la comunicación. Un segundo nivel consiste en la toma de decisiones asistidas, en donde la persona con discapacidad recibe la asistencia para la toma de sus decisiones de un tercero de su confianza, elegido por la propia persona con discapacidad. Un tercer nivel es la toma de decisiones facilitada, para los casos extremos en que las preferencias y la voluntad no puedan expresarse o conocerse de manera fehaciente, y que debe constituirse en la situación de última instancia.” (Fernández, 2015, pág. 115).

Por ello,

“el apoyo puede adoptar múltiples formas y actuar en diversos ámbitos: apoyos prestados por la familia —arts. 4º, 5º y 23 CDPD— y el apoyo asistencial en sus diversas áreas (personal, económico, social, de salud, educación, finalmente, jurídica). Más allá de las diversas modalidades que pueda adoptar, lo que define una medida de apoyo es el despliegue de su actuación y finalidad: favorecer la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona.”(Fernández, pág. 115)

Esta nueva figura que apunta a lograr el mayor desarrollo de la persona con alguna discapacidad para su posterior inclusión y reinserción en la sociedad, es designada por el

juez. Pero lo interesante aquí radica en que el apoyo puede ser propuesto por las personas legitimadas para solicitar la restricción de la capacidad o por el propio interesado, pues así lo establece la última parte del artículo 43, cuando señala:

“El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.”

O finalmente, si no surgiera la solución de alguna de estas opciones, será el juez quien evaluando toda la situación designe uno o más apoyos, dado que con este sistema se admite la pluralidad.

Lo importante de la medida que tome el juez reside en que éste tiene el deber de:

- evaluar y determinar los límites y alcances de la actuación del apoyo, teniendo siempre en cuenta la protección de la persona y sus intereses.
- Establecer la modalidad de actuación del apoyo. Es decir, determinar qué actos si y qué actos no podrá realizar el apoyo. En palabras de Silvia Fernandez (2015) “determinar el carácter de la participación: apoyo más o menos intenso —es decir, simple asistencia para la comunicación—, asistencia para la toma de decisiones u otra modalidad con mayor intensidad e, incluso, la realización de actos en representación.”

Es importante entender que este cambio radical en el sistema de salud mental que puede verse de manera clara con esta nueva figura del “apoyo” implica profundos cambios que humanizan la mirada de la sociedad. Dice Alfredo Jorge Kraut (2014):

“las personas con discapacidad psicosocial, en consonancia con el nuevo Código, la CDPD y la LNSM, que amplía considerablemente sus derechos, podrán de ahora en más ser amparadas por los principios de legalidad, inclusión, no discriminación y ciudadanía con la mira puesta en un acceso efectivo a sus derechos, hoy sistemática e impunemente vulnerados.”

Lo que dijo la jurisprudencia.

La importancia de lo que han dicho las cortes tanto provinciales, como nacionales e internacionales en la materia que me ocupa, radica en que “el Poder Judicial (...) mediante sus sentencias adoptará medidas de remoción de barreras al goce de los derechos (...) contribuyendo así a garantizar la efectividad del sistema de igualdad (...) y a la transformación de una ‘sociedad excluyente’ en una ‘sociedad inclusiva’” (Villaverde, M. Silvia, 2012.)

El problema de las sentencias en materia de salud mental, y dentro del viejo paradigma de la incapacidad, reside como dice Villaverde en que:

“Cuando se dictan sentencias que declaran incapaces a las personas, les retiran la capacidad de ejercicio de los derechos por sí mismas, y les nombran un curador para que las sustituya en el ejercicio de esos derechos -lo que para las personas con discapacidad constituye la principal barrera de acceso a todos los subsistemas-, el Poder Judicial viola la Convención sobre los Derechos de las

Personas con Discapacidad al fundar su sentencia en una distinción de las personas físicas en ‘capaces e incapaces de ejercicio’ (de hecho o de obrar), que configura una ‘discriminación por motivos de discapacidad’ (art.2), y además reproduce un modelo de sociedad excluyente, en lugar de cumplir con su deber como sujeto obligado por el tratado y con su función de garante de los derechos humanos.”(2010, Pág. 3)

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expedido en relación a las personas que sufren alguna discapacidad. En el caso “Ximenes Lopes” del año 2006, se debatió la responsabilidad del Estado Brasileño por el fallecimiento del señor Ximenes Lopes, quien se encontraba hospitalizado con tratamiento psiquiátrico, por padecer de una discapacidad mental en un centro de salud denominado “Casa de Reposo Guararapes”. En aquel lugar se produce el deceso de Ximenes debido a las malas condiciones de hospitalización, malos tratos y ataques a su integridad física.

Detalla Nicolás Diana (2007), que en este caso:

“La Corte Interamericana destacó:

- a) El derecho a la vida y a la integridad personal, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos, no siendo admisibles enfoques restrictivos.
- b) El derecho al respeto a la dignidad y autonomía de las personas con discapacidad mental y a una atención médica eficaz. E incluidos dentro de este derecho:
 - i) Cuidados mínimos y condiciones de internación dignas; y
 - ii) El uso de la sujeción.”

Todos estos derechos habían sido violados por Brasil, y así lo destacó la Corte Interamericana al pronunciarse sobre la responsabilidad de aquel Estado por la violación a los derechos antes mencionados consagrados en los artículos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Previamente, la Corte, como bien enuncia Patricia Junyent de Dutari (2014)

“se pronuncia sobre la especial atención que los Estados deben a las personas que sufren discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad y considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial.”(pág. 167).

Este punto de la sentencia no alude solo a Brasil, sino a la responsabilidad en general, de todos los países que forman parte de la Convención.

Desde esta perspectiva de derechos humanos parten muchos pronunciamientos en el ámbito nacional y provincial. Un ejemplo de ello es el reconocido caso Tufano del veintisiete de diciembre del 2005, en donde se planteó un conflicto negativo de competencia para saber quién era el juez que debía entender en el caso de internación forzosa del señor Tufano. En este caso marco la Corte como relevante que incluso en un conflicto de la índole mencionada donde sólo se mantiene constante una situación que es irregular,

“no significa otra cosa que convalidar la violación del estatuto básico de los derechos fundamentales de las personas con padecimientos -reales o presuntos- (...), tornándose así ilusorio el contenido de los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva y del debido proceso.” (CSJN “Tufano, Ricardo Alberto s/ internación”, 27/12/2005).

Para garantizar estos derechos es que la decisión de la Corte parte del dictamen del Procurador en el caso “Caimi, Jose Antonio s/ internación” en donde se dejó sentando que

“el hecho de que el juez que conoce en el trámite de internación se encuentre en el mismo lugar que el establecimiento donde habita el eventual incapaz (...) coadyuva al contacto directo y personal del órgano judicial con el afectado por la medida.” (CSJN “Tufano, Ricardo Alberto s/ internación”, 27/12/2005).

Continuando con la línea jurisprudencial, pero entrando ahora en cuestiones relacionadas directamente con salud mental e incapacidad, se puede mencionar entre varias causas anteriores a la sanción del Código Civil y Comercial, la causa “Z.A s/inahabilitacion” de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea del 2014. En este caso afirma Patricia Juyent de Dutari (2014) la cámara con una mirada humanista dijo que el hecho de que una persona tuviera alguna discapacidad mental no torna inevitable su declaración de demencia o inhabilitación. “Valoro el Tribunal en ese caso que el presunto insano estaba en condiciones de ejercer sus derechos tanto personalísimos y extramatrimoniales como los patrimoniales con la condición de cumplir el tratamiento psicoterapéutico” (Patricia Juyent de Dutari, 2014, pág. 173). Atento ello, la Cámara sentenció designando un tutor de tratamiento para Z.A que complementaria su voluntad y lo acompañaría en el tratamiento.

En igual sentido falló el Juzgado de Familia n°1 de Mar del Plata en la causa B.,L del seis de mayo del año 2009 cuando aplico la Convención de las Personas con Discapacidad, rechazo la declaración de inhabilitación de L B y en su lugar instauró un régimen de protección basado en el apoyo de su familia y de un profesional para llevar a cabo su tratamiento. (Patricia Juyent de Dutari, 2014.)

Tomando ahora algunos ejemplos de la Provincia de Rio Negro, una de las pioneras en el dictado de leyes de Salud Mental, se observan los casos “S.C.A s/ insania s/ casación” y “M., G.V. insania s/ casación” del Superior Tribunal de Justicia de Rio Negro, ambos del año 2011. En estos casos, la Cámara de apelaciones en lo civil, comercial y de minería de

Cipolletti había ratificado el fallo de primera instancia que considerando a S.C.A y M.G.V como insanos, después de la presentación de dos certificados médicos, designa curadores para ellos. El conflicto se presenta cuando por apelaciones de las respectivas defensoras de menores e incapaces de cada caso, solicitan para la promoción de la demanda la extensión de dos certificados médicos de la especialidad psiquiatra, cuestión que no está expresamente detallada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia. Por ello en ambos casos, el Superior Tribunal resuelve rechazando el recurso de casación, y ratificando la sentencia de la instancia anterior.

En el análisis de varios fallos de instancias anteriores, esto es, Cámara de Apelaciones y/o Juzgados civiles o de familia, se observa que previo al dictado del Código Civil y Comercial la mayor parte de las sentencias, ante el pedido de declaración de insania o inhabilitación, se inclinan por este reconocimiento además de designar curadores definitivos. A modo de ejemplo, esto puede verse en fallos como "Ibarra Juan Bautista s/ incapacidad" del 22 de diciembre del 2003 (ciudad de Gral. Roca) en donde la jueza de Cámara declara la inhabilitación del Sr. Ibarra, encuadrando su situación en el artículo 152 bis del Código Civil, y designándole una curadora definitiva. Con un criterio similar, el 29 de mayo de ese mismo año, el Juzgado civil, comercial y de minería n° 1 de la ciudad de General Roca, resolvió la causa "Ulloa Cristina s/ declaración de incapacidad". Se declaró en este caso la incapacidad de la Sra. Por insania y se le designo también una curadora definitiva. Vale resaltar que en este caso como en los anteriormente mencionados, una de las particularidades es el vocabulario empleado por los magistrados. Solo como muestra a continuación se detalla el decisorio del caso "Ulloa": *"FALLO: Haciendo lugar a la demanda interpuesta y en consecuencia declarar la insanía de Cristina Ulloa por ser*

alienada demente en el sentido jurídico con los alcances del art. 141 del C.Civil.(...)”(la negrilla es propia.)

Este detalle del vocabulario es una gran muestra del cambio radical de paradigma que ha traído el Código Civil y Comercial. Ello así, si bien el vocabulario, como lo define la Real Academia Española, es solo un conjunto de palabras que se utilizan en determinado documento o texto, establece en este caso una situación jurídica particular.

Pareciera que solo cambiar el vocabulario de un código o de una sentencia es una modificación insignificante, sin embargo, representa un gran cambio porque pone a la persona que lo lee o a la persona a la cual afecta en una posición distinta e incluso cambia la mirada y la forma de pensar de la sociedad. Dice María Silvia Villaverde (2012)

“La clasificación de las personas en capaces e incapaces, se halla tan incorporada a nuestra percepción de la sociedad, que resulta invisible el valor performativo de cada sentencia de declaración de incapacidad, como dispositivo que operativiza la exclusión de la persona del sistema al constituirla como ‘incapaz’.”

Esto es observado y puede determinarse claramente en los fallos que se dictaron después de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

En Corrientes se halla el caso “B., M. D. s/ restricción a la capacidad” del veintisiete de agosto del 2015, el cual había comenzado a tramitarse con el Código Civil a través de una solicitud de la asesora de incapaces para declarar insano al Sr. B, y que finalizó con un cambio de caratula y de figuras que con acierto determino el juez del Juzgado de la Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Curuzú Cuatiá. El magistrado estableció que, por aplicación del Código Civil y Comercial que había comenzado a regir el primero de agosto de ese año, debía aplicarse al caso, no una declaración de insania sino una

declaración de restricción parcial de la capacidad y establecimiento de un régimen de apoyo con representación. Lo interesante del caso es lo que va diciendo el juez en su sentencia al analizar cada una de las pruebas que se le presentan. A continuación se transcriben algunas partes de la sentencia.

“Como se aprecia luego de un examen integral de las constancias de autos, en este especial supuesto corresponde limitar la capacidad del Sr. M. D. B. sólo en algunos aspectos de su vida, disponiendo un sistema de apoyos que integren o complementen la autonomía de la voluntad del interesado, procurando desde luego la menor injerencia posible, pero facilitando la comunicación, comprensión y manifestación de la voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

Por lo tanto, encuentro que se ha acreditado debidamente que M.D. B. padece de Retraso Mental Grave DSM (F 72.9), desde su niñez, con un pronóstico crónico e irreversible, sin necesitar de medicación alguna.

En lo que refiere a los actos de la vida diaria que puede realizar: aparecen el vestirse, higienizarse y alimentarse de manera independiente; también puede ocuparse de los quehaceres domésticos como cocinar, limpiar y lavar ropas.

(...)

Ahora bien, en todo lo relativo a los demás actos jurídicos de la vida del Sr. B., considero debe realizarlos a través de su sobrina, M.A. B., quien ejercería un apoyo con representación. Estos actos que no puede realizar M. D. B. por sí solo, sino que a través de ella, son los siguientes: todo tipo de actos de administración, también vender, donar, ceder bienes, cobrar, gastar o gestionar dinero. También se encuentra imposibilitado de contraer matrimonio, reconocer

hijos o ejercer la responsabilidad parental. (...)

A su vez, según las sugerencias efectuadas por los profesionales que entrevistaron al interesado, entiendo necesario instar a las familiares antes mencionadas (madre, hermana y sobrina), a realizar las gestiones necesarias para incluir a M. D. B. en algún tipo de establecimiento especial que cuente con talleres ocupacionales, a fin de favorecer un desarrollo integral, tanto en lo social como en lo personal, para mejorar su calidad de vida. A título de ejemplo, téngase en cuenta que le gusta cuidar gallinas (según lo afirmó en la entrevista personal).”

Siguiendo con las modificaciones que acarrió la promulgación del Código Civil y Comercial, un fallo provincial de la Cámara de Familia de Mendoza se pronunció el dieciocho de noviembre del año 2015 en el caso “Ch., W. J. s/ insania”. En esta causa la asesora de menores apelo el decisorio de primera instancia por el que se había declarado la insania de Ch., W.J. a pedido de su madre.

La Cámara, luego de analizar la aplicación del Código Civil y Comercial a una situación preexistente a éste, pero que perdura en el tiempo y fue regulada en su mayoría por el antiguo Código Civil, declara con acertado razonamiento la restricción de la capacidad de Ch., W.J. Dice la Dra. Politino en sus considerandos:

“Estimo que, pese a las limitaciones que puede presentar W. J. en su diario desenvolvimiento, no debe subsumirse su situación en la categoría de incapaz absoluto de obrar a la luz de la nueva legislación sustancial que -reitero- es plenamente aplicable al caso y a los nuevos paradigmas que inspiraron su dictado, conforme a los cuales la declaración de incapacidad es de carácter excepcionalísimo.

Además no surge de las constancias de la causa que no pueda interactuar con su entorno o comunicarse de alguna forma, es decir, la imposibilidad de interaccionar con el medio y con las demás personas o de expresar su voluntad, ni tampoco ha quedado demostrada la ineficacia de la adopción de un sistema de apoyo adecuado.

Es por ello que corresponde modificar la sentencia venida en revisión dejando sin efecto la declaración de incapacidad del causante y en su lugar disponer la restricción de su capacidad civil solo respecto de los actos de disposición y administración de sus bienes los que deberán ser realizados en su representación por la figura de apoyo que se le designará. Asimismo se dispondrá que la figura de apoyo la asista para todo acto cotidiano de su vida (pericia de fs. 13) para las tareas básicas referidas a su persona como: higiene, aseo personal, alimentación, realización de trámites, moverse en la vía pública, manejo del dinero, administración de su medicación y todas aquellas que requieran la ayuda de terceras persona.”

En igual sentido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B de Buenos Aires, se pronunció el dieciocho de noviembre del 2015 en la causa “L., T. E. s/ determinación de la capacidad”. Los jueces Mauricio L. Mizrahi, Claudio Ramos Feijoó y Roberto Parrilli analizaron al igual que en el caso precedente la aplicación de la ley en el tiempo y luego de saltada esa barrera, revocaron la sentencia que declaraba la incapacidad absoluta de L.T.E, dispusieron la restricción de la capacidad y establecieron un sistema de apoyo de acuerdo a las normas del Código Civil y Comercial. Para así decidir, el Tribunal expreso que:

“En su lugar, se determinará que la capacidad jurídica de T. E. L. se encuentra restringida en tanto no puede vivir sola sin asistencia permanente, no puede

votar ni celebrar por sí actos jurídicos, debiendo contar con apoyo para la obtención de los recursos referidos a su salud y tratamiento.

Dicho apoyo será brindado por la curadora pública oficial; sin que ello importe la sustitución de la voluntad de T., debiendo colaborar con ella en la toma de decisiones referidas a sus derechos personalísimos, procurando siempre proporcionar los tratamientos, modalidades y estímulos que incrementen paulatinamente su autonomía y procure la conservación y ampliación de las actividades que realiza por sí misma.

En lo que respecta específicamente al cobro y administración del beneficio previsional que percibe, el apoyo será brindado por la Lic. V. bajo la supervisión de la curadora pública oficial; y en lo referido a la administración y disposición de los bienes que ha heredado de su padres, dicho apoyo ha de importar la intervención necesaria de la curadora pública oficial, la que quedará constituida en su representante.”(Considerando V.)

Acorde a los fallos enunciados, vemos que también la provincia de Rio Negro ha comenzado a emitir sentencias similares a las anteriormente mencionadas, y si bien no cuestionan el tema de la aplicación temporal de la ley, tratan y adecuan sus sentencias al paradigma que plantea el Código Civil y Comercial. Así, se puede analizar y entender de los diversos fallos de la mencionada provincia.

En el caso “A., c. a. s/ proceso sobre capacidad” del cinco de mayo del corriente año se puede ver en diversas partes de la consulta que el Juzgado de Familia de Villa Regina efectúa a la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda circunscripción judicial, Ciudad de Gral. Roca, cómo comienzan a delinearse las directrices del Código Civil y Comercial. El caso en cuestión comienza en el año 2012 y finaliza en el

2014 con la declaración de incapacidad de A., C. A. Ante la consulta del Juzgado, en razón del interés superior del joven A., C. A, la Dra. Adriana Mariani dijo:

“(…) A partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial han quedado las normas protectorias incorporadas al cuerpo legal, manteniendo los criterios generales en torno a que el principio rector es la capacidad y que las restricciones son excepcionales y se imponen siempre en beneficio de la persona (arts. 31 y cctes. CCiv y Com).- (…)

La evaluación hecha por el Cuerpo Médico Forense que a fs. 35/37 informa que si bien el joven tiene un retraso madurativo, logró aprender la lectoescritura, aunque lo hace con dificultad. Que además realiza cuentas matemáticas muy simples, que conoce el dinero pero no lo sabe manejar. Que su discurso mantiene coherencia, si bien la asociación de ideas y curso del pensamiento es de ritmo enlentecido.- Pondero también que los médicos estimaron que tiene \ ‘limitada\’ capacidad de autodeterminación y necesita \ ‘supervisión\’, aconsejando la aplicación del art. 152 bis (del CCiv entonces vigente).- Es que además, el joven trabaja en una parrilla, y ha logrado sostener su empleo en el tiempo. Tiene pareja aunque inestable y un hijo pequeño al que ve periódicamente, siendo consciente de la necesidad de ocuparse del niño.- Vemos que la magistrada le ha designado curadora a su hermana, que ninguna duda puedo albergar respecto de su idoneidad para cuidar del joven; sin embargo, no se ha evaluado la posibilidad de designarla como persona de apoyo para que lo acompañe en los actos que así lo requieran como bien indica la sra Defensora de Menores e Incapaces a fs. 90/91.(…)

5. Merito también que pese a la lectura atenta que he efectuado de la sentencia, no advierto que se especifiquen concretamente qué actos no puede realizar el presunto incapaz, por lo que, si mi voto es compartido, correspondería anular la sentencia, a fin de adecuar el trámite a los principios y paradigmas que ha recogido el Código Civil y Comercial en punto a la capacidad de las personas y que hemos venido propiciando en los precedentes de esta Cámara.”

Con diferente resolución, pero mismo espíritu, los Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, fallan en la causa "P.R.E. s/ proceso sobre capacidad" del once de noviembre del 2015. En este caso, si bien la Cámara ratifica el decisorio de primera instancia declarando la incapacidad de P.R.E y designándole un curador definitivo, lo interesante es lo que expresan los jueces en los diversos considerandos. Comenzando por el análisis del caso, la jueza dice en la parte resolutive:

“Indudablemente, este cuadro de situación del estado de salud del Sr. R.E.P., nos coloca de forma evidente en el supuesto de excepción -y solo como última instancia- de restricción a la capacidad de una persona, previsto en el nuevo ordenamiento en el último párrafo del art. 32 en cuanto precisa.”(Considerando 6°)

Previo a esto, llamativo es el análisis y la explicación que hace la magistrada Filipuzzi sobre la reglamentación que determina el Código Civil y Comercial, en la materia tratada.

Expresa:

“el abordaje de la discapacidad debe ser llevado a cabo mediante el modelo social, el cual entiende a ésta (ya sea física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo) como una consecuencia de la organización social contemporánea,

que tiene escasa consideración por las personas con diversidad funcional en lo que hace al acceso al ejercicio de sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones con los demás. Seguidamente asevera que con ese miramiento la Ley 26.657 (denominada Ley Nacional de Salud Mental) incorpora los nuevos paradigmas de derechos humanos, fijando directrices del sistema de atención en salud mental acordes a tales instrumentos internacionales, resultando ser una norma de aplicación obligatoria y piso mínimo de garantías y derechos de las personas con padecimientos mentales, arribando con su interpretación a la conclusión inversa a la que se expone en la sentencia recurrida, por cuanto ahora la regla es la capacidad y toda restricción implica medidas de apoyo para igualar las diferencias en el ejercicio pleno de aquéllas, con lo cual las limitantes serán relativas-parciales para los actos que se determinen expresamente y, en contraposición a ello, ninguna ha de ser absoluta-general.

Además agrega que el decisorio que critica agravia a su asistido ante la falta de especificación de los actos cuya realización por parte del Sr. P. se pretenden limitar al declararlo incapaz, por cuanto considera que lo decidido no se ajusta a los nuevos paradigmas, en tanto debe procurarse restringir en la menor medida posible la autonomía de la voluntad del sujeto mediante un sistema de capacidad gradual que contemple expresamente los actos que se limitan, criterio que ha de aplicarse aun en los supuestos de discapacidades severas con escaso o nulo autovalidamiento, siempre que pueda expresar su voluntad por cualquier modo, medio o forma, entendiéndose que de las constancias de autos (informes de fs. 8 y 49/50, 60/61 y entrevista de fs. 86) surge la capacidad del Sr. P. de expresarse, con lo cual la sentencia no solo debió determinar los actos que se

pretenden limitar en su resguardo sino prever un sistema de apoyos adecuado a sus necesidades reales.” (considerando 2°)

“Las limitaciones a la capacidad son excepcionales y deben tender siempre a resguardar el pleno goce de los derechos humanos, beneficiar y proteger a aquél que resulte ser sujeto pasivo de este tipo de procesos. Es que el interés general de la sociedad hace que las nuevas leyes reemplacen cuanto antes a las anteriores -en tanto se presumen mejoradas-, por lo que deben interpretarse de tal manera que no se vea limitada, en lo posible, su efectiva vigencia, no pudiendo soslayarse, además, los principios y derechos plasmados en la Constitución Nacional y en los tratados de derechos humanos, tal lo determina el nuevo Código Civil (arts. 1 y 2) y el propio texto constitucional, por lo que en ese orden de ideas arribo también a la conclusión que en materia de restricción al ejercicio de la capacidad jurídica, como en el presente caso, rige el nuevo ordenamiento legal (CCyC).”(Considerando 5°).

Para finalizar es importante destacar uno de los últimos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del diecisiete de mayo del corriente año, que llegó por apelación de la Curadora Pública contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, que tras confirmar el fallo de primera instancia declara a V.A.P incapaz absoluto en los términos del artículo 141 del Código Civil.

Dice la Corte en este caso que tras la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial han quedado derogadas disposiciones del Código de Vélez, tales como los artículos 141 y 152 bis, los cuales dieron fundamento a la sentencia de Cámara. Señala el más alto Tribunal del país que “a fin de evitar que la subsistencia del fallo, en cuanto confirma la decisión de grado en los términos de art. 141 del código civil, pueda causar un

gravamen no justificado, corresponde dejarlo sin efecto.”(Considerando 9º, CSJN,“P., V. A. S/ arto 152 ter código civil.”) pues ha referido la Corte, en este caso, que

“no puede desconocerse que la cuestión en debate se encuentra hoy regida por el art. 32 del Código Civil y Comercial de la Nación, norma de la que en virtud de la regla general establecida en el art. 7º del mencionado código y de la citada doctrina, no puede prescindirse”. (Considerando 5º).

La reforma del Código Civil ha implicado para la Argentina un cambio de enfoque en el sistema de salud mental, se ha reconocido, como lo han hecho los instrumentos internacionales, el respeto a la dignidad e igualdad de las personas. Este cambio rotundo que plantea una visión más humanista y puramente relativa al ámbito de los derechos humanos, ha generado en el poder judicial una revisión de las sentencias y ha implicado también, el estudio de diferentes instrumentos y del propio Código Civil y Comercial, que hoy en día podemos apreciar en diversos fallos.

Bajo este último título se ha intentado demostrar cómo ha ido cambiando la jurisprudencia en diversos momentos, debido a los cambios generados en la legislación. La nueva figura del apoyo, la restricción a la capacidad con las especificaciones sobre qué actos se pueden realizar y cuáles no, son solo dos de los puntos más relevantes que pueden observarse de las sentencias antes analizadas. Sin embargo, el trasfondo de la cuestión es mucho más relevante, pues se trata de humanizar las sentencias, de acercarse a aquel que la misma sociedad desplaza, de entender al otro, de hacerse cargo de su inclusión, de generar un ámbito en el cual pueda sentirse incluido y a partir de allí, brindarle el tratamiento que sea necesario; se trata de humanizar lo que fue deshumanizado.

En el particular caso de la Provincia de Río Negro que tenía una ley anterior a todas las reformas analizadas, puede verse que si bien aparenta ser una ley de avanzada, no es una norma muy utilizada a nivel jurisprudencial. Ésta nació como un proyecto de vanguardia que buscaba con su sanción que la provincia fuera pionera en la materia de salud mental. Si bien dicha ley es teóricamente adelantada y evolucionada para su época e importante para la comunidad a la que involucra, lo cierto es que en la práctica la norma no resulta tan encantadora. Durante el mes de mayo del corriente año, y debido a varios episodios ocurridos en el nosocomio de la ciudad de Viedma, el director de dicho establecimiento fue entrevistado por un medio local, preguntándosele por esta ley ante lo cual expreso: “Técnicamente es una muy buena ley pero operativamente genera problemas que no tienen solución.” José Luís Rovasio, se refirió en esos términos y destacó que hay problemas que no tienen solución, que si bien en el Hospital cuentan con operadores de salud mental y personal policial para la atención de los mismos, eso es insuficiente. Lo cierto es que como se debatía en el proyecto de ley de Río Negro en 1991, lejos estamos de instalar en la sociedad cambios en las políticas públicas y económicas como lo hizo Italia; pero también mucho recorrido queda para eliminar el estigma social que acompaña a las personas con algún tipo de padecimiento, para llegar a una zona de confort que permita una correcta integración y tratamiento de las personas con padecimientos mentales, aunque la sanción del Código Civil y Comercial en el año dos mil quince ha sido un gran avance en esta materia. El objetivo final de todos estos cambios como explica Patricia Junyent de Dutari (2014), “se encamina a lograr el pleno respeto de toda persona, con especial énfasis en los casos donde exista vulnerabilidad como las situaciones derivadas de la carencia de la plena salud mental”.

Conclusión

Como estudiante de derecho, he podido instruirme bajo los postulados del antiguo Código de Vélez, de las constantes discusiones sobre su articulado, los proyectos de modificación de dicho Código, y finalmente atravesar la última parte de la carrera de abogacía bajo una nueva reglamentación: El Código Civil y Comercial.

El dictado de este código se fundó en diversos motivos, entre ellos, y en palabras de Aida Kemelmajer de Carlucci (2015, Prólogo CCyC Comentado), respondió a la demanda por reunir en un solo cuerpo de normas los diversos “microsistemas” que existían en el campo del derecho.

El tema que me ocupa ha sido parte de esos microsistemas: la capacidad como atributo de la personalidad, ha sido a lo largo de la historia el principio rector del derecho pero muchas veces se ha concebido como excepción.

La salud mental, íntimamente relacionada con la capacidad, fue durante muchos años una contradicción a aquel principio: los enfermos mentales en general eran considerados dementes e incapaces, inmersos en una sociedad que no entendía su condición. El reflejo más notable de esta aserción se ha observado en los pronunciamientos judiciales que declaraban a las personas con afecciones mentales como ‘alienados mentales’.

Esta paradójica visión comenzó a cambiar con el dictado de diversos instrumentos internacionales, nacionales y provinciales. Claros ejemplos de ello han sido, la provincia de Rio Negro que en el año 1991 abordó la problemática mental desde una mirada enfocada en derechos a través de la “ley de salud mental”; y, la sanción de la ley nacional 26.657, en el año 2010, que implementó el modelo social de la discapacidad.

Este nuevo patrón enfrenta la idea instalada en la sociedad, durante muchos años, que considera a la discapacidad como factor excluyente de la misma. El modelo social no niega el aspecto individual de la discapacidad y hace hincapié en el contexto social del enfermo. Entiende por tanto que la discapacidad no es un problema individual o familiar, sino social que llama a la comunidad toda a eliminar las barreras creadas por ella misma, para que todos puedan gozar y ejercer sus derechos en un plano de completa igualdad.

Desde el año 2015 con la sanción del Código Civil y Comercial, se logró la consideración de los dementes o incapaces como personas con derechos humanos y libertades fundamentales. Es decir, como sujetos de derechos. Éste ha sido el cambio de paradigma en el ámbito de la incapacidad y su relación con la salud mental que se ha pretendido demostrar a lo largo del presente trabajo, y que considero de gran importancia para la inclusión y aceptación de todas las personas con discapacidad; por ello, me encuentro en condición de afirmar que, efectivamente, se ha generado un cambio de paradigma que dejó atrás confusas discusiones respecto de la incapacidad para abrir paso al nuevo modelo de salud mental.

Para concluir, es importante tener presente que este cambio pretende que las personas denominadas incapaces bajo el viejo paradigma, puedan hoy desarrollarse en sociedad con la garantía de ser, bajo el principio de igualdad y la nueva visión humanista, personas capaces.

Sin embargo queda mucho camino por recorrer en esta temática, que depende en gran parte de la aceptación y trabajo de toda la sociedad para la eliminación de las barreras que han colocado por mucho tiempo a las personas con padecimiento mental en una zona de marginación social.

Como ha dicho el reconocido juez Cançado Trindade,

“Todos vivimos en el tiempo. Cada uno vive en su tiempo, que debe ser respetado por los demás. Importa que cada uno viva en su tiempo, en armonía con el tiempo de los demás. El niño vive en el minuto, el adolescente vive en el día, y el ser adulto, ya ‘impregnado de historia’, vive en la época; los que ya partieron, viven en la memoria de los que quedan y en la eternidad. Cada uno vive en su tiempo, pero todos los seres humanos son iguales en derechos.”

Referencias Bibliográficas.

- Asociación por los Derechos en Salud Mental, Asociación de Profesionales del Hospital Alvear, Equipo de Salud Mental del CELS, Foro de Instituciones de Profesionales en Salud Mental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, GERMINAR EN PEF (Agrupación de Graduadas/os de la Fac. de Psicología - UBA), Mental Disability Rights International, Cátedra de Psicología Preventiva y Epidemiología (Fac. de Psicología – UBA) (2007). *“Los derechos humanos y la salud mental en la Ciudad de Buenos Aires. Una transformación necesaria.”* Informe anual 2007 del CELS, Capítulo XII. http://www.cels.org.ar/common/documentos/ia2007_capitulo12.pdf
- Berbere Delgado, Jorge C., (2014). *“La salud mental y la discapacidad. La igualdad como principio y su equilibrio con la protección.”* Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Buenos aires: ediciones La Ley.
- Borda, Guillermo A. (1996). *“Manual de Derecho Civil. Parte general”*. Recuperado de <http://es.slideshare.net/Coleman78/borda-guillermomanualdederechocivilpartegeneral>
- Diana, Nicolás (2007). *“El respeto de las personas con padecimientos mentales. En la soledad del olvido”*. Abeledo Perrot online. https://www.jusbaires.gob.ar/sites/default/files/articulo_de_nicolas_diana.doc.
- Fernández, Silvia E. (2014). *“El régimen de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de Nación.”* Suplemento especial, Código Civil y Comercial. Ediciones La ley.

- Fernández, Silvia Eugenia (2015). *La capacidad de las personas en el nuevo código civil y comercial*. <http://www.nuevocodigocivil.com/la-capacidad-de-las-personas-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-por-silvia-eugenia-fernandez/>.
- Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (Dirs.) (2015), “*Código Civil y Comercial Comentado*” Buenos Aires: ediciones Infojus.
- Junyent de Dutari, Patricia (2014). “*Nuevos paradigmas en materia de derechos humanos y personas con padecimiento mental. Respeto a su autodeterminación y articulación de modos de apoyo superadores de la curatela.*” *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: ediciones La Ley.
- Kraut, Alfredo J. (2014). “*La discapacidad mental es una cuestión de derechos humanos*”. Sección opinión, *Diario Página 12*. <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-258509-2014-10-28.html>.
- Ley nacional n° 26.657, “*Ley nacional de salud mental*”, Argentina, 25 de noviembre de 2010.
- Ley provincial R n° 2440, “*Sistema de Salud Mental*”, Provincia de Río Negro, 11 de septiembre de 1991.
- Llambías, Jorge J. (1982). “*Tratado de derecho civil. Parte General.*” Tomo I (Novena edición). Buenos Aires: editorial Perrot.
- Martinez, Matías Juan y Daray, Federico Manuel (2012), “*Interdicción e Inhabilitación: consideraciones acerca de su evolución normativa y conceptual.*” *Revista Argentina de Clínica Neuropsiquiatría*.
http://www.alcmeon.com.ar/17/67/05_martinezmatias.pdf

- Quirno, Diego Norberto (2014). *“El sistema d protección de los incapaces e inhabilitados frente a la Ley de Salud Mental.”* Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Buenos aires: ediciones La Ley.
- Toboso Martín, Mario y Arnau Ripollés, M. Soledad (2008). *“La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen”*. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades. <http://institucional.us.es/araucaria/nro20/nro20.htm>
- Valente, Luis Alberto (2014). *“Derechos personalísimos y protección de las personas con discapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación.”* Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Buenos Aires: ediciones La Ley.
- Villaverde, Maria S. (2012). *“Régimen de la capacidad de ejercicio”*. Ponencia presentada en la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires. Recuperado de <http://www.villaverde.com.ar/es/publicaciones/r-gimen-de-la-capacidad-de-ejercicio-en-el-c-digo-civil-y-comercial-de-la-naci-n-libro-1/>
- Yuba, Gabriela (s.f). *“Los cambios de paradigmas en el nuevo Código Civil y Comercial. Influencia en el Derecho de Familia.”* Pensamiento Civil. Recuperado de <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/804-cambios-paradigmas-nuevo-codigo-civil-y-comercial-influencia-derecho.>