

Muñiz, Carlos

Personas con incapacidad y con capacidad restringida por razón de discapacidad mental

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Muñiz, C. (2012). Personas con incapacidad y con capacidad restringida por razón de discapacidad mental [en línea]. En *Análisis del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/personas-incapacidad-capacidad-restringida.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

PERSONAS CON INCAPACIDAD Y CON CAPACIDAD RESTRINGIDA POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD MENTAL

CARLOS MUÑIZ

Introducción

El régimen de capacidad de las personas que ven disminuidas sus facultades para dirigir su vida de relación y administrar su patrimonio por causa de una enfermedad o alteración mental, merecía un tratamiento prioritario por parte de la Comisión redactora del proyecto de Código Civil y Comercial. La ley de salud mental N° 26.657, introdujo en el texto del Código vigente el artículo 152 ter, que en sus términos literales y aún en vistas a sus fundamentos e inserción sistemática, planteaban numerosos interrogantes y deudas pendientes en materia de capacidad.

En este contexto, resultaba urgente dar una respuesta a todos estos interrogantes, y construir un nuevo sistema de capacidad para las personas en esta situación, procurando dar una respuesta a los reclamos de la doctrina por un sistema más flexible que comprenda el carácter progresivo y promueva como finalidad principal la recuperación de la persona, alejándose de la perspectiva eminentemente patrimonialista del Código de Vélez.

En el presente artículo nos proponemos un análisis de la propuesta contenida en el Proyecto de Código Civil y Comercial, a partir de una comparación con el código vigente y un análisis crítico de sus disposiciones, innovaciones y definiciones.

1. Reglas generales

El proyecto establece en su artículo 31 una serie de reglas generales para la restricción de la capacidad por razones de salud:

“ARTÍCULO 31.- Reglas generales. La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales:

a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;

b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;

c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;

d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;

- e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;
- f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.”

La regla del inciso a) establece el principio general de capacidad. Este texto tiene como antecedente el artículo 3° de la ley 26.657 en cuanto establece que “...*Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas*”. La principal innovación de este texto reside en que a diferencia de dicho antecedente, el proyecto aclara expresamente que la presunción se refiere a la capacidad de hecho o de ejercicio. Alguna doctrina había sostenido con relación al art. 3° de la LSM que el mismo se refería a la capacidad de derecho, mientras que otros autores se han pronunciado en el sentido que dicha norma establecía se refería a la capacidad de hecho¹.

Esta presunción de capacidad se aplica aun cuando se hubiera dispuesto la persona se encontrara internada en un establecimiento asistencial. Resulta importante esta distinción, dado que suelen confundirse estas dos dimensiones del problema complejo que resulta de la particular vulnerabilidad de la persona enferma y su desenvolvimiento en la vida civil. Las decisiones administrativas o judiciales de internación por un lado, y las restricciones a la capacidad de ejercicio por otro tienen fundamentos fácticos y jurídicos diferentes, aun cuando por razones evidentes los supuestos que dan aplicación a uno y otro sistema de protección se presentan en forma concomitante. La decisión de internación es principalmente una alternativa terapéutica, que debe ser tomada en el mejor interés del enfermo, cuando esa restricción de la libertad personal estuviera justificada en función de una situación de peligro para sí mismo y para terceros, y no existieran alternativas menos restrictivas a sus derechos y libertades. En cambio, las restricciones a la capacidad civil tienen un fundamento distinto: la protección de la persona y su patrimonio cuando este estuviera en riesgo por el ejercicio en forma personal de sus derechos.

Mientras que el ejercicio de los derechos puede ser restringido en el mejor interés de la persona, el goce de los mismos en igualdad de condiciones con el resto de la sociedad no podría ser justificado. Así, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece en su artículo 12 incs. 2 y 3 que “2. *Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.* 3. *Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*”

Esta divergencia de fundamentos genera la necesidad de que cada decisión en esta materia sea tomada en forma autónoma, analizando para cada caso concreto las necesidades del paciente, y partiendo en todos los casos de la presunción de capacidad cuando no mediare una resolución judicial que la restringiera, y procurando favorecer alternativas terapéuticas que no limiten la libertad personal cuando hubiera otras menos gravosas. Es por este motivo que el propio artículo 31 del proyecto distingue ambas dimensiones en los incisos b) y f).

En cuanto a los restantes incisos del artículo, se menciona el carácter interdisciplinario de la intervención estatal, y los derechos a la información y a la asistencia letrada de la persona objeto del proceso.

1. LAFFERRIERE, Jorge Nicolás - MUNIZ, Carlos, “La nueva Ley de Salud Mental. Implicaciones y deudas pendientes en torno a la capacidad”, ED, 241 - 22/02/2011, nro. 12.697, FAMA, María Victoria, PAGANO, Luz María, “La salud mental desde la óptica de la ley 26.657”, en addenda de actualización a AZPIRI, Jorge O. (dir.), *Instituciones del derecho de familia y sucesiones*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

2. Incapaces y personas con capacidad restringida. Definiciones y alcances

El artículo 32 establece la primera gran innovación del proyecto con relación al Código vigente, clarificando en alguna medida la situación ambigua en materia de capacidad civil generada a partir de la reforma de la Ley 26.657.

El proyecto establece dos grandes categorías de personas en función de la extensión de la limitación de la capacidad: 1) personas con incapacidad y 2) personas con capacidad restringida.

Conforme el artículo 38 del Proyecto la sentencia debe determinar la extensión y el alcance de la incapacidad y designar representantes o apoyos. Cumplido ello, de corresponder, el juez deberá determinar si declarara a la persona como incapaz, o si por el contrario opta por un régimen de restricción a la capacidad, pudiendo preverse un régimen de representación, de asistencia o mixto para la celebración de determinados actos.

El juez puede declarar a una persona como incapaz cuando por causa de una enfermedad mental la persona se presentara una falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes (art. 32, 2º párrafo).

El régimen de capacidad restringida procede en cambio cuando las circunstancias de hecho no justifiquen una declaración de incapacidad, pero que se hubiera detectado la existencia de “*una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes*” (art. 32, 1er párrafo). Las personas sujetas a este régimen solo estarán limitadas para ejercer por sí mismos, sin requerir representación o asistencia, aquellos actos que se determinen en forma expresa en la sentencia. El principio que rige esta categoría es el de capacidad.

Con relación a versiones anteriores a la que fuera presentada en forma definitiva al Congreso de la Nación, el proyecto en su versión final reproduce un defecto que fuera oportunamente señalado con relación a la ley 26.657. En un artículo precedente, sostuvimos que luego de la Ley de Salud Mental la situación jurídica de las personas con enfermedad mental ha quedado reconfigurada en torno a una figura que se podría definir como “*incapaces regidos por el principio de capacidad*”², debido a las abiertas inconsistencias entre la letra del artículo 152 ter y el resto del articulado del Código Civil que no había sido modificado. Así, mientras que en versiones precedentes aparecía claramente contemplada la posibilidad para que el juez establezca en el marco del régimen de incapacidad, una serie de habilitaciones especiales, configurando una suerte de sistema de incapacidad relativa, la versión final del Proyecto parece excluir esta alternativa.

De esta forma, conforme el art. 38 segundo párrafo, “*Si el juez considera que la persona está en situación de conservar su capacidad con limitaciones o restricciones, declara los límites o restricciones a la capacidad y señala los actos y funciones que no puede realizar por sí mismo.*”

Esta redacción en su sentido literal, parecería implicar que en todos los casos que hubiera margen para mantener la capacidad con “*limitaciones o restricciones*”, el juez debe expresamente declarar los actos que la persona no puede realizar, quedando en este caso la persona regida por un principio de capacidad.

No obstante, y más allá de lo que parece ser un desafortunado error de redacción producido en el contexto de cambios de último momento al Proyecto, puede decirse a partir de una lógica sistémica, que si el juez tiene atribuciones para establecer un régimen de restricción absoluto de la capacidad, también puede fijar un régimen de habilitaciones especiales sobre la base del principio de incapacidad. Esto permite al juez contar con todas las posibilidades para atender con criterio gradual y en función de las dificultades encontradas en cada caso concreto la situación de cada persona. En todos los casos, debe velar por su mejor interés y establecer el régimen más apto para promover su recuperación, fundado en el análisis del equipo interdisciplinario.

Más allá de esta cuestión, puede decirse que en general el sistema que surge del proyecto representa un avance sobre el texto vigente, en cuanto presenta pautas más claras en materia de capacidad, estableciendo un esquema de categorías amplio y flexible que permite dar un tratamiento más adecuado a las diversas situaciones que plantea la realidad, adaptado a los reclamos de la doctrina jurídica que abordó el tema, sobre la base de los avances más recientes de las ciencias de la salud. Ya oportunamente se había planteado que “la rigidez con que está concebido el instituto de la interdicción – con su consecuencia, la incapacidad absoluta de obrar – choca manifiestamente, como se dijo, con las nuevas posibilidades de la psiquiatría y las nuevas posibilidades de los tratamientos. La inhabilitación judicial (art. 152 bis) no alcanza a abarcar en sus diversos grados y matices supuestos muy disímiles entre sí. Por lo demás, no siempre el sistema de asistencia es idóneo para la protección de los intereses de la persona.”³ El proyecto resuelve algunas de las incoherencias y deudas pendientes en materia de capacidad civil que surgieron luego de la reforma de la ley 26.657.

3. Aspectos procesales

a) Legitimación activa

La legitimación para promover las acciones de limitación de la capacidad civil están reguladas en el art. 33 del proyecto. Están legitimados: a) el propio interesado; b) el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado; c) los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado; y d) el Ministerio Público.

El artículo presenta una serie de innovaciones con relación al artículo 144, que regula la materia en el Código vigente. En primer lugar se reconoce el derecho de la persona enferma a requerir una medida en su propia protección, siguiendo el criterio de códigos más modernos en esta cuestión⁴ y ya contemplado en el artículo 28 del Proyecto de Código Civil de 1998. Esta facultad no era reconocida por el Código pero un sector importante de la doctrina consideraba que desde los principios generales del Derecho no podía desconocerse la capacidad de accionar al principal interesado del resultado del proceso⁵. Además, hay que tener en consideración que los avances de la psiquiatría desde la época de la redacción del Código de Vélez han permitido demostrar que en los casos de ciertas patologías, la persona afectada puede conservar el suficiente discernimiento para reconocer su particular situación de vulnerabilidad y requerir los medios legales para resguardar sus intereses.⁶

Por otra parte, se eliminan los criticados incisos 4º y 5º del art. 144 que preveían la legitimación del cónsul si la persona era extranjera y de cualquier persona del pueblo “cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos”. Ambas modificaciones son acertadas. En cuanto al inc. 4º, no resulta justificada una tutela especial para los extranjeros, que en el territorio de la república cuentan con la protección genérica prevista también para los nacionales del ministerio de menores. En este sentido ya se había pronunciado en este sentido la doctrina mayoritaria y dicho inciso fue eliminado en los proyectos anteriores de reforma⁷. Por otra parte, el inc. 5º fue objeto de críticas similares⁸, dado que el criterio para otorgar la legitimación no estaba pensado en el interés de la

3. TOBIÁS, José W., *Derecho de las Personas – Instituciones de Derecho Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 283.

4. Código Francés, Art. 493, “L’ouverture de la tutelle est prononcée par le juge des tutelles à la requête de la personne qu’il a lieu de protéger [...]”.

5. RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*: parte general, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2010, n° 471.

6. Tobías, op. cit, p. 228.

7. Proyecto Babiloni, nota al art. 164; Proyecto de 1936 art. 47, Proyecto de 1954 nota al art. 88. Proyecto de Código Civil de 1998, art. 28. Ver. Rivera, op. cit. n° 469.

8. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tomo I, 18ª edición, actualizada por Patricio RAFFO BENEGAS, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, n° 749, pág. 527; Tobías, op. cit. p. 233.

persona enferma sino que se fundaba en la preservación de la tranquilidad pública. Tal como hubiéramos oportunamente señalado no se observa cómo una restricción a la capacidad de hecho de un individuo pueda resultar en una solución a la alteración de la tranquilidad pública, que en cualquier caso debe buscarse mediante mecanismos alternativos que no afecten derechos fundamentales de la persona.⁹

La última innovación reside en la incorporación del conviviente en igualdad de condiciones al cónyuge en el inc. b del art. 33 del Proyecto. Los problemas de consistencia y coherencia entre los regímenes de matrimonio civil y de uniones convivenciales del proyecto merecen un artículo aparte y no es objeto de este ensayo abordarlos. Sin perjuicio de ello, en cuanto se refiere a esta cuestión, parece pertinente reconocer legitimación a quien conviviera con la persona enferma en una unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente (proyecto, art. 509) en virtud del potencial perjuicio que esta situación puede generar en los derechos que le reconoce la normativa proyectada.

b) Intervención del interesado

El artículo 36 del Proyecto reconoce el carácter de la persona enferma como parte del proceso, permitiéndole aportar todas las pruebas que hacen a su defensa y estableciendo la obligación de contar con patrocinio letrado. En caso de no contar con medios económicos para procurarse un abogado, el juez está obligado a nombrar a uno para que lo “represente”. Asimismo, la persona que solicitó la declaración también es parte en el proceso y está facultado a ofrecer todas las medidas de prueba que considere pertinentes.

c) Capacidad durante el proceso

Una cuestión que ha sido largamente debatida en el derecho civil es la referida a la capacidad de hecho del presunto enfermo mental durante el proceso. En este sentido, el proyecto parte del principio de capacidad previsto en el artículo 31, y debe interpretarse que no hay limitaciones a la capacidad de hecho durante el proceso, salvo que el juez establezca en forma provisional algunas restricciones. La redacción del artículo 34, en coordinación con la norma que establece el principio de capacidad, indicaría que en estos casos, la limitación no puede ser absoluta, sino limitada a determinados actos que el juez deberá enumerar en forma taxativa, y para cada uno de ellos debe establecer si fija un régimen de representación o asistencia, a cargo de un curador o de uno o varios apoyos.

El texto del proyecto no parece indicar cuál es el estándar jurídico o la situación de hecho que debe presentarse para que el juez pueda ejercer esta facultad. Hubiera sido deseable establecer algún criterio que permita indicar en qué circunstancias puede tener lugar una limitación sobre el principio de capacidad enunciado. De esta forma, podría haberse hecho lugar a esta medida solamente cuando concurrieran circunstancias que *prima facie* justifiquen la limitación de la capacidad en virtud de circunstancias claras de riesgo para la persona y su patrimonio. En este sentido, el proyecto se aparta del Código vigente, que exigía en el artículo 148 que la enfermedad se presentara en forma “notoria e indudable” en forma previa a tomar medidas sobre los bienes de la persona en cuyo interés se promovía la acción.

9. LAFFERRIERE, MUÑIZ, op. cit. A favor de mantener la vigencia de ambos incisos se han pronunciado CIFUENTES, S., RIVAS MOLINA, A., TISCORNIA, B., *Juicio de Insania, Dementes, Sordomudos e Inhabilitados*, 2a ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1997 (citado por Tobías, op. cit.). A favor del inc. 5° ver BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tomo I, 13ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008.

d) Sentencia

El artículo 37 del proyecto dice que:

“La sentencia se debe pronunciar sobre los siguientes aspectos vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso:

a) diagnóstico y pronóstico;

b) época en que la situación se manifestó;

c) recursos personales, familiares y sociales existentes;

d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible.

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

El texto del artículo nos remite al del actual artículo 631 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que regula el dictamen del grupo de facultativos previsto por el actual 143 del Código vigente y normas concordantes, se presentan las siguientes innovaciones: 1) se incorpora al Código Civil el requerimiento del dictamen de un equipo interdisciplinario, tal como fuera previsto en el artículo 152ter conforme ley 26.657; y 2) se exige un pronunciamiento sobre los recursos personales, familiares y sociales existentes.

La norma propuesta establece el contenido de la sentencia y el hecho de que resulte imprescindible el dictamen de especialistas siguiendo la pauta establecida en el Código de Vélez en el artículo 143, el cual en este caso debe ser de un equipo interdisciplinario.

Con relación al equipo interdisciplinario, la nueva redacción no subsana las críticas que oportunamente fueron formuladas al art. 152ter en cuanto no define en forma clara la forma en la que se debe integrar el mismo. Entendemos que este tema debió ser resuelto de manera definitiva y que en cualquier caso el equipo debe estar integrado por al menos un médico psiquiatra, dado que su presencia resulta imprescindible para determinar la presencia de una enfermedad mental, hecho que conforme el propio texto del artículo 32 2º párrafo¹⁰. En síntesis, se comparte el criterio conforme el cual el requisito del dictamen de un equipo interdisciplinario “no autoriza a prescindir de las normas que regulan las incumbencias y el ejercicio profesional”¹¹. Con esto no se pretende mantener el problema de la incapacidad civil en el dominio exclusivo de la medicina psiquiátrica. De esta forma, el equipo podría estar integrado asimismo por otros profesionales con incumbencias en la materia (psicólogos, sociólogos, trabajadores sociales, etc.) sin que la enumeración resulte taxativa, dependiendo de los requerimientos del juez para dictar sentencia en función de las particularidades de cada caso. No obstante, la presencia de un médico resulta indispensable, dado que es el único profesional con incumbencias para diagnosticar la enfermedad y establecer pautas para su tratamiento.

e) Entrevista personal

El artículo 35 del proyecto establece la obligatoriedad de una entrevista personal del juez con la persona presuntamente enferma en forma previa al dictado de la sentencia que limite en forma total o parcial su capacidad. Dicha norma, no prevista en el Código vigente, reconoce como antecedente pautas dictadas por normas procesales, las cuales son en el proyecto transpuestas en el ordenamiento de fondo. En este sentido, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ya preveía esta obligación en el artículo 633. Asimismo, aparece como innovación, el establecimiento de la obligación en cabeza del juez de asegurar un contacto inmediato entre el interesado en el proceso el juez. Esta novedad surge como positiva, pero requerirá de una transposición en materia procesal en cada jurisdicción estableciendo su contenido y pautas para su efectivización.

10. LAFFERRIERE, MUÑIZ, op. cit. PÉREZ DÁVILA, op. cit.

11. HOOFT, Irene, RIVERA, Julio César, “La nueva ley 26.657 de Salud Mental”, JA 25/05/2011.

4. Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad

El artículo 43 presenta una innovación significativa en la materia, la cual parece estar inspirada en los consejos de familia del Código Civil francés (arts. 456 y 457).

En la versión final del proyecto, se le otorga al juez la forma de designar en forma conjunta o alternativa al nombramiento de un curador, a una persona o grupo de personas para que funcionen como apoyos para la toma de decisiones y dirección de su persona. En el Código de Vélez, el problema de las personas que padecen una enfermedad mental era tratado con un enfoque primordialmente patrimonialista.

El proyecto prevé la posibilidad de que el juez designe a una persona o grupo de personas distintas del curador, con la finalidad de que constituyan una red de apoyo con distintas funciones específicas, tendientes a la protección de la persona y la recuperación de su salud. En cuanto se propone trascender el sesgo patrimonialista del Código vigente, la incorporación de esta novedad se presenta como positiva. El apoyo tiene por finalidad “*promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.*” Partiendo de una concepción de la capacidad civil en sentido amplio que inspira al proyecto, trascendiendo la dimensión patrimonial, puede entenderse que estos apoyos pueden ser designados con el fin de facilitar la actuación en todas las dimensiones de la vida civil, tanto en el ámbito patrimonial como extrapatrimonial y sin importar si se trata de una persona declarada incapaz o con capacidad restringida.

La designación de las personas que actuarán como apoyo se hará a solicitud del interesado. El juez debe controlar las implicaciones de la solicitud y ponderar potenciales conflictos de intereses, teniendo como principal objetivo la protección de la persona. De proceder, debe dictar sentencia estableciendo los alcances y condiciones de las medidas de apoyo, y en el caso que resultara necesario, disponer su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

5. Registro

Tal como hubiéramos oportunamente sostenido¹² existe en doctrina una preocupación sobre el dilema que en la materia presenta la elección de alternativas que prioricen los derechos de la persona afectada por una enfermedad mental o los derechos de terceros de buena fe que puedan verse afectados por las declaraciones de nulidad de los actos celebrados por los primeros¹³. Hemos sostenido que cuando lo que se encuentra en juego son los derechos humanos fundamentales de las personas que sufren enfermedades mentales, la protección de los derechos patrimoniales de los terceros de buena fe debe pasar a un segundo plano de consideración y que la flexibilización del régimen dual rígido que regía en la materia en forma previa a la reforma, hacia un sistema personalizado que contemple las diferencias de grado de limitaciones a la capacidad que se presentan en cada caso concreto, no puede verse objetada exclusivamente sobre la base de argumentos fundados en la seguridad jurídica de las transacciones patrimoniales.

No obstante, la preocupación por los derechos de terceros de buena fe no puede ser completamente dejada de lado, en particular cuando de la constitución de un adecuado sistema registral pueden surgir soluciones para la mayor parte de las situaciones problemáticas. La doctrina ha señalado que un sistema gradualista y flexible como el propuesto por el proyecto requiere un adecuado

12. LAFFERRIERE, MUÑIZ, op. cit.

13. DE LORENZO, Miguel Federico, “Aspectos problemáticos del régimen de los actos patrimoniales celebrados por insanos”, LL 2008-F, 769.

sistema de publicidad y registro de las resoluciones judiciales que afectan la capacidad de hecho de las personas¹⁴.

El proyecto establece la primera parte del artículo 39 que “*La sentencia debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento*”. Hubiera sido deseable que la publicidad se cumpliera mediante un sistema de registro único a nivel nacional a cargo del Registro Nacional de las Personas, de un nuevo registro de Capacidad y Estado Civil de las Personas, o de un sistema de centralización de los datos de los registros provinciales, resultando esta última alternativa necesaria en el caso de no poder superar obstáculos de orden constitucional planteados por algún sector de la doctrina¹⁵.

Con relación a la oponibilidad de las sentencias frente a terceros, y vinculado con los efectos de los actos de las personas declaradas incapaces o con capacidad restringida, el artículo 40 aclara que “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, los actos mencionados en este Capítulo producen efectos contra terceros recién a partir de la fecha de inscripción en el registro*”. El último párrafo del mismo artículo establece la necesidad de la inmediata cancelación registral, producido el cese de la restricción.

6. Internación

El régimen referido a la internación está tratado en los artículos 41 y 42 del Proyecto, reemplazando al artículo 482 del Código vigente. La presente norma tiene como antecedente inmediato la importante reforma en la materia introducida por la Ley de Salud Mental que destina la mayor parte de sus disposiciones a regular con minuciosidad el problema de la internación. En tal sentido, y más allá de pautas generales enunciadas por los artículos 41 y 42, este último prevé una remisión a la legislación especial en la materia. Por tal motivo, resultan aplicables todas las disposiciones de la ley 26.657¹⁶.

En cuanto a las pautas que establece el proyecto, para toda internación se requiere la realización de una evaluación del equipo interdisciplinario. La sentencia que ordene la internación debe especificar los motivos que la justifican. El plazo de duración de la medida de restricción debe ser lo más corto que resulte posible y debe estar sujeto a revisión periódica. Su fundamento debe ser evitar el peligro que por causa de la enfermedad pueda generarse para la propia persona o hacia terceros, no existiendo disponibles alternativas menos restrictivas a la libertad individual. En este sentido, el juez debe aplicar las internaciones con carácter restrictivo, procediendo a decretarla solamente cuando tenga la convicción de que resulta la única vía adecuada para preservar la seguridad de la propia persona y de terceros.

El nuevo articulado no responde en su totalidad a serios cuestionamientos que han sido formulados con respecto al artículo 482 del Código (texto según ley 26.657)¹⁷. En primer lugar se observa que el texto se aparta de sus antecedentes en cuanto declaraban como principio general la necesidad de una autorización judicial para todos los casos en forma previa a su internación. El artículo 42 hace extensiva la potestad para ordenar internaciones a la “autoridad pública” cuando por el estado de la persona esta decisión “no admitiera dilaciones”. A falta de otras aclaraciones del texto y teniendo en cuenta consolidada jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia, la actuación de la autoridad pública solo estará justificada cuando sean medidas de índole excepcional, con carácter preventivo, y para casos en los que resulte estrictamente indispensable afectar la libertad del enfermo, cuando lo

14. TOBIAS, op. cit. p. 286, MAYO, Jorge A., TOBIAS, José W., “La nueva ley 26.657 de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil” LL 14/02/2011, DFyP 2011 (marzo), 24/02/2011, 153.

15. Ver TOBIAS, op. cit. p. 286.

16. Sobre el régimen actual ver PAGANO, Luz María, “Las internaciones involuntarias en la Ley de Salud Mental 26.657”, ED 11/02/2011, nro. 12.690,

17. MAYO, TOBIAS, op. cit.

exigieren circunstancias ligadas a su propia protección y la de terceros, y dando inmediata intervención al juez competente¹⁸. Si bien la normativa cumple con este último estándar, el sistema tal como ha quedado configurado deja abierta la puerta a la intervención administrativa previa a toda instancia judicial como la vía normal para la realización de internaciones involuntarias. Será necesario un riguroso control judicial de las decisiones de la autoridad administrativa que excedan las pautas que exige el orden constitucional para limitar la libertad de las personas.

Por otra parte, el texto del artículo 482 conforme ley 17.711, preveía la necesidad de dictamen de un médico oficial como condición previa para poder ordenar cualquier internación que no fuera dispuesta por el juez. La ley 26.657 elimina este requisito en cuanto el segundo párrafo del artículo 482 establece que “*Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros*”. En este sentido, observamos que luego de la reforma del año 2010, no queda claro de qué forma debe establecerse y a criterio de quién se determinará que existe una situación de riesgo que tenga por causa una enfermedad mental o adicción y que justifique la necesidad de internación¹⁹. Esta flexibilización no parece enteramente alineada con la necesidad de contar con las mayores garantías posibles en orden a proteger derechos de rango constitucional. El texto del artículo 42 del proyecto sigue en esta materia a su antecedente inmediato y por ello es pasible de similares críticas.

Actos celebrados por la persona incapaz o con capacidad restringida

En la materia, el texto propuesto en el proyecto sigue los lineamientos de los artículos 37 y 38 del Proyecto de 1998. Todos los actos posteriores a la inscripción de la sentencia de declaración de incapacidad, sea esta absoluta o relativa, o de restricción de la capacidad, vulnerando las reglas que rigen la situación particular, son actos de nulidad relativa (proyecto, art. 44). Los actos celebrados con anterioridad a la sentencia pueden ser invalidados cuando la causa de incapacidad fuera ostensible en el momento de la celebración del acto; cuando la contraparte en el acto hubiera obrado de mala fe, entendida esta como el conocimiento de la existencia de la enfermedad o alteración funcional que diera lugar a la incapacidad; o cuando el acto fuera a título gratuito (proyecto, art. 45). Cualquiera de estas causas puede tener como consecuencia la ineficacia en forma individual, sin necesidad de que concurra alguna de las otras.

Siguiendo la regla del art. 474 del Código vigente, el proyecto prevé en el art. 46 que no pueden ser atacados en su validez los actos entre vivos celebrados por una persona fallecida, salvo que la causa de la incapacidad resultare del acto mismo o que la demanda hubiera sido interpuesta antes del fallecimiento de la persona enferma. Se incorporan en el proyecto para este supuesto dos causales de ineficacia no previstas en el código vigente: 1. que el acto sea a título gratuito y 2. que se pruebe la mala fe de la contraparte.

A modo de síntesis parcial, el proyecto simplifica en gran medida la cuestión relativa a las condiciones que dan lugar a la ineficacia de los actos jurídicos celebrados por personas incapaces o con capacidad restringida por razones de salud mental, superando defectos del régimen del Código, no tratados en la reforma de la ley 26.657. Aparecen resueltas las discusiones sobre los actos comprendidos por la norma²⁰, ya que no se establece una distinción entre actos de administración y de disposición. Por otra parte, la nueva redacción no da lugar a las diversas interpretaciones que se hicieron sobre la aplicabilidad de la excepción del 2º párrafo del artículo 473²¹, con relación a actos posteriores a la sentencia frente a terceros de buena fe y a título oneroso. El texto del proyecto, parece indicar claramente la invalidez de todos los actos posteriores a la sentencia que contraríen sus términos, sin que quede lugar al planteo sobre la notoriedad de la enfermedad.

18. CSJN Fallos 139:154.

19. MAYO, TOBÍAS, op. cit.

20. RIVERA, op. cit., n° 496.

21. RIVERA, op. cit., n° 496.

8. Cese de la incapacidad o restricción de capacidad.

Conforme el proyecto, el cese de la incapacidad requiere de una decisión del juez que la declaró, luego de una nueva revisión por parte del equipo interdisciplinario (proyecto, art. 47). En vistas del dictamen sobre el grado de restablecimiento de la persona, si no se constataran mejoras significativas, el juez puede mantener las restricciones a la capacidad dictadas oportunamente. En el caso de verificarse mejoras, el juez podrá atenuar el régimen de limitación a la capacidad, optando por un régimen de incapacidad relativa o de restricción a la capacidad, o en su caso ampliando dentro del mismo régimen la nómina de actos que la persona puede celebrar por sí o mediando un sistema de asistencia. Si el grado de recuperación implicara el cese de la situación fáctica que dio lugar a la aplicación de las restricciones a la capacidad²², el juez deberá decretar el cese de todas las restricciones a la capacidad.

Conforme el art. 40, se establece la necesidad de revisión periódica de las sentencias cada tres años, siguiendo al antecedente del art. 152ter del Código vigente. Más allá del plazo que se establezca para la frecuencia necesaria de la revisión de las decisiones de limitación de la capacidad, hecho que debe responder a una cuestión de prudencia legislativa en función de la carga de trabajo de los tribunales civiles, es indudablemente positivo el establecimiento de la obligación de un análisis periódico de la evolución de las personas, en vistas a asegurarse de la realización de actividades tendientes a su recuperación, por parte de las sus representantes, asistentes y redes sociales que se establezcan con tal finalidad.

9. Inhabilitados

El régimen de inhabilitación está tratado en los arts. 48 a 50 del proyecto. Con respecto al art. 152 bis del Código vigente la principal innovación es la exclusión del régimen de inhabilitación de “quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio” y de “los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio”. Estos dos supuestos quedan comprendidos en el nuevo ordenamiento en el régimen de los arts. 32 y siguientes, pudiendo ser pasibles de una declaración de incapacidad o de una restricción a la capacidad. El régimen de inhabilitación subsiste exclusivamente con relación a los pródigos.

La legitimación activa en estos casos, en virtud del distinto fundamento de la limitación de la capacidad, no sigue las reglas del art. 33, sino que se encuentra limitada exclusivamente a los ascendientes, descendientes, cónyuge y conviviente, en función del interés sobre el patrimonio de la persona que surge del resto de las disposiciones del articulado del proyecto, en particular en cuanto se refiere al régimen patrimonial del matrimonio, al régimen de uniones convivenciales y la legítima sucesoria.

Como detalle debe resaltarse el hecho de la discordancia entre los fundamentos y la legitimación con respecto a los hijos. Mientras que es claro que la legitimación corresponde a todos los descendientes (fundado aparentemente en la protección de la legítima) en la primera parte del artículo se habla de la exposición a los “hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio”. En consecuencia, no queda claro si el fundamento de la institución es la protección de la legítima hereditaria o de las consecuencias de la pérdida del patrimonio para los menores de edad o personas

22. El texto del proyecto habla de un restablecimiento “total”. Esto no es correcto. No se requiere una total recuperación de la enfermedad o anomalía funcional, sino la verificación de que a partir del tratamiento, dicha enfermedad, aún subsistiendo, no genera una situación de absoluta ineptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes o cause que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar un daño a su persona o a sus bienes, siguiendo los estándares del artículo 32.

con discapacidad que dependan del mismo como fuente de alimentos²³. De todas formas, ambos fundamentos no son excluyentes, y en virtud de las normas de legitimación activa, ambos pueden considerarse comprendidos por la norma, a pesar de los defectos de la redacción.

Los efectos de la declaración de inhabilitación están precisados en el art. 49. El inhabilitado mantiene en principio su capacidad, la cual como regla solamente se ve limitada al momento de celebrar actos de disposición entre vivos. Por excepción fundada, el juez podrá establecer adicionalmente restricciones para la celebración de determinados actos de administración. En la sentencia se designa un curador al inhabilitado, el cual cumple una función de asistencia en la celebración de los actos que sean objeto del régimen especial.

Los inhabilitados comparten con las personas con capacidad restringida el carácter de personas capaces con limitaciones. La diferencia entre ambos regímenes reside en los siguientes aspectos: 1) fundamento de la restricción: mientras que las personas con capacidad restringida el fundamento es la protección de la propia persona, en el caso de los inhabilitados el fundamento es la protección del patrimonio en función de los intereses de sus familiares directos, por cuestiones vinculadas a la efectiva posibilidad del cumplimiento de obligaciones alimentarias, a la eficacia de los regímenes patrimoniales del matrimonio y las uniones convivenciales, y al resguardo de la legítima; 2) alcances: mientras que la inhabilitación solamente abarca en principio solamente una limitación para celebrar actos de disposición, pudiendo excepcionalmente y por razones fundadas implicar algún acto de administración que se determine, la capacidad restringida puede abarcar tanto actos de disposición como de administración a criterio del juez; 3) legitimación activa: mientras que para las acciones de capacidad restringida la legitimación se asigna en función de las reglas del art. 33, el criterio para demandar la inhabilitación es más restringido y se rige por las pautas del art. 48; 4) Revisión periódica de la sentencia: mientras que para los casos de declaración de incapacidad o de capacidad restringida, se establece expresamente en el art. 40 la obligación de revisar cada tres años la sentencia, esta norma no se prevé para los inhabilitados²⁴.

El procedimiento para el cese de la inhabilitación está previsto en el art. 50 del proyecto, que reproduce la regla prevista en el art. 47, con relación al modo de cese de la declaración de incapacidad o de las restricciones a la capacidad, razón por la cual tal vez hubiera sido conveniente una regulación común.

Conclusiones

En el presente artículo se han presentado un análisis y una valoración crítica del régimen de capacidad para las personas afectadas por problemas de salud mental en el proyecto de Código Civil y Comercial. En líneas generales entendemos que la propuesta implica un avance significativo para la resolución de las enormes deudas pendientes que en la materia surgieron a partir del dictado de la ley 26.657. Así, en cuanto a las distintas categorías, sus graduaciones y principios, el sistema parece más claro y responde a las demandas de la doctrina, sin perjuicio de algunos reparos que se han formulado con respecto a la versión final del proyecto. Asimismo, se ha simplificado la redacción y aclarado muchos aspectos que daban lugar a debate.

No obstante, puede afirmarse que subsisten aspectos que resultan criticables de la propuesta, más allá de algunos detalles de redacción ya señalados. En primer lugar, hubiera resultado deseable

23. Si el fundamento fuera la protección de la legítima hereditaria, no se observan las razones para distinguir en la primera parte a los descendientes según fueran menores de edad, o personas con discapacidad, o mayores sin discapacidad. Si en cambio, el fundamento fuera la protección del patrimonio para estos supuestos de particular vulnerabilidad, no se ve la razón para reconocer legitimación a los descendientes, mayores de edad, sin discapacidades, en ausencia de ascendientes, otros descendientes, cónyuge o conviviente.

24. Es difícil en este momento establecer con claridad si esta diferenciación se debe a un olvido de la Comisión redactora, o si realmente se encuentra justificada por las diferencias en las implicaciones y valores protegidos por ambos regímenes. En principio, y en ausencia de otros elementos, corresponde interpretar la norma en el último sentido.

una mayor clarificación sobre la posibilidad de alternativas intermedias entre la incapacidad absoluta y la capacidad restringida, tal como surgía de versiones preliminares del proyecto. En segundo orden, hubiera sido importante clarificar la cuestión relativa a la integración del equipo interdisciplinario, estableciendo algunas garantías mínimas, que permitan establecer el justo alcance de la intervención del profesional médico. Asimismo, no se presentan innovaciones significativas en materia de registro. Finalmente, con relación al tratamiento de la internación, subsisten en la redacción problemas que han sido objeto de preocupación por la doctrina.