

**La nueva Ley de Salud Mental. Implicaciones y deudas pendientes en torno a la capacidad(1)(2), Por Laferriere, Jorge N. y Muñiz, Carlos - El Derecho 241-722**

1

## Introducción

El 3-12-10 se publicó en el Boletín Oficial de la República Argentina la Ley Nacional de Salud Mental bajo el nº 26.657. La nueva norma "tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (art. 1º).

La materia de la ley es sumamente delicada y concierne a cruciales aspectos de la vida de los seres humanos. En este campo, tiene particular vigencia la dignidad como valor y principio fundamental, especialmente ante perspectivas utilitaristas que pretenden condicionar el reconocimiento y la defensa de la vida humana a parámetros de eficiencia y productividad. Con particular evidencia sobresale en estas cuestiones la importancia de reconocer que cada persona es única e irrepetible, con su historia, presente y futuro personal, con sus derechos inalienables y con la necesidad de una respuesta justa y solidaria para que logre su pleno desarrollo, respuesta

que concierne tanto al Estado como a la sociedad.

Desde la perspectiva del derecho positivo, la ley proyecta sus efectos sobre diversas ramas del derecho(3). En el presente comentario, nos concentraremos en los aspectos vinculados con el derecho civil, y más específicamente con la capacidad de las personas que padecen enfermedad mental, sobre todo a partir de las disposiciones del art. 3º y del nuevo art. 152 ter del cód. civil, que disponen:

Art. 3º (ley 26.657): "...Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas".

Art. 152 ter (cód. civil, incorporado por ley 26.657): "Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible".

La simple transcripción de estas dos disposiciones, las únicas referidas a la capacidad, permite advertir las proyecciones que la nueva ley posee sobre todo el sistema del Código Civil. Estas normas indican que las personas que padecen alguna enfermedad mental deben ser, en principio, consideradas como plenamente capaces, y que las restricciones a dicha capacidad deberán ser establecidas e interpretadas con criterio estricto. La ley provoca así una modificación sustancial del régimen de capacidad de las personas que padecen enfermedades mentales establecido en el Código Civil. Aun cuando subsiste una cuestión terminológica, el régimen de incapacidad que regía a los dementes declarados en juicio antes de la reforma es sustituido por un nuevo sistema de protección definido por el principio de capacidad.

Este cambio, que implica el abandono del sistema dual rígido previo a la reforma reclamado con vehemencia desde la doctrina(4), hacia un sistema flexible bajo el principio de capacidad debe ser considerado como enormemente positivo. No obstante, corresponde señalar una serie de cuestiones no tratadas por el legislador, que hacen que el texto legal actual no pueda ser considerado como totalmente coherente. Por otra parte, también es necesario remarcar la omisión del tratamiento de una serie de cuestiones analizadas desde hace tiempo por la doctrina nacional.

En este marco, el presente comentario comenzará por una sintética presentación de la ley 26.657. Luego, abordaremos la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con

discapacidad, pues sus disposiciones tratan de manera explícita la cuestión de la capacidad y parecen servir de encuadre a los cambios operados por la nueva ley. Seguidamente, consideramos aspectos generales de la cuestión de la capacidad de hecho de las personas con enfermedad mental, para detenernos posteriormente en el tema de las funciones y actos en particular que se pueden limitar por declaración judicial. Procuramos también una sucinta presentación de cuestiones procedimentales que, entendemos, no han sido debidamente tratadas en la norma y finalizamos con un balance conclusivo.

2

## Breve presentación de la ley 26.657

La ley inicia su tratamiento en la Cámara de Diputados con el proyecto 0126-D-2009 (TP 1/09) presentado el 2-3-09 por legisladores de diversas bancadas encabezados por Leonardo Ariel Gorbacz. En sus fundamentos, se reconoce que el proyecto "tiene como antecedentes más próximos el Proyecto de Ley que [los diputados firmantes] hemos presentado en el año 2007 (Expte. 276-D-07) y el Dictamen conjunto de las Comisiones de Acción Social y Salud Pública, Legislación General y Justicia de esta Honorable Cámara de Diputados, aprobado con modificaciones el 9-12-08 (incluido en la Orden del Día 1625 del 16-12-08), que recoge gran parte de los aportes, modificaciones y propuestas que surgieron en el proceso de debate del marco normativo con los actores involucrados en el campo de Salud Mental y Derechos Humanos". El proyecto fue tratado sobre tablas sin dictamen de comisión y tuvo media sanción de Diputados el 14-10-09. Ingresó al Senado el 19-10-09 como expte. 60-CD/09 y fue sancionado también sobre tablas el 25-11-10.

La nueva norma se compone de 46 artículos estructurados en 12 capítulos que tratan los siguientes temas: Derechos y garantías; Definición; Ámbito de aplicación; Derechos de las personas con padecimiento mental; Modalidad de abordaje; Del equipo interdisciplinario; Internaciones; Derivaciones; Autoridad de Aplicación; Órgano de revisión; Convenios de cooperación con las provincias, y Disposiciones complementarias.

En su proyección sobre el resto del ordenamiento jurídico positivo, la ley 26.657 reforma el Código Civil modificando el art. 482 e incorporando el art. 152 ter, deroga la ley 22.914 y se complementa con algunas disposiciones especificadas en el art. 2º:

"Art. 2º. Se consideran parte integrante de la presente ley los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991. Asimismo, la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, del 14 de noviembre de 1990, y los Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas, del 9 de noviembre de 1990, se consideran instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas".

Llamativamente, no se menciona a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (A/RES/ 61/106)(5) y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13-12-06 y que en la República Argentina se aprueban por ley 26.378 (B.O. 9-6-08)(6). Esta Convención, como veremos, es clave para comprender las tendencias y compromisos internacionales en materia de capacidad y que serán objeto de consideración en este breve comentario(7), que no pretende en modo alguno abarcar integralmente una temática tan compleja, sino presentar una serie de inconsistencias del nuevo régimen que deja abiertas múltiples cuestiones para la interpretación judicial y doctrinaria.

3

### La Convención de la ONU y el ejercicio de la capacidad

Consideramos que, no obstante el silencio guardado por el legislador en la nueva Ley de Salud Mental, para comprender la nueva situación en relación con el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con enfermedad mental es necesario acudir a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad (ley 26.378), que desde su dictado imponía la reforma del régimen civil argentino, por cuanto previamente a su reforma no se adaptaba a las directivas prescriptas por dicha norma de rango supralegal(8). Vale aclarar que, obviamente, no todas las personas con discapacidad son personas con enfermedad mental, ni todas las personas con enfermedad mental son, en sentido estricto, personas con discapacidad. Al respecto, define la Convención en su art. 1º su alcance: "Las personas con discapacidad 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". Es indudable que las personas con enfermedad mental que se encuadran en la definición antes transcrita resultan protegidas por las disposiciones de la Convención(9).

Entrando en el tema de la capacidad en la Convención, corresponde detenerse en el art. 12:

"Art. 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
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.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria".

El artículo, por supuesto, refiere a todas las personas con discapacidad. Si acotamos su aplicación a los enfermos mentales, advertimos que el inc. 1º citado no suscita inconvenientes en el ordenamiento jurídico argentino, pues a las personas con enfermedad mental se les reconoce

constitucional y legalmente la personalidad desde la concepción. El inc. 2º tampoco genera inconvenientes, al menos en principio, pues las personas con discapacidad mental tienen capacidad jurídica de derecho plena, en igualdad de condiciones con todas las personas físicas.

Los incs. 3º y 4º refieren directamente al "ejercicio de la capacidad jurídica". El principio que surge de estas disposiciones es que las personas con discapacidad ejercerán su capacidad jurídica y tienen derecho a acceder a apoyo en caso de que lo necesiten (art. 12.3). El inc. 4º señala que para "impedir los abusos" en esta materia se proporcionarán "salvaguardias adecuadas y efectivas", y fija los criterios de esas "salvaguardias":

a) "que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona": constituye el principio general en la materia de ejercicio de la capacidad, señalando la finalidad que deben tener las instituciones de "salvaguardia" que se adopten. La incorporación de la expresión "preferencias" parece introducir un elemento de consulta de la persona con enfermedad mental que habrá que tener en cuenta en la legislación y aplicación de las restricciones a la capacidad de hecho.

b) "que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida": este aspecto, ciertamente fundamental desde una perspectiva ética, concierne a los temas de discernimiento de curatela y funcionamiento de las instituciones de protección de la persona con enfermedad mental.

c) "que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona": aquí surge un claro criterio orientado al juez sobre las razones que justifican las limitaciones a la capacidad. Llamativamente no se ha incorporado en el nuevo art. 152 ter este criterio, que brindaría una importante pauta hermenéutica.

d) "que se apliquen en el plazo más corto posible": la Convención se refiere aquí a la necesaria celeridad procesal.

e) "que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial": este aspecto sí está contemplado en el nuevo art. 152 ter del cód. civil.

f) "Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas": esta directiva de la Convención sirve de marco a lo dispuesto por el art. 152 ter en tanto establece que la sentencia judicial deberá indicar las funciones y actos que se limitan. Sin embargo, no se ha explicitado el criterio que anima a esa proporcionalidad, de modo que se genera una confusión hermenéutica entre el espíritu de la ley 26.657 y el resto de las normas civiles sobre capacidad de hecho de las personas con enfermedad mental.

Se advierte que el inc. 4º contiene un preciso número de medidas relativas al problema del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y que exceden las limitadas disposiciones de la ley 26.657 en este punto.

Finalmente, el inc. 5º puntualiza algunos derechos específicos con relación a los bienes, aunque en términos generales no se refiere tanto al "ejercicio" cuanto a la titularidad de bienes y al control sobre los propios asuntos económicos. La expresión "controlar sus propios asuntos económicos" resulta importante, pues agrega un componente adicional al problema del "ejercicio": el del control de los actos de los "representantes" o "asistentes". Aquí se trata una cuestión que también habrá que considerar en el Código Civil y que no ha sido contemplada por la ley 26.657.

En definitiva, el art. 12 de la Convención impulsa una revisión de la legislación nacional en materia de capacidad y parece ser el marco en que debe interpretarse el nuevo art. 152 ter y toda la ley 26.657. En torno a este artículo focalizaremos a continuación nuestro análisis, distinguiendo entre la situación general de capacidad de las personas con enfermedad mental, las funciones y actos que se pueden limitar en caso de declaración judicial de incapacidad y algunos aspectos procedimentales.

4

El nuevo art. 152 ter y su inserción en el sistema del cód. civil

a) Inhabilitación e interdicción frente al art. 152 ter

Resulta claro que el ámbito de aplicación de la ley 26.657 es más amplio que el del Código Civil con la inhabilitación o la incapacidad absoluta de hecho. No todas las personas con enfermedad mental serán declaradas inhabilitadas o incapaces. Así, una interpretación estricta del art. 3º de la ley 26.657, en tanto afirma la presunción de capacidad, permitiría afirmar que sólo fija el principio general y que, por tanto, no se está refiriendo a la particular situación de los enfermos mentales que han sido declarados inhabilitados o incapaces. Es decir, no es incompatible la "presunción" de capacidad fijada por el art. 3º de la ley 26.657 con el sistema civil de capacidad.

Sin embargo, la cuestión no es tan clara a partir del nuevo art. 152 ter del cód. civil. El tema de este artículo es la declaración judicial que restringe la capacidad, ya sea por inhabilitación o incapacidad. El primer párrafo se refiere a los antecedentes que conducen a esta declaración y establece la necesidad de evaluaciones interdisciplinarias previas. El segundo párrafo se refiere al contenido de las declaraciones: la duración de las restricciones a la capacidad, la necesidad de precisar qué funciones y actos se limitan y el criterio restrictivo.

En lo central, entendemos que la redacción del art. 152 ter es problemática porque al establecer que habrá que especificar "las funciones y actos que se limitan" presume que la regla es la capacidad, salvo para los actos específicamente limitados.

Ahora bien, el art. 152 ter es, en este punto, compatible con el sistema de inhabilitación, ya que en este caso la regla es la capacidad, según coincide la doctrina a partir de lo dispuesto por el art. 152 bis: "Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos. Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso"(10).

Sin embargo, el art. 152 ter no es compatible con el instituto de la incapacidad absoluta de hecho por enfermedad mental. El Código Civil considera al enfermo mental declarado tal en juicio "incapaz absoluto de hecho", como surge, por ejemplo, de los siguientes artículos:

"Art. 54. Tienen incapacidad absoluta: (...) 3º Los dementes; 4º Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito".

"Art. 141. Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes".

"Art. 469. Son incapaces de administrar sus bienes, el demente aunque tenga intervalos lúcidos, y el sordomudo que no sabe leer ni escribir".

El sistema del Código no contempla al enfermo mental como "incapaz relativo", de modo que las preguntas que genera la nueva norma son: ¿se ha eliminado la categoría de incapaz absoluto de hecho por enfermedad mental?; ¿se ha generado una nueva categoría de incapaces relativos de hecho por enfermedad mental definidos por resolución judicial?; ¿se ha generado una nueva categoría de personas capaces de hecho pero con limitaciones a la capacidad por resolución judicial? Los antecedentes que han dado lugar a la reforma y el texto del art. 152 ter parecen efectivamente indicar que se ha pasado a un sistema gradual, bajo el principio de capacidad, a pesar de que se han dejado vigentes artículos del Código no enteramente coherentes con esta afirmación, como veremos seguidamente. Además, no queda claro si la limitación que se determine judicialmente podría llegar a ser total. No parece que se haya prohibido la incapacidad absoluta, aunque es difícil imaginar una sentencia que pudiera precisar "todas las funciones y actos" que se limitan.

El inc. 4º del art. 12 de la Convención de la ONU manda –a nuestro entender– una revisión del sistema de incapacidad de hecho cuando señala que "las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas". No surge de la Convención, sin embargo, una prohibición del instituto de la incapacidad absoluta de hecho, aunque sí surge un mandato internacional de revisar las normas sobre capacidad de hecho en función de los criterios indicados en los incs. 4º y 5º.

Conforme el nuevo art. 152 ter, el interdicto solo sería incapaz de hecho para administrar sus bienes cuando por sentencia fundada en dictamen de facultativos se hubiera establecido específicamente dicha incapacidad, y conforme la extensión de las restricciones establecidas, procurando que la restricción sea proporcional a las limitaciones al discernimiento que se observen en el caso concreto. En esta inteligencia, los artículos que regulan la incapacidad absoluta de hecho parecen inconsistentes con la nueva legislación. En un intento por conciliar los diversos textos legales, podríamos entender que la referencia a la incapacidad para la disposición y administración de los bienes remite al caso concreto en que dicha incapacidad hubiera sido específicamente establecida en la sentencia que declare la interdicción, en el marco de un régimen flexible de protección. No obstante, esta forzada interpretación de estas normas aún vigentes refleja en parte las anomalías generadas por el ya mencionado descuido del legislador en cuanto a la revisión de las disposiciones referidas a la capacidad de las personas que padecen enfermedades mentales.

El art. 152 ter no es una mera norma de procedimientos incluida en el código de fondo. La filosofía

que subyace al art. 152 ter es claramente diferente a la que informa al resto de las normas del Código Civil sobre personas con enfermedad mental. El nuevo artículo responde al marco conceptual de la Convención de la ONU y parece presuponer que cualquier restricción a la capacidad de hecho es una forma de menoscabo de la autonomía personal que debe ser limitada al máximo. En realidad, como siempre lo ha sostenido la doctrina, tal incapacidad no tiene por finalidad un menoscabo o la discriminación de la persona con enfermedad mental, sino su protección. Por supuesto que es positivo avanzar en una más flexible y proporcionada regulación de esta institución de la incapacidad. Pero ciertamente las reformas introducidas por la ley 26.657 son insuficientes en este punto y no ayudan a clarificar la aplicación del Código.

#### b) Otras normas no modificadas

Por otra parte, la ley 26.657 ha perdido la oportunidad de reformar el art. 54 del cód. civil en al menos dos aspectos: por un lado, en la cuestión terminológica y eliminar la expresión "dementes"; por el otro, en la cuestión de fondo definiendo la situación de capacidad de las personas con enfermedad mental, quienes luego de las reformas introducidas a través del art. 152 ter han dejado de ser incapaces absolutos de hecho. La reforma terminológica también debía realizarse en todo el articulado del Código, tal como fuera hecho en proyectos anteriores sobre la temática(11) y en derecho comparado, procurando evitar el uso de "cualquier terminología que pueda considerarse discriminatoria, ofensiva o socialmente peyorativa"(12).

También se perdió la oportunidad de considerar lo relativo a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, sobre los cuales ya se ha señalado que "es unánime la posición en doctrina en el sentido de que esta causal de interdicción debe desaparecer de nuestro ordenamiento, por resultar francamente contraria a cuanto hoy en día las ciencias enseñan acerca de las patologías que afectan el oído y el habla. Sin menoscabo de la buena voluntad y seriedad científica con que el codificador introdujera este criterio, su mantenimiento hoy es discriminatorio y falto de razón valedera. Con razón lo eliminó el último proyecto de reformas al Código Civil"(13).

#### c) Capacidad jurídica y autonomía personal

En el nuevo art. 152 ter se introduce el concepto de "autonomía personal", que es propio de la antropología y no tiene alcances precisos en el marco del Código Civil. El concepto de "autonomía" aparece también en el art. 29 de la ley 26.657 cuando se trata el tema de las internaciones y se dispone: "A los efectos de garantizar los derechos humanos de las personas en su relación con los servicios de salud mental, los integrantes, profesionales y no profesionales del equipo de salud son responsables de informar al órgano de revisión creado por la presente ley y al juez competente, sobre cualquier sospecha de irregularidad que implicara un trato indigno o inhumano a personas

bajo tratamiento o limitación indebida de su autonomía".

El concepto de autonomía personal se encuentra en el Preámbulo de la Convención de la ONU (ley 26.378) en el inc. n): "Reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones" y la autonomía es considerada el primer principio en el art. 3º de esa Convención: "a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas". Sin embargo, como hemos visto, en el art. 12 referido a la capacidad jurídica y su ejercicio no se menciona la palabra "autonomía".

La referencia a la autonomía en el art. 152 ter del cód. civil parece querer reforzar la presunción de capacidad de la que habla el art. 3º de la ley 26.657 y a la que ya hemos hecho referencia. Pero no alcanza a resolver el problema aquí planteado e introduce un concepto distinto, no definido jurídicamente y que agrega confusión al nuevo panorama civil.

5

Interdicción judicial y las funciones y actos que se pueden limitar

a) La interdicción judicial y las reglas generales sobre actos de las personas con enfermedad mental

Como hemos visto, en principio, la nueva disposición del art. 152 ter resulta compatible con el sistema de inhabilitación, pero altera significativamente el sistema de incapacidad absoluta de hecho. Un aspecto conflictivo de la nueva norma lo constituye el mandato dirigido al juez en el sentido que precise "las funciones y actos que se limitan".

En el actual sistema del Código Civil, que no fue reformado, respecto de los actos de las personas declaradas incapaces, se distingue entre los que fueron celebrados antes de la declaración y los que fueron celebrados luego de la declaración. Así surge de los arts. 472 y 473:

"Art. 472. Si la sentencia que concluya el juicio, declarase incapaz al demandado, serán de ningún valor los actos posteriores de administración que el incapaz celebrare".

"Art. 473. Los anteriores a la declaración de incapacidad podrán ser anulados, si la causa de la interdicción declarada por el juez, existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados. Si la demencia no era notoria, la nulidad no puede hacerse valer, haya habido o no sentencia de incapacidad, contra contratantes de buena fe y a título oneroso".

Pues bien, con el nuevo art. 152 ter queda claro que el art. 472, en tanto dispone la nulidad de los actos celebrados luego de la declaración, debe considerarse como aplicable a los actos (y funciones) que el juez explícitamente haya limitado.

En cuanto al art. 473, la cuestión es más problemática. Por un lado, la presunción de capacidad fijada por el art. 3º de la ley 26.657 es convergente con la presunción de validez de los actos. Sin embargo, el art. 473 incorpora un elemento de valoración distinto, cual es la publicidad de la enfermedad, y ello se vincula, lógicamente, con la seguridad jurídica y la actuación de los terceros de buena fe y a título oneroso.

Un ulterior aspecto a considerar es que para la eventual anulación de los actos anteriores a la declaración habrá que ver si en la misma declaración judicial se "limitó" ese acto o función al enfermo mental, pues si el juez no lo indicó como un acto "limitado", entonces difícilmente se pueda alegar la nulidad con anterioridad a la declaración.

## b) El régimen de curatela

Las personas que son declaradas incapaces absolutos de hecho son representadas por un curador nombrado judicialmente. Con relación al funcionamiento de la curatela, disponen los arts. 62 y 475:

"Art. 62. La representación de los incapaces es extensiva a todos los actos de la vida civil, que no fueren exceptuados en este Código".

"Art. 475. Los declarados incapaces son considerados como los menores de edad, en cuanto a su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces".

El art. 62 resulta afectado por el nuevo art. 152 ter, ya que ahora la representación de los incapaces será extensiva sólo a los actos que el juez señale en su sentencia. Además, tenemos que tener en cuenta la enumeración de actos contenida en el inc. 5º de la Convención de la ONU, particularmente cuando afirma que se debe garantizar el derecho de las personas con discapacidad a "controlar sus propios asuntos económicos". En lo que concierne a esos actos, por su particular importancia, las medidas restrictivas deberán contar con una mayor justificación y habrá que adoptar mecanismos de supervisión y control para evitar los abusos.

En el contexto del análisis que estamos llevando adelante, estos artículos introducen una nueva dificultad en la tarea de determinar en concreto en qué consiste el régimen de capacidad de los enfermos mentales luego de la ley 26.657. Si estas personas son en principio capaces, ¿el curador es un representante?; ¿es el régimen de tutela de los menores el adecuado para resolver las cuestiones particulares que plantea la representación de los interdictos en este nuevo contexto?

En primer lugar, no parece fácil, a la luz de las nuevas disposiciones legales, asimilar a las personas a las cuales les es limitada su capacidad en virtud de padecer alguna enfermedad mental con los menores. Mientras que los menores siguen claramente siendo regidos por el principio de incapacidad, con ciertas excepciones previstas por la ley, los declarados dementes serían en principio capaces, salvo los actos en concreto para los cuales se los declare incapaces.

En segundo lugar, la remisión que efectúa dicho artículo al régimen de la tutela parece en alguna medida inconsistente con los postulados de la nueva legislación. A modo de ejemplo, el art. 411 establece: "El tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles: gestiona y administra solo. Todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad". Este texto no parece compatible con un régimen de representación limitado. Con relación a este último punto, podemos concluir que si bien las normas comprendidas en los títulos VII a XII, Sección II, Libro I del Código Civil, no son enteramente incompatibles con las disposiciones de la ley 26.657, por cuanto en general se refieren a cuestiones que hacen a reglas sobre la designación, discernimiento y administración de la tutela, hubiera resultado conveniente una revisión detallada con el fin de proveer un marco normativo que se adapte mejor al diverso estatus jurídico planteado para los interdictos por causa de enfermedad mental.

En definitiva, luego de las reformas de la ley 26.657, si interpretamos que tanto en los inhabilitados como en los incapaces por enfermedad mental la regla es la capacidad con las restricciones que se fijan en la sentencia (cfr. arts. 3º, ley 26.657, y 152 ter, cód. civil), cabe concluir que la principal diferencia que subyace entre los institutos de la inhabilitación y la interdicción es la función del curador. Mientras que en la inhabilitación el curador es un asistente y la persona afectada debe manifestar su voluntad en los casos limitados, en el caso de la incapacidad el curador actúa como representante y no se tomará en cuenta la voluntad de la persona con enfermedad mental(14).

### c) Interdicción y patria potestad

La relación entre el régimen de protección de los mayores que padecen alguna enfermedad mental y el régimen de patria potestad es regulada por los arts. 309 y 480, que establecen respectivamente:

"Art. 309. El ejercicio de la autoridad de los padres queda suspendido mientras dure la ausencia de los padres, judicialmente declarada conforme a los arts. 15 a 21 de la ley 14.394. También queda suspendido en caso de interdicción de alguno de los padres, o de inhabilitación según el art. 152 bis, incs. 1º y 2º, hasta que sea rehabilitado, y en los supuestos establecidos en el art. 12 del cód. penal".

"Art. 480. El curador de un incapaz que tenga hijos menores es también tutor de éstos".

De esta forma, aun luego de la reforma de la ley 26.657, vemos que se mantiene la pauta que establece que una vez declarada la demencia se produce la suspensión de pleno derecho del ejercicio de la patria potestad. El art. 480 se limita a establecer la identidad del curador del insano y la de sus hijos menores, privados de representación por la situación jurídica que genera la declaración de demencia. No hay aparentemente una contradicción en este sentido con el art. 152 ter que deba ser resaltada, ya que, como surge de la propia redacción, el art. 309 es aplicable desde antes de la reforma tanto a los interdictos como a los inhabilitados del régimen del art. 152 bis que por definición son capaces.

no obstante, se plantea la cuestión de si, en el espíritu de la nueva legislación, estos artículos no debieron haber sido revisados. En el contexto de la ley 26.657, parecería que la privación del

ejercicio de la patria potestad no debería en el caso de la inhabilitación o interdicción surgir inmediatamente de la propia declaración judicial, requiriéndose que la misma sea específicamente establecida en la sentencia(15).

En este sentido, para el análisis de esta cuestión, corresponde remitirse a las pautas establecidas por el art. 23 de la Convención de la ONU que establece que los Estados Partes deben garantizar "los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos" (art. 23, inc. 2º).

Esta directiva, que integra nuestro derecho positivo vigente, no parece indicar que la privación del ejercicio de la patria potestad por causa de enfermedad mental se encuentre prohibida en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados Partes. Sin embargo, parece también razonable decir que, no obstante ello, la privación ipso facto de dicho derecho-deber por el solo hecho de la declaración judicial de inhabilitación o incapacidad no se ajusta plenamente a estas disposiciones. Parecería más adecuado que, sobre la base de un análisis a posteriori y en concreto de cada situación, el juez establezca los alcances de la restricción al ejercicio de la patria potestad, teniendo en mira no sólo los derechos de la persona que padece una enfermedad mental, sino por sobre todo haciendo primar el interés superior del menor. En conclusión, creemos que esta cuestión no aparece claramente resuelta por la ley 26.657, y puede dar margen a discusiones al momento de su aplicación.

#### d) Interdicto y testamento

Existe incluso desde antes de la reforma una controversia sobre la posibilidad de otorgar testamento en intervalos de lucidez o cuando hubiere remisión o curación de la enfermedad sin que se haya producido la rehabilitación judicial, centrada en la interpretación de los siguientes artículos:

"Art. 3615. Para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón. Los dementes sólo podrán hacerlo en los intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces".

"Art. 3616. La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo

contrario. Al que pidiese la nulidad del testamento, le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones; pero si el testador algún tiempo antes de testar se hubiese hallado notoriamente en estado habitual de demencia, el que sostiene la validez del testamento debe probar que el testador lo ha ordenado en un intervalo lúcido".

Estos artículos han dado lugar a una enorme controversia en doctrina(16), y no fueron reformados por la nueva ley de salud mental, presentando, en consecuencia, una dificultad para la interpretación del régimen vigente en la materia. Es evidente que para la celebración del testamento se requiere que el mismo sea realizado con discernimiento. Pero es también claro que la nueva legislación consolida el abandono del paradigma que identificaba la enfermedad mental con la ausencia de discernimiento y, por lo tanto, la declaración judicial de incapacidad por causa de una enfermedad mental no puede ser considerada como prueba irrefutable de la ausencia de discernimiento. Por otra parte, el principio que rige luego de la reforma a los interdictos en virtud de enfermedad mental es el de capacidad.

Por tal motivo, debemos decir que, en principio, y salvo que se haya establecido en la sentencia de interdicción la incapacidad para testar, el interdicto, goza de capacidad para dar testamento. La inclusión del art. 152 ter en este contexto refuerza el criterio doctrinario que sostiene que los arts. 3615 y 3616 se refieren exclusivamente a los dementes de hecho, y están referidos al discernimiento como recaudo para la validez del acto jurídico y no a la capacidad(17). El declarado interdicto se regirá por las normas particulares de capacidad que establezca su sentencia, y en ausencia de dicha limitación a su capacidad sobre este punto, para declarar la nulidad del acto, deberá probarse que el mismo ha sido celebrado en ausencia de discernimiento, remitiéndose a las normas generales que rigen la materia.

6

Implicaciones de la nueva ley en cuestiones de procedimiento

a) Adecuación pendiente de normas procesales

El art. 152 ter introduce en su primera parte una nueva pauta procesal con el objetivo de resguardar los derechos que establece el Código de fondo al establecer: "Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias...". La necesidad de pluralidad de profesionales

intervinientes en el proceso para otorgar su dictamen sobre la situación del presunto insano ya se encontraba prevista en el Código Civil en los arts. 142 y 143. La novedad reside en el requisito de interdisciplinariedad de los profesionales dictaminantes. En este sentido, ya se ha señalado que resultaba "necesario aggiornar el "juicio de insania" para que la concepción interdisciplinaria que proclama se haga realidad en forma efectiva en todos los procesos sobre la capacidad. Sin dudas, una forma importantísima para enriquecer la mirada forense sobre la persona que debe contar con un adecuado cauce procesal"(18).

Entendemos que, en sentido estricto, lo que busca la ley 26.657 es promover la desmanicomialización de la enfermedad mental(19), y que el acercamiento a estos problemas, tanto en cuanto se refiere al aspecto más desarrollado de la internación, como con relación a las restricciones a la capacidad de hecho que nos ocupan en este trabajo, no recaiga exclusivamente bajo la óptica de análisis de la psiquiatría, abriendo la posibilidad de integrar en el proceso de determinación del régimen de capacidad a profesionales provenientes de otras disciplinas.

Resulta claro, también, que para participar en este equipo interdisciplinario la diversidad de disciplinas no resulta suficiente, sino que la disciplina que se integre debe tener un objeto de estudio relevante para abordar la problemática. Como pauta interpretativa, el art. 8º de la ley 26.657 establece en cuanto se refiere a la modalidad de abordaje de los problemas vinculados con las enfermedades mentales: "Debe promoverse que la atención en salud mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente. Se incluyen las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes".

Desde la perspectiva del derecho civil, el objeto de la evaluación de "facultativos" sigue siendo determinar la presencia de "enfermedad mental", que acarrea una "falta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes" (conf. art. 141, cód. civil). Ello sigue vigente y constituye el contenido concreto del examen al que hace referencia el nuevo art. 152 ter. La dificultad puede plantearse por las diversas disciplinas que convergen en el examen y pareciera necesario que al menos uno de los facultativos sea médico psiquiatra con el fin de diagnosticar la presencia de enfermedad mental.

Por su parte, el art. 143 del cód. civil establece: "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". Ya hicimos referencia a la necesidad de reformar el art. 54 del cód. civil. También aquí enfrentamos el mismo problema. Este art. 143 debió haber sido reformado para rectificar las deficiencias de un texto arcaico superado por los avances actuales de la psiquiatría.

En síntesis, cabría entender que en el estado actual de la cuestión, el dictamen previsto en los arts. 142 y 143 del cód. civil y el art. 631 del cód. procesal civil y comercial de la Nación debe ser hecho por un equipo integrado por al menos un médico psiquiatra, cuya opinión resulta imprescindible pero no excluyente de otros enfoques, con participación de otros facultativos provenientes de las disciplinas comprendidas en los términos del art. 8º de la ley 26.657. De todas formas, entendemos que hubiera sido deseable que esta cuestión fuera resuelta directamente mediante la adecuación de las normas del Código Procesal.

b) La legitimación activa para promover las declaraciones de interdicción y su necesaria revisión

En un contexto de revisión integral de las normas que rigen la capacidad de las personas que sufren algún tipo de enfermedad mental que impida el normal desarrollo de su vida de relación, entendemos que el legislador ha olvidado resolver en este punto algunas cuestiones planteadas con relación a la legitimación activa para requerir la interdicción del presunto enfermo mental.

Las graves consecuencias que provoca en materia de capacidad la declaración y el menoscabo moral que genera en la persona afectada, que han llevado a la doctrina a considerar la enumeración como de carácter taxativo(20), ameritaban en esta oportunidad una revisión del número cerrado de personas a las cuales la ley le reconoce la facultad de instar el proceso.

En tal sentido, tal como está redactado el intacto art. 144, pueden pedir la declaración de demencia: "1º. Cualquiera de los cónyuges no separado personalmente o divorciado vincularmente. (Inciso sustituido por art. 1º de la ley 26.618, B.O. 22-7-10); 2º Los parientes del demente; 3º El Ministerio de Menores; 4º El respectivo cónsul, si el demente fuese extranjero; 5º Cualquier persona del pueblo, cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos".

En primer lugar, en el espíritu seguido por la nueva legislación, hubiera sido conveniente reconocer el derecho del propio enfermo mental a requerir su propia inhabilitación. Esta facultad no reconocida por el Código resulta evidente, ya que desde los principios generales no puede desconocerse la capacidad de accionar al principal interesado del resultado del proceso(21). Además, hay que tener en consideración que los avances de la psiquiatría desde la época de la redacción del Código 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(22).

Con relación al supuesto de los inhabilitados del art. 152 bis, ya se había reconocido que "el propio sujeto interesado posee legitimación para requerir su inhabilitación o rehabilitación"(23), consideración que sería razonable extender al supuesto de los interdictos con el alcance que tiene el actual art. 152 ter.

Si bien es cierto que, conforme principios fundamentales del derecho, la omisión por parte del legislador no podría tener el efecto de impedir la promoción de estas acciones por parte del propio interesado, hubiera sido deseable su inclusión en la nómina del art. 144, siguiendo el criterio de códigos más modernos en esta cuestión(24) y ya contemplado en el art. 28 del proyecto de cód. civil de 1998.

En otro orden de ideas, entendemos que debió haber sido eliminado el inc. 4º que reconoce el derecho de pedir la declaración de demencia al respectivo cónsul si el demente fuera extranjero. Este precepto es criticado por la generalidad de la doctrina, considerado como anacrónico e injustificado, ya que tanto los nacionales como los extranjeros son objeto de idéntica tutela por parte del Ministerio de Menores, ha sido eliminado en los proyectos de reforma del Código Civil y en idéntico sentido se ha pronunciado el Primer Congreso Nacional de Protección al Enfermo Mental(25).

Similares críticas ha recibido el inc. 5º del art. 144(26), entendiéndose que instituye una legitimación que se aparta del principio que debe regir a la declaración de incapacidad como una medida de protección del propio incapaz, al buscar su fundamento en la preservación de la tranquilidad pública frente a una alteración generada por un "demente furioso". Más allá de reiterar la desacertada omisión del legislador en la adecuación de los términos a los avances actuales de las ciencias mediante el empleo de terminologías menos estigmatizantes, es importante señalar que 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(27).

### c) Publicidad de las sentencias de incapacidad

Se ha señalado en doctrina el dilema que en esta materia se presenta entre la protección de los derechos de la persona afectada por una enfermedad mental y los derechos de terceros de buena fe que puedan verse afectados por las declaraciones de nulidad de los actos celebrados por los primeros(28). Sobre este tema, en el marco de este dilema presentado entre seguridad dinámica y seguridad estática, podemos decir que, estando en juego 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. Es decir 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 la seguridad jurídica no puede ser completamente dejada de lado. Especialmente, cuando los conflictos de derecho pueden ser limitados mediante la implementación de un adecuado régimen registral. Se ha señalado que un sistema gradualista y flexible como el propuesto por la nueva ley de salud mental requiere un adecuado sistema de publicidad y registro de las resoluciones judiciales que afectan la capacidad de hecho de las personas(29). La ley 26.657 no aborda el tema, dejando sin resolver una cuestión fundamental de orden práctico, dificultando la posibilidad de conocer el alcance concreto de las sentencias en la materia y de los límites establecidos con criterio estricto a la capacidad de las personas. En tal sentido, hubiera sido deseable que, siguiendo propuestas anteriores en la materia, la publicidad se cumpliera mediante un sistema de registro único a nivel nacional a cargo del Registro Nacional de las Personas(30), 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 doctrina(31).

#### d) 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, cabe preguntarse si la presunción de capacidad establecida en el art. 3º debe interpretarse como extensiva a la persona sometida a un proceso judicial de interdicción. Nuevamente, aquí queda abierto el interrogante interpretativo, a partir de la insuficiencia de la ley 26.657.

#### e) La situación de las personas declaradas incapaces con anterioridad a la ley 26.657

Dispone el art. 481 del cód. civil: "La obligación principal del curador del incapaz será cuidar que recobre su capacidad, y a este objeto se han de aplicar con preferencia las rentas de sus bienes".

La norma impone al curador del incapaz la obligación legal de guiar su actuación en pos del objetivo de la plena capacidad. Ahora bien, a la luz del nuevo art. 152 ter, surgen dos cuestiones

interpretativas.

Por un lado, en las declaraciones judiciales posteriores a la ley 26.657, los curadores no sólo tendrán precisadas sus funciones (con los problemas interpretativos antes señalados), sino que también tendrán esta obligación de procurar el recupero de la plena capacidad. A tal fin, la revisión periódica mandada por el art. 152 ter del cód. civil operará como una ayuda para este proceso de recuperación.

Por otro lado, corresponde analizar la nueva norma en su proyección sobre las personas declaradas incapaces absolutos de hecho con anterioridad a la ley 26.657. Recordemos que el art. 3º del cód. civil dispone en su primera parte: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes...".

A la situación de las personas con declaración judicial de incapacidad absoluta de hecho ciertamente se le debe aplicar la nueva ley. Ello proyecta efectos sobre diversos aspectos. En lo que concierne al art. 481, nos preguntamos si no será obligación de todos los curadores de las personas declaradas judicialmente como incapaces de hecho por enfermedad mental instar un proceso tendiente a determinar la extensión de la incapacidad de su representado y a que se fije un plazo de duración de la misma, en los términos del nuevo art. 152 ter.

7

## Conclusiones

Ciertamente, la ley 26.657 tiene un amplio campo de aplicación y una compleja trama en lo que concierne a la problemática de las personas con enfermedad mental. En este breve comentario, hemos querido detenernos en sus proyecciones sobre el sistema de capacidad civil de hecho.

En síntesis, debemos afirmar nuestra aprobación a la intención de flexibilizar de manera proporcionada el sistema de incapacidad previsto en el Código. Sin embargo, expresamos nuestra perplejidad por la insuficiencia con que la ley 26.657 ha tratado el instituto de la capacidad jurídica de los enfermos mentales. La Convención de la ONU sobre las personas con discapacidad

mandaba una revisión integral de la legislación referida al ejercicio de la capacidad y, sin embargo, la ley 26.657 introdujo una reforma insuficiente y confusa. En la nueva ley se trata exhaustivamente el problema de las estrategias terapéuticas y los sistemas de internación, pero se ha desatendido la crítica cuestión de la capacidad civil. Pareciera que no se quiso abordar una reforma integral del Código Civil y se optó por introducir una norma sin cobrar dimensión de los alcances de esa "pequeña" modificación.

En esta serie de equívocos terminológicos y conceptuales que se han generado a partir de la nueva ley, 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". Desde la perspectiva civilista, la ley 26.657 manifiesta muy buenos propósitos pero una debilidad jurídica, y esperamos que pronto se repare esta situación.

8

#### Bibliografía

Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Parte general, 13ª ed., t. 1.

De Lorenzo, Miguel F., Aspectos problemáticos del régimen de los actos patrimoniales celebrados por insanos, LL, 2008-F-769.

Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil. Parte general, 12ª ed., Perrot, t. 1.

Martínez Alcorta, Julio A., Primera aproximación al impacto de la nueva Ley Nacional de Salud Mental en materia de capacidad civil, La Ley, Sup. Act., 7-12-10.

Pagano, Luz M., Las internaciones involuntarias en la Ley de Salud Mental 26.657, El Derecho, nº 12.690, 11-2-11.

Rabinovich-Berkman, Ricardo D., Quebrar la bipolaridad. Dictamen favorable al nuevo régimen de incapacidad por razones patológicas, LL, 2005-F-1528.

Rivera, Julio C., Instituciones de derecho civil. Parte general, LexisNexis, t. I.

Taiana de Brandi, Nelly A., La discapacidad y sus grados, La Ley, Sup. Act., 10-7-07.

Tobías, José W., Derecho de las personas. Instituciones de derecho civil. Parte general, Buenos Aires, La Ley, 2009.

voces: insania - bioética - tratados y convenios - inhabilitación - capacidad - actos y hechos jurídicos - curatela - patria potestad - sucesión - proceso - legitimación - publicidad - sentencia

**(1)** El Doctor Jorge N. Lafferrière es Profesor protitular de Principios de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina y docente de Elementos de Derecho Civil de la Facultad de Derecho Civil (UBA).

**(2)** El Doctor Carlos miñiz es Profesor asistente de Principios de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina y docente de Elementos de Derecho Civil de la Facultad de Derecho Civil (UBA).

**(3)** El primer comentario desde el derecho civil corresponde a Martínez Alcorta, Julio A., Primera aproximación al impacto de la nueva Ley Nacional de Salud Mental en materia de capacidad civil, La Ley, Sup. Act., 7-12-10, pág. 1. Sobre el tema de la internación, ver Pagano, Luz M., Las internaciones involuntarias en la Ley de Salud Mental 26.657, El Derecho, nº 12.690, 11-2-11, pág. 1.

**(4)** Rabinovich-Berkman, Ricardo D., Quebrar la bipolaridad. Dictamen favorable al nuevo régimen de incapacidad por razones patológicas, LL, 2005-F-1528; Taiana de Brandi, Nelly A., La discapacidad y sus grados, La Ley, Sup. Act., 10-7-07; Tobías, José W., Derecho de las personas. Instituciones de derecho civil. Parte general, Buenos Aires, La Ley, 2009, pág. 284.

**(5)** En adelante, Convención de la ONU.

- (6)** Cabe preguntarse si la omisión de remisión a la Convención de la ONU sobre las personas con discapacidad fue deliberada, pues tampoco puede considerarse incluida esta Convención en el art. 1º de la ley, pues refiere a "los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos pueden establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires". Una posible explicación es que el proyecto de Gorbacz reconoce su antecedente en un proyecto presentado en 2007 y, aunque la Convención es de 2006, recién fue aprobada por la Argentina en junio de 2008. Adviértase que el art. 1º tampoco remite al Código Civil ni a ninguna ley nacional.
- (7)** En su comentario a la ley 26.657, Martínez Alcorta señala que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad obliga al país "a adecuar su legislación conforme a sus directrices basadas en la construcción social de la discapacidad. La flamante ley de Salud Mental es el primer gesto legislativo concreto que da a luz nuestro Congreso para ello" (Martínez Alcorta, Julio A., Primera aproximación..., cit.).
- (8)** Rivera, Julio C., Instituciones de derecho civil. Parte general, t. I, Lexis nº 9233/008983.
- (9)** Sobre los alcances de los términos, podemos constatar que en la ley 26.657 sólo se utiliza el término "discapacidad" una vez, en el art. 10 referido al consentimiento informado: "Por principio rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley. Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir la información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión". Se advierte que en esta redacción es tomado como sinónimo de persona con enfermedad mental.
- (10)** Adviértase que la nueva ley no recurre a la clasificación entre actos de administración y disposición, sino que habla de "limitar" funciones y actos.
- (11)** Conf. Rabinovich-Berkman, Ricardo, Quebrar la bipolaridad..., cit.
- (12)** Tobías, José, Derecho de las personas..., cit., pág. 296.
- (13)** Rabinovich-Berkman, Ricardo D., Quebrar la bipolaridad..., cit.
- (14)** Podría plantearse, eventualmente, un reclamo para que el representante escuche las "preferencias" de la persona con enfermedad mental en función de lo dispuesto por el art. 12, inc. 4º, de la Convención de la ONU ya citada.
- (15)** La patria potestad puede ser considerada una "función" en los términos del art. 152 ter.
- (16)** Rivera, Julio C., Instituciones de derecho civil..., cit., nº 490.
- (17)** Ídem.
- (18)** Martínez Alcorta, Julio, Primera aproximación..., cit.
- (19)** Conf. discurso del diputado Gorbacz insertado en la versión taquigráfica de la sesión de la Cámara de Diputados del 14-10-09.
- (20)** Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil. Parte general, 12ª ed., Perrot, t. 1, pág. 527, nº 750; Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Parte general, 13ª ed., t. 1, pág. 487, nº 532; Tobías, José, Derecho de las personas..., cit., pág. 227.
- (21)** Rivera, Julio, Instituciones de derecho civil..., cit., nº 471.
- (22)** Tobías, José, Derecho de las personas..., cit., pág. 228.
- (23)** XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional Santo Tomás de Aquino, Tucumán, 1993, Comisión Nº 1, nº 11 de lege lata.
- (24)** 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...".
- (25)** Anteproyecto Bibiloni, nota al art. 164; Proyecto de 1936, art. 47; Anteproyecto de 1954, nota al art. 88; Proyecto de Código Civil de 1998, art. 28. Ver Rivera, Julio, Instituciones del derecho civil..., cit., nº 469.
- (26)** Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil..., cit., nº 749, pág. 527; Tobías, José, Derecho de las personas..., cit., pág. 233.
- (27)** 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., Buenos Aires, Hammurabi, 1997 (citado por Tobías, José, Derecho de las personas..., cit.). A favor del inc. 5º, ver Borda, Guillermo, Tratado de derecho civil..., cit., nº 530, pág. 487.

**(28)** De Lorenzo, Miguel F., Aspectos problemáticos del régimen de los actos patrimoniales celebrados por insanos, LL, 2008-F-769.

**(29)** Tobías, José, Derecho de las personas..., cit., pág. 286.

**(30)** Taiana de Brandi, Nelly, La discapacidad y sus grados..., cit.

**(31)** Tobías, José, Derecho de las personas..., cit., pág. 286.