



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

2014

“Parámetros para la sentencia a la luz de la nueva ley de Salud Mental”

Tutor: Dutto, Ricardo J.

Alumna: Cámara, Melisa Belén

Título al que aspira: Abogada

Fecha de presentación: febrero del año 2014

Dedicatorias y agradecimientos.

Son demasiadas las personas que intervinieron en el recorrido de mi vida, mi familia, amigos y amigas, mis sobrinos a quienes amo y mis animales que comparten mi vida a diario.

También a quienes me han permitido conocer distintas formas de investigación, como así también participar de diferentes Charlas, como el del Dr. Marcelo Molina quien es Juez del Tribunal Colegiado de la 5° Nominación, de la Dra. María José Diana, Juez del Tribunal Colegiado de la 3° Nominación. Al señor Leonardo Gorzbac quien amablemente, acepto dar una entrevista vía online, y quien fue uno de los creadores de esta ley, a Lucrecia Di Paolo, y Constanza Cámara, ambas psicólogas quienes han sabido darme algunas respuestas, a mi tutor de trabajo final el Dr. Ricardo Dutto, Juez del Tribunal Colegiado de la 5° Nominación.

Dedicado a quienes amo.

1.- **Resumen.**

El tema es: “Parámetros para la Sentencia a la luz de la nueva Ley de Salud Mental” y pertenece al área del Derecho Privado, en particular al Derecho de Familia.

Los temas que se abordarán serán: en el Capítulo I: la Ley Nacional de Salud Mental Nro. 26.657, una breve introducción, antecedentes, derecho comparado, la noción de Salud Mental, terminología de padecientes, entre otras, y conclusión.

En el Capítulo II: la Incorporación del Artículo 152 ter, también una introducción, nociones del régimen de capacidad e incapacidad, la capacidad gradual, especificación por parte del juez, comentarios doctrinarios, el comparativo con el proyecto de reforma al código civil y comercial del año 2012, la publicación de las sentencias y su registro, y la pertinente conclusión.

Capítulo III: el equipo interdisciplinario, su concepto, las facultades del equipo interdisciplinario y de los jueces, opiniones doctrinarias, el dictamen, fallos jurisprudenciales y conclusión.

Luego en el Capítulo IV: el tema es el límite temporal de la sentencia de interdicción, su introducción, los efectos de la sentencia, el límite temporal del Art. 152 ter en la sentencia, comentarios doctrinarios, jurisprudencia atinente actual y su conclusión.

Por último las conclusiones finales, propuestas, y bibliografía general y en particular.

2.- **Estado de la cuestión.**

El sistema de Salud Mental al menos aquí en la provincia de Santa Fe, se hallaba legislado en por la Ley Provincial 10.772 del año 1991. Luego de la sanción de la Ley Nacional 26.657 se aplica esta misma dado su ámbito a nivel nacional, de donde surge también la incorporación del artículo 152 ter al Código Civil y Comercial de la Nación, mediante el cual se transforma el binomio de Capacidad/Incapacidad en el de Capacidad Gradual.

Este tema ha sido tratado por autores en la materia, acerca de la necesidad de reformular pautas que venían de demasiado tiempo y que ya resultaban poco felices y

desfavorables para aquellos que sufren algún tipo de padecimiento en la salud mental y adicciones.

También y como se muestra a lo largo del trabajo fue recogido este tema por la jurisprudencia, tanto en un sentido favorable a la misma como en la inconstitucionalidad del art. 152 ter.

Amplias fueron las críticas a la misma, pero se logra legislar, contando también con su respectivo Decreto Reglamentario, Pautas, y Planes nacionales.

A nivel internacional, todos los países tienden a la misma línea que se enmarca con esta ley 26.657.

3.- **Marco teórico.**

Las nociones y conceptos que se desarrollaran son:

- La nueva noción de Salud Mental,
- La capacidad gradual, frente a la aplicación del artículo 152 ter.
- Noción de padecientes mentales.
- La actividad jurisdiccional, y su alcance,
- Límite temporal de la sentencia,

Estos temas desde el ángulo de la ley de salud mental 26.657 y en consonancia con las opiniones a favor y también desde el ángulo de los detractores a la ley 26.657 tratando de aportar conceptos superadores de las mismas.

4.- **Introducción.**

El sentido de llevar a cabo este trabajo es poder aclarar algunas proposiciones y demás dichos referentes a la incorporación de la ley las cuales denotan problemáticas y tratar de brindar desde este ángulo una fundamentación que en pos de lo positivo y para ello será necesario remarcar aquellas posturas de los detractores de la ley, por supuesto en un campo acotado referente a aquellos tópicos que involucran el campo jurídico. El tema en sí mismo cobra relevancia frente a todos los parámetros que conlleva tener presentes tanto para el juzgador como para los efectores del campo de la Salud tanto públicos como privados, y es un camino que involucra, personas llamadas en este trabajo padecientes, sus familiares, la figura del curador, la sociedad y su mirada, su incidencia, los organismos de control y de aplicación como es por ejemplo el

Ministerio de Salud de la Nación, el Ministerio Público de la Defensa, la Superintendencia de Servicios de Salud, el sistema legal vigente, el anterior, la ley 26.657, etc. Todo ello justificado frente al cambio de paradigma que ha generado la incorporación de esta ley a nivel nacional.

Los problemas son variados y entre alguno de ellos podríamos mencionar: en principio cual es la postura y criterio de los detractores de la ley 26.657 frente a la adecuación de las nuevas proposiciones contenidas en la nueva ley, los esquemas preestablecidos para fallar y su recorrido hasta la sentencia, y luego de ella, su extensión temporal, el detalle en la sentencia, sistema de capacidad actual, la situación del padeciente, etc.

El texto de la nueva ley de Salud Mental plantea un cambio de paradigmas de donde se solventaron a lo largo del tiempo para proceder tanto en cuanto a la declaración de incapacidad como de inhabilitación. Un primer planteo es la incorporación del artículo 152 ter al Código Civil, sosteniendo una reforma sustancial en cuanto a la incorporación de un equipo interdisciplinario, por el cual será necesario precisar si tal dictamen es o no determinante para el juez, como parece explicar el precitado artículo. Siguiendo con las incorporaciones hablamos de una nueva categoría de capacidades llamadas “graduales”, quedarían derogados los artículos que se contraponen en nuestro ordenamiento? El juez deberá especificar los actos que puede y no realizar la persona ya no se hablaría de una incapacidad genérica. Otra de las proposiciones está dada por las facultades del equipo interdisciplinario, cuerpo de facultativos a los que estaría permitido dar el alta del paciente y permisos, sin entrar en detalles de otras facultades que le son otorgadas que se especificaran en el desarrollo del trabajo. Importante es determinar la labor del juez, sería solo posterior?, que valor obtiene su autorización? Otro de los conflictos aparecería en cuanto al choque de modelos, psiquiatría versus desmanicomialización que plantea en su art. 28 la ley y demás que en aras de realizar un trabajo en detalle no podré abarcar. Otra reforma no menos importante es en base a la sustitución de la persona afectada, y la incorporación de su abogado, se trataría de un apoyo y no de n aportado opiniones y críticas que se trataran de ir fundamentando en pos de brindar una opinión favorable a la ley y sus incorporaciones en contra de los detractores.

En base a la aplicación de la nueva ley se estaría reivindicando la figura de la capacidad del paciente o persona afectada y sus derechos, de acuerdo al concepto que se brinda en la ley y más precisamente en el art. 7 inc n) “Derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable”; de la ley 26.657 y no como

condición impuesta de por vida, intentando reforzar esto con el equipo interdisciplinario, la necesaria especificación de los actos q no tendría permitidos, etc. Todo ello con un marco legislativo acorde, la ley 26.657 y su decreto reglamentario N° 603/13, la jurisprudencia que echa mano a la realidad y genera pinceladas necesarias para poder funcionar y la doctrina que culmina puliendo todos los conceptos allí dados.

Objetivos.

Objetivos Generales.

Poner de manifiesto la incorporación de las nuevas modalidades en el campo de la salud mental, su interdicción o inhabilitación, las incapacidades que conlleva, la función de los jueces y el equipo interdisciplinario.

Objetivos Específicos.

- a.- Lograr que desde el aporte realizado se puedan sumar conclusiones atinentes a darle cause a su puesta en práctica.

- b.- Describir las opiniones doctrinarias sobre el tema y jurisprudencia aferrándonos a la ley 26.657.

- c.- Analizar el texto legal y la realidad de su aplicación.

Capítulo I

LEY NACIONAL DE SALUD MENTAL NRO. 26.657

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Ley 26.657 noción. Antecedentes. Documentos internacionales. Derecho Comparado 3. Su estructura. Objetivos; Ámbito de aplicación. 4. Noción de Salud Mental; Padecientes. 5. Conclusión

1. Introducción

Comenzaré con el recorrido que tuvo esta ley para salir a la luz, cuáles son sus antecedentes, conceptos, en qué documentos se han apoyado, sus planteos, objetivos, a quienes abarca, cuestión que ha suscitado ciertas críticas que se detallaran a continuación.

2. Ley 26.657 noción. Antecedentes. Documentos internacionales. Derecho Comparado

Con fecha 3 de diciembre de 2010, fue publicada en el Boletín Oficial la ley 26.657¹ que regula, en el orden nacional, el derecho a la protección de la salud mental, y comenzó a regir ocho días después de su publicación (art. 2º, Código Civil).

Diferentes son las opiniones que generaron la sanción de la misma:

Para unos² la ley 26.657 fue fruto de una discusión parlamentaria —con una fuerte confrontación sectorial, teórica e ideológica— de hace muchos años, que no hace más que adecuar la legislación nacional a los principios y tratados internacionales de derechos humanos de los cuales la República Argentina es parte. Nada hay de improvisado o forzado en su texto y algún error formal o material que tuviere, como

¹ En la Cámara de Diputados votaron por la afirmativa 174 diputados, registrándose 9 abstenciones y ningún voto negativo; en la Cámara de Senadores hubo 47 votos afirmativos y 1 abstención en la votación en general: en la votación en particular, en una sola votación, resultaron 44 votos afirmativos, 3 negativos y 2 abstenciones. (MAYO, Jorge A. TOBIAS, José W. “La nueva ley 26.657 de salud mental. Dos pocos afortunadas reformas al Código Civil.”, LA LEY DFyP 2011 (marzo), 24/02/2011, 153. ; el proyecto originado en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, tramitó por Exp. 0126-D-2009, iniciado el 2/03/09 y suscripto por los legisladores; GORBACZ, Leonardo Ariel – SYLVESTRE BEGNIS, Juan Héctor – SEGARRA, Adela Rosa – MERCHAN, Paula Cecilia – FEIN, Mónica Hayde – IBARRA, Vilma Lidia – CORTINA, Roy – CIGOGNA, Luis Francisco Jorge – TORFE, Mónica Liliana – STORNI, Silvia. (KRAUT, Alfredo J. DIANA, Nicolás “Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria”; LA LEY 08/06/2011, pág.1.)

² KRAUT, Alfredo J. DIANA, Nicolás “Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria”; LA LEY 08/06/2011, pág.1. ; FINOCCHIO, Carolina L. MILLAN, Fernando, “Régimen de interdicción e inhabilitación a la luz de la nueva ley de salud mental” LA LEY DFyP 2011 (septiembre) (, 16/09/2011,194.; y FAMÁ, María Victoria, HERRERA Marisa, PAGANO Luz María, “La salud mental desde la óptica de la ley 26.657” [*libro online*]; www.hammurabi.com.ar/IMAGENES/00_obras_actual/Addenda%20Fama.pdf.

toda norma humana es esencialmente perfectible, sin que ello obste a su puesta en práctica por los efectores del sistema de salud nacional y provincial.

La misma fue el corolario de tres años de ardua labor y aun cuando su texto puede contener deficiencias de técnica jurídica, si se quiere, no fue un producto antojadizo menos todavía espontáneo o improvisado.

El espíritu de esta legislación recoge un antiguo reclamo de diversas áreas como la medicina y el derecho, para el tratamiento de los pacientes de salud mental.

Su contenido instala un importante cambio de paradigma respecto de las personas con padecimientos psíquicos y los derechos que les conciernen en coincidencia con los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos.

Para otros³, se aprobó sin debate alguno, en conjunto con otros cinco proyectos y en general y en particular en un solo acto; en ambas Cámaras el proyecto fue aprobado por una mayoría abrumadora de los legisladores presentes. Llamándolo de polémico al proyecto del ex diputado Leonardo Gorbacz en cuanto se atrevió a disputarle el poder a los médicos psiquiatras. Como si no fuera poco, también sembró la semilla de la desmanicomialización y la desjudicialización de la “locura” en todo el suelo argentino.

2.1. Antecedentes.⁴

³ MAYO, Jorge A. TOBIAS, José W. “La nueva ley 26.657 de salud mental. Dos pocos afortunadas reformas al Código Civil.”, LA LEY DFyP 2011 (marzo), 24/02/2011, 153. ; MARTINEZ ALCORTA, Julio A. “Primera aproximación al impacto de la Ley Nacional de Salud Mental en materia de capacidad civil”, LA LEY Sup. Act. 07/12/2010, 1 – DJ16/02/2011, 101 – ADLALXXI-A, 1.

⁴ KRAUT, Alfredo J. DIANA, Nicolás “ob. cit.”.

Constan entre sus antecedentes más próximos el Proyecto de Ley presentado en 2007 (Expediente 276-D-07) y el Dictamen conjunto de las Comisiones de Acción Social y Salud Pública, Legislación General y Justicia de la Honorable Cámara de Diputados, aprobado con modificaciones el 9 de diciembre de 2008 (incluido en el Orden del Día 1625 de 13 de diciembre de 2008), 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, entre ellos, los aportes de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación; de la Organización Panamericana de la Salud (OPS); del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS); del Consejo General de Salud Mental de la ciudad de Buenos Aires; del Movimiento Social de Desmanicomialización y Transformación Institucional; y de muchos otros referentes latinoamericanos e internacionales; autoridades nacionales, provincial y municipales en la materia, legisladores y jueces nacionales; otros integrantes de organismos de derechos humanos; autoridades e integrantes de equipos e instituciones de salud; investigadores y docentes de universidades públicas; integrantes de asociaciones de familiares y usuarios de atención en Salud Mental. Asimismo, el Proyecto de Ley Nacional de Salud Mental, también fue puesto a consideración en numerosos encuentros en distintas instituciones y jurisdicciones del país.

2.2. Documentos internacionales.

La ley tiene apoyatura en numerosos documentos internacionales, e incorpora la “*Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*”⁵ y su Protocolo Facultativo que revisten rango supra legal, junto con la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, ratificada por nuestro Estado; y el resto de Instrumentos Internacionales incluidos en el Art. 75 INC. 22 de nuestra Carta Magna que hacen referencia tales como; la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada en Bogotá por la IX Conferencia Internacional Americana en 1948 (Art. XI); el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* suscripto en Nueva York, en 1966 y ratificado por Argentina por ley 23.313 (art. 12.1); la *Convención Americana sobre los Derechos Humanos* suscripta en San José de Costa Rica en 1969 y ratificada por la Argentina por ley 23.054 (art. 5º), el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*,. El resto, mantienen el rango de soft law, o derecho blando, los cuales no resultan de aplicación obligatoria más que para fines interpretativos, por ejemplo las recomendaciones de la *Declaración de Caracas* y los *Principios de Brasilia*, Los *Principios para la Protección de las Personas con Enfermedades Mentales y el Mejoramiento de la Salud Mental*; *Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*, documentos sobre las políticas redactados por la Organización Mundial de Salud incluyendo la *Declaración de Montreal sobre la Discapacidad Intelectual*, la *Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Promoción y Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental*; y más recientemente las *Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*⁶. Estos

⁵ KRAUT, Alfredo J. DIANA, Nicolás “ib. Ídem.”.

⁶ Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de Derechos Humanos Sobre la Promoción y Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental, COM. INTER. D.H., 111ª Ses., el 4

y otros son los instrumentos donde se respaldan los derechos de la salud mental y que han servido también el Consejo Económico y Social de la ONU en su sesión plenaria de fecha 06/05/1975 aprobó la resolución 1.921 sobre *Prevención de la Incapacitación y Rehabilitación de las Personas Incapaces* (Prevention of disability and Rehabilitation of disabled persons); la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su sesión plenaria de fecha 19/12/1975 dictó la *Declaración de los Derechos de los Impedidos*; en 1991, la misma Asamblea General aprueba los *Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental*, hoy considerado “parte integrante” de la ley 26.657⁷.

La misma lo expresa en su 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 es 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”.

Por último agrego que no se podría desconocer el Art. 75 inciso 22 de la Carta Magna que dice que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes; por

de abril de 2001. Ver en: KRAUT, Alfredo J. DIANA, Nicolás “Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria”; LA LEY 08/06/2011, pág.1.

⁷ Ver en: GIAVARINO, Magdalena B., “Algunas reflexiones en torno de la ley de salud mental, a un año de su sanción”, LA LEY online 22-feb-2012, MJ-DOC-5700-AR I MJD5700.

ende, el Estado no puede desoír las consecuencias que le acarrearán la aprobación de los tratados concluidos con otras naciones y organismos internacionales.

2.3. Derecho Comparado

La ley de Salud Mental ha receptado las normas internacionales que desde 1994 se encuentran incorporadas a la Constitución Nacional y es lo que conocemos como "Derecho Convencional". Además se encuentra la legislación comparada tal como el artículo 501 del Código Francés, la ley alemana de 1992, que ha suprimido la interdicción por causas de enfermedades mentales que en su Código Civil acarrearaba la incapacidad absoluta, resaltando que las únicas causas de limitación plena de la capacidad de obrar son las del menor de siete años y la de quienes padecen una enfermedad mental que excluye el libre ejercicio de la voluntad. Al lado de esas incapacidades plenas coexisten las causas de capacidad restringida, entre las que se encuentran aquellas que en razón de una enfermedad psíquica o de una disminución psíquica o mental no pueden administrar sus asuntos, total o parcialmente. En este último caso, la ley prevé un sistema de asistencia que no supone por sí un menoscabo a la plena capacidad".

La ley italiana de 2004, modifica el artículo 405 al Código Civil italiano, introduciendo la figura de la *amministrazione di sostegno* a los fines de tutelar la autonomía en el desarrollo de la vida cotidiana de la persona con las menores limitaciones posibles a su capacidad de obrar. Las funciones del administrador serán definidas por el juez teniendo en cuenta la situación de cada persona y serán conformes los propósitos del beneficiario.

En los países limítrofes tienen la clasificación nuestra anterior a la reforma de la ley 17.711, sin estadios intermedios, sujetos a curatela. En Uruguay se ha sancionado en

el año 2009, la ley sobre discapacidad muy parecida a la nuestra de salud mental, está referida más los derechos de asistencia médica, educativa, laboral, crea el Pronadis, un programa con actividades a cargo del Estado, tendiente a la inclusión sobre todo laboral de las personas con discapacidad.

En Chile está en marcha una reforma a la ley de discapacidad para actualizarla conforme a las convenciones internacionales mencionadas.

En Brasil, el Código Civil los trata en el libro I, de las personas naturales, en el artículo 4º, incisos II y III, relativo a los discapacitados mentales como personas incapaces con relación a ciertos actos y al modo de ejercerlos, los que llama "deficientes mentales, o con discernimiento reducido o sin desenvolvimiento mental completo" sujetos al régimen de la curatela.⁸

3. Su estructura. Objetivos, ámbito de aplicación. Noción de salud mental. Padecientes

La norma se encuentra estructurada en doce capítulos: I. Derechos y garantías; II. Definición; III. Ámbito de aplicación; IV. Derechos de las personas con padecimiento mental; V. Modalidad de abordaje; VI. Del equipo interdisciplinario; VII. Internaciones; VIII. Derivaciones; IX. Autoridad de Aplicación; X. Órgano de Revisión; XI. Convenios de cooperación con las provincias y XII. Disposiciones complementarias.

3.1. Objetivos.

⁸ ALEM DE MUTTONI, Isabel Lucía, "¿Es posible la declaración de capacidad parcial? Is it posible a declaration of partial capability?"; Revista de la Facultad-UNC-2011-1,01/06/2011,205.

Art. 1º- *“La presente ley 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.”*

Es decir abarca a todas las personas, por un lado, a aquellas que gozan de salud mental en orden a asegurarles su protección, desde un enfoque preventivo y por otro lado, a quienes tienen algún padecimiento psíquico a los fines de garantizarles el pleno goce de los derechos humanos en igualdad de condiciones que las demás.⁹

Art. 4º - *“Las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Las personas con uso problemático de drogas legales e ilegales, tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en su relación con los servicios de salud”.*

Frente a este último enunciado se suscitaron interrogantes¹⁰ a ejemplo de ello:

La ley ha incluido las adicciones como problemática a considerar en el marco de la nueva legislación, colocando al adicto en un pie de igualdad en orden a sus derechos individuales frente a las prestaciones de las políticas públicas. Sin embargo, hay un punto a clarificar desde la práctica. La adicción supone la persistencia de un hábito que torna al ser dependiente de un elemento extraño y esta configuración conductual puede darse respecto de diversos elementos: drogas, tabaco, comida, compras, juegos, etc. Y si

⁹ FAMA, María Victoria, HERRERA Marisa, PAGANO, Luz María, “ob. cit.”.

¹⁰ GIAVARINO, Magdalena B., “ob. cit.”.

bien es cierto , que el artículo citado identifica a quienes hagan un uso problemático de drogas legales o ilegales como sujetos alcanzados por los derechos y garantías que instituye la ley, en su relación con los servicios de salud, también es cierto que la misma ley, no solo alude a las adicciones en abstracto y en general en el resto de su articulado, sino que al modificar el art. 482 del Código Civil, utiliza el término adicciones con el mismo alcance genérico que en los tres párrafos que lo integran.

En cuanto a la locución, uso problemático, implica una valoración circunstancial y absolutamente variable, siendo así un criterio inconstante al tiempo de delinear políticas públicas. Si a ello se suma que se proyecta la reglamentación del art. 4 de la ley, en términos tales como que se incluyen las distintas adicciones, sean o no sustancias, no cabe menos que concluir en la necesidad de revisar y clarificar qué conductas adictivas serán las incluidas en la normativa. Así se expresan algunos autores.

3.2. Ámbito de aplicación.

Otro punto a aclarar es lo concerniente a su ámbito de aplicación, en su artículo seis la ley habla de “... *los servicios y efectores de salud públicos y privados, cualquiera sea la forma jurídica que tengan, deben adecuarse a los principios establecidos en la presente ley*”. Aunque se hallase claro, quisiera remarcar que la ley 26.657 es una ley nacional, y de orden público, por lo que deroga el resto de leyes anteriores tanto para las provincias como es la de nuestra provincia de Santa Fe Ley N° 10.772/91, como para el resto de las provincias por ende también queda derogada la Ley N° 22.914 Ley de Internación de la Provincia de Buenos Aires.

4. Noción de salud mental. Padecientes.

La ley nos brinda en su artículo tres (Art. 3) una definición *“En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas. En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de: a) Status político, socio-económico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso; b) Demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencia religiosas prevalecientes en la comunidad donde vive la persona; c) Elección o identidad sexual; d) La mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización”*.

El margen de amplitud brindado por la ley es amplio, teniendo en cuenta circunstancias antes no reconocidas, Mosset Iturraspe¹¹ da un concepto diciendo que la Ciencia Jurídica, ha ido plasmando la noción de Salud, no siempre de la mano de la Ciencia Médica; tampoco hay coincidencia entre la noción jurídica y la social; entre lo descriptivo y lo normativo. Para la Organización Mundial de la Salud (OMS), se trata del “completo bienestar físico, mental y social”. Para la Corte de Casación Italiana, sentencia el 29 de mayo de 1995, el resarcimiento del daño a la salud es un hecho o un dato incontrovertible.

Y es así tanto que el daño a la salud “es cualquier violación a la integridad psicofísica de la persona, que empeora el estado de bienestar, en cualquiera de las manifestaciones de su vida y con independencia de su capacidad para producir réditos”.

¹¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge “Daño a la salud” Revista de Derecho de Daños, 2011-3, edit. Rubinzal Culzoni, 1ª ed.- Santa Fe.

Pensando al daño a la salud como la cuestión central del “daño a la persona”, juzgando que los denominados daños corporales, fisiológicos o biológicos, son sectores importantes, en ocasiones coincidentes o superpuestos, del daño a la salud, pero que no lo agotan o cubren en plenitud. La salud es más que la integridad física o psíquica, está muy claro que es la capacidad laboral, de trabajo o producción, creadora de riquezas.

De ahí que no identifica a la Salud como lo opuesto a la enfermedad, al deterioro del cuerpo o de la psique. Pero el peligro existe en la medida en que el declarado sano, por una Junta Médica, puede estar padeciendo un daño a la salud.

La doctrina italiana especializada sostiene que el derecho a la salud es el derecho inviolable a la plenitud de la vida; el derecho a la explicación de la propia personalidad moral, intelectual y cultural; la afectación al valor hombre, en cualquier manifestación de la persona; la salud como un bien y un valor personal, con respecto de todas las actividades, las situaciones y las relaciones por las cuales la persona se explica a sí misma dentro de su propia vida.

El artículo primero de la ley recepta los derechos humanos en el ámbito de la salud mental, y definiendo la misma desde una visión integradora, entiende por salud mental: un proceso de componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Es allí donde toma relevancia el principio *pro homine*, entendiéndolo como un principio que pone por encima de todas las cosas al ser humano, elevando al hombre a que cuando este se encuentra en una situación pasible y pongan en juego interpretaciones que pueden impactar sobre sus derechos y garantías, donde puede violarse su rasgo fundamental como ser humano, debe elegirse por aquel camino que preserve su individualidad y la esencia misma como tal. Esto es un criterio propio de la

disciplina de los Derechos Humanos que hoy se vuelve constitutiva del derecho de fondo.¹²

Otros autores¹³ opinando acerca de la Salud Mental nos dicen que el concepto es mucho más amplio que la ausencia de trastornos mentales. El conocimiento sobre la salud mental y en términos más generales, sobre el funcionamiento de la mente es importante, porque proporcionan el fundamento necesario para comprender mejor el desarrollo de los mismos y del comportamiento. En los últimos años, la nueva información procedente de la neurociencia y la medicina conductual ha ampliado de manera espectacular nuestros conocimientos sobre el funcionamiento de la mente, resultando cada vez más evidente que dicho funcionamiento tiene una base fisiológica, además de estar esencialmente relacionado con el funcionamiento físico y social, y con los resultados de salud. De allí que ahora se alude a personas con discapacidad intelectual o social como una forma más comprensiva y menos discriminatoria de la problemática que los afecta.

4.1. Padecientes.

¹² BERBERE DELGADO, Jorge C., Fertilización asistida y el principio “pro homine”. Derecho de Familia y de las Personas. La Ley Marzo 2011, p. 286; *Ver* en FINOCCHIO, Carolina L., MILLAN, Fernando, “Régimen de interdicción e inhabilitación a la luz de la nueva ley de salud mental”, DFyP 2011 (septiembre), 16/09/2011,194. [www.millanfernando.blogspot.com.ar/2011/07/régimen-de-interdicion-e.html]

¹³ KRAUT, Alfredo J. DIANA, Nicolás “ob. cit.”.

Con respecto al término *padeciente mental*¹⁴ con la ley 17.711 se modifican las normas de capacidad, receptándose una crítica constante en cuanto a la terminología empleada por el Codificador. Vélez refería de modo genérico con el término *demente* a toda persona afectada de enfermedades mentales, imponiendo como efecto a estas personas el restringirle la capacidad de obrar, crítica que partía de la ciencia médica por tener tipificada la demencia como una categoría más de las enfermedades mentales, haciendo impropio el uso del vocablo. Este reclamo se vio plasmado en la modificación del Art. 141 Código Civil en cuanto consideraba incapaces por demencia a las personas que por cualquier enfermedad mental no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes. Este precepto que sustituye el antiguo Art. 141 Código Civil, lo mejoró apreciablemente, por lo pronto dejó de lado una enunciación de enfermedades mentales determinadas – manía, demencia, imbecilidad – lo cual tenía el inconveniente de cristalizar la previsión legal en función de las conclusiones de la ciencia psiquiátrica de cierta época, las que sin duda, con el paso del tiempo quedan envejecidas, este proceso se repite en la actualidad y ha sido el motor del cambio de la nueva ley 26.657.

La locución padecimiento mental se ha instalado para describir la situación de las personas que sufren un déficit en su salud mental y en atención a ello, deben ser destinatarios de una atención preferencial, erradicando de esta manera y definitivamente adjetivos descalificantes utilizados en otros tiempos, tales como retrasado mental, demente, o loco¹⁵.

5. Conclusión.

¹⁴ FINOCCHIO, Carolina L., MILLAN, Fernando, “ob. cit.”.

¹⁵ GIAVARINO, Magdalena B., “ob. cit.”.

Ya en el primer capítulo de este trabajo final, podemos ir previendo los cambios que se van generando a partir de la nueva ley, en principio acercarse a un sistema de salud o de amparo de la misma, en función y consonancia con el resto de los países del mundo, quienes con más o menos diferencias, todas tienden a funcionar en un eje similar pro derechos de la persona padeciente, y su capacidad, la desmanicomialización, etc. En segundo lugar su terminología, la cual facilita un vocablo a la gente en general también funesto como el de “loco” “demente” y demás que no colaboran con un funcionamiento de incorporación de la Salud Mental como parte de un sistema de Salud, y por ende dentro de los mismos espacios como Hospitales Públicos y por ende previene un apartamiento ya desde la misma terminología utilizada en el Código Civil. Luego comienza ya a verse la función de este trabajo final o mejor dicho el objetivo que es marcar en cada opinión de los detractores de la ley, el punto y fundamento por el cual sostener lo contrario a los mismos, en consonancia con la llegada de la ley y su factor positiva frente a ella, y demás cuestionamientos que claramente surgirán y se mostrarán a lo largo del trabajo, a ejemplo de ello en este capítulo vimos, comienza a darse el interrogante y para algunos autores o personas especializadas en áreas atinentes al campo de la Salud, cuestionan qué conductas adictivas serán las incluidas en la normativa, sin tomar como una generalidad, sino que requerirían la ejemplificación exacta. La llegada de esta ley trae aparejados muchos conflictos de intereses, y será uno de los tópicos que trataremos de dilucidar en este trabajo y en que se apañan, para frente a estos detractores, ir proveyendo de respuestas en pos de la ley 26.657, por su cambio de paradigma que renueva instituciones, recicla otras, y crea un nuevo modelo, con un giro social, y una dinámica de grupo e inclusión.

Capítulo II

INCORPORACION DEL ART. 152 TER.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Breve noción del Régimen Capacidad Incapacidad. 3. Incorporación del art. 152 ter: Capacidad Gradual, Especificación del Juez, doctrina. 4. Proyecto de reforma al código civil y comercial 5. Publicación y Registro: Su necesidad 6. Conclusión.

1. Introducción

En este capítulo se hace referencia a uno de los temas más importantes de este trabajo, el cual es la incorporación al Cód. Civ. del art. 152 ter, por ello será necesario hacer un pequeño recorrido por nuestro sistema tal como se hallaba antes de la misma, y luego sí ya desglosare el articulado para dilucidar interrogantes o denominaciones como la capacidad bipartita o tripartita, incapacidad e inhabilitación, cuál será el rumbo del resto de la normativa, si es esto concluyente de una derogación tácita, y en cuanto a la especificación de los jueces en cada sentencia de declaración de insania, etc.

Como fue de esperar ha tenido un impacto rotundo en todas las personas que han opinado y han hecho críticas en general, así como también, ha habido propuestas de que en una futura reforma, puedan derogarse los artículos que se encuentran en contraposición con lo normado en el art. 152 ter, por lo que se tratará de superar las opiniones de los detractores acerca de este punto.

2. Breve noción del régimen de Capacidad Incapacidad

Previo a la sanción de la ley 26.657 coexistían en nuestro Derecho dos sistemas restrictivos de la capacidad de obrar, entendida ésta como la aptitud de las personas naturales para actuar por sí mismas en la vida civil¹⁶: la interdicción y la inhabilitación, agregada ésta figura por la reforma a través de la ley 17.711.

La interdicción produce un cambio sustancial en la capacidad de la persona la cual una vez dictada la sentencia firme, pasa a ocupar la categoría de incapaz absoluto¹⁷ de hecho tal como lo establece el art. 54 inciso 3 en concordancia con el art. 140 de nuestro código civil: art. 54 Cód. Civ.: “Tienen incapacidad absoluta:3 Los dementes.....” y una vez declarada la interdicción, (Art. 141 Código Civil)¹⁸, la persona pierde el ejercicio de los derechos patrimoniales y de los personales, quedando bajo representación, (Arts. 56, 57 inc. 3, 58 y 59 del Código Civil) es decir, se le nombra un curador para cuidar de su persona y de sus bienes; a través del mismo, el incapaz no ejerce por sí sus prerrogativas jurídicas, sino que ellas son articuladas por su representante legal en todos los actos jurídicos que aquél deba otorgar. Todo esto en consonancia con el Art. 140 del Código Civil.

Por otro lado, se encuentra el régimen de inhabilitación según las distintas variantes del art. 152 bis Cód. Civ. ¹⁹, en el caso de los inhabilitados como principio

¹⁶ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “Tratado de derecho Civil. Parte General”. 16ª edición, 1995, Ed. Perrot, t. I, 391/2.

¹⁷ ALONSO SAINZ, Guillermo C. “Insania e Inhabilitación” Aspectos sustanciales y procesales, 2º ed. – San Isidro: Centro Norte, 2010 Ediciones Centro Norte.

¹⁸ Art. 141 Cód. Civ.: “Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”.

¹⁹ Art. 152 bis: “Podrá inhabilitarse judicialmente: 1º A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio; 2º A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el art. 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio; 3º A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes, expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes. Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación. Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos. Los inhabilitados

general mantienen una situación diferente en cuanto a la administración de los bienes, no así en los actos de disposición de éstos, donde se requiere la actuación no sólo de su curador sino también la participación del ministerio público y del juez natural de proceso. Se erige como medio técnico escogido por el derecho para suplir las deficiencias psíquicas que adolecen ciertas personas cuando esos defectos pueden traducirse en perjuicios patrimoniales para el sujeto y consiguientemente para su familia; funcionando como remedio, en el orden jurídico, de ciertos hábitos viciosos que pueden conducir a la miseria. Además desde el punto de vista de los derechos personales, no es lo mismo una persona inhabilitada en los términos del art. 152 bis Cód. Civ. que una en el supuesto del art. 141 Cód. Civ., atento que a los primeros se les brinda protección a través del régimen de asistencia. Resulta llamativo que en la última parte de art. 152 bis Cód. Civ. menciona que al momento de sentenciar, el Juez puede, de acuerdo con los antecedentes periciales y con la percepción del caso que le toca tratar, limitar también los actos de administración. En consecuencia, se puede decir que en los hechos, prácticamente son colocados en la misma categoría que el insano a pesar de que debe insistirse en que el insano es un incapaz y en que el inhabilitado no lo es.

El Cód. Civ. también ha considerado la situación de la persona padeciente no interdicto, o sea no declarado como tal, no considerado un incapaz y sin representante. Cuando aparece la enfermedad mental, en principio, la capacidad de hecho subsiste pero se ve involucrada en determinados aspectos, aunque no en general; por ejemplo se consideran actos sin discernimiento, y por lo tanto anulables, los realizados por los padecientes no interdictos.

A pesar del principio sentado por el art. 140 Cód. Civ., cuando la demencia es notoria e indudable para el juez, éste puede decidir el nombramiento de un curador

podrán otorgar por si solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso."

sobre los bienes tal como lo establece el art. 148 Cód. Civ.²⁰. En estos casos, se ha considerado que la capacidad que mantiene el padeciente hasta tanto se dicte sentencia firme se torna en una incapacidad o en una suspensión parcial de la capacidad. Pero otra corriente doctrinaria afirma que – mientras no medie sentencia de interdicción– el demente de hecho, a pesar de la medida cautelar que le designa un curador sobre los bienes, mantiene intacta su capacidad de obrar.

2.1. Respecto de los Actos Jurídicos:

El régimen de los actos jurídicos se encuentra regulado por los artículos 472²¹, 473²², y 474²³ del Código Civil.

2.2. Respecto de los Actos Anteriores a la Sentencia:

Respecto a los actos celebrados por el presunto sufriente mental durante la sustanciación del proceso de insania son plenamente válidos ya que fueron realizados por una persona capaz, más aún, cuando no se nombró el curador sobre los bienes previsto en el art. 148 Cód. Civ. Si la sentencia de dicho proceso lo declara demente, los actos celebrados durante éste quedan sometidos al régimen establecido en el art. 473 Cód. Civ. en cuanto a quien debía probar para invalidar el acto corresponde a quien pretende su nulidad. Si el curador o la persona padeciente después de curado pretendieran dejar sin efecto el acto, deberán probar que la demencia era pública y

²⁰ Art. 148 Cód. Civ.: “Cuando la demencia aparezca notoria e indudable, el juez mandará inmediatamente recaudar los bienes del demente denunciado, y entregarlos bajo inventario, a un curador provisorio, para que los administre.”

²¹ Art. 472 C.C.: “Si la sentencia que concluya el juicio, declarase incapaz al demandado, serán de ningún valor los actos posteriores de administración que el incapaz celebre.”

²² Art. 473 C.C.: “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.”

²³ Art. 474 C.C.: “Después que una persona haya fallecido, no podrán ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de incapacidad, a no ser que ésta resulte de los mismos actos, o que se hayan consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad. Esta disposición no rige si se demostrase la mala fe de quien contrató con el fallecido.”

notoria y, también, podrán probar la mala fe del contratante por conocer la enfermedad mental.

La Ley 17.711 introduce en el art. 473 CÓD. CIV. una protección a los derechos de éstos, contando también con la protección del art. 1051²⁴.

2.3. Respecto de los Padecientes no Interdictos:

Con anterioridad a la reforma de la Ley 17.711 se distinguían los actos celebrados por las personas que padecían una enfermedad mental no interdictas y por aquellos que posteriormente obtenían sentencia de interdicción. En cuanto a los primeros, para anular los efectos de un acto jurídico, era necesario demostrar que, al momento de la celebración, la persona que padecería la falta en su salud mental no interdicta carecía de discernimiento de acuerdo con los principios generales enumerados en los artículos del CÓD. CIV. 897²⁵, 900²⁶, 921²⁷ y 1045²⁸.

2.4. Respecto a los Padecientes sometidos al Régimen de Interdicción:

Para hacer caer un acto celebrado por una persona que padece en su salud mental algún menoscabo con anterioridad a la sentencia de interdicción, había que probar que

²⁴ Art. 1051 C.C.: “ Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable.

²⁵ Art. 897 C.C.: “Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad.

²⁶ Art. 900 C.C.: “Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna.

²⁷ Art. 921 C.C.: “Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente están sin uso de razón.

²⁸ Art. 1.045 C.C.: “Son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes obrasen con una incapacidad accidental, como si por cualquiera causa se hallasen privados de su razón, o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de laguna investigación de hecho, o cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación; y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos.

la enfermedad o deterioro existía públicamente en la época en que el acto fue ejecutado aplicando, en este caso, lo establecido por el art. 473 Cód. CIV.

Sin embargo, otra corriente doctrinaria consideraba que dicho artículo establecía una restricción a la acción de nulidad de los actos anteriores a la sentencia. La nulidad podía decretarse sólo si la afección a su salud mental existía públicamente en la época de celebración del acto. Si no había notoriedad en dicho estado, se descartaba la posibilidad de anulación.

Con la sanción de la ley 17.711, esta distinción carece de efecto. Por otro lado el art. 472 Cód. Civ. establece que la sentencia de interdicción tiene efectos a futuro, sin embargo, hay supuestos excepcionales en los que se pueden anular los actos realizados con anterioridad a ésta. Basta probar que la afección era pública y notoria a la época de celebración del acto jurídico. Así, pueden quedar sin efecto tanto los actos a título gratuito como los a título oneroso. Que la situación de padecimiento sea pública y notoria significa, como sostiene la doctora Kemelmajer de Carlucci, que sea conocida por las personas que habitualmente tratan con el enfermo y no se refiere a un conocimiento con proyección abstracta y genérica.

2.5. Respecto de los Actos posteriores a la Sentencia:

Celebración del matrimonio: Tanto la posibilidad de otorgar testamento válido por el demente durante intervalos lúcidos como la celebración del matrimonio en similares condiciones constituirían excepciones al principio establecido por el art. 54 inc 3 del Cód. Civ. Cabe recordar que dicho principio establece que todos los actos celebrados con posterioridad a la sentencia por el padeciente declarado son inválidos por ausencia de capacidad. Con respecto al otorgamiento del acto jurídico matrimonial en un intervalo lúcido, la mayoría de la doctrina ha afirmado su validez. El impedimento para contraer matrimonio establecido por el art. 166 inc 8 Cód. CIV. se refiere a la

privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere, por lo tanto, si el demente declarado- al momento de otorgar el acto matrimonial- posee discernimiento, el acto sería plenamente válido. Este artículo abarca al padeciente declarado, al padeciente no interdicto y también queda incluido el caso del padeciente declarado que se ha recuperado pero cuya interdicción aún no fue levantada. Otro sector de la doctrina – como, Tobías, Josué y Bueres, Alberto ambos citados a lo largo de este trabajo – consideran que, por más que exista el discernimiento al momento de la celebración del acto, falta la capacidad. Además que no hay ninguna norma expresa que enumere excepción alguna al principio general de incapacidad de interdicto.

Hacia el cambio:

Como se puede observar la preocupación no es nueva para ciertos autores ²⁹ acerca de las limitaciones a la capacidad. Al respecto de esos posibles cambios también el mismo autor en otra de sus obras nos relata su perspectiva para una modificación de este sistema y plantea la flexibilización y graduación del régimen de incapacidades, proponiendo que el juez pueda fijar la incapacidad graduándola en cada caso, también que pueda establecer su extensión temporal y tenga facultades para impulsar de oficio los procedimientos de rehabilitación; proponiendo la reglamentación de un régimen registral de las incapacidades con la obligada certificación por los escribanos de dichas registraciones y se sugería consagrar la validez de los actos celebrados por quienes actúen en intervalos lúcidos o sanaren y no fueren rehabilitados, imponiendo la carga de esa prueba a quien sostenga la validez del acto.³⁰

3. Incorporación del Art. 152 ter. Capacidad Gradual. Doctrina.

²⁹ CIFUENTES, SANTOS , "Régimen general de la capacidad y el denominado "living will"; LA LEY 16/02/2006, 16/02/2006, 1 - LA LEY2006-A, 1183 disponible en : www.laleyonline.com

³⁰ CIFUENTES, Santos, RIVAS MOLINAS, Andrés TISCORNIA, Bartolomé; : Juicio de insania, dementes, sordomudos e inhabilitados; LA LEY1998-B, 1398 disponible en: www.laleyonline.com

En cuanto al régimen actual el Art. 42 de la ley 26.657 nos dice: “Incorpórese como artículo 152 *ter* del Código Civil: Artículo 152 *ter*: **“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.”**

Para poder individualizar las problemáticas dividimos en tres partes el articulado y expondremos las opiniones contradictorias tanto en doctrina como jurisprudencia, para lograr rebatir cada fundamento en contra de la ley 26.657.

En primer lugar que las declaraciones de incapacidad deberán fundarse en un examen realizado por un equipo interdisciplinario, cuestión que detallaré en el próximo capítulo acerca de su integración, cuestionándose acerca de la obligatoriedad del dictamen para el juez, entre otras. En segundo lugar el límite temporal de la sentencia, de no más de tres años, lo cual ha llevado a preguntarse ¿qué ocurre entonces con las mismas? ¿Quedarían sin efecto de modo automático?, que serán tratadas en el capítulo IV, etc.

Y en tercer lugar la especificación por parte del juez de las funciones y actos que se limitan en la sentencia, ello haría pensar no ya en un sistema en bloque, como era de costumbre y de “incapacidad - capacidad” sino en un régimen de **“capacidad gradual”**. Lo que ha llevado a preguntarse: ¿quedarían derogadas tácitamente las normas del Código que indiquen lo contrario? ¿Habría de aplicarse el régimen de curaduría o un sistema de apoyos y salvaguardias como nos brinda la CDPD?, entre otras.

Tratando de aclarar algunas dudas es que se han esbozado diferentes opiniones de autores que se aplican al tema:

3.1. Acerca del artículo 152 *ter*: Posiciones doctrinarias:

3.1.b). En opinión de Mayo:³¹ ambos sistemas, el de interdicción y el de inhabilitación, consagran una misma situación de capacidad genérica sólo limitada por los actos jurídicos que el juez especifique en la sentencia. De ser esto así ¿cómo se inserta el nuevo texto en el régimen general de nuestro Código? ¿Cómo conciliar el nuevo texto con el espíritu y letra de un sistema que consagra dos mecanismos de restricción a la capacidad? ¿Cómo insertarlo en un sistema que establece la incapacidad absoluta del interdicto y la nulidad de los actos posteriores a la sentencia? ¿Qué sentido tiene mantener dos sistemas de restricción a la capacidad, cada uno con sus causales si ambos consagran las mismas consecuencias o efectos? ¿Cómo aludir en el texto a la declaración de incapacidad si simultáneamente se establece para ella la regla general de la capacidad? ¿Qué significado dar ahora al párrafo del art. 473 que tendía a facilitar la prueba del accionante tendiente a lograr la invalidez del acto celebrado por el interdicto con anterioridad a la sentencia, con la sola acreditación que la enfermedad mental era pública en la época de su celebración? ¿Puede dársele el mismo significado y alcance si el declarado incapaz mantiene su capacidad genérica lo que indicaría que mantiene al menos en principio la presunción de su discernimiento?

Por lo que se explaya Mayo diciendo que la respuesta del derecho a la existencia de una enfermedad mental que incide en la ausencia de aptitud para dirigir la persona o administrar el patrimonio debe ser la de un sistema de incapacidad general y no de una capacidad general. Para él son los datos que indica la dolorosa realidad que el legislador no puede ignorar con posturas voluntaristas; la ciencia aún no tiene respuestas para la cura, o siquiera, la remisión de algunas enfermedades mentales graves. Y dice: “La afirmación apuntada lo es sin perjuicio, de las facultades del juez de otorgar un margen limitado de capacidad según las circunstancias del caso o aún, de cambiar la calificación de interdicción a una de inhabilitación según la evolución del interdicto.

³¹ MAYO, Jorge A. TOBIAS, José W. “ob. cit.”.

Sucede que la compatible búsqueda de nuevos espacios de libertad para quien padece determinados trastornos mentales no puede conducir a su ausencia de protección y ello en determinados casos sólo puede lograrse con la declaración de incapacidad (general).” En definitiva para este autor, a) subsiste un doble sistema de restricciones a la capacidad de obrar, con causas distintas y de diversa gravedad, pero ahora, ambas, con consecuencias y efectos iguales b) debe entenderse que han quedado derogadas tácitamente algunas disposiciones del Código como los arts. 54 Inc. 3º y 471 por su absoluta incompatibilidad con el nuevo texto c) la solución es decididamente criticable, aunque es de suponer que no provocará diferencias prácticas significativas con el régimen anterior: en buena parte de los casos, seguramente, la ausencia de aptitud para dirigir la persona o administrar el patrimonio del enfermo mental declarado incapaz, determinará que el juez establezca una incapacidad general salvo para un número limitado de actos que enumerará la sentencia. La circunstancia que no lo haga indicará, probablemente, que la situación hubiera quedado mejor encuadrada en el inc. 2º del art. 152 bis; d) el texto que se incorpora no aclara si el magistrado debe establecer el modo en que la restricción a la capacidad es suplible. **La facultad de limitar la realización de ciertos actos importa la facultad de establecer el modo de suplir la limitación de la capacidad** e) las causales que conducen a la declaración de interdicción subsisten en plenitud: es razonable pensar, que los aspectos psiquiátrico y jurídico ya existían con anterioridad al pronunciamiento y por consiguiente que los actos celebrados con anterioridad carecían del discernimiento necesario, justificándose que cuando la situación era pública resulte suficiente la prueba de la existencia de los presupuestos a la época de la celebración del acto.

3.1.b). Para algunos autores: ³² “Nos parece profundamente inconveniente, más allá de la efectividad de los seguimientos que se prohíjan, pues pensamos que debería

³² KIELMANOVICH, Jorge L. “El nuevo juicio de interdicción y de inhabilitación (ley 26.657), LA LEY 17/02/2011, 1 – LA LEY 2011 –A, 1136.

haberse establecido un régimen diverso para la interdicción y para la inhabilitación, muy amplio el segundo en cuanto a las facultades que se le autorizan, más limitado el primero teniendo en cuenta la mayor incapacidad que la demencia jurídica apareja, más allá de las dudas que nos despierta el posible y efectivo control ulterior en estos casos y en nuestro medio.”

3.1.c). De la misma manera Crovi:³³ nos da su punto de vista agregando que la nueva ley no deroga ni modifica los Arts. 54, 55, 56, 57, 141, 152 472, 473, 474, 1041, ni ningún otro que los dos mencionados en sus disposiciones complementarias. Agregando que la nueva ley establece como una suerte de principio reivindicatorio que se debe presumir la capacidad de las personas, opinando que es sobreabundante, por estar dicho ya en el art. 53 del Cód. Civ.; que la terminología demente no está modificada; y que en virtud del 152 *ter* los jueces tendrán que establecer en la sentencia los actos; por ende no sólo los inhabilitados, sino también los incapaces del art. 54 son en principio capaces para todo lo que el juez no limite en la sentencia. Y dice: “al considerarlo capaz al incapaz de hecho, estamos diciendo que puede ejercer todos los actos salvo los que limite la sentencia; de esa forma, lejos de proteger al enfermo mental, lo estamos dejando desamparado. Lo lógico y hacia allí debería ir una futura reforma sería mantener el principio de incapacidad y que la sentencia estableciera claramente cuales actos pueden realizar por si mismos sin requerir representación o eventualmente de un régimen de asistencia”.

En cuanto a las facultades del juez lo torna de un papel secundario, porque a su entender la ley tiene intención de limitar la actividad del juez en los procesos dando un mayor protagonismo a un equipo interdisciplinario.

³³ CROVI, Luis Daniel, “Capacidad de las personas con padecimientos mentales”; LA LEY; www.laleyonline.com

EN OPINION CONTRARIA Y ACORDE A LA LEY 26.657:

3.1.d). Algunos autores proponen:³⁴ “...Sin dudas significa un progreso muy esperado, probablemente su regulación sea insuficiente tal como sucedió en 1968 con el art. 152 bis que introdujo el instituto de la inhabilitación civil al derecho argentino de la mano de la gran reforma de la ley 17.711 pero no por ello podemos dejar de celebrar el desembarco de las capacidades graduales en nuestro ordenamiento.

Cuando hablo de insuficiencia me refiero en cuanto a producir su acoplamiento al sistema en forma orgánica, dado que la innovación debió haber considerado a todo el instituto de la capacidad civil. Por ejemplo, si la declaración judicial de incapacidad no limita al ejercicio por sí de todos los actos de la vida civil sino algunos ¿se los puede seguir llamando realmente incapaces a ellos como indica el art. 152 ter? ¿Seguirán encuadrando en el art. 54 del ordenamiento de fondo? ¿O debió haberse previsto una nueva categoría o habérselos calificado como incapaces relativos? Estos interrogantes no están previstos en el derecho sustantivo ni adjetivo pero tienen como protagonistas a personas concretas en las que el curso de su vida está en juego. En el andar los jueces tendrán el desafío de encarar una inteligente armonización para no arrojar por tierra esta cuña que tanto costó meter en el mural de los derechos de las personas con discapacidad psicosocial”.

3.1.e). Como así también Olmo:³⁵ nos habla en consonancia con el espíritu de la ley que lo que se intenta mediante el art. 152 *ter* es restringir en la menor medida posible la autonomía de la voluntad del sujeto mediante un sistema de capacidad gradual que contemple expresamente las salvaguardias que sean proporcionales y adaptadas a dichas circunstancias. Permitiéndole al sujeto el pleno desarrollo de su

³⁴ MARTINEZ ALCORTA, Julio A. “ob. cit.”.

³⁵ OLMO, Juan Pablo, PINTO KRAMER, Pilar María; “Comentario a la ley nacional de salud mental N° 26.657”; LA LEY disponible en : www.laleyonline.com

personalidad en un marco de mayor respeto a su derecho a la intimidad y libertad sin una excesiva intromisión de estado, redundando en beneficio de su salud. También habla de que resulta concordante con las previsiones contenidas en el art. 12 CDPD³⁶, Principios de la ONU y el estatuido en el art. 3.2.b de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad³⁷.

Para él habría dos cuestiones que se estarían interpretando erróneamente: una de ellas que han quedado tácitamente derogadas las previsiones contenidas en los Arts. 141 y 54 inc. 3º, y la segunda que las sentencias mediante las que se dispone una restricción a la capacidad del sujeto caducan de pleno derecho cumplido el plazo de los tres años o que las sentencias que hace más de tres años que fueron dictadas caducaron de pleno derecho una vez que entro en vigencia la ley. Por ende contesta que ello no es así porque la ley guardo silencio al respecto, siendo que el art. citado menciona las declaraciones judiciales de incapacidad; por ende los arts. 141 y 54 inc. 3 mantienen

³⁶ CONVENCION INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD C.D.P.D 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.

³⁷ CONVENCION INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Art. 3.2.b : " La detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad; y"

vigencia con los efectos patrimoniales que ello conlleva en relación al régimen de nulidades aunque con la salvedad de que el juez, al dictar sentencia, deberá detallar las funciones y actos que limita. Entiende que ya no se aplicaría de pleno derecho las previsiones contenidas, entre otros, en los arts. 309, 921, Cód. Civ. Y art. 3 inc a) del Código electoral nacional sino que en cada caso será el juez quien determine.

Resultando que la ley no ha tratado en forma acabada la ruptura del binomio capacidad incapacidad; y su insuficiencia para producir su acoplamiento al sistema en forma orgánica, es que pregunta se la puede seguir llamando incapaz como lo indica el 152 *ter*; debió haberse previsto una nueva categoría. Piensan que el 141 y 152 bis deberían ser derogados expresamente en una futura reforma al código civil.

3.1.f). Otras voces dicen: “aprobamos que estos procesos queden englobados en una terminología genérica y por cierto no estigmatizante (Art. 152 *ter* del Código Civil) en reemplazo de las voces usadas hasta ahora (Insania e Inhabilitación) de donde se confunde el objeto del juicio con uno de sus posibles resultados”³⁸

3.1. g) En palabras de Leonardo Gorzbac, quien tuvo la amabilidad de responder a una entrevista vía mail... nos responde al respecto:

** ART. 152 ter: frente a él existen por tanto el binomio capacidad/ incapacidad o hay un régimen de capacidad gradual? Como funciona, de que trata?*

“La modificación que introduce un 152 ter es el inicio de un camino de transformación de la incapacidad jurídica, hacia lo que deberá ser una adaptación completa a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esa adaptación completa debiera darse con la modificación del Código Civil que está en estudio en el Senado. En la medida en que la Ley 26657 no pudo modificar más ampliamente el

³⁸ OLMO, Juan Pablo; “El fin de los procesos de insania e inhabilitación”; Sup. Doctrina Judicial Procesal 2012 (marzo) 01/03/2012, 39 – DJ21/03/2012, 1 ; www.laleyonline.com

Código Civil, lo que se hizo fue acotar la utilización de la incapacidad en 3 sentidos: la incorporación de la interdisciplina como requisito para su evaluación, el límite temporal de 3 años y la limitación de las restricciones a solo aquello que la persona requiere.”

** Sería uno solo el régimen a aplicar el de las capacidad gradual con diferentes graduaciones? O Sigue existiendo un régimen diferenciado de incapaces absolutos y de inhabilitados?*

“Entiendo que una incapacidad sólo podrá ser absoluta si está debidamente fundamentada en una evaluación que determine que la persona no está en condiciones de ejercer ningún acto civil sin asistencia. De todos modos la reformulación del Código Civil que está en estudio en el Senado podría modificar enteramente el esquema en orden a excluir la figura de la incapacidad y plantear el ejercicio de la capacidad jurídica con apoyos, cuando sea necesario.”

** En cuanto a los “actos que se limitan” cómo funcionaría en la práctica?*

“La sentencia debería determinar exactamente para que actos la persona requiere de un representante legal, y el resto de los actos los podrá seguir realizando por si sola. Por ej. una persona podría tener restringido el manejo de su patrimonio, o tan sólo la venta de sus inmuebles, pero no el manejo de dinero en lo cotidiano. También podría o no tener restringida su capacidad de tomar decisiones sobre su salud, pero no la capacidad de votar.”

** Puede un psicólogo/a como parte del equipo prescribir medicamentos en caso de no hallarse un psiquiatra o hallándose el mismo?*

“De ninguna manera. No forma parte de sus incumbencias. No lo puede hacer.”

3.1.h). En el fallo N° 523, del 14 de marzo de 2012 “V.R. Sobre Curatela” Expte. N° 1246/10, el Dr. Molina Marcelo José, Juez del Tribunal Colegiado de Familia N° 5, nos dice al respecto de estos temas que:

“..c) Alcance de la declaración de incapacidad. Recordemos que el artículo 152 ter establece que la sentencia de declaración de incapacidad debe especificar las funciones y acotos que se limitan a quien padece una enfermedad mental o adicción bajo la perspectiva del mínimo de afectación a su autonomía personal. En el esquema del Código Civil posterior al dictado de la ley 17.711, la problemática de la salud mental es abordada –casi exclusivamente- desde la perspectiva de la capacidad de las personas. Así, los dementes interdictos – es decir, aquellas personas que sufren enfermedades mentales y que son así declaradas judicialmente- son incapaces absoluto de hecho (artículo 54 inciso 3°) siendo el curador que se le atribuya su representante legal (artículos 56 y 57 inciso 3°). Por otro lado, el artículo 152 bis prevé que pueden inhabilitarse judicialmente a quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio; a os disminuidos en sus facultades cuando no lleguen al supuesto de la incapacidad por demencia- recordar que la categoría demente es utilizada por Vélez Sarsfield conforme al avance de la ciencia médica de su época- y el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio, y a quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. En el caso de la inhabilitación la regla es la capacidad no pudiendo el inhabilitado disponer de sus bienes por actos entre vivos y sólo otorgar actos de administración, salvo las limitaciones que se le impongan en la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Para el Código Civil la regla es la capacidad de las personas y la incapacidad es la excepción (artículo 52). El segundo párrafo de la ley 26.657 establece que la capacidad de las personas se presume, afirmación que se infiere más allá de su poca afortunada redacción. Esta presunción es claramente receptada en el artículo 152 ter al establecerse la obligación de especificar en la sentencia los actos que se limitan, rigiendo ello tanto para dementes interdictos como para inhabilitados. Es decir, si se deben especificar cuáles son los actos que se limitan para los interdictos surge una posible incompatibilidad con el régimen de la incapacidad absoluta de hecho establecido en el artículo 54, norma que como vimos no ha sido modificada, tal como lo señalan Julio César Rivera e Irene Hooft en su artículo “La nueva ley 26.657 de Salud Mental” (Abeledo Perrot N° 0003/015423, SJA 25/5/2011). Estos autos remarcan que, conforme a la tendencia de la legislación contemporánea de preservar, en lo posible, la autodeterminación de las personas con discapacidad, se busca la “sustitución de los regímenes de compartimentos estancos –capaces/incapaces- por otros que administren graduaciones de la incapacidad, de modo que la persona con discapacidad pueda mantener cierto grado de autodeterminación, dependiendo de la menor o mayor gravedad de su estado”. Sin embargo, coincido también con Rivera y Hooft, ello no importa que, en ciertos casos específicos, deba declararse la incapacidad de hecho para la generalidad de los actos de la vida civil.”

3.1.i). Por último: quisiera mencionar que lo que el mismo autor, Olmo, en otro texto habla... “Al mencionar las declaraciones judiciales tanto de inhabilitación como las de incapacidad el art. 152 ter no prevé un proceso autónomo a los de insania e inhabilitación, sino que comprende a ambos. Es decir, con ello la norma consagra una misma situación de capacidad genérica solo limitada por los actos o funciones que el juez especifique en la sentencia, debiéndose aclarar para cada caso la forma de su

ejercicio: un sistema de representación o de asistencia. Por lo tanto, lo que ha hecho el art. 152 ter, es flexibilizar las soluciones dadas por los compartimentos estancos de los arts. 141 y 152 bis, los cuales entendemos que resultan inaplicables para las nuevas sentencias que se dicten en lo sucesivo, ya que ahora en cualquier caso hay que especificar los actos que se limitan y prever la forma para su ejercicio.”³⁹

4. Proyecto de reforma al código civil y comercial:⁴⁰

Es aquí, en nuestro Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial, donde podemos observar que la mayor parte del sistema de capacidad ha sido modificado quedando inserta en su casi totalidad la nueva ley de salud mental, y vemos: “**ARTICULO 31.- 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.” (lo subrayado, es mío), así manifiesta una capacidad general, aun cuando se encuentre internada la persona, el carácter interdisciplinario, es de fundamental importancia para la nueva ley tanto como lo denota aquí en el proyecto no sólo como

³⁹ OLMO, Juan Pablo; “Casos que claramente ameritan una sentencia de incapacidad, aunque en realidad no”; LLGran Cuyo 2013 (febrero) 17 Fallo Comentado Cámara de Familia de Mendoza – 2012-08-29- T. A.A. s/ insania. www.laleyonline.com

⁴⁰ PROYECTO DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION 1º edición – Agosto 2012; Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329. Libro primero. Parte general. Título I. Persona humana. Sección 3º. Restricciones a la capacidad. Parágrafo 1º. Principios comunes.

parte de un tratamiento sino para el recorrido en su plenitud dentro del proceso judicial. Los derechos palman con el art.7 inc. j. de la ley 26.657 donde marca el derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado. Luego hace alusión al art.7 inc. d. de ley 26.657 porque allí nos habla del derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades. Hace alusión a la capacidad restringida así la menciona y pertenece este concepto a la capacidad gradual, siendo de gran interés el aporte de concepto de discapacidad que nos brinda en el art. 48, cuando hace mención exclusiva de los Pródigos y allí dice : “... *se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral ...*”.

5. Publicación y registro: Su necesidad:

Son varios los autores que reclaman la necesidad de la misma frente al régimen de capacidades graduales.

Para algunos sólo puede ser eficazmente implementado con un adecuado sistema de publicidad de las resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar; ello resulta indispensable para resguardar la seguridad del tráfico negocial a fin de que los terceros estén en condiciones de conocer la extensión y límites de la capacidad. Nada de esto ha previsto la ley.” Marcando los requisitos que serían dos:

- La creación de un Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas; este podría ser el Registro Nacional de las Personas.
- Un sistema de centralización de los datos de los registros provinciales.

En efecto también lo creen conveniente para conocer la extensión y límites de la capacidad de obrar del sujeto para permitir garantizar la seguridad jurídica en el tráfico comercial tanto en resguardo de las personas con padecimientos mentales como de los terceros que con ella contratan, centralizándose la información de todo el país.

Es a tales efectos que en el Proyecto encontramos tres artículos delimitando el sistema de capacidad gradual frente a actos jurídicos, nulidad y prueba: “**ARTICULO 39.- *Registración de la sentencia.* 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. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 45, los actos mencionados en este Capítulo producen efectos contra terceros recién a partir de la fecha de inscripción en el registro. Desaparecidas las restricciones, se procede a la inmediata cancelación registral”. La inscripción es de carácter declarativo frente a terceros. “**ARTICULO 44.- *Actos posteriores a la inscripción de la sentencia.* Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en El Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”. Y: “**ARTICULO 45.- *Actos anteriores a la inscripción.* Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos: a. la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b. quien contrató con él era de mala fe; c. el acto es a título gratuito. “y culminando de dar un marco al sistema frente a la celebración de actos y sus consecuencias y también menciona el fallecimiento en el: “**ARTICULO 46.- *Persona fallecida.* Luego de su fallecimiento, los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental resulte del acto mismo, que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que el acto sea a título********

gratuito, o que se pruebe que quien contrato con ella actuó de mala fe.” Otra de las diferencias es en cuanto a los legitimados siendo ellos en el proyecto: “... a. el propio interesado; b. el cónyuge no separado de hecho y el conviviente entra la convivencia no haya cesado; c. los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado; d. el Ministerio Público” quedando delineada de esta manera la comparación con el régimen anteriormente clasificado en la breve reseña del sistema capacidad-incapacidad.

Comparativo del Código Civil de la Nación y el Proyecto a la Reforma al Código Civil y Comercial 2012:

Más allá del aporte de cada artículo atinente al tema quisiera brindar un comparativo de las diferencias más salientes que se hallan:

En el Libro Primero De la parte General, Título I, De la persona humana Capítulo 2 CAPACIDAD Sección 1º, Principios Generales. Allí comienza en el artículo 22.- hablando de Capacidad de Derecho, luego en el Art. 23. Capacidad de Ejercicio.: “Toda persona humana puede ejercer por si misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.”, luego art. 24 personas incapaces de ejercicio: ... “la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión. Antes decía “tienen incapacidad absoluta: Dementes y sordomudos”.

Sección 3º, antes el título era “de los dementes e inhabilitados”... ahora personas con incapacidad y con capacidad restringida por razón de carencias de salud, aquí el término salud, da un sentido más genérico y amplio. En el Art. 31, menciona las reglas generales a la restricción de la capacidad por razones de salud, esto es agregado, e incluye el derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada.

El art. 140 desaparece, el Art. 32 del Proyecto es similar al Art. 141 de nuestro

código actual, pero hay modificaciones y agregados, cambia el inicio: *el juez puede declarar la incapacidad de un apersona mayor de trece años de edad*, la expresión *no tengan aptitud*, por se encuentren en situación de absoluta ineptitud. Y agrega *el juez puede restringir la capacidad de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración funcional permanente 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. En ambos casos, el juez debe designar un curador y fijar sus funciones*,

Luego en el art. 33 menciona los legitimados tal como lo menciona el art. 144 C.C. pero con modificaciones: antes también mencionaba *a cualquier persona del pueblo cuando fuere furioso o incomode a sus vecinos*, esto se suprimió. En el art. 34 habla de las partes en el proceso, y hay analogía con el art. 147 del C.C. solo que antes mencionaba al curador provisorio y ahora al abogado.

Luego hay agregados como el art. 35, 36, y 37, el primero habla de la limitación provisional de la capacidad, nombra al curador y a las redes de apoyos y personas, mencionando tanto la incapacidad como la capacidad restringida, el 36 acerca de la prueba, incorporando al equipo interdisciplinario, para poder llevar a cabo parte de la misma. El 37 agrega algo desarrollado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, lo cual es la Entrevista con el juez de manera personal.

Art. 38, similar el 152 ter actual. El art. 39 habla sobre las medidas de protección, y menciona las redes de apoyo, como mecanismo nuevo y no sustitutivo de la curatela.

También son nuevos la Registración de la sentencia en el art. 40, la Internación en el art. 41, donde se halla en parte subsumido el art. 482 C.C., cuando dice en el inc. b) que la finalidad de la internación es evitar que la persona se haga daño a sí misma o a terceros, y facilitar los tratamientos necesarios o convenientes de acuerdo con su estado.

Pero donde se abarca más aún al actual 482 C.C. es en el art. 42. *Internación dispuesta por autoridad pública*, y en el art. 43, hace una remisión a la ley 26.657.

En el párrafo 2º continua con lo que en nuestro C.C. se halla dentro de los arts. 468 y 484 separado que es el Régimen de la Curatela, aquí está en el art. 44, y la diferencia fundamental es que diferencia los actos que se hayan realizado con posterioridad o anterioridad a la Inscripción de la sentencia y no a la declaración de la Sentencia como lo venía tratando nuestro C.C. luego en el párrafo 3º menciona el cese de la incapacidad y de las restricciones a la capacidad, y el art. 47 es similar al 150 de nuestro C.C. , solo que incorpora la figura del equipo interdisciplinario, y a la nómina de actos que el juez puede ampliar, con asistencia de un curador.

En el párrafo 4º menciona los inhabilitados, y aquí hay una analogía con el 152 bis C.C. sólo aplicable a la figura del pródigo, dejando por fuera como causa a los disminuidos en sus facultades mentales y a la embriaguez o uso de estupefacientes que quedan comprendidas en la ley 26.657, por ende en los artículos previos.

6. CONCLUSION:

En este capítulo se ha presentado cual es el meollo de este trabajo de investigación, cual es la incorporación del Art. 152 ter a nuestro ordenamiento jurídico, que más allá de la simpleza y lo acotado que parece ha modificado unos de los regímenes pilares del campo jurídico, cual es el de la Capacidad, en este caso puntual de obrar, y ceñido al padecimiento mental.

Como era de esperarse frente a tal magnitud de cambios las opiniones no se han hecho esperar, dado este el artículo en cuestión, demarca un progreso que ya hacía tiempo se vislumbraba como una necesidad la de su flexibilización, acordes a los tiempos que corren donde los conceptos absolutistas comienzan a transparentarse debido a que en la realidad son demasiados los factores que provocan situaciones complejas, por ello es que también se habilita al equipo interdisciplinario a abordar estas

temáticas.

Más en cuestión a lo planteado, y a los cuestionamientos formulados: la inserción a este régimen actual para lograr en su plenitud un funcionamiento:

Con respecto a su inserción, el artículo 141 del Código Civil, quedaría tácitamente derogado,

Al respecto de la nulidad posterior a la declaración de capacidad gradual, no serían nulos los actos hasta no estar Inscriptos en el Registro correspondiente a tales actos,

Es un solo sistema con capacidad gradual, como principio rector aunque en algunos casos fueran de capacidad restringida casi en su máxima expresión, o de manera absoluta que no cuenten con aptitudes para la realización de ningún acto.

Aun en esos casos la regla es la Capacidad, dado que es capacidad restringida y siempre debe tenerse en cuenta la consideración de que ningún estado sea tomado como irreversible.

Derogado tácitamente el artículo 54 inc. 3°. Existiría un solo sistema atenuado en donde también sería modificable al Proyecto al Código Civil y Comercial en cuanto a la desvinculación de los pródigos en un artículo donde se menciona la inhabilitación, y la prodigalidad quedaría incluida en la noción de adicción o padecimiento mental.

Sistema aplicable de apoyos y salvaguardias, con curaduría en casos de capacidad restringida en absoluto.

Capítulo III

EQUIPO INTERDISCIPLINARIO. FACULTADES DE LOS JUECES.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Del Equipo Interdisciplinario. Concepto. 3. Facultades del Equipo y del juez. Doctrina. El dictamen. 4. Jurisprudencia. 5. Conclusiones.

1. Introducción

En pos de realizar un acabado análisis del art. 152 ter trato aquí el equipo interdisciplinario, la mayor o menor facultad de los jueces, frente a la declaración de interdicción. También el valor del dictamen pericial y la integración del equipo

interdisciplinario, la inclusión del Abogado⁴¹ del paciente, el sistema de curador versus apoyos y salvaguardias mencionado apenas anteriormente, los derechos de las personas con padecimiento mental donde nos aporta un interesantísimo concepto en su inciso n y nos dice que tiene Derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable, de donde quizás vamos de a poco encontrando una suma de proposiciones que hacen que toda la legislación vaya guardando una coherencia y sentido.

2. Del equipo interdisciplinario: concepto

La ley 26.657 en su Art. 13 nos dice: “Los profesionales con título de grado están en igualdad de condiciones para ocupar los cargos de conducción y gestión de los servicios y las instituciones, debiendo valorarse su idoneidad para el cargo y su capacidad para integrar los diferentes saberes que atraviesan el campo de la salud mental. Todos los trabajadores integrantes de los equipos asistenciales tienen derecho a la capacitación permanente y a la protección de su salud integral, para lo cual se deben desarrollar políticas específicas.

Esto nos dice en cuanto al equipo interdisciplinario y en su Art. 8 nos aclaran quienes formarían parte del mismo en su segundo páf. “... Se incluyen las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes.” Y por supuesto lo vuelve a mencionar en varios artículos como en el Art. 23 haciendo alusión a que el alta, externación o permisos de salida son facultad del equipo de salud que **no requiere autorización del juez**

3. Facultades del Equipo y del Juez. Doctrina.

⁴¹ MARTINEZ ALCORTA, Julio, “El defensor del usuario del sistema de salud mental”; El Derecho:: Cuaderno de Familia de Febrero del 2011; disponible en : [www.http://es.scribd.com/doc/52582435/El-Derecho-Cuaderno-de-Familia-de-Febrero-del-2011](http://es.scribd.com/doc/52582435/El-Derecho-Cuaderno-de-Familia-de-Febrero-del-2011)

El dictamen pericial

Frente a este equipo varios autores han realizado variadas críticas una de ellas en cuanto a la composición del mismo, como por ejemplo Pérez Dávila⁴² quien dice que es indudable que ninguno de los otros profesionales, salvo los que obtienen título de grado, se encontrarían en condiciones de asimilarse al conocimiento y formación de un médico psiquiatra, y que no debería adjudicársele igualdad de voto, como así también refiriéndose a la psicología cree que no posee en su formación académica estudios como la anatomía, o neurología etc., de manera que no ostenta suficientes conocimientos sobre el organismo humano, específicamente órgano cerebro humano y estructuras que lo componen, que desconocen de manera absoluta toda la patología médica corporal general; que no se hallan facultados para decidir cuál sería el mejor tratamiento por no contar con la formación científica necesaria para diferenciar con el debido criterio lo que es estrictamente daño psicológico, de la patología psíquica asociada a daños orgánicos y por supuesto cree que mucho menos podrán hacerlo el resto de los profesionales no médicos que conforman el grupo interdisciplinario.

Desde una óptica opuesta aludiendo a esta cuestión, se ha dicho que de este modo se quiebra con la hegemonía médico-psiquiátrica a su vez que la complementación de los saberes permite una evaluación desde distintas ópticas y perspectivas, en un enfoque integral, integrado y más democrático de la salud mental. Al respecto de la función del trabajo social en materia de salud mental, su aporte se orienta a focalizar situaciones vivenciales de las personas sometidas a juicio, determinando o al menos aproximando al juzgador las eventuales situaciones de riesgo o abandono en la cual aquellas se puedan encontrar sumidas. De este modo, la intermediación del Equipo Técnico con los sujetos del proceso tiende a poner en

⁴² PEREZ DAVILA, Luis Alejandro, “Nueva ley de salud mental N° 26.657”; Sup. Act. 05/05/2011,05/05/2011,1 disponible en www.laleyonline.com

conocimiento e informar al magistrado las desigualdades de aquellas personas con capacidades diferentes, que pueden derivar tanto de dificultades sociales, como económicas o de ámbitos de contención. El trabajador social detecta en el ambiente falencias y dificultades; informa y previene de acuerdo a su formación profesional. Su tarea es imprescindible para indagar lo concreto desde la intemperie y se constituye en un colaborador del magistrado, tarea que no puede ser suplida ni aún con testigos, dado que éstos declaran sobre hechos que han sido percibidos por sus sentidos, son profanos y no tienen posibilidad de determinar el grado de dificultad que pueda presentar desde lo social para la causante y su entorno.

En base a preguntas realizadas acerca del Equipo Interdisciplinario en entrevista a Leonardo Gorzbac⁴³: *“Equipo interdisciplinario: cuál es la incidencia e intervención en la actualidad?”*

El equipo interdisciplinario debe decidir internaciones y externaciones, además de intervenir en la evaluación de la capacidad jurídica. En este último caso puede ser el propio equipo del poder judicial el que realice la evaluación. Por otra parte la ley define que el acceso a cargos puede ser ocupado por cualquiera de las disciplinas de grado que integran el equipo interdisciplinario en salud mental. Hace mucho que las instituciones trabajan con equipos interdisciplinarios, pero en general con un sistema de toma de decisiones donde el dictamen médico tenía mayor valor, o era el único válido para legitimar internaciones, evaluar capacidad jurídica, e incluso indicar tratamientos para ser cubiertos por la obra social o prepaga.

Y a la pregunta: *Facultades del juez: Son las mismas? Contesta: “El juez debe escuchar al interesado y procurar restringir la mínimo indispensable su autonomía, entendiendo que el paradigma de la protección por anulación de la autonomía ha sido derogado con la Convención y con la Ley.”*

⁴³ GORZBAC Leonardo Ariel, ex diputado de la Nación, Lic. En Psicología, en entrevista que se halla incorporada a lo largo del trabajo.

En cuanto al dictamen pericial: *"Puede el juez apartarse del dictamen pericial para fallar?"*

El 152 ter dice que la sentencia de "fundarse" en evaluaciones interdisciplinarias. La decisión la toma el juez en base a los informes que recibe. Se entiende que la evaluación interdisciplinaria describe la situación de una persona, su padecimiento mental, su contexto social, sus vínculos, las razones supuestas de ese padecimiento, las dificultades que tiene en determinados contextos, las potencialidades, etc. Pero el criterio, en base a esa evaluación, de qué decisión tomar, hasta donde restringir o no, corresponde al juez. Se entiende que distintos jueces podrían interpretar distinto la misma evaluación, lo que no es esperable es que el juez decida sin tomar en cuenta la evaluación, o que definiera en un sentido claramente distinto al que una interpretación razonable de la evaluación indicara."

En lo que refiere al Dictamen Pericial:

También se crítica su valoración, así como por ejemplo Mayo⁴⁴ nos dice que la pericia tiene como función la de actuar como garantía de un pronunciamiento que incidirá en una cuestión tan trascendental como lo es la vinculada con la capacidad de obrar de las personas, según la correcta consideración de la relevancia de este medio probatorio para dilucidar lo que constituye el objeto de la investigación; por lo que la omisión de la pericia para él, acarrea la invalidez del procedimiento cualquiera sea el resultado de la sentencia. Aunque a su vez piensa que no significa que el Art. 142 imponga al Tribunal la decisión de los peritos; que solo indica que el magistrado se pronuncie habiendo necesariamente valorado ese medio probatorio; diciendo que es esa la garantía para el denunciado, la necesidad de la pericia y no el contenido de la pericia.

Orgaz sobre este tema, nos instruye aclarando que distinguía entre el aspecto

⁴⁴ MAYO Jorge A. TOBIAS, José W. "ob. cit."

biológico y jurídico del dictamen; y que si el primero reúne las condiciones necesarias y no existen divergencias, resultaría obligatorio para el juez, no así el aspecto puramente jurídico; o sea la incidencia de la enfermedad mental en la aptitud negocial de la persona, la cual no obligaría al juez; teniendo un valor de ilustración para el magistrado quien en la formación de su juicio, debía tener en cuenta la restante prueba y el resultado del examen pertinente. Él siguiendo esta línea coincide en que *el magistrado mantiene la libertad de apreciación* en lo atinente al aspecto jurídico, y considera que en lo psiquiátrico debe distinguirse entre el dictamen que admite la enfermedad y el que la niega, en el segundo caso el juez debe sujetarse a ello desconocerlo es negarle valor a la garantía del denunciado, pero si el dictamen se pronuncia por la existencia del aspecto psiquiátrico, el juez, en base a otros elementos de convicción, podría llegar a la solución contraria porque la resolución no afectaría la capacidad del denunciado y por ende no quedaría afectada la función de garantía que se le atribuye a la pericia. Y denota como importante y de gravedad que el temor a afectar las libertades individuales, no puede alterar el principio de la sana crítica.

Este es uno de los fundamentos más utilizados para la doctrina que se halla conteste a la inclusión en el abordaje de este proceso del equipo interdisciplinario, creyendo que se sustituye el criterio de magistrado por el criterio de los peritos, diciendo que rige aquí el principio de la libre convicción judicial y alterando o transformando el imperium judicial en el imperium de los facultativos. Concluyendo que es un tema concerniente al derecho procesal y no de fondo especificar estas cuestiones, y que no pueden serle impuestas a los magistrados, porque estarían “colocando a los jueces en meros autómatas del criterio de los facultativos y que por ende el examen es requisito de validez del proceso y el magistrado no puede dejar de considerarlo, pero que eso no excluye que el juez pueda apartarse basándose en otros elementos, dado que para estos autores el valor fundamental a tener en cuenta no es el

dato científico sino el práctico de la aptitud civil del denunciado.

Es de interpretar que la norma transcurre en una visión integral de la salud mental, que pone énfasis en el rol de la familia, la comunidad y en la figura del equipo interdisciplinario.

Algunos otros⁴⁵ dicen que no puede ir en desmedro del requisito de la evaluación pericial realizada por tres médicos psiquiatras; y que la nueva ley lo que propone es sumar y no restar garantías, que no hay aquí interdisciplina sino multidisciplina resultado de trabajo individual de los psiquiatras por un lado y del resto del equipo por el otro; y refuerzan las demás posturas diciendo que el hecho que la ley diga que la declaración de incapacidad como la de inhabilitación deberán fundarse en un examen de facultativos no significa que este sea obligatorio para el juez, sino que la declaración judicial debe atender necesariamente a dicho dictamen para admitir la pretensión , por ende no excluye que pueda apartarse de sus conclusiones, pero agregan que solo es posible en la medida en que la decisión judicial tienda a ampliar el radio de autonomía personal del paciente y no a restringirlo, interesante es el aporte que realiza en cuanto a que nos comenta que los juzgados han elaborado una serie de puntos en base a la exigencia del Art. 152 ter que se eleva junto con el pedido de evaluación interdisciplinaria por ejemplo, si puede vivir solo, si puede contraer matrimonio, si puede ejercer la patria potestad de sus hijos, trasladarse por la vía pública, si conoce el valor del dinero, trabajar, cobrar y administrar su salario votar , mantener su higiene , entre otras.

Para algunos autores: ⁴⁶ el hecho que la ley diga que la declaración de incapacidad como la de inhabilitación deberán fundarse en un examen de facultativos no significa que éste sea obligatorio para el juez, sino, que la decisión judicial debe atender

⁴⁵ FAMÁ, M. Victoria, HERRERA, Marisa, PAGANO, Luz; "ob. cit."

⁴⁶ KIELMANOVICH, Jorge L. "ob. cit."

necesariamente a dicho dictamen para admitir la pretensión o petición con uno u otro alcance, pues como lo indica el Art. 140 del Código Civil, ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente.

En cuanto a los Criterios utilizados para la declaración de interdicción:

Hay ciertos criterios para su declaración, a la par de la evolución en el desenvolvimiento médico de las enfermedades mentales y ante la necesidad de vincular sus conclusiones con la ciencia del derecho y con las conveniencias civiles de su consideración, tradicionalmente nuestra doctrina ha desarrollado tres criterios para elaborar una definición adecuada a la realidad.

El criterio puramente *médico-científico*, expuesto por Vélez Sarsfield en la redacción del primitivo art.141 CÓD. CIV. en el que se indicaron enfermedades standard de acuerdo al avance de la ciencia médica, sin atender a la incidencia que la enfermedad pueda tener en las relaciones jurídicas.

Conforme este criterio, la falta de aptitud del enfermo para dirigir su persona y administrar su patrimonio, no es considerada presupuesto para la declaración de demencia. Se reduce todo a la comprobación de la insanidad mental.

El criterio *médico-jurídico*, que quedó establecido en la ley 17.711, según el cual sin enfermedad mental queda fuera de juzgamiento la incapacidad general y absoluta del demente; pero a la vez aun existiendo aquella fase patológica, deben evaluarse las consecuencias que ella proyecta sobre: la administración de los bienes y la preservación de la personas de peligros en lo físico y en lo espiritual para ella y para la familia.

Para este criterio, no basta la enfermedad como hecho sino que ella ha de ser causa de la inhabilidad del insano para conducir adecuadamente sus comportamientos.

La mentada interrelación asegura así la razonabilidad de esa interdicción y justifica la finalidad perseguida con ella.

El criterio *mixto o biológico-jurídico*, el cual exige para poder dictar una sentencia de incapacidad, al concurrir de un factor psiquiátrico que permite dar seguridad al pronunciamiento judicial, en garantía de la persona implicada y de un factor económico-social, sin cuya presencia no se justifica la incapacitación de un sujeto que padece una enfermedad mental carente de incidencia en la vida de relación.⁴⁷

En cuanto a este tema el Proyecto en su *ARTICULO 37.- nos dice: “Sentencia. La sentencia 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**.”*

*ARTÍCULO 38.- “Alcances de la sentencia. La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la incapacidad y designar representantes o apoyos. 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. A fin de que la persona tome su decisión le designará los apoyos necesarios. Se aplican las reglas de este Código relativas a la tutela, en cuanto sean compatibles, incluidas las reglas de la pluralidad.”*

En relación al tema se encuentran también estos artículos dentro del Proyecto a la Reforma del Código Civil del año 2012:

*ARTÍCULO 47.- “Procedimiento para el cese. El cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad debe decretarse por **el juez** que la declaró, previo **examen de un equipo interdisciplinario** integrado conforme a las pautas del artículo 37, que*

⁴⁷ FINOCCHIO, Carolina, MILLAN, Fernando, “ob. cit.”.

dictamine sobre el restablecimiento de la persona. Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador.”

*ARTÍCULO 50.- “Cese de la inhabilitación. El cese de la inhabilitación se decreta por **el juez** que la declaró, previo **examen interdisciplinario** que dictamine sobre el restablecimiento de la persona. Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con apoyo.”*

*ARTÍCULO 41.- “**Internación.** La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección. En particular: a. debe estar fundada en una **evaluación de un equipo interdisciplinario** de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad; b. sólo procede ante la existencia de riesgo cierto de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros; c. es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente; d. debe garantizarse el debido proceso, **el control judicial inmediato** y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica; e. la **sentencia** que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión.”*

*ARTÍCULO 42.- “Traslado dispuesto por autoridad pública. Evaluación e internación. La autoridad pública puede disponer el traslado de una persona cuyo estado no admita delaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, **a un centro de salud para su evaluación.** En este caso, si fuese admitida la internación, debe cumplirse con los plazos y modalidades establecidos en la legislación especial. Las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato”*

4. Jurisprudencia⁴⁸

Los hechos son que la sentencia de grado declaró la incapacidad del causante por padecer de una enfermedad mental que le generaría una imposibilidad total para el trabajo y la administración de sus bienes, y designó curador definitivo al hermano de aquél. Apelado dicho decisorio por el Asesor de Menores e Incapaces, la Cámara lo deja sin efecto por prematura, en tanto se dictó cuando ya estaba vigente la Ley Nacional de Salud Mental, pero sin que se efectuaran las pericias médicas interdisciplinarias que esta prevé para determinar, con mayor precisión, las futuras restricciones que eventualmente deberían adoptarse respecto de la capacidad jurídica del causante.

Dos son las preguntas que se hacen ¿es justa la sentencia anterior? Y ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión: la Señora Juez Doctora Comparato dijo: que el presente proceso fue iniciado por el Señor Asesor De Incapaces Departamental, que interpuso demanda de Insania respecto de J. M. E., que del certificado de discapacidad , presentado a un inicio el causante sufre de una discapacidad mental parcial permanente, que comporta demencia en sentido jurídico. Solicita que con dicho certificado y los antecedentes reunidos se dé por cumplido el extremo que dispone el art. 618 del C.P.CÓD. CIV. En el mismo peticiona se disponga la Inhibición General de Bienes del demandado. Señala que, para el caso de quedar demostrada la incapacidad invocada propone como Curador definitivo del causante a su hermano J. L. M., y que se autorice a este último a gestionar y percibir los haberes que le pudieren corresponder al causante indispensable para su manutención.

⁴⁸ Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I(CCivComAzul)(SalaI)
Fecha: 22/05/2012; Partes: J. M. E. s/insania y curatela; Publicado en: La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/20618/2012

Concluye solicitando que las designaciones de curador provisorio y médicos recaigan en el Defensor de Pobres y Ausentes y médicos de la Asesoría Pericial.

Se presentan el informe de la pericia médica, los Dres. S., B. y G., todos ellos de la Asesoría Pericial Departamental. En el mismo, consideran que el examinado se encuentra incapacitado para el trabajo, en inferioridad de condiciones en relación con los demás, lo que implica que el pleno ejercicio de su capacidad resultaría dañoso para su patrimonio o terceros. El Asesor de Menores e Incapaces, solicita se encauce el procedimiento como Inhabilitación, en los términos del art. 152 bis, inc. 2 del C. Civil y acorde lo preceptuado en el art. 26 de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ONU e incorporado al sistema legal argentino por ley 26.378.

El Juez de la instancia de origen hizo lugar a la demanda promovida y declaró la incapacidad de M. E. J., por padecer de funcionamiento intelectual limítrofe asociado a trastorno de la personalidad, enfermedad que le genera una incapacidad mental total para el trabajo, administración de sus bienes y comprensión del valor jurídico.

La sentencia es recurrida por el Asesor de Menores e Incapaces. El apelante centra su agravio, en que el sentenciante se refiere en la resolución en crisis, directamente al instituto de Insania, y no hay pronunciamiento sobre la inhabilitación. Refiere que solicitó reencausar la acción como inhabilitación de acuerdo al informe pericial, en el cual los profesionales se pronuncian por considerar que el causante se encuentra en inferioridad de condiciones, lo que limita la plenitud en el ejercicio de su capacidad, sin llegar a sostener que los trastornos psíquicos le generen una incapacidad mental total para el trabajo, administración de sus bienes y comprensión del valor jurídico.

En consecuencia, entiende que el fallo declara la incapacidad del enfermo mental, la que se extiende a todos los actos de su vida. Pero si, el causante fuera declarado inhabilitado no sería totalmente incapaz, encontrándose el ejercicio de su

capacidad limitado, ya que podría realizar por sí mismo todos los actos extrapatrimoniales y patrimoniales de administración excluidos aquellos que puedan comprometer sus bienes, para los cuales necesitaría la conformidad del curador.

Concluye solicitando se revoque la sentencia en crisis y se disponga la inhabilitación del padeciente. Que en orden a los nuevos paradigmas y disposiciones convencionales con rango constitucional y modificaciones legales introducidas en nuestro sistema legal a partir de la sanción de la leyes 26.378 que aprueba la Convención de la ONU sobre Derechos de las personas con discapacidad , en especial en sus arts. 4, 12, 26; y la ley 26.657 en particular sus arts. 1, 2, 5, 42 (introductorio del art. 152 ter del CÓD. CIV.) y 43 (modificadorio del art. 482 del mismo cuerpo normativo), estima que la presente causa ha de resolverse a la luz de la citada normativa, las que cabe aclarar son de orden público.

Ahora bien la ley 26.657 sí resulta posterior al inicio de estas actuaciones (fue sancionada el 25 de Noviembre de 2010 y promulgada el 2 de Diciembre de 2010), pero regía ya durante toda la tramitación del proceso y claramente es anterior al dictado de la sentencia. De ello que estima resulta igualmente aplicable al presente toda vez que la legislación citada resguarda y garantiza los derechos humanos de las personas con discapacidad, derechos que se encontraban vigentes con anterioridad a la sanción de estas leyes y las que en su caso los hacen aplicables a los procesos de insania e inhabilitación (arts. 75 incs. 22 y 23 CN; la Ley Nacional de Salud Mental nº 26.657 produjo un profundo impacto en el régimen de capacidad, incapacidad e inhabilitación previsto por el Código Civil, modificando el artículo 482 del mencionado cuerpo legal e incorporando al mismo el artículo 152 ter, a más de reconocer el derecho a la protección de la salud mental y establecer mecanismos tendientes a asegurar el goce de los derechos humanos a aquellas personas con padecimientos mentales.

Que en el marco normativo aplicable -compuesto además por diversos

instrumentos internacionales, nacionales y provinciales de distinto rango-, los jueces se encuentran llamados a intervenir en toda cuestión relativa a la determinación de restricciones a la capacidad de obrar, materializándolas -según el caso- en interdicciones o inhabilitaciones.

En ese sentido, los exámenes periciales adquieren una función de vital importancia, en tanto aportan elementos que permiten al juzgador acercarse a la verdad material, resultando necesarios tanto respecto de internaciones voluntarias, involuntarias, inhabilitaciones o declaraciones de demencia, situaciones todas ellas en donde se encuentran en juego derechos personalísimos de raigambre constitucional.

Al respecto, es dable señalar que, a partir de la sanción de la Ley n° 26.657, la composición del grupo de expertos que debe intervenir en este tipo de proceso ha variado a mérito de lo dispuesto por los artículos 42 y 43 de la mentada norma y la modificación al texto del art. 482 del Código Civil e incorporación al mismo del art. 152 ter, en cuanto requieren que las evaluaciones producidas en el marco de los procedimientos de insania e inhabilitación sean de carácter interdisciplinario.

En esta línea, con fecha 23.11.2011 la Excma. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dicta la Res. N° 3196/11, cuyo texto puede consultarse en el digesto disponible en la página web del Superior Tribunal.

Dispone la Corte que aun cuando, hasta el presente, las modificaciones legislativas no han alcanzado a los procedimientos locales de inhabilitación e insania (art. 618 y ss. C.P.CÓD. CIV.), Corresponde igualmente, con apoyo en los nuevos arts. 152 ter y 482 del Código Civil y la normativa internacional, que los procesos de inhabilitación e incapacidad sean canalizados a través de la intervención de cuerpos técnicos interdisciplinarios.

Como corolario de ello, establece la resolución a la que viene haciéndose referencia que, tratándose de expedientes en trámite por ante los Juzgados de Familia -

como ocurre en el sub-lite-, la evaluación interdisciplinaria requerida normativamente en forma previa a la declaración de incapacidad o inhabilitación debe ser practicada por el Equipo Técnico Auxiliar de cada juzgado, los que se organizarán conforme a las instrucciones impartidas en uso de las facultades ordenatorias e instructorias por el magistrado a cargo del mismo.

De este modo, atendiendo a que en autos el decisorio objeto de recurso fue adoptado con anterioridad al dictado de la Res. N° 3196/11 de la S.C.B.A., pero estando ya vigente la nueva Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 y la ley 26.378, corresponde dejar sin efecto la sentencia dictada a fs. 46/47 por resultar prematura en virtud de haberse dictado sin que se hicieran las pericias médicas conforme la normativa citada, es decir en forma interdisciplinaria y que permitan determinar con mayor precisión las futuras restricciones que eventualmente deberían adoptarse respecto del ejercicio de la capacidad jurídica del causante.

Creo conveniente aclarar que, si bien en la causa citada de éste Tribunal, las actuaciones se devolvieron a la instancia de origen a efectos que se realicen los respectivos informes médicos sin declarar prematura la sentencia allí dictada, es lo cierto que allí la cuestión se encuentra superada toda vez que los nuevos informes realizados conforme la citada normativa vinieron a ratificar lo ya resuelto en la sentencia cuestionada.

Ahora bien, un nuevo estudio de la cuestión y a efectos de garantizar el debido derecho de defensa en juicio y la doble instancia es que estimo resulta necesario que el mismo Juez de la causa con los nuevos elementos que se indican dicte nuevo pronunciamiento.

Por ende se dejó sin efecto la sentencia dictada por resultar prematura, y devolver los autos a la instancia de origen a fin que el Sr. Juez de la causa luego de confeccionado el informe interdisciplinario conforme la nueva legislación vigente, dicte nuevo

pronunciamiento.

**Comentario sobre Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia
de la Nación acerca del dictamen pericial:** ⁴⁹

Se trató de un pedido de inhabilitación de una persona de noventa años, titular del paquete accionario de empresas que conforman un Grupo económico, en razón de la disminución de facultades psíquicas, que encontró recepción positiva en la sentencia de grado, decisión revocada por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que vuelve a ser admitida en la instancia de la Corte Suprema de Justicia que casó el fallo de Cámara y conforme la propuesta de la Sra. Procuradora, con apoyo del Sr. Defensor Oficial mandó dictar nueva sentencia de Cámara, conforme sus pautas. El eje de la cuestión pasó por la pericia médica psiquiátrica y la interpretación y alcance de los términos utilizados por los peritos intervinientes en la causa y la inteligencia que había de asignársele a los que utiliza la propia norma en juego, que es la del art. 152 bis inc. 2°. De dicha prueba pericial médica surgió que el demandado portaba un “deterioro cognitivo leve” con una declinación de las funciones intelectuales mayor a la que es esperable para su edad, y que si bien no llegaba a interferir en su actividad diaria, no se encontraba esta persona en condiciones óptimas para administrar una estructura societaria compleja, de un grupo presidido por él mismo, por ser el titular de la mayor parte de los paquetes accionarios. La cámara Civil por su Sala C, se apartó del dictamen pericial y más allá del deterioro cognitivo leve diagnosticado de manera concordante con los expertos actuantes, consideró que la persona denunciada, no portaba un debilitamiento de su salud mental, entendiendo que la vejez no es sinónimo de enfermedad que sólo esta última puede ser causal de inhabilitación, afirmando los peritos que la actividad comercial del anciano “podría” acarrear errores y vicios en sus

⁴⁹ Fallo Comentado: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION – 2012-06-12- B., J.M. s/ Insania; Cobas, Manuel O. “La inhabilitación por disminución de facultades y el valor de la prueba pericial médica y sus términos”. www.laleyonline.com

decisiones, lo que convierte a sus apreciaciones sobre las consecuencias de los actos que otorgue dicha persona en su ámbito de actuación comercial, en meramente conjeturales, dado que no utilizaron el término “puede” que convertiría a las mismas en asertivas, por ende revoca el fallo y rechaza el pedido fundado en la causal del art. 152 bis. 2°.

La importancia del caso reside en la divergencia que se advierte en los pronunciamientos dictados en la Primera y Segunda Instancia Civil, en la importancia de la cuestión terminológica y su interpretación, y en la intervención de la Corte Suprema de Justicia, a pesar de resultar en principio ajena al recurso federal, considerando arbitraria la decisión recurrida, por apartarse la Cámara sin motivo, del **dictamen pericial médico**, configurando con su decisión un precedente de importancia para determinar el alcance de este tipo de prueba.

“Pero no es obligatorio que se atenga a sus conclusiones. Teóricamente, **el juez, podría apartarse de ellas**, aunque en la práctica nunca ocurre tal cosa. A lo sumo el juez que no se siente convencido por el dictamen, especialmente cuando alguno de los peritos se ha expedido en disidencia, designa otros médicos más para que practiquen nuevo examen y dictamen, y si con ellos aparecen distintas opiniones, opta por la más conveniente.”⁵⁰

En cuanto a las facultades de los jueces también aparece de relieve en uno de los artículos que abriga el proyecto al Cód. Civ. quedando de esta manera: **ARTÍCULO 32.-** *“Persona con **capacidad restringida y con incapacidad.** “El juez puede restringir la capacidad de una persona mayor de TRECE (13) años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. Cuando por causa de enfermedad mental una persona mayor de TRECE (13) años de edad se encuentra en situación de falta absoluta de aptitud para dirigir su*

⁵⁰ CIFUENTES, Santos. RIVAS, Molina Andrés. 1990. Pág. 319, con cita de Arauz Castex Manuel. Derecho Civil Parte General. Ed. Técnico Jurídica Argentina. Buenos Aires 1965.

persona o administrar sus bienes, el juez puede declarar la incapacidad. En ambos casos, según corresponda, el juez debe designar un curador o los apoyos que resulten necesarios y fijar sus funciones. Los designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.”

Aquí no nombra al equipo interdisciplinario haciendo hincapié en el juez.

5. Sistema de Apoyos y Salvaguardias:

El artículo 12 de la CDPD es una norma clave del citado instrumento internacional⁵¹, podría decirse incluso que es el eje central sobre el cual se asiente el sistema de derechos allí consagrado, esta norma enuncia: “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*

⁵¹ Famá María Victoria, Pagano Luz María, Herrera Marisa; “ob. cit.”.

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... ”. el art. 12 de la CDPD se enmarca en el modelo social de la discapacidad, por el cual la persona con discapacidad debe ser tratada como sujeto de derechos, con igual dignidad y valor que las demás siendo obligación del Estado reconocer su titularidad en todos los derechos, pero también su capacidad plena de ejercerlos por sí misma. A diferencia del modelo médico, el denominado modelo social se caracteriza por trasladar el centro del problema de la discapacidad desde el individuo a la sociedad.

De acuerdo con esta nueva óptica, las causas que dan origen a la discapacidad no se consideran personales o al menos, no principalmente personales sino preponderantemente sociales. Para el modelo social la discapacidad, es una cuestión de derechos humanos, el respeto del modelo social implica que no debe privarse a la persona de su posibilidad de elegir y actuar. La aplicación del sistema creado a partir de la Convención de la ONU para Personas con Discapacidad debe guiarse por el *principio de la dignidad del riesgo*, es decir, el derecho a transitar y vivir en el mundo, con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse. Este derecho fundamental incluye, especialmente, la capacidad de actuar, es decir, la posibilidad de realizar actos regulados jurídicamente para hacer efectivas las decisiones que toma una persona y no sólo para ser considerado sujeto teórico de derechos y obligaciones. La capacidad jurídica es tanto un derecho en sí mismo como una garantía transversal e instrumental que permite ejercer todos los demás derechos por voluntad propia. La dignidad inherente se refiere al valor de cada persona, al respeto de sus experiencias y opiniones. La autonomía individual implica poder estar a cargo de la propia vida y tener la libertad de tomar decisiones. El citado artículo 12 es el más claro exponente del cambio de paradigma al

enarbolar la capacidad jurídica como principio, dejando de lado la dicotomía entre capacidad de derecho y capacidad de hecho, propia del modelo tutelar de incapacitación. La capacidad jurídica, la capacidad civil de hecho, la capacidad de obrar y la capacidad de ejercicio por sí de los derechos deben entenderse como sinónimos.

Desde este ángulo se hace necesario reemplazar el tradicional modelo de sustitución en la toma de decisiones por un modelo de apoyo en la toma de éstas, en efecto la misma norma prevé que algunas personas con padecimientos mentales pueden necesitar ayuda para ejercer su capacidad jurídica y para ello el Estado debe ofrecerles apoyo y establecer salvaguardias contra el potencial abuso de ese apoyo entendiendo por el primero a toda medida judicial que facilite a la persona tomar sus propias decisiones para realizar actos jurídicos y por las segundas, a toda medida judicial que apunte a evitar el ejercicio abusivo y las acciones negligentes por parte del apoyo para la toma de decisión, la toma de decisiones con apoyo es una aplicación del modelo social de la discapacidad al área de la capacidad legal.

En el modelo social de la discapacidad el concepto de capacidad se contempla como un concepto “gradual” y “relativo” y no como un concepto “binario”. La sociedad no se dividiría en sujetos capaces e incapaces, sino que está conformada por sujetos con capacidad de diversas que pueden encontrarse en diferentes situaciones, tener más o menos dificultades para desarrollar su autonomía y necesitar niveles de ayuda o asistencia distintos para adoptar sus decisiones. Pareciera, según este criterio entonces que el artículo 152 ter introducido por la ley 26.657, al sostener formalmente la “declaración de incapacidad”, no es compatible con el modelo social de discapacidad, no regulando expresamente el sistema de apoyos y salvaguardias que exige la CDPD y que tampoco derogó el sistema de sustitución en la toma de decisiones a través de la figura de la curatela regulada en el Código Civil, y desde lo axiológico el sistema procura ajustarse a los mandatos de la citada Convención, dado que la nueva norma

introduce un sistema de graduación de la restricción de la capacidad civil, al indicar que el magistrado debe explicitar las funciones y los actos jurídicos que se limitan, que implica una reformulación tácita del sistema rígido de capacidad/incapacidad y un necesario replanteo del rol del curador, por ello aunque no lo diga la norma se ajusta al paradigma emergente de la CDPD y resulta compatible con el sistema de apoyos y salvaguardias allí previsto. Tan es así que pese al silencio legal la praxis judicial demuestra día a día una inclusión expresa del sistema de apoyo en las sentencias de nuestros tribunales. El apoyo se relaciona con la intervención de un tercero en la esfera de la autonomía de la persona con un sentido muy diferente que la intervención propia del modelo binario. Por ende, no supone una sustitución, sino una promoción y un poyo de la autonomía, no se trata de decidir por la persona, sino de ayudar a decidir, de acompañar en la decisión de decidir con la persona y para la persona, de este modo las medidas de apoyo pueden y deben proyectarse cuando así lo requiera la situación de la persona con las debidas garantías, en todas las esferas en las que actúa y en todos sus derechos. Es según este criterio que el apoyo resulta vinculante para la persona, no es sólo una medida de ayuda que se pone a disposición de quien lo requiera, de lo contrario no tendría sentido el texto legal cuando dispone que debe resguardarse que las medidas de apoyo sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se aplique en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos. En éstos términos y retomando uno de los interrogantes que surgieran a lo largo de este trabajo, la función de “asistencia” del curador, como integrativa y complementaria de la decisión de la persona, no parece ser muy distinta del “apoyo” al que se refiere el art. 12, quizás el apoyo está más asociado a la cooperación, entendiéndose que la decisión es tomada por la propia persona y no integrada con la voluntad de otro, quien se limita a cooperar o ayudar. Lo cierto es que la distinción es muy fina y se centra, acorde a esta postura, en un plano teórico, porque desde la práctica la función y alcances del apoyo

serán definidos en relación con las características personales y contexto ambiental de cada persona.

El sistema de apoyo se encuentra estrechamente vinculado con las llamadas salvaguardias que se diagraman sobre tales mecanismos orientándose a evitar los abusos, proyectándose en diversos aspectos, operando como una garantía para evitar que la implementación del apoyo redunde en la vulneración de los derechos fundamentales de la persona. En definitiva, con estas medidas se procura delimitar el contenido y los alcances de los apoyos, en su proporcionalidad y adecuación, y su duración en el tiempo, así como también controlar la existencia de conflictos de intereses entre la persona y quien presta su apoyo. En tal sentido, aún sin decirlo de manera expresa, el art. 152 ter prevé una salvaguardia concreta al hacer referencia al plazo de tres años de duración de las sentencias.

Agrego por último lo mencionado por Leonardo Gorzbac acerca del tema: *“apoyos y salvaguardias solos o subsisten junto al curador? Curatela derogada tácitamente?”*

Esa figura aún no existe en el código civil, pero sí en la Convención y en el proyecto de código civil. Centralmente la discusión ha pasado por si debe coexistir el régimen de sustitución de voluntad y curador junto al de apoyos y salvaguardas. La Convención no lo admite. Debemos ir a un sistema claro, que derogue la figura de la incapacidad, y que regule adecuadamente los apoyos y salvaguardas, permitiendo una intensificación de apoyos con eventual sustitución de voluntad en los actos donde la persona esté absolutamente imposibilitada de expresar ninguna preferencia o voluntad.”

Jurisprudencia relacionada:

En un fallo del Tribunal de Familia N° 1, de Mar del Plata de fecha 19/03/2011,

se evidencia la aplicación del sistema de apoyos y salvaguardias. En el caso se desestimó la demanda de interdicción de una persona con diagnóstico de esquizofrenia, avalado por el examen de los médicos forenses, y se implementó un régimen coherente con el mandato del art. 12 de la CDPD, en aras de armonizar el derecho convencional con la normativa interna, la magistrada Iglesias destacó que : “Si bien valoro la pericia médica desde un aspecto médico clínico en relación al diagnóstico, pronóstico y al régimen que se aconseja, no puedo dejar de tener en cuenta que , a partir del paradigma de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, no resulta ser el modelo médico rehabilitador el sistema de inclusión para las personas con discapacidad, sino el modelo social donde la discapacidad anida en todos los resortes socioeconómicos-sanitarios que impiden la accesibilidad y el reconocimiento por tanto de la capacidad jurídica de las personas”. En tal contexto resolvió: “1)rechazar el pedido de declaración de insania... 2) declarar que el Sr. W.D.V. ... en ejercicio pleno de su personalidad jurídica deberá tomar toda la decisión que comprometa su patrimonio por actos de disposición o administración con el apoyo para tales actos de la Sra. M.V.... 3) Si el Sr. W.D.V. realizara actos jurídicos per se sin el apoyo dispuesto en el punto que antecede para la comprensión del acto que se trate, los mismos serán pasibles de anulación y/o rescisión ... 5) en caso de conflicto de intereses entre el Sr. W.D.V. y la Sra. M.V. se deberá dar inmediata intervención este tribunal a los efectos que por derecho correspondan. 6) se establece como salvaguarda que el Sr. V.W.D. y su hermana, la Sra. M.V. rindan cuentas de su actuación cada seis por ante este tribunal y por el plazo de tres años... 7) los actos de disposición deberán ponerse en conocimiento a este tribunal a fines del ejercicio de la función tuitiva de los derechos del Sr. W.D.V. ...8)la extensión del régimen de apoyo alcanza a todos los actos en que W. requiera explicaciones, integrar consentimiento, convalidar su decisión y especialmente a aquellos que se relacionan con su salud. 9) La presente sentencia será revisada en un

plazo de tres años a partir de su notificación, siempre en miras al ejercicio pleno de la capacidad jurídica del Sr. W.V....”

Siendo así que el Proyecto del Código Civil y Comercial 2012, lo ha incluido en su formato: ‘*ARTICULO 34.- Medidas Cautelares. Durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la **asistencia de uno o varios apoyos**, y cuales la **representación de un curador**. También puede designar redes de apoyo de personas que actúen con funciones específicas según el caso*’. Luego nos brinda una definición de apoyo: *ARTICULO 43.- “...Se entiende **por apoyo** cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el **Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas**.*

Aquí en este artículo se halla la ‘Directiva Anticipada de Salud’, pudiendo la persona establecer de manera fehaciente, las personas de su confianza que integrarán el consentimiento ante la eventualidad de una limitación transitoria al ejercicio de su capacidad jurídica.⁵² Y por último nos enmarca los efectos “*ARTICULO 49.- La*

⁵² TRIBUNAL DE FAMILIA NRO. 1; MAR DEL PLATA02/10/2012; PARTES: R, G.O. EXPTE. 36.725 S/ CURATELA.

*declaración de inhabilitación importa la designación de un **curador, o de apoyos**, que deben asistir al inhabilitado en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia.”*

Solo a modo de mención en el derecho comparado se vio esta figura por ejemplo en Italia el 9 de enero de 2004 el Parlamento italiano⁵³ sancionó la ley n° 6 que modifica los institutos tradicionales de la interdicción y la inhabilitación e introduce un nuevo instituto de protección civil del minorado psíquico y físico denominado "Amministrazione di sostegno". Los efectos de la designación del "amministratore di sostegno". La idea de fondo del nuevo instituto es la misma que ha guiado las reformas de los códigos europeos que precedieron a la ley italiana: introducir un instituto que posibilite adecuarse a las diversas situaciones que presenta la realidad médica, valorando al máximo la posibilidad de autodeterminación del interesado.

6. Conclusión

Quizás parezca que pueda ser ardua la tarea de los componentes del equipo interdisciplinario para lograr un lugar frente al resto de profesionales ya instalados de tempo atrás, pero de a poco le van dando trascendencia, pudiendo ir aggiornandose la ley a una realidad que también sugiere estos cambios.

El equipo interdisciplinario amén de que alguno se hayan hecho alusión a que en la real academia española por facultativos no se estarían comprendiendo a las personas enunciadas en la ley 26.657; y que no se asemejan a la psiquiatría, ni siquiera la psicología, y que el dictamen dista de ser algo obligatorio para el magistrado, al margen de estas reflexiones de algunos autores, es bienvenida la interdisciplinariedad, cuando en todos los ámbitos de la vida hoy se plantean cuestiones enfocadas desde amplias

⁵³ TOBIAS, José W El nuevo instituto de "L'amministrazione di sostegno" y las reformas a los institutos de la interdicción y la inhabilitación en el Código Civil Italiano; LA LEY2005-A, 1200.

aristas, que las personas que están incluidas son personas que están en contacto permanente con la realidad del paciente. También sería bueno remarcar que en la legislación debería estar incluido también a los médicos legistas.

En lo referente a la capacidad jurídica⁵⁴, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad opera un cambio de paradigma en la materia, desde el modelo de sustitución en la toma de decisiones, legislado tradicionalmente en la Argentina, hacia otro denominado modelo de asistencia en la toma de decisiones. La C.D.P.D. obliga al Estado a reemplazar el sistema de sustitución en la toma de decisiones propio de la curatela de representación prevista para los declarados judicialmente dementes, por el de apoyos y salvaguardias.

La curatela debió haber quedado sólo para los casos más graves de todos y modernizar el régimen, debiéndose sujetar a la representación de un alter ego únicamente a los que carezcan de discernimiento en forma absoluta, echando mano al nuevo instrumento supra legal de los apoyos y salvaguardias que nos compele la C.D.P.D. a implementar para no incurrir en responsabilidad internacional.

⁵⁴ MARTINEZ ALCORTA, Julio A. "ob. cit."

Capítulo IV

LIMITE TEMPORAL DE LA SENTENCIA DE INTERDICCION

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Efectos de la sentencia: Límite temporal del Art. 152 ter en la sentencia. Doctrina 3. Jurisprudencia actual 5. Conclusión.

1. Introducción.

En este capítulo nos enfrentamos a ciertos cuestionamientos frente a la

inteligencia del artículo, su límite temporal, lo que ha llevado a muchísimas opiniones en tanto de jueces como doctrinarias, si debería realizarse o no otro proceso una vez llegado al plazo de los tres años, si caduca automáticamente, que pasa con el padeciente luego, respecto de los actos jurídicos su cuidado.

1. Efectos de la sentencia: Límite temporal del Art. 152 ter

Art. 152 ter: “Las declaraciones..... No podrán extenderse por más de TRES (3) años...”, como podemos ver, parecería que el nuevo Art. 152 ter estuviese marcando una especie de límite en el tiempo para la sentencia, por lo que muchos autores se han

preguntado sobre el alcance de este enunciado: concurrido el plazo de tres años, continua disminuida la capacidad?, ¿se presume la plena capacidad vencido el plazo legal? ¿Cuál es el órgano competente para la revisión de la sentencia el juez o el equipo?, etc.

En primer lugar el enunciado se adecua a lo preceptuado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en donde la letra de la convención sugiere la revisión periódica por parte de una autoridad, que bien podría ser de parte de los equipos como del órgano jurisdiccional.

Algunos autores⁵⁵ expresan que el espíritu de la legislación tiende a la autonomía de las personas con padecimientos mentales, por ende, será necesario especificar en la sentencia, la extensión del límite de la capacidad de obrar. Parecería desprenderse en esta opinión que las declaraciones no son sine die al fijar el plazo máximo de los tres años y la necesidad de intervención de un cuerpo interdisciplinario, porque la realidad indica que es habitual que se efectúen revisiones periódicas donde el periodo transcurrido entre una y otra revisión suele ser menor a los tres años, indicando también que una de las obligaciones del curador es tender a la recuperación del paciente.

En cuanto a la pregunta de si importa el cese de pleno derecho de la declaración o bien si se trata de una norma que impone un reexamen de su situación sin que cesen los efectos, varias son las respuestas, así:

1.1. Algunos autores⁵⁶ sostienen que la sentencia tanto de interdicción como de inhabilitación llevan ahora un término ad quem, sin que quepa entender que a su vencimiento el mismo se mantendrá o se reanudará por otro lapso igual sino, que de

⁵⁵ FINOCCHIO, Carolina, MILLAN, Fernando, "ob. cit."

⁵⁶ GUAHNON, Silvia, SELTZER, Martín, "La sentencia en los juicios de insania e inhabilitación a la luz de la nueva ley de Salud Mental"; Revista: DOCTRINA JUDICIAL, AÑO XXVII. NUMERO 26. 29 DE JUNIO 2011.

pleno derecho han cesado las limitaciones impuestas en dichos procesos, salvo que con anterioridad alguno de los sujetos legitimados peticione y pruebe la subsistencia de los presupuestos que condujeron a su declaración; y lo explican en pos de que la ley no impone esa suerte de reconducción y porque es un principio cardinal en esta ley incorporado en el art. 7 el reconocimiento del derecho de las personas con padecimiento mental a que dicho estado no sea considerado inmodificable, con lo que al vencimiento del plazo establecido en la sentencia el anterior afectado por la interdicción o inhabilitado recobraría en esta postura todos sus derechos y facultades, pudiendo desde entonces automáticamente celebrar los contratos que considerase convenientes, sin que a terceros se le pueda atribuir mala fe.

1.2. Esta es una doctrina y como tal en derecho siempre nos hallamos frente a varias posturas sobre un mismo tema, por ende las demás posturas en contrapartida con la expresada si bien dicen que se adecua a la terminología expresada por la ley y que se acerca aún más al espíritu de la misma no lo creen conveniente en cuanto a que una ley general determine el plazo de duración de una enfermedad mental, llamando de improbable e irrazonable creer que por el paso de esos tres años la enfermedad mental deba curarse, cuando podría en varios casos ser crónica. El análisis estaría para esta postura también centrado en la seguridad jurídica, la ley mientras dura este estado de incapacidad, los toma bajo su protección, les concede ciertos privilegios, nombra o hace nombrar personas que cuiden de ellos y anula en los contratos que fuesen perjudiciales; en pos de imponerle criterios certeros al tráfico jurídico y a todo el espectro de relaciones jurídicas; aquí ellos lo interpretan al art. En cuestión como no protector de nada y a nadie, ni al padeciente, ni a los terceros, ni al tráfico jurídico. Por ello es que concluyen en que el término importa un plazo en el cual debe hacerse incluso oficiosamente un reexamen de la situación del declarado incapaz o inhabilitado, no cerrando así para ellos, las posibilidades de abuso. Por ende de esta forma se estaría

brindando mayor garantía tanto al incapaz como al tráfico jurídico y mayor eficiencia en el uso de los institutos previstos por el código para la anulación de los actos.

1.3. Otros análisis⁵⁷ lo cuestionan desde el campo de la práctica, diciéndonos que no puede implicar la caducidad, porque podría provocar un detrimento en su patrimonio; y agregan que implicaría la caída de todas las medidas cautelares protectorias dictadas en el marco del proceso, pudiendo afectar contratos en curso de ejecución, gestiones de créditos, celebración de acuerdos, etc. Conviniendo aquí para esta postura que debería pensarse en verificar si subsisten las circunstancias que dieron lugar a la restricción de la capacidad respecto del ejercicio de ciertos derechos y la celebración de determinados actos, lo que sería para ellos en la práctica la rehabilitación parcial, y corroborar si deben aun limitar más la autonomía o si el padecimiento ha cesado, tratándose para ellos de una salvaguardia emergente del Art. 12 de la CDPD, y aclaran que en la práctica se ha tendido a actualizar el informe médico una vez al año.

En cuanto a las sentencias que han sido dictadas bajo la órbita del anterior régimen en la medida que no sean revisadas mantendrán su vigencia con los alcances dispuestos, según esta doctrina, dado que lo contrario ser un perjuicio de los intereses de la persona afectada, ahora bien si todavía no transcurrió el plazo de tres años consideran que corresponde actualizarlas para su ajuste al nuevo paradigma legal.

1.4. Otros⁵⁸ hacen hincapié en la cuestión gramatical de la norma y los antecedentes de este enunciado que se halla en el Art. 152 ter y nos hablan de que la redacción de las normas no es una cuestión menor; para hablar de la temática en cuanto si es parte o no esta función del equipo interdisciplinario o del juez, pero antes quisiera comentar lo que marca ella como antecedente para que se entienda el punto que quiere

⁵⁷ FAMÁ, M. Victoria, HERRERA, Marisa, PAGANO, Luz; "ob. cit."

⁵⁸ GIAVARINO, Magdalena B., "El alcance temporal del estatus jurídico del padeciente mental. El nuevo art. 152 ter de la ley 26.657"; Juzgado de la Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la V Circunscripción Judicial, Chos Malal – 2011-05-23- M.A.P. disponible en : www.laleyonline.com

explicar. Nos cuenta que el principio de donde surgiría este texto que es el ya citado dentro de la CDPD, no es novedoso y que se hallaba en la “Declaración de los Derechos de los Retrasados Mentales”: “7. Si algunos.... Tal limitación o supresión quedará sujeta a revisiones periódicas y reconocerá el derecho de apelación a autoridades superiores”, principios reconocidos en la “Declaración de los Derechos de los Impedidos” del año 1975; luego en los Principios aprobados por Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales se lee: “Toda decisión..... Las decisiones sobre la capacidad y la necesidad de un representante personal, se revisarán en los intervalos razonables previstos en la legislación nacional” esto es del año 1991; y luego el Art. 152 ter el cual: “Las declaraciones..... No podrán extenderse por más de tres años ...”; lo que nos quiere decir es que las declaraciones judiciales de inhabilitación o interdicción son sentencias que deciden sobre la capacidad jurídica de la persona , o sea , se trata del acto jurisdiccional propiamente dicho, de marcado corte procesal; apuesta a que dista el sentido de las declaraciones de los documentos internacionales con el sentido literal de nuestro artículo en cuestión, dado que revisar , o a intervalos razonables, no es lo mismo “no podrán extenderse”, por ende resiste a pensar que se trate de un supuesto de caducidad procesal por ser de excesivo rigor ante la naturaleza de los derechos en juego.

1.5. Con respecto al cuidado de la persona algunos entienden ⁵⁹ en principio, que más allá de la obligación del órgano judicial pertinente de revisar la sentencia cada tres años, nadie podrá considerar que el mero hecho de que no se haya cumplido con la norma importe la cesación del régimen de apoyo o de restricciones a la capacidad de obrar dispuesto en ella.

1.6. Algunos ⁶⁰ siguen la corriente y opinan que la norma obliga a los operadores

⁵⁹ LLORENS, Luis R. RAJMIL, Alicia B., “La protección de los derechos de las personas con enfermedades mentales. La nueva ley 26.657”; disponible en : www.laleyonline.com

⁶⁰ OLMO, Juan Pablo, PIINTO KRAMER, Pilar María, “ob. cit.”.

jurídicos a revisar en el plazo de tres años los alcances de la sentencia dictada, de manera tal de determinar si el pronunciamiento se adecua a las actuales circunstancias del sujeto cuya capacidad se le restringió y, de ser necesario, promover el juicio de rehabilitación pertinente. Las dudas que surgen respecto de si los tres años se computan desde el dictado de la sentencia o desde que la misma queda firme tras la elevación en consulta la contestan diciendo que deberá serlo desde que queda firme el pronunciamiento, máxime si se tiene presente que la intervención del tribunal de alzada implica una revisión a la sentencia. Asimismo, se profundiza aún más la discusión doctrinaria en torno a los supuestos en los que procede dicha elevación, aun cuando por nuestra parte, dicen, propiciamos que ello ocurra cada vez que se restrinja la capacidad jurídica de una persona, sin importar los alcances de dicha restricción. Y lo sustentan en los fines de dotar el procedimiento de las máximas garantías posibles (entendidas como salvaguardias en los términos del art. 12.4, CDPD) a favor de la persona cuya capacidad se pretende restringir.

1.7. El Dr. Molina⁶¹, en un fallo: “b) Revisión de la declaración de incapacidad. Vigencia. La limitación temporal a las declaraciones de incapacidad introducidas por el artículo 152 ter ha suscitado un interesante debate jurisprudencial y doctrinario provocado por la más que deficiente redacción del artículo. Es claro que cuando se expresa “no podrán extenderse” se está refiriendo a “las declaraciones de inhabilitación o incapacidad” que se mencionan al inicio del artículo. Una interpretación exclusivamente literal arroja como consecuencia que cumplido el plazo de tres años la declaración judicial quedaría sin efecto alguno. Esto importa un claro contrasentido en tanto, si ese fuere el resultado, la persona cuyos derechos eran protegidos por la declaración de incapacidad se vería colocada en una situación de desprotección, en tanto la dolencia mental subsistiera. En ese orden, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil

⁶¹ Sentencia N° 523 del 14/03/2012, Caso: “V.R. SOBRE CURATELA” Expte. N° 1246/10.

, Comercial , Laboral y Minería de Chos Malal, (fallo comentado in extenso en este trabajo) resolvió con fecha 23 de mayo de 2011 que el plazo de tres años es inconstitucional, sobre la base de sostener que “la técnica legislativa utilizada por el artículo 152 ter del Código Civil atenta contra el derecho humano de la causante de recibir asistencia y la tutela efectiva del Estado, sin necesidad de demostrar periódicamente su patología, por lo menos a los fines asistenciales y de la seguridad social” (La Ley 9 de agosto de 2011). Se agregó que “la aplicación literal del artículo en análisis, donde es improbable la existencia de remisión de la enfermedad, obligaríamos a la causante a que cada tres años promoviera y acreditara la necesidad de contar con dicha asistencia”.

Kielmanovich sostiene que cumplido el plazo de tres años la sentencia de declaración de incapacidad o de inhabilitación queda sin efecto, “sin que quepa entender que a su vencimiento el mismo se mantendrá o se reanudará por otro lapso igual” dado que de ser así se lo hubiese dicho expresamente (“El nuevo juicio de interdicción y de inhabilitación (ley 26.657)”, La Ley 2011-A-1136). El autor entiende que las limitaciones impuestas en la sentencia cesan de pleno derecho salvo que con anterioridad alguno de los sujetos legitimados peticione y pruebe la subsistencia de los presupuestos que condujeron a la declaración, fundado ello en que la ley no impone la reconducción de la misma y del principio cardinal de la ley de entender que las personas con padecimientos mentales tienen derecho a que se reconozca que su estado no es inmodificable, agregando a ello la presunción de capacidad, con lo que al vencimiento del plazo el demente o inhabilitado recobra todos sus derechos y facultades.

Conforme lo he señalado ut supra el artículo debe ser interpretado en el marco de las convenciones internacionales de derechos humanos vigentes en nuestro país, con especial atención a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que ya mencionara y al propio paradigma introducido por la ley de salud mental,

debiéndose reiterar que 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 es parte de la propia ley conforme al artículo 2º de la misma y que toda ella es considerada norma de orden público conforme al artículo 6º.

En igual sentido, los “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la salud mental” de Naciones Unidas establecen con claridad que “Principio 1.6. ... Las decisiones sobre capacidad y la necesidad de un representante personal se revisarán en los intervalos razonables previstos en la legislación nacional”.

La interpretación acotada a la literalidad, a modo de plazo de caducidad, arroja una consecuencia nítidamente discordante con el marco convencional citado, debiéndose entonces proceder a integrar debidamente la norma. Pongo de relieve aquí lo sostenido por Silvia Guahnon y Martín Seltzer en cuanto a que el artículo así interpretado no superaría el test de razonabilidad (“La sentencia en los juicios de insania e inhabilitación a la luz de la nueva ley de Salud Mental”, *Doctrina Judicial*, 29/06/2011, pág. 93 ver también Magdalena Giavarino, “El alcance temporal del estatus jurídico del padeciente mental. El nuevo artículo 152 ter de la ley 26.657”, *La Ley* 2011-D-567).

La ley 26.657 reconoce al sufriente mental y al adicto como un sujeto de derecho y no como un objeto de protección siguiendo en paralelo la misma concepción pautada en la ley 26.061 respecto de la niñez, siendo pertinente remarcar, conforme al artículo 3º que la salud mental es un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos y no un estado puramente biológico. Consecuente con ello la ley de salud mental ha abierto la participación activa de todos los profesionales vinculados a la salud mental –psiquiatras, psicólogos, enfermeros, trabajadores sociales, terapeutas ocupacionales, psicopedagogos, etc.- superando el viejo

unicato de la psiquiatría más sin desconocer la importancia radical de dicha ciencia en la materia. Ello quiere decir que, este proceso no depende únicamente del aspecto puramente biológico o puramente psiquiátrico sino que son también de vital importancia a los fines de las declaraciones de incapacidad los aspectos sociales, educativos, comunicacionales que rodean al enfermo mental. Así, el solo hecho que nos encontremos frente a una dolencia o patología médicamente irreversibles, como sucede con quienes padecen síndrome de Down, no importa de modo alguno que las restantes aristas vinculadas al proceso de salud mental no puedan observar mejorías, avances o retrocesos sin perjuicio de remarcar la necesidad de control también del trato que recibe el sufriente mental por parte de quienes se encuentran a su cuidado. Como consecuencia de lo expuesto, entiendo que cuando la Convención nos habla de que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial, no se refiere únicamente a la evolución de la enfermedad mental como tal sino, precisamente, a los otros aspectos que forman parte del proceso de salud mental.

Por otra parte, la Convención antes mencionada establece que los Estados Partes adoptarán, a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables (Artículo 5 apartado 3º) y que para la Convención se entiende por ajustes razonables “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. La pauta de “ajuste razonable” no puede ser obviada a la hora de interpretar un artículo de la nueva ley y de integrar la norma debidamente.

El plazo del artículo 152 ter, entonces, no pueden entenderse como plazo de

caducidad de la declaración de incapacidad sino como una obligación de revisión periódica de la situación del insano sin que su inobservancia pueda afectar a la persona cuyos derechos fueron tutelados. Ello sin perjuicio a la revisión de la declaración producida con anterioridad o al cese de la misma, en los casos que así corresponda. No importa de modo alguno la promoción de un nuevo proceso, tal como lo entienden Guahnon y Seltzer en el artículo citado, sino que la revisión debe darse en el proceso originario.

A los efectos de la seguridad jurídica y de la inscripción en el Registro Civil, la sentencia de declaración de incapacidad se considerará prorrogada en tanto y en cuanto no se ordene el cese de la misma en virtud de las revisiones periódicas dispuestas.”

En palabras de Leonardo Gorzbac:

- Que sucede con las declaraciones en cuanto a que no podrán extenderse por más de tres años: Que pasos hay q seguir ¿hay que volver a realizar el mismo proceso completo? Hay caducidad automática?

Veremos en 3 años como lo interpretan los jueces. Lo razonable es que no haya ni caducidad automática ni continuidad automática, sino que haya una real revisión de la situación de la persona y se pueda ajustar la sentencia a la luz de los progresos o cambios que haya sufrido la persona.

En cuanto al trámite:

Según Olmo y Pinto Kramer, frente a la pregunta de cuál será el trámite que corresponda si el de la rehabilitación o si es necesario abrir nuevamente a prueba el expediente o si bastaría con una nueva evaluación ¿ la respuesta para este sector sería una solución intermedia que tenga en consideración cada situación particular; por ejemplo en principio ordenarse la evaluación interdisciplinaria y en función de ello el

curador y el defensor de menores e incapaces promoverían la rehabilitación, si no procedería la misma, sino parcialmente, se deberá correr traslado en forma personal al sujeto para garantizar su derecho de defensa en juicio y nombrarle un curador provisorio, si no contara con un abogado.

Sustentan su punto desde la innecesaridad de la promoción de un nuevo proceso de insania o inhabilitación, por razones de economía celeridad, etc., y para no provocar perjuicios en las personas que padecen alguna queja en su salud mental. Además sería promocionado por los legitimados del Art. 144 del Cód. Civ. acomplejándose más aún las cosas.

Desde el Proyecto del Código Civil y Comercial 2012:

Encontramos que lo plasma de la siguiente manera *“ARTICULO 40.- Revisión. La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a TRES (3) años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado”*.

2. Jurisprudencia relacionada:

El caso ⁶²es acerca de que la incorporación del art. 152 ter al Cód. Civil por la ley 26.657 en cuanto impone al juez pronunciarse expresamente sobre los actos o funciones que limitan a la persona, no resulta aplicable a un proceso de declaración de incapacidad en el que se encontraba precluída la etapa probatoria al momento de su

⁶² **Tribunal:** Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2a Nominación de Santiago del Estero (CCiv y Com Santiago del Estero) (2aNom)

Fecha: 30/09/2011

Partes: Farías, Lucía Alejandra s/declaración de incapacidad y curatela de Farías, Fernando Daniel

Publicado en: LLNOA2012 (febrero), 102

Cita Online: AR/JUR/67645/2011

entrada en vigencia, pues, ello torna imposible al juez fallar sobre parámetros fáctico jurídicos que no fueron contemplados en la normativa vigente, ello aun cuando la nueva ley sea de orden público ya que su aplicabilidad no puede generar una retroactividad implícita que retrotraiga el proceso reabriendo etapas so pena de vulnerarse el art. 3 del Cód. Civil y las garantías constitucionales a la propiedad y defensa en juicio.

Lo que se menciona aquí también dentro del fallo es. Que como ya había precluído el periodo probatorio al entrar en vigencia la ley 26.657 y, que el particular contenido de la sentencia impuesto por el art. 152 ter incorporado al Cód. Civil requiere la valoración de probanzas específicas a ese objeto que no pueden obtenerse en este proceso dado su estado, se torna imposible al juez Inferior fallar sobre parámetros fáctico-jurídicos que no fueron contemplados por la ley vigente al tiempo de la comprobación de los hechos en la causa, careciendo por ende de los elementos de convicción requeridos por el nuevo régimen. En mérito de ello, se estiman que el art. 152 ter incorporado al Cód. Civil no resulta aplicable al presente proceso, pues aun cuando la ley 26.657 sea de orden público, su aplicabilidad inmediata en el ámbito procesal no puede generar una retroactividad implícita que retrotraiga el procedimiento reabriendo etapas precluídas para permitir cumplir sus objetivos, so pena de vulnerarse el art. 3º del Cód. Civil y las garantías constitucionales inherentes a la propiedad y defensa en juicio.

Y en cuanto al límite temporal nos dice que en cuanto a la limitación de la declaración por un plazo máximo de tres años, que viene a instalar una instancia oficiosa de revisión periódica o control de la situación del incapaz, un eficaz funcionamiento del nuevo sistema tornaría necesario que, en base a las particulares circunstancias de cada caso apreciadas por el juez de grado, este pudiese establecer en la sentencia ciertas directivas o pautas concretas dirigidas a asegurar dicho control una vez transcurrido ese lapso trianual mencionado, máxime cuando se trata de personas

incapaces residentes en zonas del interior provincial alejadas del lugar de asiento del Tribunal. Va de suyo que a esos fines, el Juzgador también debiera contar con alguna prueba pertinente en ese aspecto, sin dejarse de lado las aportaciones probatorias y opiniones de los integrantes del Ministerio Público actuantes como parte necesaria.

Quizás desde este ángulo se podría visualizar a lo allí contenido como una revisión y control por parte del juzgador cuando hayan transcurrido los tres años.

Otra Jurisprudencia ⁶³

En esta nos encontramos con que se ha declarado la Es inconstitucional el art. 152 ter del Cód. Civil en cuanto fija un plazo de validez de 3 años a las declaraciones judiciales de incapacidad, pues atenta contra el derecho humano del causante a recibir asistencia y tutela efectiva del Estado sin necesidad de demostrar periódicamente su patología, al menos a los fines asistenciales y de la seguridad social.

Entendiendo que la técnica legislativa utilizada en el artículo 152 ter del Código Civil atenta contra el derecho humano de la causante de recibir asistencia y la tutela efectiva del Estado, sin necesidad de demostrar periódicamente su patología, por lo menos a los fines asistenciales y de la seguridad social. Pues, así como están las cosas en los pleitos como el de marras, la aplicación literal del artículo en análisis, donde es improbable la existencia de remisión de la enfermedad; obligaríamos a la causante a que cada tres años promoviera y acreditara la necesidad de contar con dicha asistencia.

Tengo para mí que la cuestión debió ser tratada de modo inverso, es decir el derecho a que el padecimiento no sea considerado un estado inmodificable se satisface

⁶³ **Tribunal:** Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, y de Minería de la V Circunscripción Judicial, Chos Malal(JcivComLabMineriaChosMalal)

Fecha: 23/05/2011

Partes: M.A.P.

Publicado en: LA LEY 09/08/2011 , 3, con nota de Magdalena B. Giavarino; LA LEY 2011-D , 567, con nota de Magdalena B. Giavarino; DFyP 2011 (octubre) , 293, con nota de María Isabel Benavente;

con el planteo de que tal circunstancia ocurrió, y en ese caso es deber de los jueces dejar sin efecto la declaración de incapacidad. En consecuencia, entiendo que la norma en cuestión contraría los principios de la normativa internacional que aseguran la operatividad de los derechos humanos en lo pertinente, -arts. 8 y 25 de la Convención Americana, artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 9 y 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-.

4. Contacto con el Juez. Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial 2012:

ARTÍCULO 35.- **Entrevista personal.** El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias.

Situación al menos diferente a como se encuentra legislado actualmente en nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa fe: “art. 684: “... El juez, **siempre que fuere posible**, deberá tomar conocimiento directo y personal del presunto incapaz...”

Como se ve en el Proyecto se trata de que desaparezca el concepto de posibilidad, y solo habla del deber de entrevistarlo. La fundamental importancia reside en que si el dictamen pericial no termina siendo coincidente con la decisión que por su sana crítica toma el juez, deberá contar con mayores elementos para arribar a ese lugar antes de las demás pruebas que puedan ofrecerse, el contacto personal, es una de las mejores maneras de comenzar a responder de una manera coincidente con el criterio social.

5. Conclusión

Concluyendo la práctica de los juzgados es la que irá marcando el rumbo ante estas cuestiones, en mis propuestas finales, acuerdo en que el plazo de los tres años no implica una caducidad automática sino que se trata de una revisión que implica la obligatoriedad de la por el equipo interdisciplinario y por el juez en la materia.

Capítulo V

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS FINALES

SUMARIO: 1. Conclusiones finales 2. Propuestas finales.

1. Conclusiones finales

La experiencia de estos años ha demostrado la importancia de contar con esta ley para fortalecer las acciones tendientes a lograr el mejoramiento de la salud de las personas en particular de aquellos sectores más postergados, u olvidados. Es razonable recoger aquellas normas dictadas en los diferentes instrumentos internacionales tanto de jerarquía constitución como el resto de las mismas dentro del régimen de la Ley N°26.657, han sabido generar aportes de gran significancia al armado de un sistema de salud que pueda realmente contener al padeciente.

A lo largo de este trabajo se ha expresado el concepto y mirada que se registraba

hasta entonces hacia la persona afectada en menor o en mayor medida, con el fin de que comience a tener una mayor autonomía y logre desde este aporte actualizar su situación a este régimen que se está estrenando de las capacidades graduales, para que comience a quedar lejos la idea de la furia de los locos o furios como era llamado, como la de los malvados y dejar de dar la espalda a una realidad que no quiere ser observada. El camino está demarcado, solo queda transitarlo en firme siguiendo el rumbo de la jurisprudencia de la Corte Suprema, el establecido por el orden internacional de los derechos humanos a través de las recomendaciones e informes de la comisión interamericana de derechos humanos y las opiniones consultivas y sentencias de la corte interamericana de derechos humanos y por supuesto de la ley 26.657.

Aceptar a las personas como parte de nosotros mismos, y comprender que su libertad va de la mano de nuestra libertad, con compromiso y comprensión y reconocer las causas de las actuales deficiencias es una manera de acercarse a la respuesta deseada, la soledad de los pacientes que sufren ante la ausencia de la sociedad, cayendo en el olvido, la cesación del afecto y cuidado que se merecen por el solo hecho de formar parte de la sociedad. Es un compromiso con nosotros mismos y con un sistema internacional de los derechos humanos concebidos como tutela de la persona.

2. Propuestas finales

La Ley mencionada establece el régimen de la Protección de la Salud Mental es para todo el territorio de la República Argentina y según su Art. 45 que es de orden público. Resulta oportuno asignar facultades al ministerio de salud, para complementar la aplicabilidad del régimen instalado con la nueva ley, en su carácter de Autoridad de Aplicación del Plan nacional de salud mental. Podría decirse:

Que en cuanto al Artículo 152 ter, y a su inserción, el artículo 141 del Código Civil, quedaría tácitamente derogado,

Que la nulidad de los actos posteriores a la declaración de capacidad gradual, no

serían tales una vez Inscriptos en el Registro correspondiente a tales actos,

Que de igual modo, subsiste la posibilidad de anular actos previos a la declaración y posteriores dados los siguientes extremos: a) que la causa de la incapacidad o de la restricción a la capacidad sea ostensible a la época de la celebración del acto; b) que quien contrató con él sea de mala fe; c) que el acto sea título gratuito.

Que hay un solo sistema el de la “capacidad gradual o restringida”, como principio rector aunque en algunos casos fueran de capacidad restringida casi en su máxima expresión, o de manera absoluta que no cuenten con aptitudes para la realización de ningún acto.

Que es conveniente modificar en el Proyecto al Código Civil y Comercial de la Nación 2012, en cuanto a la supresión de la terminología incapaz o incapaz o incapacidad. Y modificar así mismo el articulado referido a los inhabilitados el cual hace alusión a los pródigos, subsumiendo la figura dentro de las adicciones y/o padecimientos.

Que la regla es la Capacidad, dado que es capacidad restringida y siempre debe tenerse en cuenta la consideración de que ningún estado sea tomado como irreversible.

Que quedaría derogado tácitamente el artículo 54 inc. 3°.

Que el sistema aplicable es el de apoyos y salvaguardias, con curaduría en casos de capacidad restringida en absoluto, siguiendo la línea de la CDPD.

Que es conveniente poder contar con un sistema de publicación y registración de las sentencias de interdicción e inhabilitación en un Registro creado a tal efecto, que permita la intercomunicación de todos los actores del sistema, la celeridad, transparencia y certeza y la posibilidad de obtener datos, que coadyuvarán a adoptar mejores políticas públicas en beneficio del mismo padeciente como de los terceros y de la sociedad misma.

Que ha tenido incidencia directa los informes del ministerio público de defensa, y de la secretaria de derechos humanos de la nación, las asociaciones de usuarios y familiares del sistema de salud de los profesionales y otros trabajadores de la salud de organizaciones no gubernamentales abocadas a la defensa de los derechos humanos.

Que en referencia al Artículo 4 de la Ley 26.657: se incorpore como las drogas legales o ilegales haciendo referencia a toda y cualquier tipo de sustancia, en tanto y en cuanto el uso de las mismas se desarrolle de modo perjudicial y esté provocando un daño severo en su persona o en los demás; cuestión que deberá analizar y especificar el equipo interdisciplinario. Y que la palabra adicción, está referida a la utilización de sustancias que generen un menoscabo o relación de dependencia nociva para el ser humano.

Que en cuanto a la inclusión de otras disciplinas o campos auxiliares, se refieren a médicos y a médicos legistas.

Que la prescripción de medicamentos farmacológicos como parte de un tratamiento psiquiátrico, se encuentra reservada al campo de la medicina, y de la psiquiatría.

Que la incorporación del Art. 152 ter, en su último párrafo menciona que “no podrán extenderse” entendiéndose la misma, como control o revisión de la misma por parte del juez y equipo interdisciplinario.

Que el dictamen pericial del equipo interdisciplinario cobre fundamental relevancia, al momento de fallar, pero por supuesto, que dadas determinadas situaciones el juez en base a su sana crítica pueda apartarse del mismo.

Que el plazo mencionado en el artículo 152 ter de tres años, no sea considerado como una caducidad automática sino que se trate de una revisión que implica la obligatoriedad del equipo interdisciplinario y el juez en la materia.

Algunas de las propuestas finales han encontrado abrigo en el Proyecto de reforma al código civil y comercial de este año 2012, en donde muchos de sus artículos acerca de la capacidad han sido captados de la ley 26.657

BIBLIOGRAFIA

a) **GENERAL**

- DUTTO, J. Ricardo, “Manual doctrinal y jurisprudencial de Familia” 1ª ed. 2005, Ed. Rosario Juris.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil. Parte General” 16ª ed. 1995, Ed. Perrot T. I 391/2.
- ZANNONI - BOSSERT, “Manual de Derecho de Familia” 1988, Ed. Astrea.

b) **ESPECIFICA**

- ALONSO SAINZ, Guillermo C., “Insania e Inhabilitación. Aspectos sustanciales y procesales”; 2ª ed.- Editorial: Ediciones Centro Norte, 2010.
- CROVI, Luis Daniel, “Capacidad de las personas con padecimientos mentales”; LA LEY, disponible: www.laleyonline.com
- FAMÁ, María Victoria, HERRERA, Marisa, PAGANO, Luz María, “La Salud Mental desde la óptica de la ley 26.657”; Addenda de actualización, LA ley disponible en www.laleyonline.com
- FINOCCHIO, Carolina, MILLAN, Fernando, “Régimen de interdicción e inhabilitación a la luz de la nueva ley de Salud Mental”; Revista de Derecho de Familia y de las Personas. LA LEY Sup. De 2011, pág., 94.
- GIAVARINO, Magdalena B., “Algunas reflexiones en torno de la ley de salud mental, a un año de su sanción”; LA LEY, disponible en: www.laleyonline.com
- KIELMANOVICH, Jorge, “El nuevo juicio de interdicción y de inhabilitación”
LA LEY 17.02.2011
- LLORENS, Luis R., RAJMIL, Alicia B. “La protección de los derechos mentales. La nueva ley 26.657”, disponible en : www.laleyonline.com

- MARTINEZ ALCORTA, Julio A., “Primera aproximación al impacto de la nueva ley nacional de salud mental en materia de capacidad civil.”; en Diario LA LEY, Sup. Actualidad 7-12-2010 p.1
- MARTINEZ ALCORTA, Julio A., “El defensor del usuario del sistema de Salud Mental”; El Derecho : Cuaderno de Familia, febrero 2011.
- MAYO, Jorge A., TOBIAS José, “La nueva ley 26.657 de Salud Mental. Dos pocas afortunadas reformas al Código Civil. LA LEY 14.02.2010
- OLMO, Juan Pablo, PINTO KRAMER, Pilar María, “Comentario a la ley nacional de Salud Mental N° 26.657” disponible en : www.laleyonline.com
- PANORAMICAS DE SALUD MENTAL. Aun año de la sanción de la ley nacional N° 26.657. Colección: De incapaces a sujetos de derechos. SEIS. Mterio. Pbco. Tutelar de la ciudad Autónoma de Buenos Aires. 1° ed.
- PEREZ DAVILA, L., “La nueva ley de Salud Mental N° 26.657”; LA LEY Sup. Act. 05/05/2011, p.1
- MOSSET ITURRASPE, Jorge “Daño a la salud” Revista de Derecho de Daños, 2011-3, edit. Rubinzal Culzoni, 1ª ed.- Santa Fe.

INDICE

1. Resumen2
2. Estado de la Cuestión2
3. Marco Teórico3
4. Introducción3

Capítulo I

LEY NACIONAL DE SALUD MENTAL NRO. 26.657

1. Introducción.....7

2. Ley 26.657 noción. Antecedentes. Documentos Internacionales. Derecho Comparado.....	7
3. Antecedentes	9
4. Documentos Internacionales	10
5. Derecho Comparado.....	12
6. Su estructura.....	13
7. Objetivos.....	14
8. Ámbito de aplicación.....	15
9. Noción de Salud Mental.	16
10. Padecientes.....	19
11. Conclusión	20

Capítulo II

INCORPORACION DEL ARTÍCULO 152 TER.

1. Introducción.....	22
2. Breve noción del Régimen de Capacidad Incapacidad.....	23
3. Incorporación del Art. 152 ter. Capacidad Gradual. Especificación del juez. Doctrina.....	29
4. Acerca del Art. 152 ter: Posiciones Doctrinarias.....	30
5. Proyecto de Reforma al Cód. Civ. y Com. de la Nación 2012.....	39
6. Publicación y Registro: Su necesidad.....	40
7. Conclusiones	44

Capítulo III

EQUIPO INTERDISCIPLINARIO. FACULTADES DE LOS JUECES.

1. Introducción	47
2. Del Equipo Interdisciplinario: concepto.....	47
3. Facultades del Equipo y del Juez: Doctrina.....	48
4. Jurisprudencia.....	56
5. Sistema de Apoyos y Salvaguardias.....	63
6. Conclusión	70

Capitulo IV

LIMITE TEMPORAL DEL ARTÍCULO 152 TER

1. Introducción.....	73
2. Efectos de la Sentencia: Límite temporal del Art. 152 ter.....	74
3. Jurisprudencia.....	84
4. Contacto con el Juez.....	87
5. Conclusión.....	87

Capitulo IV

CONCLUSIONES FINALES

1. Conclusiones finales.....	89
2. Propuestas finales.....	90

Bibliografia.....93