Título: **Capacidad jurídica y salud mental: aplicación del nuevo Código Civil y Comercial con relación al tiempo**

Autor: **Olmo, Juan Pablo Menossi, María Paula**

Publicado en: **Revista Código Civil y Comercial, julio 2015, La Ley, Buenos Aires, p. 61**

I. Introducción

En este trabajo se busca dar respuesta a la cuestión de la aplicación de la nueva legislación a las diversas situaciones en materia de capacidad jurídica nacidas bajo la legislación actual (en todo o en parte) y que se encuentren vigentes al momento de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN). Para ello, se hace necesario presentar una perspectiva comparada entre el sistema anterior y el nuevo, y evaluar cuál es la solución posible ante la carencia de normas específicas que determinen la aplicación de las nuevas leyes con relación al tiempo en cada uno de los casos que aquí se analizarán.

En efecto, en el nuevo código lo relativo a los efectos de la ley en el tiempo está regulado, básicamente, a través de una regla general en el artículo 7, el cual, en su parte pertinente, establece lo siguiente: "Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales..." (1).

Señala Medina (2) que la teoría de la situación jurídica y el principio inmediato de la ley nueva fue desarrollada por Roubier en 1929. Esta doctrina se basa en la irretroactividad de la ley respecto de hechos ya cumplidos y el efecto inmediato de la ley sobre las situaciones jurídicas. En consecuencia, es necesario aclarar que se entiende por situación jurídica a la posición de un individuo frente a una norma o institución. La misma se puede encontrar: constituida, extinguida o en curso. Para Roubier (3), las situaciones jurídicas constituidas o extinguidas no generan problema, porque si la nueva ley impusiera su aplicación, tal ley tendría carácter retroactivo. Las situaciones en curso, en cambio, van a quedar sometidas a la nueva ley, producto de su efecto inmediato; de lo contrario, se estaría aplicando el efecto diferido o ultra actividad de la ley. Es decir, los efectos jurídicos que produzca esa situación serán reguladas por la nueva ley tanto en situaciones jurídicas que nazcan con posterioridad a ella como a las consecuencias de las situaciones jurídicas existentes al tiempo de la entrada en vigencia del nuevo texto legal (4). Este último aspecto es el que en mayor medida interesa para el presente trabajo, para lo cual aclaramos que, dada la

complejidad del tema, las conclusiones a las que aquí se arribarán no son generalizables, sino simplemente aplicables a la materia objeto de análisis.

II. Aplicación de la ley en el tiempo: presentación del tema

Hay varios aspectos vinculados con la salud mental que interesan en cuanto a la aplicación de la ley en el tiempo. En lo que refiere al dictado de las sentencias y sus consecuencias: por un lado, la vigencia de las sentencias de insania (art. 141 CC), de inhabilitación (art. 152 bis CC), las que especifican los actos y funciones que se limitan (art. 152 ter CC) y de sordomudez (art. 153) que ya se encuentran firmes; por el otro, los procesos sobre el ejercicio de la capacidad jurídica que se encuentran en trámite al momento de la entrada en vigencia del nuevo código. Al respecto, también interesa determinar cómo se implementarán los procesos, teniendo en cuenta que los códigos de procedimientos locales aún no fueron adaptados al nuevo código, a poco que se observe que ellos regulan los procesos sobre insania, inhabilitación y sordomudez.

Asimismo, corresponde determinar qué ocurrirá con las internaciones por salud mental y adicciones que se encuentren en curso y con las solicitudes de evaluación para internación.

Finalmente, también se dará respuesta a cuestiones conexas, como ser lo referido a los impedimentos matrimoniales, el ejercicio de la responsabilidad parental, entre otras.

III. Restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica en el nuevo Código

El nuevo código mantiene la tradicional distinción entre capacidad de derecho (art. 22) y de ejercicio (art. 23), a la vez que enumera a los incapaces de ejercicio, entre ellos: "la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión" (art. 24 inc. c).

Tras enunciar reglas generales aplicables a las restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica (art. 31), se prevén dos tipos de sentencias: de "capacidad restringida" (art. 32 párr. 1°), que es la regla, en cuyo caso se deben especificar los actos que se limitan y la consecuente designación de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica (art. 43), para los casos de personas que padecen una adicción o alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad; y de "incapacidad" (art. 32 párr. 4°), por excepción, con la consecuente designación de curador (arts. 138 a 140), si es que la persona se encuentra absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad.

A continuación se regulan diversos aspectos procesales aplicables a ambos supuestos: los legitimados para promover la acción, entre los que se incluye al propio interesado (art. 33); las medidas cautelares que se pueden dictar durante el proceso, tanto para garantizar los

derechos personales como patrimoniales (art. 34); se prevé la obligación del juez de entrevistar a la persona antes de dictar resolución alguna (art. 35); se le reconoce al interesado el carácter de parte en el proceso (art. 36 párr. 1°), se establece que el juez competente es el del domicilio de la persona o bien el del lugar de internación, y se prevé que el interesado debe intervenir con asistencia letrada desde el inicio de las actuaciones (art. 36 párr. 2°); se enuncian los aspectos vinculados a la persona sobre los que necesariamente debe expedirse el juez en su sentencia, para lo cual se requiere de un examen interdisciplinario como prueba necesaria, sin la cual no es posible el dictado de una sentencia válida (art. 37); si la sentencia es de "capacidad restringida", se deberán especificar los actos y funciones que se limitan, designar apoyos y señalar las condiciones de validez de los actos y la modalidad de actuación, y si es de "incapacidad", la designación de curador y la modalidad de actuación, sobre todo si se tiene en cuenta que ahora se permite la pluralidad (art. 38); la sentencia debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia la margen del acta de nacimiento (art. 39); se prevén como dos instancias procesales diferenciadas la revisión de los alcances de la sentencia, al menos cada tres años (art. 40), y el cese de las restricciones (art. 47); se regulan reglas mínimas referidas a las internaciones no consentidas por las personas y la posibilidad de ordenar el traslado para la evaluación de la persona y eventual internación, a la vez que en lo demás se remite a lo previsto en la legislación especial, conformada esencialmente por la ley 26.657 y su decreto reglamentario 603/13, sin perjuicio de lo previsto en las leyes de salud mental locales y en los códigos de procedimientos (arts. 41 y 42); se definen los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica y se regula su función y algunos aspectos vinculados con su designación (art. 43); en cuanto a la validez de los actos, se regula la posibilidad de declarar la nulidad de aquellos realizados con posterioridad a la inscripción de la sentencia (art. 44), los anteriores (art. 45) y los supuestos en que procede la impugnación post mortem (art. 46).

Finalmente, se prevé un tercer supuesto de restricción de la capacidad jurídica: las sentencias de "inhabilitación", el cual ha quedado reducido únicamente a los casos de prodigalidad en la gestión de los bienes, y en tanto y en cuanto existan las personas beneficiarias de dicha medida, que tiene como fin la protección del patrimonio familiar (art. 48); aquí también corresponde especificar los actos y funciones que se limitan y la consecuente designación de apoyos (art. 49); por último, se regula el presupuesto para el cese de la inhabilitación tras una nueva evaluación interdisciplinaria (art. 50).

IV. Régimen de internaciones por salud mental y adicciones en el nuevo Código

En el nuevo Código, lo referido al régimen de internaciones por salud mental y adicciones ha sido regulado en los artículos 41, 42 y demás concordantes: artículos 31 inc. a (reglas generales), 36 párr. 2° (juez competente) y 1756 párr. 3° (responsabilidad del

establecimiento).

Por ser materia de derecho de fondo —en tanto que "piso mínimo" de reconocimiento de derechos y garantías—, el nuevo código se aplicará en todas las jurisdicciones del país en forma complementaria con la legislación especial a la cual se remite (5): ley nacional n° 26.657 y su decreto reglamentario n° 603/13. Las provincias y la ciudad de Buenos Aires también podrán aplicar los controles de internación regulados en sus leyes locales (códigos de procedimientos y leyes especiales), en tanto sean respetuosas de los estándares fijados en el nuevo código y la legislación especial a la cual remite. En caso de que no lo sean, o bien no existiendo ley local, se aplicará directamente el procedimiento previsto en la ley nacional en concordancia con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (6).

Por lo tanto, en el nuevo código solo se prevén ciertas pautas mínimas para la procedencia de las internaciones no consentidas por las personas —que no es lo mismo que decir "internaciones involuntarias" (por ejemplo: según el art. 26 de la ley 26.657 las internaciones de personas menores de edad y declaradas incapaces se reputan involuntarias, incluso cuando son consentidas, a los fines de rodearlas de las garantías del caso a través del control judicial inmediato y el acceso a un defensor técnico)— remitiendo en lo demás a la legislación especial, ya que el supuesto que prevé la norma es solo uno de los tantos escenarios que se pueden presentar en materia de internaciones.

Entre las novedades, se destaca que, mientras que la ley 26.657 habla de "riesgo cierto e inminente para sí o para terceros" para la procedencia de las internaciones involuntarias, el nuevo código aclara que debe existir riesgo cierto e inminente "de un daño de entidad" (art. 41 inc. b), dándole de este modo una mayor precisión al presupuesto fáctico. Asimismo, ahora el juez que convalida la internación dispuesta por el equipo interdisciplinario de salud, en su resolución debe "especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión" (art. 41 inc. e). Finalmente, si bien el derecho de la persona a contar con un defensor técnico durante la intervención involuntaria ya estaba previsto en la ley 26.657 (art. 22), ahora ha sido receptado en el código de fondo (art. 41 inc. d).

V. Aplicación de la ley en el tiempo: supuestos específicos

1. Sentencias sobre el ejercicio de la capacidad jurídica

1. Las sentencias dictadas durante la vigencia del Código Civil que en mayor o menor medida hayan restringido el ejercicio de la capacidad jurídica de una persona (arts. 141, 152 bis, 152 ter y 153 CC) y que se encuentren firmes al momento de la entrada en vigencia del nuevo código, mantendrán plena vigencia en los términos en que fueron dictadas (7). Nótese que en este caso estamos frente a una sentencia firme de restricción de la capacidad, por lo que hay una situación ya constituida y la aplicación del nuevo código

conllevaría a una aplicación retroactiva de la ley, lo cual no está permitido.

2. Sin embargo, a las consecuencias de dicha situación se le aplica el nuevo código, por ejemplo lo referido los alcances del ejercicio de la curatela ya discernida, cuya actuación se regirá por lo establecido en los nuevos arts. 138 a 140 CCyCN, los cuales a su vez remiten a las reglas de la tutela (arts. 104 a 137 CCyCN). Ello así en tanto sea compatible, puesto que según el nuevo código la curatela solo procede para los supuestos excepcionalmente graves de personas absolutamente imposibilitadas de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad, lo cual no necesariamente se condice con los variados presupuestos fácticos que a la luz del Código Civil admiten la designación de un curador.

3. Sin embargo, dichas sentencias deben ser revisadas a la luz del nuevo código, según tres posibles criterios: una vez transcurridos los tres años desde que hayan quedado firmes, una vez transcurridos tres años desde la entrada en vigencia del nuevo código, o bien con su sola entrada en vigencia. Como consecuencia de la aplicación inmediata de la nueva ley a las consecuencias de las situaciones jurídicas existencias, cabe concluir que la sola entrada en vigencia del nuevo código obliga a revisarlas según los términos del art. 40 CCyCN y dictar una nueva sentencia, ya sea de "capacidad restringida" (art. 32 párr. 1°), "incapacidad" (art. 32 párr. 4°) o "inhabilitación" (art. 48), independientemente de que hayan transcurrido o no más de tres años desde su dictado o desde la entrada en vigencia del nuevo código (8). De todas formas, es de toda lógica que en la práctica tribunalicia se empiece por revisar las sentencias más antiguas y quizás en algunas jurisdicciones ocurra que al momento de llegar a las más recientes ya hayan transcurridos los tres años, con lo cual la discusión haya devenido abstracta. Sin embargo, si el propio interesado u otra parte legitimada solicitan su revisión luego del 01/08/2015, dicha solicitud no podrá ser denegada.

4. En los nuevos procesos judiciales referidos al ejercicio de la capacidad jurídica que se inicien con posterioridad al 01/08/2015 y en las sentencias que en su consecuencia se dicten, se deberán observar las reglas establecidas en el nuevo código (9). Este supuesto no genera inconvenientes.

5. Para los nuevos procesos que se inicien a partir del 01/08/2015 todavía se seguirán aplicando los actuales códigos de procedimientos locales aunque con algunos ajustes, en tanto y en cuanto sean compatibles con el Código Civil y Comercial de la Nación, y hasta tanto se sancionen nuevos códigos de forma readecuados en virtud del nuevo código de fondo. Por lo tanto, tomando como referencia el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), durante esa primera etapa se deberán observar las siguientes reglas: los legitimados (art. 33) se presentarán ante el juez del domicilio o del lugar de internación de la persona interesada (art. 36 párr. 2°) para presentar los hechos, debiendo acompañar las constancias que acrediten verosimilitud de lo expuesto, ya sea que se solicite la declaración de capacidad restringida o de incapacidad. En su defecto, el juez requerirá una evaluación a través de peritos oficiales, previa comunicación al interesado a quien se le deberá asignar un defensor técnico desde el inicio de las actuaciones (art. 36 párr. 2°). Acreditados los hechos, luego de mantenida la entrevista personal —si la persona está internada— y previa

vista al Ministerio Público, el juez podrá abrir la causa a prueba por el plazo de 30 días donde se deberá producir: la prueba necesaria (art. 37 in fine) a través del dictamen de un equipo interdisciplinario, la ofrecida por el interesado (art. 36 párr. 1°) y la ofrecida por la persona que promovió la acción (art. 36 párr. 3°). De la prueba producida se le dará traslado por 5 días a todos los intervinientes. Eventualmente, podrán dictarse las medidas cautelares que sean imprescindibles para el resguardo de los derechos personales y patrimoniales (art. 34). Previo al dictado de la sentencia, el juez deberá necesariamente tomar contacto personal con el interesado (art. 35), asegurando la debida intervención de la defensa técnica y del Ministerio Público, quienes deberán pronunciarse al respecto. Durante toda la tramitación el juez también deberá asegurar la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento, de acuerdo a la situación de la persona (art. 35). La sentencia deberá expedirse sobre los cuatro incisos del artículo 37, debiendo fijar —en caso de que se decida restringir la capacidad de la persona— los alcances de las restricciones a través del señalamiento de los actos y funciones que se limitan y la consecuente designación de apoyos y su modalidad de actuación. De darse el supuesto de excepción, designará curador (art. 38). En caso de que no sea apelada, la causa se elevará en consulta a la Cámara del fuero, cualesquiera sean los alcances de las restricciones dispuestas. Una vez firme, la sentencia se inscribirá en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 39). Las costas del juicio estarán a cargo del denunciante si el juez considerase inexcusable el error en que hubiere incurrido al formular la denuncia, o si esta fuere maliciosa. Los gastos y honorarios a cargo del interesado no podrán exceder, en conjunto, del 10% del monto de sus bienes. Se deberá revisar la sentencia en la oportunidad prevista en el artículo 40 y garantizarse el debido proceso y la defensa en juicio. En su caso, ante el mismo juez que dictó sentencia tramitará el proceso para el cese de las restricciones (art. 47). Por su parte, al proceso de inhabilitación por prodigalidad (arts. 48 y sgtes.) se le imprimirá el trámite del juicio ordinario (10).

6. En cambio, los procesos judiciales iniciados con anterioridad al 01/08/2015 en los que aún no se haya dictado sentencia que se encuentre firme al momento de la entrada en vigencia del nuevo código, deberán adecuarse según la etapa procesal en la que se encuentren en virtud de la aplicación inmediata de la nueva ley. Por cierto, las sentencias deberán dictarse según el nuevo código. Veamos algunos ejemplos (11): si aún no se ha abierto la causa a prueba (art. 626 CPCCN), se le deberá dar intervención al interesado en el proceso a fin de que opte por presentarse con asistencia letrada o bien que el Estado, subsidiariamente, le asigne un defensor desde el inicio de las actuaciones; si ya se abrió a prueba y se designó curador provisorio (arts. 626 y 628 CPCCN y art 147 CC), su función quedará redefinida como la de un defensor técnico, y siempre y cuando la persona no opte por un defensor particular de su confianza, ya que en este caso desplazaría a la defensa subsidiaria designada por el juez, a diferencia de lo que ocurría con el curador provisorio cuya actuación podía coexistir con la intervención de un abogado particular designado por el propio interesado; si todavía no se produjo la prueba necesaria, la misma debe ser interdisciplinaria, tal como ya lo preveía el art. 152 ter CC; se podrán dictar medidas

cautelares en los términos del art. 34 CCyCN, en tanto que las que ya fueron dictadas (art. 629 CPCCN y art. 148 CC) mantendrán su vigencia; indefectiblemente, el juez deberá tomar contacto personal con el interesado previo al dictado de la sentencia, esté o no internada la persona; si aún no se dictó sentencia en primera instancia, la misma deberá serlo en los términos del nuevo código a la luz del examen interdisciplinario producido; si ya se dictó sentencia según el Código Civil y la misma no se encuentra firme, ya sea porque fue apelada dentro del quinto día (art. 633 párr. 4° CPCCN) o bien porque se elevó en consulta al Superior (arts. 253 bis y 633 párr. 5° CPCCN) (12), en ese caso la Cámara deberá readecuarla según los términos del nuevo código (13) o bien devolverla a la instancia de grado para el dictado de una nueva sentencia (14); en su caso, se deberá asegurar el contacto personal del juez con el interesado, si es que ello no había ocurrido; finalmente, si la sentencia ya se encontraba firme pero no había sido inscripta, la misma mantendrá su vigencia según los términos en que fue dictada pero deberá ser inscripta en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y se deberá dejar constancia al margen del acta de nacimiento.

7. Finalmente, los procesos de revisión de sentencia según las pautas del artículo 152 ter CC que se encuentren en trámite al momento de la entrada en vigencia del nuevo código, necesariamente deberán concluir, o bien con el cese de las restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica, o bien con una sentencia que la restrinja según los términos del Código Civil y Comercial de la Nación (art. 32 párr. 1°, art. 32 párr. 4° y art. 48), y la consecuente designación de apoyos o curador, según corresponda. Dichos procesos deberán adecuarse a lo dispuesto en los nuevos artículos 40 y 47, según la instancia procesal de que se trate, para lo cual se deberá garantizar el debido proceso, el acceso a asistencia letrada y, antes del dictado de la sentencia, el contacto personal con el juez.

2. Régimen de internaciones

1. Las internaciones iniciadas a partir del 01/08/2015 se regirán por el nuevo código (art. 41) y la legislación complementaria, al igual que los pedidos de evaluación para internación (art. 42). Este supuesto no genera inconvenientes.

2. Las internaciones iniciadas con anterioridad al 01/08/2015 y que al momento de la entrada en vigencia del nuevo código aún no fueron convalidadas judicialmente (art. 21 ley 26.657), el juez para así resolver deberá evaluar su procedencia a la luz de lo estipulado en el artículo 41 CCyCN. Ello así, en virtud del principio de aplicación inmediata de la nueva ley.

3. Los pedidos de evaluación para internación iniciados a la luz del artículo 482 párr. 3° CC que se encuentren en trámite al momento de la entrada en vigencia del nuevo código, deberán encuadrarse en lo normado en el artículo 42 CCyCN. Aquí también por el principio

de aplicación inmediata de la nueva ley.

4. En las internaciones iniciadas con anterioridad al 01/08/2015 y cuya duración se extiende más allá de la entrada en vigencia del nuevo código, su convalidación judicial oportunamente dispuesta (art. 21 inc. a ley 26.657) no se verá afectada, por tratarse de una situación jurídica ya constituida a la luz del código derogado y, por lo tanto, no procede la retroactividad. Sin embargo, la entrada en vigencia del nuevo código obliga al juez a expedirse en los términos del artículo 41 inc. e) CCyCN ("finalidad, duración y periodicidad de la revisión"), como así también sobre la existencia de riesgo de un "daño de entidad" (art. 41 inc. b), de modo de actualizar la convalidación de la internación a los nuevos requisitos, por el principio de aplicación inmediata de la nueva ley.

5. Se exceptúa de lo dicho en el punto anterior los casos de internaciones de personas menores de edad o declaradas incapaces (15) que hayan sido consentidas por los propios interesados, toda vez que, si bien seguirán siendo reputadas "involuntarias" y por lo tanto controladas judicialmente con todas las garantías correspondientes (art. 26 ley 26.657), en estos casos no se aplicaría el nuevo artículo 41 CCyCN, no por tratarse de un conflicto de aplicación de la ley en el tiempo, sino simplemente porque al haber sido consentidas no cuadran en el presupuesto del nuevo artículo 41.

6. De la misma manera, las internaciones de personas menores de edad y de personas declaradas incapaces a la luz del código derogado serán reputadas involuntarias (art. 26 ley 26.657) y ello no se va a modificar por el solo hecho de la entrada en vigencia de la nueva ley. Respecto de las personas con incapacidad —aunque más no sea para consentir internaciones—, porque su situación no va a variar hasta tanto se revise su sentencia a la luz del nuevo código (por ser una situación jurídica constituida a la luz del código anterior); y respecto de las personas menores de edad porque, aun cuando el artículo 26 in fine CCyCN considera como adultos a los adolescentes de más de 16 años para los actos referidos al cuidado del propio cuerpo, no es menos cierto que no dejan de ser personas "menores de edad" a los fines de la aplicación del artículo 26 de la ley 26.657, por lo que el presupuesto fáctico para su aplicación sigue siendo el mismo (16).

3. Cuestiones conexas

a) Domicilio legal

A diferencia del domicilio real, que es donde la persona tiene su residencia habitual, el domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Con relación al domicilio legal, según el artículo 99 del Código Civil: "Los incapaces tienen el domicilio de sus representantes" (inc. 6°). El nuevo código da una

solución similar, al establecer que: "...las personas incapaces lo tienen en el domicilio de sus representantes" (art. 74 inc. d CCyCN). Sin embargo, las personas "incapaces" según el Código Civil difieren de las del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Del total de sentencias "insania" (art. 141 CC) y "sordomudez" (art. 153) que aún se encuentran vigentes, al momento de ser revisadas solo una minoría va a encuadrar en los nuevos supuestos de sentencias de "incapacidad" (art. 32 párr. 4° CCyCN).

Por lo tanto, las personas incapaces a la luz del Código Civil, una vez entrado en vigencia el nuevo código mantendrán el domicilio legal de sus representantes legales (curadores). En cambio, luego de revisadas las sentencias, solo las personas con sentencias de "incapacidad" mantendrán su domicilio legal en el de sus representantes legales; no así los casos de personas con sentencias de "capacidad restringida" (art. 32 párr. 1°) e "inhabilitación" (art. 48), ya que no cuadran en el nuevo artículo 74 CCyCN.

b) Validez de los actos jurídicos

La validez de los actos jurídicos está regulada en los artículos 44 (actos posteriores a la inscripción de la sentencia), 45 (actos anteriores a la inscripción) y 46 (impugnación post mortem) del Código Civil y Comercial de la Nación. Sus antecedentes son los artículos 472, 473 y 474 del Código Civil, respectivamente. Ahora bien, teniendo en cuenta los distintos supuestos que se podrían presentar, arribamos a las siguientes conclusiones:

1. La validez de los actos celebrados antes del 01/08/2015 se juzgará según las normas del Código Civil, ya sea que se haya dictado una sentencia previa (art. 472 CC), o bien con posterioridad a la celebración del acto, sin importar que haya sido dictada antes o después del 01/08/2015 (art. 473 CC). Igual solución cabe para los supuestos donde procede la impugnación post mortem del artículo 474 CC.

2. En cambio, la validez de los actos celebrados con posterioridad al 01/08/2015 será evaluada según las normas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ya sea que cuenten con una sentencia previa de fecha anterior o posterior al 01/08/2015, debidamente inscripta (art. 44 CCyCN), o bien que la sentencia se dicte con posterioridad (art. 45 CCyCN). Lo mismo ocurre en los supuestos donde procede la impugnación post mortem consagrada en el artículo 46 CCyCN.

Tanto en los casos donde se aplica el artículo 473 CC (actos realizados antes del 01/08/2015) como en los que se aplica el artículo 45 CCyCN (actos realizados después del 01/08/2015), cuando la validez de los actos se juzga a la luz de una sentencia que —en cualquiera de los dos casos— haya sido dictada con posterioridad al 01/08/2015, cabe tener presente que para que la acción de nulidad proceda no necesariamente debe tratarse del mismo acto (o uno de naturaleza similar) que luego fuera restringido por la sentencia, si se tiene en cuenta que las restricciones impuestas en las sentencias no necesariamente

responden a la necesidad de que esos actos o funciones hayan sido ejercidos con la asistencia de un tercero en el momento de celebración del acto a impugnar, sino en el momento del dictado de la sentencia y para el futuro. De ello se deriva que, si bien puede no haber sido necesario —por el motivo que fuera— restringir determinado acto en el momento del dictado de la sentencia, ello no obsta que luego pueda ser impugnado un acto de esas características celebrado con anterioridad al dictado de la sentencia. Por ejemplo: pueden no haberse restringido los actos de disposición al momento del dictado de la sentencia de "capacidad restringida" (art. 32 párr. 1°), pero igualmente podría proceder la declaración de nulidad de un acto de disposición celebrado con anterioridad, si es que se cumplen con los requisitos del artículo 473 CC o, en su caso, del 45 CCyCN. Por ello la importancia de que las nuevas sentencias se expidan sobre la época en que la "situación" se manifestó (art 37 inc. b CCyCN).

c) Impedimento matrimonial

Entre los impedimentos para contraer matrimonio válido el nuevo código prevé el supuesto de "la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial" (art. 403 inc. f). De este modo, sustituye la frase "privación permanente o transitoria de la razón" (art. 166 inc. 8° CC), a la vez que elimina el impedimento por sordomudez (art. 166 inc. 9° CC), el cual la doctrina lo identificaba no como un impedimento matrimonial sino como un supuesto de ausencia de consentimiento (inexistencia matrimonial). Según la nueva regulación, se trata de un impedimento dirimente (provoca la nulidad del matrimonio), absoluto (no permite casarse con ninguna persona) y dispensable (así lo establece el art. 405). Su subsistencia en el tiempo dependerá de las posibilidades de recuperación de la persona.

Por cierto, la configuración del impedimento no requiere necesariamente de una sentencia previa que haya restringido ese acto, sino simplemente que el presupuesto fáctico esté presente al momento de la celebración del acto matrimonial (17).

1. Por lo tanto, en las sentencias de insania (art. 141 CC) y aquellas dictadas según los términos del art. 152 ter CC cuando se restringió expresamente dicho acto, la sola entrada en vigencia del nuevo código no hace variar la restricción, en virtud de tratarse de una situación ya constituida según el código anterior. Sin embargo, el juez puede dispensar a la persona y autorizar la celebración del matrimonio (art. 405 CCyCN), por la aplicación inmediata de la nueva ley, a pesar de no haberse revisado los alcances de la sentencia. En los casos de sentencias de inhabilitación (art. 152 bis CC) la situación no cambia: en cualquier caso va a poder contraer matrimonio.

2. De todas formas y tal como ya se dijera anteriormente, a partir del 01/08/2015 nace la obligación de revisarlas y dictar nuevas sentencias según los términos del Código Civil y

Comercial de la Nación: de restricciones parciales a la capacidad (art. 32 párr. 1° y art. 48) y de incapacidad (art. 32 párr. 4°). En el primer caso el impedimento estará configurado en tanto y en cuanto se haya restringido ese derecho (salvo dispensa judicial), o incluso cuando se verifique la falta de salud mental que le impide el discernimiento al momento del acto a pesar de que no haya una restricción judicial en tal sentido. En las sentencias de incapacidad, en cambio, no se trata exactamente de un impedimento sino de ausencia de consentimiento dada la absoluta imposibilidad de interaccionar con el entorno y expresar la voluntad.

3. La validez de los matrimonios celebrados bajo la órbita del Código Civil se regirá por dicha normativa, puesto que se trata de una situación ya constituida.

d) Ejercicio de la responsabilidad parental

En las sentencias de insania (art. 141 CC) e inhabilitación (art. 152 bis CC) la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental (llamada "patria potestad") se da de pleno derecho a la luz de lo normado en el artículo 309 CC. En cambio, en las sentencias que se dictaron según los términos del art. 152 ter CC solo queda restringido su ejercicio si así se previó expresamente entre los actos y funciones que se limitaron en la sentencia.

1. Por lo tanto, en las sentencias de insania (art. 141 CC), inhabilitación (art. 152 bis CC) y aquellas dictadas según los términos del art. 152 ter CC cuando se restringió expresamente el ejercicio de la responsabilidad parental, la sola entrada en vigencia del nuevo código no hace variar la restricción al ejercicio de la responsabilidad parental, en virtud de tratarse de una situación ya constituida según el código anterior.

2. Sin embargo, a partir del 01/08/2015 esas sentencias deben ser revisadas. A raíz de ello, cabe destacar que no toda sentencia de "capacidad restringida" implica la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, sino cuando por "razones graves de salud mental" el juez resuelva limitar dicho ejercicio (art. 702 inc. c) (18). Incluso, a pesar de existir una limitación específica puede evaluarse la conveniencia de contar con apoyos para el ejercicio de la responsabilidad parental sin llegar a su suspensión. Es decir, este supuesto debe ser evaluado con suma prudencia por el juez, siendo la suspensión del ejercicio de interpretación restrictiva. En cambio, en sentencias de "incapacidad", es de aplicación automática la norma que establece la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental (19). Por lo tanto, teniendo en cuenta que una restricción al ejercicio de la responsabilidad parental no solo afecta a quien está dirigida sino a los niños, niñas y adolescentes (como titulares de derechos fundamentales), las sentencias dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo código deben ser revisadas y adecuarse a la nueva normativa teniendo presente que la nueva sentencia solo hará referencia a los actos que se encuentran restringidos. Es decir, la no mención de dicha limitación implica el

pleno ejercicio de la responsabilidad parental.

e) Capacidad para testar

Para poder testar la persona debe ser mayor de edad al tiempo del acto (art. 2464 CCyCN) y no debe encuadrar en los supuestos del art. 2467 CCyCN (20). Este artículo, asimismo, debe interpretarse a la luz del artículo 2463 CCyCN, según el cual a los testamentos se le aplican las reglas establecidas para los actos jurídicos. Por lo tanto, para testar la persona debe actuar con comprensión de los alcances del acto. Es decir, ya no se hace referencia a la "perfecta razón para testar" (art. 3615 CC), sino que se admite la validez del testamento otorgado por quien ha sido declarado judicialmente incapaz pero tiene discernimiento en el acto de testar, ya sea por remisión transitoria de su enfermedad o sea por curación de la misma sin haber sido rehabilitado.

1. Ahora bien, según el artículo 2647 CCyCN, la capacidad para otorgar el testamento y revocarlo se rige por el derecho de domicilio del testador al tiempo de la realización del acto. En consecuencia, si el testamento es otorgado antes de la entrada en vigencia del nuevo código, el mismo se regirá según las pautas del código derogado (arts. 3615, 3616 y 3617 CC), a pesar de que la muerte del testador —y con ello la apertura de la sucesión (art. 2277 CCyCN)— se haya producido estando vigente el nuevo código.

2. En cambio, si el testamento es otorgado luego de la entrada en vigencia del nuevo código, el mismo se regirá por el nuevo ordenamiento.

f) Mejora a favor del heredero con discapacidad

Según el artículo 2448 CCyCN, el causante podrá, si así lo desea, disponer de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a favor del heredero con discapacidad. Tomando como ejemplo la existencia de dos descendientes (porción legítima: 2/3; porción disponible: 1/3), uno de los cuales tiene una discapacidad, este podría llegar a percibir: la porción disponible de la herencia (1/3, o sea 3/9), la mejora (1/3 de 2/3, o sea 2/9) y su parte de la herencia como heredero legitimario (4/9 a repartir entre dos, o sea 2/9). En este caso el heredero con discapacidad recibiría un total 7/9 y el otro heredero solo los 2/9 restantes.

Repárese que lo que hace aplicable la norma es la existencia de una discapacidad, independientemente de que la persona tenga o no restringida su capacidad jurídica. Tampoco se exige que la persona cuente con el Certificado Único de Discapacidad (CUD). Por cierto, la definición de persona con discapacidad que adopta el nuevo artículo 2448 CCyCN ha sido tomada del artículo 2 de la ley 22.431 y del artículo 9 de la ley 24.901,

poniendo el acento en la deficiencia de la persona, lo cual es propio del modelo médico/rehabilitador; a la vez que más restrictiva que la definición consagrada en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378), la cual es propia del modelo social de discapacidad.

1. Ahora bien, la ley aplicable a la sucesión se rige por el domicilio del causante al momento de su fallecimiento, según lo establecido por el artículo 2644 CCyCN. Por lo tanto, en los casos de fallecimiento del causante con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo código, no podrá aplicarse la mejora del artículo 2448 CCyCN.

2. En los casos en que se otorgara la mejora con anterioridad a la entrada en vigencia del código, pero el causante fallece luego de la entrada en vigencia del mismo, la mejora es válida en su aplicación.

3. Por último, en los casos en que se hiciere la mejora con posterioridad a la entrada en vigencia del código y el causante falleciere también con posterioridad, no cabe duda de su aplicación (21).

4. Finalmente, la discapacidad debe existir al momento de la apertura de la sucesión (fallecimiento del causante) y no necesariamente al momento del otorgamiento del testamento.

VI. A modo de conclusión

Los efectos de la ley con relación al tiempo es un tema que sin duda ocasionará dificultades al momento de la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en virtud de su inminente entrada en vigencia. El nuevo ordenamiento no prevé normas específicas que den respuestas para la aplicación de la nueva legislación a las situaciones y relaciones jurídicas nacidas bajo el viejo ordenamiento y que se encuentren en curso al momento de la entrada en vigencia del nuevo código, salvo la pauta general establecida en el artículo 7 CCyCN.

Se ha dicho, con acierto, que este tema solo despierta gran interés en el primer momento de aplicación de la ley, porque transcurrido un lapso desaparecen todas estas cuestiones cuando a todas las causas se les ha aplicado ya el nuevo ordenamiento. Pero el hecho de que con el tiempo la problemática desparezca, no la convierte en una cuestión menor, ya que hace a la seguridad jurídica de todas las relaciones jurídicas en trámite (22), a la vez que, seguramente, generará altos niveles de litigiosidad en una primera etapa de aplicación del nuevo código. Por tal motivo, esperamos haber dado respuestas —aunque más no sea de forma preliminar— a algunos de los interrogantes que se pueden plantear en el ámbito de las restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas y en las demás cuestiones conexas.

(1) Ver SOLÁ, Ernesto, su comentario al art. 7, en RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2014, p, 76.

(2) MEDINA, Graciela, "Efectos de la Ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año V, N° 2 (marzo 2013), Buenos Aires, p. 3.

(3) ROUBIER, Paul, "Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)", 2° edición, Dalloz-Sirey, París, 1960.

(4) Para un análisis exhaustivo de esta teoría y su aplicación en la interpretación del artículo 7 CCyCN, se recomienda compulsar KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

(5) Para un desarrollo exhaustivo del régimen de internaciones previsto en la ley de salud mental 26.657 y su decreto reglamentario 603/13, ver OLMO, Juan Pablo, "Salud mental y discapacidad", Dunken, Buenos Aires, 2014, ps., 65 a 177.

(6) OLMO, Juan Pablo, "Salud mental y discapacidad. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26.994", Dunken, Buenos Aires, 2015, p. 67.

(7) OLMO, Juan Pablo, "Salud mental y discapacidad. Análisis del Código...", cit., p. 48.

(8) OLMO, Juan Pablo, "Salud mental y discapacidad. Análisis del Código...", cit., p. 48.

(9) OLMO, Juan Pablo, "Salud mental y discapacidad. Análisis del Código...", cit., ps. 47 a 48.

(10) OLMO, Juan Pablo, "Salud mental y discapacidad. Análisis del Código...", cit., ps. 48 a 50.

(11) Aquí también se tomará como referencia el CPCCN.

(12) No todas las jurisdicciones del país prevén en sus códigos de procedimientos locales la elevación en consulta.

(13) Por ejemplo: si una parte de la sentencia dijera que: "en virtud de lo dispuesto en el art. 152 ter CC, al Sr. A. se le restringe la capacidad jurídica para los actos de disposición entre vivos y los de administración, y se designa al Sr. B. como curador definitivo, quien deberá otorgar el asentimiento para la celebración de dichos actos"; ahora debería decir que: "en virtud de lo dispuesto en el art. 32 párr. 1° y 2° y art. 43 CCyCN, al Sr. A. se le restringe la capacidad jurídica para los actos de disposición entre vivos y los de administración, cuya validez estará sujeta a que sean otorgados con el apoyo del Sr. B., a quien se lo designa en tal carácter, y a ese fin deberá otorgar el asentimiento para la celebración de dichos actos".

(14) Dada la relevancia del tema, una mención aparte merece lo referido a las sentencias que no se encuentran firmes. Mediante Acuerdo Plenario n° 194, en fecha 15/04/2015 la Cámara de Apelaciones de Trelew en pleno acordó: "Disponer que una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los Códs. Civil y de Comercio hoy vigentes, en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz de los mismos ordenamientos bajo cuyo amparo ella se dictó" (La Ley 20/04/2015, p. 11; cita online: AR/JUR/3918/2015). Esta solución fue inmediatamente criticada por Kemelmajer de Carlucci, por entender que no era ajustaba al texto del artículo 7 CCyCN, lo cual es cierto (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme", La Ley 22/04/2015, p. 1; cita online: AR/DOC/1330/2015). Y si bien también es cierto que luego Rivera plantea magistralmente diversos supuestos para los cuales parecería al menos dudosa una aplicación generalizada de la norma, puesto que en algunos casos se podrían presentar soluciones disvaliosas (RIVERA, Julio César, "Aplicación del nuevo código civil y comercial a los procesos judiciales en

trámite (y otras cuestiones que debería abordar el congreso", La Ley 04/05/2015, p. 1; cita online: AR/DOC/1424/2015); no lo es menos que, al menos en lo que refiere estrictamente a la materia que aquí estamos analizando, no se dan los supuestos allí planteados, ni tampoco se advierte conculcación de derechos alguna, de modo que no sería admisible una solución como la propiciada por la Cámara de Trelew a la luz de los argumentos expuestos en los considerandos de dicho acuerdo. Por lo tanto, reiteramos, no habría inconveniente alguno en la implementación del artículo 7 CCyCN debidamente interpretado en cada situación que se pueda plantear en esta materia.

(15) Aquí el término "incapaces" no refiere a las nuevas sentencias de "incapacidad" (art. 32 párr. 4° CCyCN) sino a los casos de personas con sentencia firme de insania (art. 141 CC) o con limitaciones al ejercicio de la capacidad jurídica con alcance de dicho acto (art. 152 ter CC).

(16) No es lo mismo ser persona "mayor de edad" que ser persona menor de edad considerada como un adulto para la realización de determinados actos. En el segundo caso, no deja de ser persona "menor de edad", por ello es que de todas formas se le sigue aplicando el artículo 26 de la ley 26.657 y por lo tanto su internación se la considera "involuntaria".

(17) OLMO, Juan Pablo, "Salud mental y discapacidad. Análisis del Código...", cit., ps. 140 a 142.

(18) Artículo 702 CCyCN: "Suspensión del ejercicio. El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure: ...c) la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio".

(19) OLMO, Juan Pablo, "Salud mental y discapacidad. Análisis del Código...", cit., ps. 144 a 145.

(20) Artículo 2467: "Nulidad del testamento y de disposiciones testamentarias. Es nulo el testamento o, en su caso, la disposición testamentaria: ...c) por haber sido otorgado por persona privada de la razón en el momento de testar. La falta de razón debe ser demostrada por quien impugna el acto. d) por haber sido otorgado por persona judicialmente declarada incapaz. Sin embargo, esta puede otorgar testamento en intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos como para asegurar que la enfermedad ha cesado por entonces. e) por ser el testador una persona que padece limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral y, además, no saber leer ni escribir, excepto que lo haga por escritura pública, con la participación de un intérprete en el acto".

(21) OLMO, Juan Pablo, "Salud mental y discapacidad. Análisis del Código...", cit., ps. 146 a 147.

(22) MEDINA, Graciela, "Efectos de la Ley..." cit.