



Título: La defensa técnica de las personas con padecimientos mentales

Autor: Olmo, Juan Pablo

Publicado en: Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Derecho de familia, N° 77, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 143.

I. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCiv.yCom.) ha incorporado importantes modificaciones en materia de salud mental en general y en lo que refiere a defensa técnica de las personas con padecimientos mentales, en particular. En este trabajo nos referiremos a la recepción normativa del derecho de defensa de la persona a través de su actuación con asistencia letrada. Lo haremos desde los dos aspectos específicos vinculados a la materia: la participación en los procesos sobre el ejercicio de la capacidad jurídica y en materia de internaciones.

II. Recepción normativa

El derecho de defensa a través de la representación y asistencia letrada es reconocido, en primer lugar, dentro de las reglas generales que aparecen en el art. 31, CCiv.yCom., referidas a lo que el nuevo ordenamiento denomina "restricciones a la capacidad". Allí se menciona que "la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: ...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".

Por su ubicación, la proyección de la norma alcanza no sólo a la participación de la persona en los procesos referidos al ejercicio de su capacidad jurídica, sino también a lo que atañe a su internación en un establecimiento. Igualmente, opinamos que hubiera sido preferible no incluir el régimen de internaciones dentro de las restricciones a la capacidad.

De todas formas, una solución similar se recepta luego en los artículos 36, CCiv.yCom., cuyo párrafo segundo establece que "Interpuesta la solicitud de declaración de incapacidad o de restricción de la capacidad ante el juez correspondiente a su domicilio o del lugar de su internación, si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio", y 41, inc. d), CCiv.yCom., referido a la internación no consentida por la persona: "debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa

mediante asistencia jurídica".

III. Sus antecedentes en la normativa de fondo

1. Evolución normativa

En la redacción originaria del Código Civil de Vélez Sarsfield, los procesos de incapacidad estaban regulados en los artículos 140 y siguientes, en tanto que el régimen de internaciones aparecía en el artículo 482, por entonces de un único párrafo. En el primer caso, el artículo 147, CCiv., regulaba la figura de un curador que debía intervenir siempre en el proceso, mediante designación judicial, para representar y defender los derechos de la persona interesada. Era conocido a través de distintas denominaciones: curador provisorio, provisional, ad litem. En cambio, en materia de internaciones nada se decía al respecto.

Con la reforma de la ley 17.711, por un lado se mantuvo el sistema del curador provisorio. Por otro lado, al artículo 482, CCiv., se le incorporaron un segundo y tercer párrafos, y en este último apareció la figura del defensor especial para representar a la persona durante su internación. Con lo cual, hasta este momento había un curador provisorio para los procesos de incapacidad (art. 147, CCiv.) y un defensor especial para las internaciones (art. 482, párr. 3º, CCiv.).

Finalmente, la Ley Nacional de Salud Mental 26.657 trajo importantes reformas en la materia. En lo que concierne a la capacidad jurídica, incorporó el artículo 152 ter, CCiv., pero no se modificó lo referido al curador provisorio. En efecto, hasta la entrada en vigencia del CCiv.yCom., el artículo 147, CCiv., mantuvo siempre su redacción originaria. Por su parte, en materia de internaciones, la ley 26.657 incorporó una detallada regulación para la procedencia y control de las internaciones, entre lo cual creó la figura del abogado defensor prevista en el artículo 22 de dicha ley, que luego también fue reglamentada por el decreto 603/2013 (reglamentario de la ley 26.657). Asimismo, la ley modificó el artículo 482, CCiv., a los fines de ajustarlo al nuevo régimen, para lo cual eliminó la figura del defensor especial allí prevista. Por lo tanto, la figura del defensor dejó de estar en el Código Civil, ya que a través de la ley 26.657 se había creado otra figura.



	Incapacidad	Internaciones
Código Civil originario	Curador Provisorio (art. 147, CCiv.)	-
Ley 17.711		Defensor especial (art. 482, CCiv.)
Ley 26.657		Abogado defensor (art. 22, ley 26.657)

2. Distinción con las figuras actuales

En el Código Civil derogado, tanto la figura del curador provisorio como la del defensor especial estaban pensadas como formas de representación de la persona, tanto para controlar la legalidad del procedimiento de incapacidad como el de internación, respectivamente. Siempre correspondía su actuación, la cual se efectivizaba a través de una designación judicial. Atento al carácter de la intervención, la opinión del interesado no le era vinculante. Ello implicaba que, no obstante la actuación de estos representantes, el propio interesado podía presentarse con patrocinio letrado en forma particular.

De todas formas, ello fue flexibilizándose con el correr de los años. En lo que respecta al curador provisorio, la forma en que llevaría a cabo su actuación, más respetuosa de la voluntad de la persona. Con relación al defensor especial, directamente la figura fue derogada y reemplazada por un abogado que ejerciera la defensa técnica de la persona: si el interesado no elegía un abogado en forma particular, el Estado subsidiariamente le proveía uno.

Siguiendo la línea trazada a partir de la ley 26.657, ahora el CCiv.yCom. prevé la figura del abogado defensor para los dos supuestos. Además de su incorporación en las reglas generales del art. 31, inciso e), CCiv.yCom., en lo que refiere a los procesos sobre el ejercicio de la capacidad jurídica se lo recepta en el artículo 36, CCiv.yCom.; para las internaciones, en el artículo 41, inc. d), CCiv.yCom.

Es decir, el curador provisorio (art. 147, CCiv.) fue reemplazado por el abogado defensor (art. 36, CCiv.yCom.). En cambio, el abogado defensor del artículo 22, ley 26.657 (que había reemplazado al anterior defensor especial), ahora es incorporado en el Código de fondo (art. 41, inc. d), CCiv.yCom.).

3. Algunas aclaraciones terminológicas en orden a la curatela provisoria y su proyección en el nuevo ordenamiento

Durante la vigencia del Código Civil anterior se generaron algunas confusiones de orden terminológico con relación a la figura del curador provisorio que pasaremos a aclarar a continuación, a fin de que no se trasladen al nuevo CCiv.yCom. En los artículos 147, CCiv. (1), y 148, CCiv. (2), se preveía la actuación de un "curador provisorio" durante el proceso de incapacidad. Si bien se empleaba la misma denominación para ambos supuestos, en rigor de verdad se trataba de dos figuras bien diferenciadas.

En el primer caso se trataba del conocido como curador "provisorio", "provisional" o "ad litem", cuya actuación correspondía siempre y mediante la designación judicial. Su función era representar al interesado únicamente durante el proceso —ya sea de insania (art. 141, CCiv.), inhabilitación (art. 152 bis, CCiv.) o sordomudez (art. 153, CCiv.)— y sus facultades de actuación no se proyectaban sobre otros procesos que la persona pudiera estar transitando. Por ello la denominación de ad litem: sólo para ese proceso determinado, donde se discutían los alcances del ejercicio de su capacidad jurídica. La persona podía optar por la designación de un abogado particular que la asista durante el proceso, pero esa designación no excluía al curador provisorio, ya que se trataban de dos funciones diferentes.

En el segundo caso, el curador "a los bienes" o "ad bona". Aquí también su designación correspondía al juez de la causa, pero no actuaba siempre sino en algunos casos: cuando era estrictamente necesario. En efecto, operaba como una medida cautelar dictada en el proceso cuando devenía impostergable, v.gr., otorgarle facultades de administrar bienes para evitar que la imposibilidad actual de realizar esos actos por parte del interesado le provocara un perjuicio patrimonial. A diferencia de lo que ocurría con el curador provisorio, donde se exigía que tuviera título de abogado (según los Códigos de Procedimientos), en el caso del curador a los bienes ello no hacía falta. Es más, en la práctica era frecuente ver que las designaciones de curadores a los bienes recayeran en familiares del propio interesado. Asimismo, por aplicación del principio general "quien puede lo más, puede lo menos", en lugar de designar curador a los bienes con amplias facultades, el juez podía otorgar facultades específicas para atender determinados asuntos, sea al curador provisorio que ya se encontraba interviniendo o bien a un tercero, v.gr., para representar al interesado en algún juicio determinado.

Por lo tanto, podían darse dos supuestos: que sólo actuara el curador provisorio o que también lo hiciera el curador a los bienes. En este segundo supuesto, a su vez, la designación de curador a los bienes podía recaer en quien ya detentaba el cargo de curador provisorio o bien en cabeza de un tercero.

En el nuevo CCiv.yCom. se ha eliminado la figura del curador "provisorio", "provisional" o "ad litem" (exart. 147, CCiv.) y ha sido reemplazada por la del abogado defensor que representa a la persona y le brinda asistencia letrada durante el juicio (art. 36, CCiv.yCom.).

Por su parte, la figura del curador "a los bienes" o "ad bona" (exart. 148, CCiv.) se ha aggiornato: en el nuevo CCiv.yCom. se prevé la posibilidad de designación de apoyos o



curadores para asistir o representar a la persona en determinados actos (art. 34, CCiv.yCom.). A diferencia del Código derogado, de corte patrimonialista, en el Código unificado la designación está pensada para actuar en resguardo de los derechos personales y patrimoniales.

	Código Civil derogado	Nuevo CCyCN
Representación y defensa en el juicio sobre capacidad	Curador Provisorio (art. 147, CCiv.)	Abogado defensor (art. 36, CCiv.yCom.)
Medida cautelar durante el proceso	Curador a los bienes (art. 148, CCiv.)	Apoyos y curadores (art. 34, CCiv.yCom.)

IV. Procesos sobre el ejercicio de la capacidad jurídica

1. Carácter de la intervención

La figura está prevista en el artículo 36, párr. 2º, CCiv.yCom. Se trata de un abogado defensor que debe actuar de un modo respetuoso de la voluntad, deseos y preferencias de la persona asistida. Este es el rasgo que lo diferencia de su antecesor, el curador provisorio, lo cual explicaba que durante el Código derogado pudiera coexistir el curador provisorio con el abogado particular. Por lo tanto, el nuevo CCiv.yCom. abandona definitivamente el concepto de "auxiliar externo del juez" con el que parte de la doctrina caracterizaba la función del derogado curador provisorio, quien —según ese criterio— debía encauzar su actuación en búsqueda de la verdad objetiva, incluso desoyendo la voluntad de su defendido (3).

Ahora, en cambio, la persona tiene derecho a presentarse con asistencia letrada en el proceso y si no opta por elegir un abogado de su confianza, el Estado, a través de la figura del juez, debe necesariamente designarle uno de oficio. Por lo tanto, el abogado defensor designado por el juez actúa subsidiariamente, ya que no coexiste con el abogado particular. Es uno u otro. Por cierto, la norma no prevé la posibilidad de que el interesado actúe sin asistencia letrada, por lo que, ante la falta de designación particular, la designación subsidiaria de oficio se impone.

Puede ocurrir que el juez advierta, por sí mismo o a instancias del Ministerio Público, que existe un conflicto de interés entre el abogado particular y el interesado, en cuyo caso dicha designación podrá ser desechada judicialmente. La persona deberá proponer otro abogado. En su defecto, el juez designará un defensor oficial. La solución se explica en los términos del art. 12.4º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (4),

donde se prevén salvaguardias que, en este caso, aplican durante el proceso de determinación de apoyos (art. 12.3º, CDPD). A la inversa, puede ocurrir que en el proceso se haya designado un defensor oficial y luego, más adelante, el interesado se presente con abogado particular, en cuyo caso la actuación de aquél cesa.

2. Procesos en los que interviene

Al igual que el anterior curador provisorio y por los mismos motivos que era llamado "ad litem", el nuevo abogado defensor previsto en el artículo 36, CCiv.yCom., en su carácter de tal, en principio sólo interviene en el proceso sobre el ejercicio de la capacidad jurídica. Sin embargo, corresponde hacer algunas aclaraciones.

Dijimos que la persona podía optar por presentarse con abogado particular que le brinde asistencia letrada durante el proceso. Sin embargo, en tanto que abogado particular, nada obsta que le brinde sus servicios profesionales en otros ámbitos. En cambio, cuando no hay una designación por parte de la persona, el juez designa abogado defensor de oficio, cuya actuación en tal carácter se circunscribe a asistir a la persona en el marco de ese proceso y no de otros. Por tanto, se trata de un defensor ad litem.

Ahora bien, también dijimos que el juez puede, cuando resulte estrictamente necesario, adoptar las medidas cautelares previstas en el artículo 34, CCiv.yCom., y designar, según corresponda, apoyos o curadores para determinados actos, en cuyo caso la designación podrá recaer, al igual que en el Código anterior, en un tercero o bien en el mismo abogado defensor. Por lo tanto, podría darse el caso de que en el proceso intervenga el abogado defensor del artículo 36, CCiv.yCom., y, en paralelo, un tercero o terceros que detenten cautelarmente funciones de apoyo o curatela en los términos del artículo 34, CCiv.yCom.; o bien que estas funciones sean asignadas al abogado defensor, en cuyo caso actuará en un doble carácter: artículos 34 y 36, CCiv.yCom.

En resumen: la asistencia letrada del artículo 36, CCiv.yCom., debe actuar siempre, ya sea por designación personal del interesado o por designación de oficio y en forma subsidiaria por parte del juez de la causa. Por otro lado, no siempre corresponde la designación cautelar de apoyos o curadores previstos en el artículo 34, CCiv.yCom. Si se concreta tal designación, la función podrá recaer en un tercero o en quien ya actúa en el carácter de abogado defensor.

Sin embargo, dentro de los procesos sobre el ejercicio de la capacidad jurídica también corresponde distinguir según se trate: de la solicitud de capacidad restringida o incapacidad (arts. 33 y ss., CCiv.yCom.), de la revisión de sentencia (art. 40, CCiv.yCom.) o del cese de las restricciones (art. 47, CCiv.yCom.).

Hasta aquí hemos visto el primero de los tres supuestos. Sin embargo, lo que allí se ha dicho también es aplicable para el proceso tendiente al cese de las restricciones (art. 47,



CCiv.yCom.). Así como en el Código derogado correspondía la designación de un curador provisorio en el marco de la apertura a prueba del proceso de rehabilitación (art. 150, CCiv.), ahora corresponde la actuación del abogado defensor. Por lo tanto, si la persona no designa un abogado particular, el juez le designará uno de oficio desde el inicio del proceso para el cese de las restricciones.

Sin embargo, la solución es dudosa en el caso de la revisión de la sentencia (art. 40, CCiv.yCom.). Durante la vigencia del Código Civil anterior, las dudas surgieron con la incorporación del artículo 152 ter, CCiv., en el cual se establecía que las sentencias no podían extenderse por más de tres años. Salvo alguna interpretación doctrinaria y jurisprudencial sumamente minoritaria que sostuvo que se trataba de un plazo de caducidad, la gran mayoría, en cambio, con buen criterio, entendió que lo que la norma imponía era el deber de revisar las sentencias al menos cada tres años. Sin embargo, por entonces los Códigos de Procedimientos locales no se habían modificado y por lo tanto no preveían un mecanismo para llevar a cabo esa revisión.

En este punto, el nuevo CCiv.yCom. ha clarificado parte de la cuestión. De su articulado se desprende que cada tres años lo que corresponde es revisar la sentencia, diferenciándose el procedimiento para la revisión (art. 40, CCiv.yCom.) del procedimiento para el cese (art. 47, CCiv.yCom.). Pero los Códigos de Procedimientos todavía siguen sin adecuarse a la normativa de fondo, con lo cual sigue sin haber una respuesta concreta en cuanto a la forma y requisitos para llevar a cabo la revisión de sentencias prevista en el Código unificado.

En lo que aquí interesa, nadie duda de que las personas tienen derecho a presentarse con un abogado particular en cualquier momento, sea en la solicitud de restricciones a la capacidad e incapacidad, en la instancia de revisión o en el procedimiento para el cese. Sin embargo, la duda que se genera es si, aquí también, pesa sobre el Estado el deber de proporcionarle un abogado de oficio para el trámite de la revisión de la sentencia en caso de que la persona no designe uno en forma particular. Entendemos que sí. De este modo, la persona participará con asistencia letrada durante la instancia de revisión de los alcances de la sentencia, pudiendo controlar la prueba y ofrecer la que considere necesaria, recurrir el decisorio, etcétera.

3. Momento a partir del cual interviene

Con relación al anterior curador provisorio, el artículo 147, CCiv., hacía referencia a la interposición de la solicitud de demencia. En ese momento debía nombrarse un curador provisorio. Sin embargo, los Códigos de Procedimientos locales postergaron la etapa procesal de la designación. En general, se hace (5) referencia al momento de la apertura a prueba de las actuaciones. De modo que, tomando como referencia el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (6), una vez interpuesta la solicitud de incapacidad se

verificaba la verosimilitud a través de dos certificados médicos (particulares o de médicos forenses) y, previa vista el Ministerio Público, se abría la causa a prueba. Recién allí, pues, se designaba curador provisorio (abogado de la matrícula o curador público) y la persona era notificada de dicha resolución (7).

Por su parte, el nuevo artículo 36, CCiv.yCom., refiere al momento de la interposición de la solicitud de declaración de incapacidad o de capacidad restringida. A su vez, hay que tener en cuenta que el artículo 33, inc. a), CCiv.yCom., reconoce la legitimación del propio interesado para promover la acción. En este marco, corresponde una solución diferenciada según quién inicie la acción, para lo cual existe una dificultad y es que —reiteramos— los Códigos de Procedimientos locales aún no han sido modificados. Es decir, allí se sigue hablando de procesos de insania, inhabilitación y sordomudez, con la consecuente designación de curador provisorio.

Por lo tanto, ello exige un esfuerzo interpretativo en la etapa de transición y hasta tanto todos los Códigos de forma sean modificados para su adaptación a la nueva normativa de fondo. A ello se le suma lo referido a los procedimientos para la revisión de la sentencia y para el cese de las restricciones, como así también, cuando ya hay una sentencia de capacidad restringida, en el proceso para el incremento en la nómina de actos a restringir o bien para declarar la incapacidad.

Por nuestra parte, propiciamos las siguientes soluciones:

1. Si la persona se presenta por sí misma para iniciar la acción (art. 33, inc. a), CCiv.yCom.), deberá contar con un abogado que la asista y firme, junto con el interesado, el escrito de inicio.
2. Si la persona se presenta sin abogado, como primera medida se le deberá hacer saber que tiene derecho a designar uno en forma particular. En su defecto, se le podrá designar uno de oficio, sea particular (abogado de la matrícula, cuyos honorarios recaen sobre el interesado) u oficial (cuya designación recaerá en la defensa pública, según su organización en cada jurisdicción del país, para el caso de que la persona no pueda pagar los honorarios de un abogado).
3. Si la acción la inicia otro legitimado —cónyuge o conviviente (art. 33, inc. b), CCiv.yCom.), pariente (inc. c)) o Ministerio Público (inc. d))—, del escrito de inicio se le deberá correr traslado al interesado, haciéndosele saber que deberá presentarse con abogado o que, en su defecto, se le designará uno de oficio. Efectivamente, si en ese momento no se presenta con abogado, el juez deberá designarle uno.
4. Tanto para la revisión de sentencia (art. 40, CCiv.yCom.) como para el cese de las restricciones (art. 47, CCiv.yCom.), si la solicitud es presentada por el propio interesado, para ello debe contar con un abogado particular. En su defecto, deberá designársele uno de oficio.
5. Si la revisión es iniciada de oficio por el juez, o bien es solicitada por el Ministerio Público



u otro legitimado que no sea el propio interesado, se le deberá dar intervención y hacerle saber que podrá designar abogado y, si no lo hace, se le designará uno de oficio.

6. Si el cese de las restricciones es solicitado por el Ministerio Público u otro legitimado que no sea el propio interesado, se le deberá correr traslado para que se presente con abogado. Caso contrario, se le designará uno de oficio.

7. Si la persona ya cuenta con una sentencia de capacidad restringida, puede ocurrir que se pretenda limitar aún más el ejercicio de la capacidad jurídica, sea a través de la figura de la capacidad restringida o bien de la incapacidad, según corresponda. Si la acción es iniciada por el propio interesado, en la presentación que haga deberá contar con la asistencia de un abogado, sea particular o designado de oficio.

8. En cambio, si es iniciada por otro legitimado se le deberá correr traslado para que se presente con abogado. Si no lo hace, se le designará uno de oficio.

4. Hasta cuándo interviene

En los casos detallados en el punto anterior, se vio que la intervención por sí y con asistencia letrada corresponde desde el inicio de las actuaciones de que se trate. Resta determinar hasta qué momento se extiende la intervención del abogado defensor.

En todos los casos corresponde que el abogado actúe hasta que la resolución final que se adopte haya quedado firme. Ejemplos:

1. La resolución que declare improcedente la acción y, por lo tanto, que no corresponde abrir la causa a prueba.
2. La sentencia que desestima la acción.
3. La sentencia que restringe en mayor o menor medida la capacidad jurídica del sujeto, como así también, tras un nuevo proceso, la resolución que amplíe los alcances de las restricciones. En este caso hay que tener en cuenta dos cuestiones. Por un lado, que en varias jurisdicciones del país está prevista la "elevación en consulta", para el caso de que la sentencia no sea apelada. Por lo tanto, quedará firme una vez confirmada por la Cámara del fuero. En el caso del CPCCN, ello está previsto en sus artículos 253 bis y 633, párr. 5º. Por otro lado, como a través de las sentencias de capacidad restringida e incapacidad se designan apoyos o curadores, según corresponda (arts. 32 y 38, CCiv.yCom.), la función continúa hasta tanto las personas designadas acepten el cargo y les sea discernido.
4. La resolución que se dicte tras la revisión de la sentencia.
5. La resolución que disponga el cese total o parcial de las restricciones.

5. El problema de la figura del curador provisorio en los Códigos de Procedimientos y la aplicación de la ley en el tiempo

Como ya dijimos, el CCiv.yCom. convive con los Códigos de Procedimientos locales, los cuales fueron sancionados a la luz del Código Civil anterior y por lo tanto siguen hablando de insania, inhabilitación y sordomudez, a la vez que siguen previendo la figura del curador provisorio, hoy derogada en el CCiv.yCom. Esto último ocurre, en el caso del CPCCN, en los artículos 626, inc. 1º, y 628. La duda que se genera es la sobrevivencia o no de esta figura presente en el CPCCN, pero derogada del CCiv.yCom.

En nuestra opinión, no existe una figura de curador provisorio que se sostenga por el solo hecho de estar prevista en un Código de Procedimientos cuando ella ya ha sido eliminada del Código de fondo y cuya instrumentación se pretendía en el ámbito local. Por lo tanto, no corresponde seguir aplicando la figura del curador provisorio prevista en el anterior artículo 147, CCiv., y mantenida, v.gr., en los artículos 626, inc. 1º, y 628, CPCCN, y demás concordantes provinciales. A partir de la entrada en vigencia del CCiv.yCom. (1/8/2015), sólo corresponde o la designación de abogado particular por parte del interesado o, en su defecto, del abogado defensor subsidiario designado judicialmente.

Por otro lado, resta analizar qué ocurre con los procesos que se encontraban en trámite con actuación del curador provisorio al momento de la entrada en vigencia del nuevo CCiv.yCom. Esto es, los ya iniciados y que se han abierto a prueba con anterioridad al 1/8/2015, con la consecuente designación de un curador provisorio. Este es un problema típico de aplicación de la ley en el tiempo (también llamado derecho transitorio, eficacia temporal de las normas, etc.) que habrá de resolverse a la luz del artículo 7º, CCiv.yCom. Si bien ya hemos tenido oportunidad de pronunciarnos "largo y tendido" sobre los distintos aspectos del derecho transitorio que afectan las cuestiones vinculadas con la capacidad jurídica y la salud mental (8), en esta oportunidad veremos únicamente lo referido al curador provisorio y al abogado defensor. Para ello, diremos que el artículo 7º, CCiv.yCom., establece la regla de la aplicación inmediata no retroactiva de la nueva ley, incluso a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas preexistentes. Por lo tanto, los procesos en trámite deberán readecuarse para el futuro, según la etapa procesal en la que se encuentren y teniendo en cuenta el principio de preclusión, por aplicación inmediata de la nueva ley. A continuación enunciaremos algunos ejemplos (9):

1. Si el proceso ya se inició pero aún no se ha abierto la causa a prueba (art. 626, CPCCN), corresponderá darle 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 abogado defensor.
2. Si ya se abrió a prueba y se designó curador provisorio (arts. 626 y 628, CPCCN, y art. 147, CCiv.), su función quedará redefinida como la de un defensor técnico, 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. Por lo tanto, como primera medida se le hará saber al interesado que podrá presentarse con abogado (10). Si lo hace, esta designación excluye al curador provisorio. Si no lo hace, quien detentaba funciones de curador provisorio pasará a desempeñarse como abogado defensor designado de oficio mediante resolución judicial que así lo establezca.

3. Lo mismo ocurre en los casos en que la persona ya cuenta con una sentencia firme que en mayor o menor medida le haya restringido su capacidad jurídica según los encuadres del Código Civil derogado y que luego se haya iniciado un nuevo proceso para ampliar los alcances de las restricciones, o bien que se encuentre en trámite el proceso de rehabilitación (art. 150, CCiv.). Aquí también, en cualquiera de los dos casos, la solución varía según que ya se encuentre o no abierta la causa a prueba, con la consecuente designación de curador provisorio.

4. En cuanto a la revisión de sentencia según lo normado en el anterior artículo 152 ter, CCiv., la entrada en vigencia del Código unificado obliga a que su tramitación sea readecuada a lo normado en el artículo 40, CCiv.yCom., debiendo asegurarse, en su caso, la actuación de un abogado defensor que asista al interesado.

5. En cualquier caso, por aplicación de la regla de la irretroactividad, los actos realizados por el curador provisorio en las etapas que hayan precluido son válidos, al no verse alcanzados por la nueva norma.

V. Internaciones (11)

1. Remisión a la legislación especial

El CCiv.yCom. regula las internaciones, básicamente, en sus artículos 41 y 42 y, en ambos casos, allí se remite a la legislación especial. En lo que aquí interesa, refiere a la ley 26.657 y su decreto reglamentario 603/2013. De ello se derivan dos ventajas interpretativas: por un lado, todo lo que ya se ha dicho en el pasado con relación al abogado defensor previsto en el artículo 22, ley 26.657, mantiene plena vigencia; por el otro, no se presentarán mayores inconvenientes en materia de aplicación de la ley en el tiempo.

Por lo tanto, la figura del abogado defensor está prevista en el artículo 41, inc. d), CCiv.yCom., cuya actuación se encuentra detalladamente regulada en el artículo 22, ley 26.657, y su decreto reglamentario.

2. Carácter de la intervención

Aquí también ocurrió algo similar a lo observado en el proceso de evolución normativa que caracterizó el paso del curador provisorio (art. 147, CCiv.) al abogado defensor (art. 36, CCiv.yCom.). Es decir, mientras que el defensor especial (art. 482, CCiv., texto según ley 17.711) actuaba para representar al interesado durante el transcurso de su internación según lo que él creyera que era lo mejor para su representado, lo cual hizo que fuera caracterizado como un cuasi-curador que, como tal, podía coexistir con un abogado particular, la ley 26.657, en cambio, suprimió esa figura y la reemplazó por la de un abogado defensor previsto en su artículo 22, cuya función es la de ejercer la defensa técnica de la persona internada involuntariamente de un modo respetuoso de su voluntad, deseos y preferencias. Si la persona no designa un abogado particular, el Estado deberá designarle uno en forma subsidiaria. Es decir, no puede coexistir el abogado particular con el defensor oficial, a la vez que la actuación letrada es obligatoria para la persona. Sin embargo, está previsto que la defensa pública sea gratuita y no sólo para el caso de que la persona carezca de medios para afrontar los honorarios de un abogado particular (art. 22, decreto 603/2013), característica que diferencia a esta figura de la del abogado defensor para los procesos sobre el ejercicio de la capacidad jurídica (según la normativa actual).

3. Procesos en los que interviene: incongruencias con la ley 26.657

La ley 26.657 clasifica a las internaciones en voluntarias e involuntarias. En las internaciones voluntarias, la persona puede abandonar el tratamiento cuando así lo desee y, en principio, no son controladas judicialmente. En cambio, el control judicial inmediato con la necesaria actuación de un abogado defensor está previsto para las internaciones involuntarias.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la ley 26.657, el CCiv.yCom. hace una clasificación según se trate de una internación consentida o no consentida por el propio interesado. Si bien un análisis en profundidad excede el ámbito de este trabajo [\(12\)](#), nos limitaremos a decir que no es lo mismo una internación "involuntaria" (según la ley 26.657) que una internación "no consentida" por la propia persona (según el CCiv.yCom.), ya que, v.gr., puede haber internaciones consentidas pero que son involuntarias (art. 26, ley 26.657). Lo importante es que, en cualquiera de los dos casos, corresponde la actuación obligatoria del abogado defensor.



	CCiv.yCom.	Ley 26.657
Actuación obligatoria del abogado defensor	Internación no consentida	Internación involuntaria
	Internación consentida	Internación involuntaria
No procede la actuación obligatoria del defensor	Internación consentida	Internación voluntaria

En cambio, su actuación no procede en las internaciones "voluntarias", al menos no en forma obligatoria a través de la designación subsidiaria y gratuita por parte del Estado. Ello así, puesto que nada obsta a que la persona actúe con un abogado defensor en forma particular, incluso para que la asista en diversas cuestiones vinculadas con su internación voluntaria.

En resumen: en las internaciones voluntarias la persona interesada, si así lo desea, podrá contar con la asistencia de un abogado. En las internaciones involuntarias, si la persona no designa abogado particular, el Estado deberá proveerle uno.

Puede ocurrir que en el caso intervenga un defensor oficial y, más adelante, la persona opte por presentarse con un abogado particular en lugar del defensor designado por el Estado. A la inversa, que actúe con asistencia letrada elegida por la propia persona y que luego, tras advertir intereses contrapuestos, el juez deba desplazarlo del ejercicio de la función y designar un defensor oficial, si es que la persona no opta por realizar una nueva designación particular.

4. Desde cuándo interviene y hasta cuándo

El abogado defensor previsto en el artículo 22, ley 26.657, debe actuar: 1) desde el inicio mismo de la internación involuntaria, a pesar de que aún no haya sido convalidada judicialmente (arts. 21, inc. a], ley 26.657, y 41, inc. e], CCiv.yCom.); 2) cuando la internación que inició como voluntaria se transforme en involuntaria y deba regirse por las reglas prevista para este tipo de internaciones.

Asimismo, su actuación se mantiene mientras dure la internación involuntaria. Con lo cual puede cesar: 1) con la efectiva externación de la persona, de modo que si la persona aún no puede ser externada por motivos sociales, continuará el abogado defensor hasta tanto ello no ocurra; 2) cuando la internación involuntaria pasa a ser voluntaria, en cuyo caso la persona sigue internada, pero no bajo los controles y garantías previstos para la internación involuntaria, puesto que podrá retirarse cuando quiera.

5. Designación en forma particular

A diferencia de lo que ocurre con el abogado defensor que actúa en el proceso para el ejercicio de la capacidad jurídica (art. 36, CCiv.yCom.), cuya designación en forma particular recae únicamente en cabeza de propio interesado, en el caso del abogado defensor de la persona internada (art. 41, inc. d], CCiv.yCom.) su designación puede ser realizada por el propio interesado o bien por su representante legal, tal como así lo prescribe el artículo 22, ley 26.657. En este último caso, se deberá poner especial atención en el contralor judicial y del Ministerio Público que se haga sobre la actuación del abogado, a fin de evitar situaciones de conflicto de interés, teniendo en cuenta que en la práctica muchas veces las internaciones involuntarias se llevan a cabo a instancias de los representantes legales de las personas.

VI. Actuación de la defensa pública

La actuación de un defensor oficial designado en forma subsidiaria por el Estado va a depender de cada jurisdicción del país, según lo que en cada caso estipulen las leyes locales, muy especialmente los Códigos de Procedimientos y las leyes de organización de la justicia y del Ministerio Público. Por ejemplo: la organización en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires para intervenir ante la Justicia Nacional en lo Civil está dada por la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación (ley 27.149).

En lo que refiere a la defensa oficial en los procesos sobre el ejercicio de la capacidad jurídica, la función está a cargo de los defensores públicos curadores. Al respecto, el artículo 46 establece entre sus funciones la de "Ejercer la defensa técnica en procesos referentes al ejercicio de la capacidad jurídica o de la implementación de sistemas de apoyos y salvaguardias, en orden a garantizar los derechos de igualdad y no discriminación, el derecho a ser oído y debidamente informado, a participar en el proceso, incluso mediante los ajustes de procedimiento que puedan requerirse, en respeto a la autonomía y reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas. En el ejercicio de la función, deben tener en cuenta la voluntad y preferencias del asistido" (inc. a]).

Con relación a la defensa de las personas internadas involuntariamente, en cambio, el artículo 47 establece que la función será ejercida por los "...integrantes del Ministerio Público de la Defensa que determine el Defensor General de la Nación..." (13). En la actualidad, existen dos dependencias dedicadas al ejercicio de la función, según que las personas internadas sean mayores de edad (14) o bien que se trate de niñas, niños y adolescentes (15).

VII. Superposición de funciones y multiplicidad de actores intervinientes



De acuerdo con lo que hemos expuesto, en determinados supuestos podrían confluir diversas funciones con relación a un mismo sujeto interesado, a saber: 1) el rol del juez, 2) del Ministerio Público, 3) del abogado defensor, 4) de los apoyos y 5) si la persona está internada involuntariamente, de otro abogado defensor. Incluso la lista puede ser más extensa. Ello implicaría someter a la persona, cuando menos, a una multiplicidad de entrevistas.

Evidentemente, en ciertas ocasiones corresponde tomar algunos recaudos de modo de no afectar la dignidad y la intimidad de las personas y, por qué no, su patrimonio; todo lo cual podría verse comprometido si se aceptara que cada función la cumpla alguien distinto, especialmente cuando se trata de roles asignados por el juez y la defensa pública.

Por tal motivo, en tanto ello sea posible y no haya incompatibilidad en el ejercicio de la función, algunos roles podrían concentrarse en un mismo actor. Veámoslo con un ejemplo: una persona internada involuntariamente debe atravesar un proceso sobre el ejercicio de la capacidad jurídica en el cual corresponde la designación cautelar de apoyos. Aquí aparecen tres funciones que, si todas ellas debieran ser ejercidas subsidiariamente por el Estado, podrían recaer en un mismo actor: 1) abogado defensor durante el proceso (art. 36, CCiv.yCom.); 2) abogado defensor durante la internación involuntaria (arts. 41, CCiv.yCom., y 22, ley 26.657); 3) apoyos durante el proceso (art. 34, CCiv.yCom.).

VIII. A modo de cierre: las conclusiones son provisorias

Si bien el CCiv.yCom. ha trazado los lineamientos generales en materia de defensa técnica de las personas con padecimientos mentales, tanto en los procesos sobre el ejercicio de la capacidad jurídica como en materia de internaciones, lo cierto es que su aplicación práctica requiere hoy de un importante esfuerzo interpretativo y, como solución definitiva, de una adecuada actualización de las leyes locales de cada jurisdicción del país. Me refiero a los Códigos de Procedimientos, leyes orgánicas de organización de la justicia y del Ministerio Público y leyes de salud mental.

De ello se deriva que las conclusiones a las que aquí hemos arribado detentan necesariamente el carácter de provisorias, puesto que fueron pensadas para una etapa de transición en la cual el CCiv.yCom. convive con normas locales que fueron sancionadas a la luz del Código Civil derogado. Por lo tanto, esperamos que en las futuras reformas de las legislaciones locales se regulen los detalles necesarios para instrumentar en cada jurisdicción los lineamientos del Código de fondo.

(1) Art. 147, CCiv.: "Interpuesta la solicitud de demencia, debe nombrarse para el demandado como demente, un curador provisorio que lo represente y defienda en el pleito, hasta que se pronuncie la sentencia definitiva. En el juicio es parte esencial el Ministerio de Menores".

(2) Art. 148, CCiv.: "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".

(3) Olmo, Juan Pablo, Salud mental y discapacidad. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26.994, Dunken, Buenos Aires, 2015, ps. 56 y 57.

(4) En adelante, CDPD.

(5) Decimos se "hace" y no "hacía", ya que los Códigos de Procedimientos locales todavía siguen haciendo referencia al actualmente derogado curador provisorio.

(6) En adelante CPCCN.

(7) Arts. 624, 625, 626 y 628, CPCCN.

(8) Olmo, Juan Pablo y Menossi, María Paula, "Capacidad jurídica y salud mental: aplicación del nuevo Código Civil y Comercial con relación al tiempo", Revista Código Civil y Comercial, año 1, nro. 1, La Ley, Buenos Aires, 2015.

(9) Se tomará como referencia el CPCCN.

(10) Así se resolvió en C. Apel. Trelew, sala B, 12/11/2015, "Asesoría de Familia s/declaración de incapacidad J. E. M.", publicado en AP AR/JUR/50424/2015.

(11) Para un análisis en profundidad de las aristas que trae aparejado el ejercicio de esta función de defensa prevista en el artículo 22, ley 26.657, y su decreto reglamentario, en tanto que legislación especial a la cual remite el CCiv.Com. en sus artículos 41 y 42, ver nuestra obra: Olmo, Juan Pablo, Salud mental y discapacidad, Dunken, Buenos Aires, 2014, ps. 136 a 140 y 161 a 177, y su Adenda de actualización, Dunken, Buenos Aires, 2016.

(12) Nos remitimos a Olmo, Juan Pablo, Salud mental y discapacidad, cit., y su Adenda..., cit., ps. 31 a 32.

(13) Entre sus funciones se encuentran las siguientes: "a) Actuar conforme a las garantías de procedimiento y a los estándares de derechos humanos relativos a las personas internadas involuntariamente por motivos de salud mental. b) Ejercer la función conforme a las garantías de procedimiento y a los estándares de derechos humanos relativos a los niños, niñas y adolescentes, o las personas con discapacidad, si así correspondiere. c) Respetar, en el ejercicio de la defensa, la autonomía personal, la voluntad, los deseos y preferencias de la persona internada en forma involuntaria por motivos de salud mental y realizar presentaciones judiciales o extrajudiciales, pudiendo, entre otras tareas, oponerse a la internación, solicitar la externación, requerir mejoras en las condiciones de internación y tratamiento y acceder a las actuaciones judiciales en todo momento. d) En aquellas situaciones en que no pueda comprenderse la voluntad de la persona internada, se debe procurar que las condiciones generales de la internación respeten las garantías mínimas exigidas por la legislación específica de salud mental, así como las directivas anticipadas que pudieran existir. e) Mantener contacto con la persona asistida en cualquier momento, en los establecimientos públicos y privados donde se desarrolla su internación, por sí o a través de integrantes del Ministerio Público de la Defensa, manteniendo entrevistas en ámbitos de confidencialidad y privacidad. f) Ingresar a los establecimientos públicos y privados donde se desarrollen las internaciones, sin necesidad de autorización previa por parte de los efectores de salud ni de ninguna otra autoridad, incluido el acceso a toda documentación relativa a la persona defendida que obre en poder de las instituciones. g) Brindar información a sus asistidos respecto de su función, datos personales y el estado del proceso...".



(14) La "Unidad de Letrados art. 22, ley 26.657", creada por resolución DGN. 558/2011 (12/5/2011).

(15) La "Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art. 22, ley 26.657", creada por resoluciones DGN. 1451/2011 (14/11/2011) y 516/2012 (21/5/2012). Sobre el particular, nos remitimos a nuestra obra Olmo, Juan Pablo (coord.), Acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes internados por salud mental o adicciones. Testimonio 2012-2014, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2015, disponible en www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/Libro%20Salud%20Mental%20web.pdf (consultado el 18/7/2016).