



Título: Análisis de las bases para la Reforma Procesal de Familia en los procesos sobre el ejercicio de la capacidad jurídica

Autor: Scasserra, Selene I. – Olmo, Juan Pablo

Publicado en: Revista Código Civil y Comercial, diciembre 2018, La Ley, Buenos Aires, p. 17.

I. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación [\(1\)](#) introdujo normas de carácter sustantivo y garantías mínimas procedimentales que, como pautas rectoras para la sustanciación de los procesos de familia en todo el territorio nacional, tienden a garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y más eficiente de los derechos de los justiciables, que se ven comprometidos a la hora de dirimir los litigios en la materia. Concretamente, en el marco de los procesos referidos al ejercicio de la capacidad de la persona humana, que involucran las materias de salud mental y problemática de adicción, el nuevo Código unificado ha modificado sustancialmente el régimen de restricción (en comparación con el Código Civil derogado), al tiempo que instituye una serie de derechos que propician una mayor protección de los intereses fundamentales de la persona cuya capacidad se pretende regular.

No obstante ello, en el ámbito de la justicia nacional, los procesos que abarcan las materias de familia tramitan según las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [\(2\)](#). Sin embargo, se trata de normas que han devenido inadecuadas para dar una respuesta satisfactoria a las previsiones de la legislación de fondo en la materia.

Por lo tanto, desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación se elaboraron las Bases para la Reforma Procesal de Familia [\(3\)](#). Apuntan al establecimiento de un procedimiento especializado en el fuero de familia, escindido e independiente de la restante legislación procesal, en aras de adaptar la actuación del órgano jurisdiccional abocado a la materia a los principios y garantías estipulados en la legislación sustantiva.

En el presente artículo nos proponemos realizar un análisis comparativo de los lineamientos introducidos por las Bases en los que genéricamente denomina "procesos referidos a la capacidad de las personas", en relación con las previsiones contenidas en el Cód. Proc. Civ. y Com. y el nuevo Cód. Civ. y Com.

II. Reglas generales en materia de capacidad jurídica de la persona humana

El atributo de la capacidad se define como la aptitud de la persona humana para ser titular de derechos y deberes jurídicos y para el ejercicio, por sí misma, de las facultades que emanan de esos derechos o el cumplimiento de las obligaciones que los deberes implican. De este modo, la capacidad jurídica de la persona queda desdoblada en dos dimensiones: a) capacidad de derecho: la aptitud de que goza toda persona humana para ser titular de derechos y deberes jurídicos (art. 22, Cód. Civ. y Com.); y b) capacidad de ejercicio: la facultad que tiene la persona para ejercer por sí misma los derechos y deberes jurídicos de los que es titular (art. 23, Cód. Civ. y Com.).

Como regla general, el Código reconoce la plena capacidad de toda persona. A modo excepcional, la capacidad de derecho de una persona puede encontrarse limitada o privada por ley respecto de hechos, simples actos o actos jurídicos determinados (art. 22 Cód. Civ. y Com.); mientras que la capacidad de ejercicio puede verse restringida por las previsiones contenidas en el Código y por una sentencia judicial (art. 23 Cód. Civ. y Com.).

De este modo, la presunción de la capacidad general de la persona es la regla (art. 31 inc. a), Cód. Civ. y Com.) mientras que sus limitaciones son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio del interesado (art. 31 inc. b), Cód. Civ. y Com.) como una protección especial, lo que refleja su carácter tuitivo.

III. Restricciones al ejercicio de la capacidad en el régimen procesal vigente

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prevé en sus arts. 5º, inc. 8º, 253 bis y 624 a 637 quinter (4) las reglas de procedimiento que rigen la tramitación de los procesos que tienen por objeto la restricción de la capacidad jurídica de las personas. Se trata de un proceso especial, es decir, cuya sustanciación está sujeta a regulación específica, diferente a la de los procesos ordinarios (5).

Sin embargo, es menester destacar que, en la actualidad, las previsiones contenidas en el Código de forma no agotan la regulación del trámite instituido para dichos procesos. A propósito de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial unificado, se incorporaron al ordenamiento nacional —como fuera expresado más arriba—, no solo normas de carácter sustantivo, sino también un "piso mínimo" de garantías de procedimiento que amplían el estándar de reconocimiento de los derechos de las personas afectadas y su protección, cuya observancia resulta fundamental para arribar a un pronunciamiento judicial válido.

De este modo, en la medida en que las disposiciones del Código Procesal no han sido reformadas en consonancia con la legislación de fondo, la sustanciación de los procesos en que se pretende restringir la capacidad de ejercicio de la persona ha adoptado en la práctica de los tribunales nacionales y locales las pautas y lineamientos allí determinados. Ello así, que la plena operatividad que se otorgó a la legislación de fondo al solo efecto de que no pierda su virtualidad, ha suplido la carencia de una legislación procesal actualizada



que resulte armónica y acorde a sus previsiones.

La necesidad de instrumentar un procedimiento adecuado, adaptado y que procure mayor eficacia en la sustanciación de los procesos que versan sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona, ha motivado la elaboración de un capítulo específico dentro de las Bases, para fijar los lineamientos que deberían tenerse en cuenta al tiempo de efectivizarse la reforma, y cuyo análisis expondremos a continuación.

IV. Bases para la Reforma Procesal de Familia en los procesos relativos a la capacidad de las personas

IV.1. Reglas generales

En primer término, en las Bases se proyectan lineamientos generales y principios autónomos y específicos, cuya instrumentación por el legislador se considera fundamental a la hora de elaborar el proyecto de reforma del Código de Procedimiento en lo concerniente a los procesos referidos a la capacidad jurídica de las personas. Su enumeración no es taxativa, sino que establecen un "estándar mínimo", a partir del cual podría ampliarse el caudal de derechos y garantías, siempre que resulten más beneficiosos para la persona cuya capacidad sea analizada.

Si bien el Cód. Proc. Civ. y Com. vigente carece de disposiciones que instituyan preceptos semejantes para el dictado de las medidas que se tomarán en el proceso, muchas de estas pautas se encuentran contenidas en el Cód. Civ. y Com. y en la ley 26.657, que inviste el carácter de "ley marco".

A continuación, la exposición esquemática y detallada de las reglas generales que se proponen dentro de las Bases.

IV.1.a. Efectividad de los derechos sustanciales

La aplicación de las normas procesales que se incluyan en una posible reforma tendrá por objeto asegurar la plena efectividad de los derechos de las personas cuya capacidad sea analizada en el ámbito de la administración de justicia. De este modo, se atribuye a la persona (que, por su condición, se encuentra en situación de vulnerabilidad social) un estatus preponderante en el marco del proceso judicial, reconociéndose la necesidad de proteger y garantizar el goce máximo de los derechos que le reconoce la legislación de fondo.

Esta pauta está ligada a los principios rectores de acceso a la justicia, tutela jurisdiccional

efectiva y la garantía del debido proceso, puesto que no solo apunta a asegurar el acceso a la justicia sin restricciones de las personas en situación de vulnerabilidad, sino que también se dirige a la obtención de una respuesta adecuada del órgano jurisdiccional, quien deberá aplicar e interpretar las normas de modo que quede garantizada la operatividad de los derechos sustantivos. En este sentido, el art. 13 CDPD dispone: "Acceso a la justicia 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares. 2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario".

Adicionalmente, queda incluida dentro de esta previsión la necesidad de instituir un proceso flexible y de adaptar las formas procesales, propendiendo así una "desformalización" y mayor humanización. Ello, con el objeto de evitar que el exceso ritual de las normas de procedimiento vulnere derechos fundamentales reconocidos por la legislación de fondo.

IV.1.b. Intervención directa del interesado en el proceso

Se admitirán las presentaciones directas del propio interesado, aun sin patrocinio letrado, lo que luego podrá subsanarse. Este lineamiento resulta novedoso, e incluso va más allá de lo estipulado en la legislación de fondo, habida cuenta de que en los arts. 31, inc. e), 36 y 707, Cód. Civ. y Com. se prevé la participación del interesado en el proceso judicial con asistencia letrada, la cual debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios económicos.

El derecho a participar en el proceso "es una consecuencia del genérico derecho a participar en los asuntos que les atañen y a que se remuevan las barreras que impiden o dificultan tal participación" (6), concebido como una garantía de raigambre constitucional (art. 18, CN). Sin embargo, las presentaciones del interesado realizadas sin patrocinio letrado podrían no configurar una adecuada defensa de sus intereses y, por ello, no resultarles vinculantes, en tanto luego no sean subsanadas. De este modo, de instituirse este lineamiento en una reforma al Código de Procedimiento, podría establecerse contra qué tipo de actos procesales la persona estaría habilitada a realizar presentaciones por sí misma y sin patrocinio letrado (p. ej., apelar las resoluciones que loa afecten), con el objeto de que sus intereses no se vean comprometidos, ni se atente contra la garantía de defensa en juicio.



IV.1.c. Interdisciplinarietà

Los informes requeridos en el proceso a los fines de tomar las medidas serán interdisciplinarios, no solo médicos y psiquiátricos. Este lineamiento concuerda con lo estipulado por el art. 31, inc. c), Cód. Civ. y Com., que establece que "la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario", tanto en el tratamiento como en el proceso judicial; así como con las previsiones contenidas en el art. 37 in fine del mismo cuerpo legal, que dispone que, para el dictado de la sentencia es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario.

Si bien la conformación del equipo interdisciplinario debe determinarse por los Códigos de Procedimiento de cada jurisdicción del país (7), en el art. 8º de la ley 26.657 aparece una pauta orientadora, al prescribir que "se incluyen las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes"; sin perjuicio de las demás evaluaciones que el juez estime necesario llevar a cabo en el marco del proceso de acuerdo con las particularidades del caso.

En lo que respecta a los tribunales abocados al fuero, las Bases proponen como innovación la necesidad de que cuenten "con gabinetes de apoyo y con la colaboración de médicos, psiquiatras, psicólogos y trabajadores sociales, para interactuar en pos de la solución del conflicto bajo la dirección del juez", lo cual implica la conformación de un equipo interdisciplinario que intervendrá en los procesos a disposición y bajo las directivas del propio tribunal, cuando resulte necesario.

Por su parte, es necesario resaltar que al día de la fecha los arts. 624, 625, 626, inc. 3º, 628, 631 y 635 del Cód. Proc. Civ. y Com. no se han reformado en este sentido y continúan con los lineamientos que arrastra del antiguo modelo médico rehabilitador que asigna la producción de la prueba o informes necesarios únicamente a médicos psiquiatras o legistas. Sin perjuicio de ello, sus disposiciones han caído en desuetudo por los cambios introducidos por la ley 26.657 y el Cód. Civ. y Com., que instituyen como regla general el abordaje interdisciplinario de las cuestiones relativas a las afecciones a la salud mental y problemática de adicción, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial.

IV.1.d. Comunicación judicial y lenguaje

Se prevé la utilización de un lenguaje claro o repertorio comunicacional adecuado, para que los participantes del proceso comprendan plenamente el alcance de las decisiones judiciales. A tal fin, se prevé que en las resoluciones judiciales y en las audiencias los operadores judiciales utilicen construcciones sintácticas y formulaciones verbales sencillas, para que los justiciables logren el pleno entendimiento de los actos procesales en que intervengan, independientemente de que deban conservar su rigor técnico. Adicionalmente,

las notificaciones se practicarán utilizando términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a la situación particular de las partes. Asimismo, se establece la formulación de un protocolo o guía de pautas de comunicación, tendiente a lograr en la persona con capacidad restringida, en sus familiares y en su apoyo, confianza y respaldo en el servicio de justicia.

Nuevamente, el actual Código de Procedimiento adolece de pautas similares entre sus disposiciones. No obstante, el art. 31, inc. d), Cód. Civ. y Com. alude al derecho de la persona cuya capacidad se analiza a "recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión". En este orden de ideas, el art. 7º, inc. j) de la ley 26.657 contempla el derecho de la persona con padecimiento mental a ser informada de manera adecuada y comprensible de los derechos que la asisten, y de todo lo inherente a su salud y tratamiento. Asimismo, dicha norma determina que, en el caso de que la persona no comprenda los alcances de la información que se le suministra, se le comunicará a los familiares, tutores o representantes legales.

Por su parte, la CDPD establece a lo largo de su articulado la obligación de asegurar a las personas con discapacidad facilidades para la apropiada accesibilidad a la información y la adecuada comunicación, mediante la utilización de lenguajes adecuados y medios que invistan suficiente idoneidad para garantizar su entendimiento y participación en todos los aspectos de la vida (8). Sobre los alcances del derecho al acceso a la información a través de lenguaje, medios y tecnologías adecuadas, el art. 2º CDPD, en su parte pertinente, dispone: "4. La 'comunicación' incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso; 5. Por 'lenguaje' se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal...".

IV.1.e. Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad

El o los apoyos designados en el proceso procurarán la autonomía y la inclusión en su medio comunitario de la persona con capacidad restringida, a los fines de lograr la más plena inserción social.

Dentro del ordenamiento vigente, estos preceptos se encuentran regulados en las disposiciones de los arts. 32 y 43 Cód. Civ. y Com., los cuales receptan las previsiones del art. 12 y 19, CDPD (9). El primero de ellos (art. 32, párrs. 2º y 3º, Cód. Civ. y Com.), dispone que, ante una sentencia de capacidad restringida, el o los apoyos necesarios que el juez designe en ella para ejercer las funciones allí especificadas con los ajustes razonables (10)



en función de las necesidades y circunstancias de la persona, deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Más precisamente, el art. 43, Cód. Civ. y Com. dispone en sus párrs. 1º y 2º: "[s]e 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...".

Por otro lado, en las Bases se establece que el apoyo designado deberá presentar, con la periodicidad que el juez establezca, los informes de las actividades que realizan las personas con capacidad restringida, su tratamiento médico, progreso y cambio de situación. Sumado a ello, se delinea el deber de que el Estado argentino prevea, como política pública, la formación especial de quienes se desempeñen como apoyo, a fin de que desempeñen su función con debida diligencia y pleno entendimiento de sus obligaciones respecto de la persona a la que asisten.

IV.1.f. Inserción laboral

Se insta a que se aliente al interesado al aprendizaje de un oficio o labor como una forma de inserción laboral acorde a sus capacidades, en clara alusión a las disposiciones del art. 27, CDPD y de los arts. 7º, incs. d) y p) y 11 de la ley 26.657.

Independientemente de que esta regla recepta la normativa anteriormente enunciada y tiene por objeto ampliar el catálogo de los derechos del interesado en el proceso, corresponde destacar que, a rigor de verdad, excede el marco de regulación de la legislación de procedimiento, pues otorga al interesado un derecho sustantivo.

IV.1.g. Las medidas procesales alentarán la integración familiar

Este lineamiento recoge las disposiciones del art. 7º, inc. d) de la ley 26.657 y del art. 23, CDPD.

IV.1.h. Tratamientos

Se establece que los tratamientos que se propongan en el marco de los procesos judiciales relativos a la capacidad de las personas sean respetuosos, seguros y efectivos para la persona en cuestión.

Esta previsión guarda relación con el art. 31, inc. f), Cód. Civ. y Com., que establece como regla general que el derecho a recibir un tratamiento en que se prioricen las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades. Se trata de afectar lo menos posible la autonomía personal, de modo que las medidas adoptadas en el proceso respondan a las preferencias e intereses de la persona, de modo de garantizar el goce del más alto nivel de salud. También, encuentra correlación con lo prescripto por el art. 7º, inc. d) de la ley 26.657 y art. 25, inc. d), CDPD.

IV.1.i. Inversión del patrimonio del interesado

En el caso de que posea bienes, las Bases establecen que se procurará su inversión para lograr la mayor productividad. Teniendo en cuenta que durante el proceso la persona aún conserva su plena capacidad jurídica, la solución que se postula solo podría ser aceptada en el marco de las medidas cautelares —en este caso, de carácter patrimonial— receptadas en el art. 34, Cód. Civ. y Com. y en tanto se den los presupuestos legales.

IV.1.j. Inmediación

El juez debe mantener una relación directa con la persona en cuyo beneficio se realiza el proceso, privilegiando tanto la inmediación con ella, como también con los elementos de prueba. Debido a que en este tipo de procesos se encuentran comprometidas cuestiones de orden público y derechos e intereses fundamentales de personas en situación de vulnerabilidad, la inmediatez que debe garantizar el juez interviniente se conjuga con la indelegabilidad a la hora de establecer contacto personal con el interesado o de tomar conocimiento de la prueba producida en el proceso.

El Código Civil y Comercial de la Nación recepta este principio en las disposiciones de sus arts. 35, 36 y 707, sobre los cuales volveremos más adelante.

IV.1.k. Celeridad

Se prevén plazos más reducidos para aceptación del cargo por parte de los peritos designados para intervenir en el proceso, así como para la producción de la prueba, a los efectos de no dilatar la tramitación del expediente.

IV.2. Proceso declarativo de restricción a la capacidad y excepcional de incapacidad



Como se hablaba, las Bases esbozan nuevas pautas normativas que procuran lograr, entre otras, la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos sustantivos, la garantía del debido proceso, la simplificación de los actos procesales, mayor celeridad y humanización en el proceso judicial.

IV.2.a. Participación del interesado en el proceso

En este orden de ideas, como fue expresado con anterioridad, se establece el reconocimiento de la calidad de parte en el proceso del propio interesado y se admite su intervención con la mayor amplitud en un marco del debido proceso legal. Esta participación abarca el derecho de la persona a ofrecer prueba, a ser oído con los ajustes razonables que se requieran para el caso concreto, a oponer defensa, a contar con el dictado de una sentencia razonable y a apelar, entre otras. También se admiten las presentaciones directas que efectúe, aun sin patrocinio letrado, lo que luego podrá subsanarse.

Por su parte, el Código de fondo ya prevé que la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso inviste la calidad de parte (art. 36, Cód. Civ. y Com.) y tiene derecho a participar en el proceso judicial (art. 31 inc. e], Cód. Civ. y Com.). Así las cosas, interpuesta la solicitud de declaración de incapacidad o de restricción de la capacidad ante el juez competente (el de su domicilio o el del lugar de su internación), el interesado deberá presentarse en el proceso con abogado, para ejercer su defensa. De no hacerlo, se le debe designar uno para que lo represente y ejerza su defensa técnica desde el inicio de las actuaciones (art. 36 Cód. Civ. y Com.). Además, si careciere de medios económicos, la asistencia letrada debe ser proporcionada gratuitamente por el Estado (art. 31 inc. e], Cód. Civ. y Com.). En consonancia con las previsiones del art. 36, Cód. Civ. y Com., la persona también puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa, por lo que las Bases propenden a asegurar el principio de amplitud probatoria.

Por su parte, el Código de Procedimiento vigente aún hace alusión al nombramiento de un curador provisional, que recaerá en un abogado de la matrícula (art. 626, inc. 1º, Cód. Proc. Civ. y Com.) o, cuando la persona careciere de bienes o estos solo alcanzaren para su subsistencia —circunstancia que se justificará sumariamente—, el nombramiento del curador provisional recaerá en el curador oficial de alienados (art. 628, Cód. Proc. Civ. y Com.). De este modo, el Cód. Proc. Civ. y Com., que continúa las disposiciones del derogado Código Civil, prevé que la intervención del interesado recae, por representación, en el curador provisorio designado a tal efecto; disposiciones que, por resultar contrarias a la legislación de fondo, han perdido su vigencia. En lo atinente a la prueba, menciona que el interesado solo puede aportar aquella que haga a la defensa de su capacidad (art. 627, Cód. Proc. Civ. y Com.); sin embargo, si es el interesado quien promueve el proceso

tendiente a regular el ejercicio de su capacidad jurídica, está claro que podrá aportar todo tipo de pruebas tendientes a demostrar los hechos invocados.

IV.2.b. Legitimación activa

Por otro lado, las Bases confieren la calidad de parte en el proceso a quienes el Código Civil y Comercial de la Nación reconoce legitimación como denunciante (además del propio interesado), es decir: 1) el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado; 2) los parientes dentro del cuarto grado y, si fueran por afinidad, dentro del segundo grado; 3) el Ministerio Público (art. 33, Cód. Civ. y Com.).

Sobre esto último, las Bases agregan que, si el denunciante es el conviviente, deberá acreditar una unión convivencial mayor a los dos años de duración y el cumplimiento de los recaudos establecidos en los arts. 509 y 510, Cód. Civ. y Com. (11). Para el caso de que se hubiera inscripto dicha unión ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas deberá acompañar tal constancia registral. La incorporación de esta pauta en caso de efectivizarse la reforma traería aparejado un conflicto normativo cuyo resultado no sería otro que la tacha de inconstitucionalidad, en tanto el Código de fondo legitima al conviviente sin distinción de que se trate o no de una unión convivencial (12). Por ende, el conviviente que lleva un año de convivencia también es legitimado activo según la norma de fondo y mal podría exigírsele que acredite una unión convivencial (de más de dos años).

IV.2.c. Solicitud de la declaración de incapacidad y de capacidad restringida

En las Bases, se prevé que, en su solicitud, los denunciantes deberán exponer los hechos en forma circunstanciada y detallada, al igual que los antecedentes, mediatos e inmediatos, de la situación de vida de la persona cuya capacidad pretende restringirse. Ello, a fin de establecer la verosimilitud del requerimiento e ilustrar al juez sobre la actualidad de las circunstancias de vida de la persona, con el objeto de conocer si el ejercicio de su plena capacidad puede resultarle un daño a sí o a sus bienes. Todo ello lo podrá ahondar al momento de la audiencia.

Que del ejercicio de la plena capacidad pueda resultar un daño a la persona o a sus bienes, guarda correlación con lo dispuesto por los arts. 624 y 625, Cód. Proc. Civ. y Com. (que refieren a la verosimilitud para darle curso a la acción); aunque también por el art. 629, Cód. Proc. Civ. y Com., que instrumenta medidas precautorias a adoptarse en el procedimiento, disponiendo, en lo pertinente, que "cuando la demencia apareciere notoria e indudable, el juez de oficio adoptará las medidas establecidas en el art. 148 del Cód. Civil, decretará la inhibición general de bienes y las providencias que crea convenientes para asegurar la



indisponibilidad de los bienes muebles y valores". A través del art. 148 del Cód. Civil derogado, ante este presupuesto, el juez ordenaba la recaudación de los bienes del denunciado y los entregaba a un curador ad bona (a los bienes) o un interventor (art. 471, Cód. Civil) para su administración. Ello ha sido reemplazado por el art. 34, Cód. Civ. y Com., que prevé medidas cautelares para garantizar los derechos personales y patrimoniales del interesado en el proceso, para el caso en que la persona necesite contar con un apoyo o con un curador en forma inmediata y sin mayores dilaciones, a fin de celebrar determinados actos y, por tal motivo, le sea perjudicial la espera hasta el dictado de la sentencia definitiva. En tal caso, el juez deberá determinar qué actos puede realizar la persona con la asistencia de uno o varios apoyos y para cuáles requiere la representación de un curador provisional. Asimismo, puede designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas, según el caso. Como es posible advertir, las medidas cautelares instituidas por la nueva no apuntan solo al resguardo del patrimonio, sino también a los derechos personales que pudieran verse menoscabados si la persona los ejerciera libremente por sí mismo.

Adicionalmente, si bien las Bases no especifican en qué audiencia el juez podrá ahondar sobre estas cuestiones, es de presumir que se refiera a la "audiencia de admisibilidad" a la que luego nos referiremos.

También se prevé que los denunciantes deberán acompañar al expediente dos certificados de profesionales que den cuenta del estado de salud mental alegado y su posible diagnóstico. Adicionalmente, se incorporan cuestiones innovadoras respecto de la regulación contenida en el Cód. Procesal vigente. El citado cuerpo legal, estipula que, cuando no fuere posible acompañar dichos certificados, el juez requerirá la opinión de dos médicos forenses, que deben expedirse en el término de 48 horas (art. 625, Cód. Proc. Civ. y Com.). Por su parte, en lo concerniente a la interposición de la denuncia, las Bases contienen lineamientos más flexibles a ser cumplidos por los legitimados, a quienes se les otorga una mayor amplitud en materia probatoria para acreditar los hechos y padecimiento invocados, siguiendo las disposiciones del art. 36 in fine del Cód. Civ. y Com. Así, se prevé que, si no fuere posible acompañar los certificados que se exigen, el juez, a pedido de parte o de oficio, procederá a requerir al servicio de salud que haya prestado asistencia a la persona en razón del padecimiento alegado, para que en el plazo de cinco días remita las constancias que tenga en su poder, priorizando las más próximas en el tiempo. Finalmente, para el supuesto de que no existiera servicio de salud que pueda proporcionar esta información, el estado de salud alegado debe ser probado sumariamente por el peticionante. Esto se podrá acreditar por testigos y cualquier otra prueba que resulte apta para crear en el ánimo del juez la convicción de que resulta necesario admitir la promoción de este tipo de proceso tuitivo en beneficio de otra persona que requiera protección.

Promovido el proceso y cumplidos los requerimientos detallados anteriormente, previo a que el juez se expida sobre la presentación de restricción a la capacidad jurídica o declaración excepcional de incapacidad, se prevé que, de lo actuado, se corra vista al

Defensor Público de Menores e Incapaces para que dictamine lo que estime correspondiente.

IV.2.d. Audiencia preliminar. Declaración de admisibilidad o desestimación del planteo efectuado en el escrito de inicio

En las Bases aparece como una instancia novedosa la incorporación de una audiencia preliminar de admisibilidad, a la que deberá concurrir el Ministerio Público (art. 103, Cód. Civ. y Com.) y la persona en cuyo beneficio se realiza el proceso, con asistencia letrada.

De este modo, se propicia garantizar la plena vigencia del principio de inmediación —que cobra una connotación especial en esta clase de proceso—, del derecho a ser oído y de defensa en juicio, desde el inicio de la tramitación de la causa, es decir, previo a disponer la apertura del período probatorio.

Concluida la audiencia preliminar, el juez resolverá en el menor tiempo posible si, de acuerdo con su juicio y sana crítica, procede a declarar admisible la acción y resuelve abrir la causa a prueba; o si desestima la denuncia, sin más trámite.

Mientras que el art. 633, Cód. Proc. Civ. y Com. dispone que, previo al dictado de la sentencia y si las particularidades del caso lo aconsejaren, el juez hará comparecer a la persona a su presencia o se trasladará a su domicilio o lugar de internación, por su parte el art. 35, Cód. Civ. y Com. ha incorporado la obligación del juez de garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y de entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento, de acuerdo con la situación de aquel. Por lo tanto, en la medida en que la mentada norma dispone que la entrevista personal suceda "antes de dictar resolución alguna", de instrumentarse la audiencia preliminar que establecen las Bases, correspondería aclarar si con la convocatoria prevista en la norma procesal proyectada se tendría por satisfecha la exigencia de la norma sustancial. Entendemos que no y que previo al dictado de la sentencia definitiva es obligatorio tomar contacto personal con el sujeto.

IV.2.e. Prueba

A diferencia de lo estipulado en las previsiones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que mantienen al día de la fecha la designación de tres médicos psiquiatras o legistas para la realización del informe que dará cuenta del estado actual de las facultades mentales de la persona (art. 626, inc. 3º, Cód. Proc. Civ. y Com.), las Bases receptan la regla general que establece el carácter interdisciplinario para la intervención en estos procesos. Adicionalmente y a diferencia del plazo de treinta días que el Código de forma



establece para la producción de la prueba (art. 626, inc. 2º), se pretende dotar al proceso una mayor celeridad, disponiendo que los peritos designados para intervenir acepten el cargo en el término de dos días, bajo apercibimiento de remoción, así como que la elaboración del dictamen no podrá exceder de los quince días posteriores a la aceptación del cargo.

Esto se condice, a su vez, con lo normado en los arts. 31, inc. c) y 37 in fine, Cód. Civ. y Com., en el sentido de que, en lo concerniente a este tipo de procesos, el dictamen interdisciplinario se erige como prueba necesaria e indispensable, es decir, que sin su elaboración no podrá arribarse luego al dictado de una sentencia válida (13).

Al respecto, debemos advertir que reducir el actual plazo de 30 días (que nunca se cumple) a uno de 15 no parece ser la solución para que los procesos no se prolonguen innecesariamente en el tiempo, puesto que en la práctica se observan demoras por las dificultades que en ocasiones genera la realización de la evaluación, o bien ante la necesidad de atender cuestiones conexas que devienen impostergables.

Finalmente, se prevé que el informe del equipo interdisciplinario contenga datos, con la mayor precisión posible, sobre los siguientes aspectos, vinculados a la persona en cuyo interés se sigue el proceso: a) diagnóstico; b) fecha aproximada en que el padecimiento se manifestó; c) pronóstico; d) abordaje aconsejable para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible; e) recursos personales, familiares y sociales existentes. Sobre estos ítems se pronunciará el juez a la hora de dictar sentencia (art. 37, Cód. Civ. y Com.).

IV.2.f. Sentencia

Tras la valoración de la "prueba necesaria" (dictámenes interdisciplinarios) y del resto de las pruebas aportadas en el marco del trámite del proceso, el juez deberá resolver en relación con el ejercicio de la capacidad jurídica. En este sentido, en las Bases se establece que la sentencia deberá cumplir con los recaudos del Código Civil y Comercial de la Nación. El citado plexo legal contempla tres encuadres jurídicos para restringir la capacidad jurídica de una persona a través de una sentencia judicial:

1. Sentencia de capacidad restringida (art. 32, párr. 1º, Cód. Civ. y Com.): "[e]l juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece 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". En relación con dichos actos, designará el o los apoyos necesarios para brindar asistencia a la persona, especificando las funciones con los ajustes razonables de acuerdo con sus necesidades y circunstancias (art. 32, párr. 2º, y 43, Cód. Civ. y Com.). Adicionalmente, si el juez lo considera necesario, podrá conferirles a los

apoyos designados facultades de representación para actos específicos (art. 101, inc. c], Cód. Civ. y Com.).

2. Sentencia de incapacidad (art. 32 in fine, Cód. Civ. y Com.): se trata de un supuesto excepcional, que habilita al juez a declarar la incapacidad de la persona y, consecuentemente, designar a un curador para ejercer su representación legal en los actos de la vida civil (art. 101 inc. c], Cód. Civ. y Com.) cuando ella se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz.

3. Sentencia de inhabilitación por prodigalidad (art. 48, Cód. Civ. y Com.): habilita al juez a declarar judicialmente la inhabilitación de aquellas personas que, por la prodigalidad en la gestión de sus bienes, expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. Este supuesto conlleva la designación de un apoyo, que debe asistir al inhabilitado en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez establezca en la sentencia (art. 49, Cód. Civ. y Com.).

Se contempla que la sentencia que declara la incapacidad sea apelable y, para los casos en que no sea recurrida, se mantiene la elevación en consulta a la Cámara de Apelaciones —que actualmente se regula en el art. 633, Cód. Proc. Civ. y Com.—, a fin de otorgar a los justiciables la posibilidad de acceder a una segunda instancia, para asegurar la revisión de las decisiones. Si bien refiere a "incapacidad", debería interpretarse en el sentido amplio: cualquier sentencia que en mayor o menor medida restrinja el ejercicio de la capacidad jurídica.

IV.3. Revisión de sentencia

Siguiendo los lineamientos establecidos por el art. 40, Cód. Civ. y Com., se prevé que el trámite de revisión de la sentencia deba instrumentarse de manera fácil, ágil y sencilla, requiriéndose la producción de un nuevo informe interdisciplinario.

Es importante destacar que puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado, o de oficio en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado (art. 40, Cód. Civ. y Com.).

Como corolario, se agrega que, si del trámite de revisión de sentencia resulta que el juez resuelve mantener el encuadre jurídico y las restricciones para el ejercicio de la capacidad, o que se disminuye la restricción establecida en la sentencia, no se requiere una elevación en consulta. En cambio, se elevarán en consulta si la nueva resolución amplía la restricción dictada con anterioridad o se pasa de una sentencia de capacidad restringida a una de incapacidad.



Habida cuenta que en la actualidad ni el código de fondo ni el de procedimiento definen los casos en que se requiere una elevación en consulta en el marco de la revisión de sentencia, en la mayoría de los casos se observa que las actuaciones son elevadas al Tribunal de Alzada.

IV.4. Cese de la incapacidad y de las restricciones a la capacidad

Se establece el cambio de terminología que establece el Código de Procedimiento actual, que alude a la "rehabilitación" de la persona, y se reemplaza por el de cese de la incapacidad y de las restricciones a la capacidad, que puede ser total o parcial.

Asimismo, se amplía el catálogo de legitimados activos para peticionarlo de manera que no se circunscriba únicamente a la persona sobre la que ha recaído una sentencia de capacidad restringida o incapacidad (como establece el art. 635, Cód. Proc. Civ. y Com.). De este modo, se proyecta que queden asimismo posibilitados para interponer la solicitud: 1) las personas legitimadas para solicitar la declaración; 2) los curadores, los apoyos o sostenes; 3) el Ministerio Público; 4) los "allegados", figura novedosa, cuyos antecedentes aparecen en el Código de fondo en los artículos 59 y 711.

Se anuncia que el proceso tendrá mayor simplicidad, ya que está previsto que se designe una audiencia a la que comparezca el Ministerio Público, la persona sobre quien haya recaído una sentencia de capacidad restringida o de incapacidad y el letrado que la asista. Para el caso de que no se cumpla esto último, se le designa al defensor oficial. Cuando la persona se viera imposibilitada de concurrir al acto, el juez y el Ministerio Público se trasladarán al lugar donde se encuentre. Esta audiencia también resulta innovadora, habida cuenta de que no se instrumenta en las disposiciones del art. 47, Cód. Civ. y Com.

Realizada la audiencia, se prevé que, en forma inmediata, el juez ordene la conformación de un equipo interdisciplinario, con la inclusión de al menos un profesional con versación en salud mental, a fin de que en el plazo más breve posible presente un informe sobre las posibilidades reales de restablecimiento de la persona. Los peritos aceptarán el cargo en el menor tiempo posible bajo apercibimiento de remoción.

Una vez agregado el informe, el juez dictará sentencia en el plazo de diez días. Su pronunciamiento puede determinar:

- a) El cese de las restricciones a la capacidad o de la declaración de incapacidad. Recaída la sentencia, se procede a ordenar el archivo del expediente sin más trámite.
- b) Una reducción de la nómina de actos que la persona no puede realizar por sí.
- c) La desestimación de la petición de cese de las restricciones. Solo para este caso está prevista la elevación en consulta de las actuaciones, para que se revise el pronunciamiento del juez de primera instancia.

V. Palabras de cierre

No es una novedad que el Código Civil y Comercial de la Nación haya previsto en sus arts. 31 y ss. varias estipulaciones de tinte procesal. En efecto, el Código Civil derogado también lo hacía, con el agregado de que, durante las primeras décadas de su vigencia, no tuvieron un correlato en el por entonces Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial de la Capital Federal, sino recién hasta el año 1954 en que entró en vigor la ley 14.237, reformada luego por el dec.-ley 23.398. Es decir, la jurisprudencia de aquellos primeros tiempos debió "diseñar" un procedimiento de acuerdo con lo normado en el Código de fondo. En la actualidad, los jueces también deben diseñar un procedimiento, pero ya no por ausencia de normas procesales, sino por su franca incompatibilidad con las normas previstas en el nuevo Código unificado. Ello da cuenta de la necesidad de la reforma en esta materia.

De la lectura de las Bases para la reforma procesal de familia se observa que sus lineamientos son, en algunos casos, reiteraciones de lo ya estipulado en el Código Civil y Comercial; en tanto que en otros, se instrumenta adecuadamente la norma de fondo, incluso en algunos casos con novedades importantes, como ser lo referido a la audiencia de admisibilidad, en la que se asegura la participación del interesado con asistencia letrada; como así también la adecuada articulación procesal entre la revisión de la sentencia y el cese de las restricciones. Finalmente, no falta el caso donde el texto proyectado contradice la norma de fondo: la exigencia de acreditar la "unión convivencial" del conviviente que inicia el proceso, lo cual deberá ser corregido en el texto definitivo.

En efecto, no hay que perder de vista que se trata de lineamientos generales y, ciertamente, para un análisis más preciso es indispensable contar con el texto del proyecto una vez que termine su trabajo de redacción. Allí se podrán conocer con mayor claridad los verdaderos alcances del texto propuesto y sus logros. Para esto último, los mayores esfuerzos deben estar encaminados no en la reiteración, sino en avanzar sobre aspectos instrumentales no regulados en la norma de fondo, por ser propios de los códigos de procedimientos.

(1) En adelante, Cód. Civ. y Com.

(2) En adelante, Cód. Proc. Civ. y Com.

(3) En adelante, Bases. Disponible en: <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1718> (consultado en fecha 15/10/2018).

(4) Léase quinquies.

(5) PALACIO, Lino E., "Manual de Derecho Procesal Civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, 17ª ed., p. 832.



(6) CARRANZA CASARES, Carlos A., su comentario al art. 35, BUERES, Alberto J. (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, t. 1, p. 86.

(7) De conformidad con lo establecido por el art. 8º, párr. 3º del dec. 603/2013 (reglamentario de la ley 26.657).

(8) Entre otros: arts. 4º, inc. h), 9º y 21, CDPD.

(9) Art. 12, CDPD: "Igual reconocimiento como persona ante la ley... 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". Art. 19, CDPD: "Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que: ...b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de esta..."

(10) Los ajustes razonables se describen en el art. 2º, CDPD como: "...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 las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales".

(11) Art. 509, Cód. Civ. y Com.: Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo. Art. 510, Cód. Civ. y Com.: Requisitos. El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que: a) los dos integrantes sean mayores de edad; b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado; c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años.

(12) Ver OLMO, Juan Pablo, "Salud mental y discapacidad. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Dunken, Buenos Aires, 2017, 2ª ed., p. 61.

(13) OLMO, Juan Pablo, ob. cit. p. 70.