



Título: Propuestas para la reforma de los procesos sobre el ejercicio de la capacidad jurídica

Autor: Olmo, Juan Pablo

Publicado en: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nº 89, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, p. 235.

I. Introducción

El 01/08/2015 entró en vigor el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.) y, desde entonces, se incorporaron importantes modificaciones al régimen del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas. Hay que destacar que en la sección dedicada a las restricciones a la capacidad (arts. 31 y ss., Cód. Civ. y Com.) aparecen normas vinculadas a los aspectos procedimentales. Sin embargo, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Cód. Proc. Civ. y Com.) todavía no se ha modificado y, por lo tanto, no guarda coherencia con la nueva legislación de fondo. En efecto, en el Código de forma se sigue haciendo referencia a los procesos de incapacidad por insania y sordomudez, encuadres jurídicos actualmente derogados y reemplazados por otros nuevos en el Código de fondo.

Ello nos motiva, en esta oportunidad, a señalar cuáles son algunas de las cuestiones que deberían abordarse en una futura reforma del Código de Procedimientos. Asimismo, en cada caso expondremos nuestras propuestas para una futura regulación.

II. Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

II.1. Cantidad de procesos

El Código de fondo reconoce tres tipos de encuadres jurídicos para el dictado de la sentencia: capacidad restringida (art. 32, párr. 1º), incapacidad (art. 32, párr. 4º) e inhabilitación (art. 48). Este último supuesto tiene una finalidad (protección del patrimonio familiar) distinta a la de los dos primeros (en exclusivo beneficio del interesado), lo que amerita una regulación por separado. Resta discernir si, respecto de los encuadres del art. 32, Cód. Civ. y Com., corresponde regular dos procedimientos autónomos o uno solo. Por nuestra parte, no encontramos óbice a que se regule en uno solo. Por lo tanto, proponemos

que se regulen dos supuestos: 1) los procesos de capacidad restringida e incapacidad; 2) los procesos de inhabilitación por prodigalidad.

II.2. Nombre

Actualmente, en la Justicia Nacional en lo Civil de la Capital Federal con competencia en asuntos de familia, los expedientes tramitan bajo el nombre de “determinación de capacidad”. Sin embargo, en nuestra opinión la capacidad jurídica no está sujeta a determinación, sino a la regulación de su ejercicio, sobre la base de su reconocimiento, para lo cual se deben implementar los correspondientes apoyos y sus salvaguardias. Tal es el modelo previsto en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Por ello, entendemos que la denominación utilizada es inadecuada y, en cambio, proponemos que se los regule bajo el nombre de “Procesos sobre el ejercicio de la capacidad jurídica”.

II.3. Tipo de proceso

Proponemos que se los regule dentro de los procesos contenciosos, específicamente como procesos especiales, tal como ocurre actualmente. Sin ánimo de sumergirnos en las discusiones que se plantean respecto de su naturaleza, entendemos que de este modo se garantiza de mejor modo la participación y defensa en juicio, atendándose a las particulares circunstancias que rodean este tipo de procedimientos, puesto que exhiben cierta impronta inquisitiva, versan sobre materia indisponible y se encuentra en juego el orden público.

II.4. Competencia

Las reglas de competencia están explicitadas en el art. 36, Cód. Civ. y Com.: el juez correspondiente al domicilio o al lugar de internación del interesado. Sin embargo, entendemos que el Código de forma podría ampliar la fórmula en el sentido de agregar el lugar de residencia habitual, el cual no necesariamente se condice con el lugar de internación, en procura de garantizar el principio de inmediación y tal como lo establece el actual art. 5º, inc. 8º, párr. 2º, Cód. Proc. Civ. y Com. Finalmente, el juez de la revisión de sentencia y del cese de las restricciones deberá ser el mismo que las declaró.



II.5. Inicio de la acción. Verosimilitud

Según los arts. 624 y 625, Cód. Proc. Civ. y Com., los legitimados (art. 33, Cód. Civ. y Com.) deben acompañar, junto con el escrito de inicio, dos certificados médicos para acreditar la verosimilitud, o, en su defecto, el juez mandará evaluar a la persona por intermedio de dos médicos forenses, a cuyo fin puede ordenar una internación por el plazo 48 hs., si fuese necesario.

Esta norma debería aggiornarse a las exigencias actuales del abordaje interdisciplinario y a los parámetros establecidos en la ley 26.657 para disponer internaciones involuntarias. En este último caso, sería deseable que, si fuera estrictamente necesaria una evaluación forzosa, no lo sea bajo la modalidad de internación. Así las cosas, forzoso sería el traslado y posterior evaluación, mas no así la internación (art. 42, Cód. Civ. y Com.), que solo procederá ante la existencia de riesgo cierto e inminente para así o para terceros (art. 20, ley 26.657, y art. 41, Cód. Civ. y Com.).

II.6. Participación del interesado con asistencia letrada

El curador provisorio previsto en el art. 626, inc. 1º, Cód. Proc. Civ. y Com. (que tenía su correlato con el derogado art. 147, Cód. Civil), debe ser reemplazado por un abogado defensor, en consonancia con el nuevo art. 36, Cód. Civ. y Com. Asimismo, su intervención no debería quedar supeditada a la apertura a prueba de las actuaciones, sino desde el comienzo del trámite, sea que el propio interesado inicie el expediente a través de un escrito presentado con la debida asistencia letrada (art. 33, inc. a, Cód. Civ. y Com.), o bien que lo inicie otro de los legitimados (art. 33, incs. b, c y d, Cód. Civ. y Com.), en cuyo caso se le deberá dar intervención a los fines de que ejerza su derecho de defensa antes de la apertura a prueba de las actuaciones, incluso pudiendo oponerse a que esto último ocurra. Si en esa oportunidad no se presentara con un abogado defensor, se le deberá asignar uno de oficio.

II.7. Ajustes razonables del procedimiento

No es posible —ni deseable— enumerar taxativamente todos los supuestos de ajustes razonables del procedimiento que pudieran implementarse, puesto que, por su propia naturaleza, van a variar en cada caso de acuerdo con los requerimientos específicos de las personas interesadas (arts. 2º y 13.1, CDPD). Dicho de otro modo, la variedad va de la mano de la propia diversidad humana.

Sin embargo, dado el nivel de abstracción de la norma, se corre el riesgo de que en la práctica caiga en desuso. Por ende, consideramos importante que el Código prevea una norma que los recepte de un modo genérico, con amplias facultades judiciales al efecto y de acuerdo con las necesidades de cada caso, y que se especifiquen algunos supuestos mediante una enumeración de carácter meramente enunciativo, como ser la referida a los ámbitos de aplicación: por ejemplo, en las notificaciones de las resoluciones, en la entrevista personal con el juez, en los términos en que deberían redactarse las sentencias y la forma de comunicar su contenido, etcétera.

II.8. Medidas cautelares

El art. 34, Cód. Civ. y Com., prevé las medidas cautelares durante el proceso —sean de carácter personal o patrimonial— y tiene su correlato en lo normado en el art. 629, Cód. Proc. Civ. y Com., según el cual el juez podrá, durante el proceso, adoptar medidas tales como la designación de un curador para administrar los bienes del interesado, disponer su inhibición general y demás medidas de carácter patrimonial que resulten adecuadas, en tanto que, en el plano personal, habilita la orden de internación en caso de que la persona presente peligro para sí o para terceros.

En cuanto a las cuestiones patrimoniales, las opciones no deberían circunscribirse a la designación de curador, sino también de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica. De este modo, no necesariamente la implementación de una medida en tal sentido llevará implícita la condición de sujeto incapaz durante el proceso.

Por otro lado, debería eliminarse la regulación que allí se hace de las internaciones. Independientemente de que la persona se encuentre atravesando un proceso judicial o no, resulta aplicable directamente el régimen de los arts. 41 y 42, Cód. Civ. y Com., y la regulación de la Ley 26.657 de Salud Mental y su dec. regl. 603/2013.

II.9. Prueba necesaria. Puntos de pericia

La pericia por realizarse por tres médicos psiquiatras o legistas, en su caso médicos forenses (arts. 626 y 628, Cód. Proc. Civ. y Com.), debe reemplazarse por las evaluaciones interdisciplinarias. El Código de fondo exige la interdisciplina (art. 37, Cód. Civ. y Com.), pero nada dice de cómo deberá estar conformado el equipo interdisciplinario: cantidad de profesionales, disciplinas intervinientes, modalidad de actuación. Ello podría quedar regulado en el Código de Procedimientos, o bien que allí se indique qué disciplinas deberían estar comprendidas, aunque más no sea una enumeración a título ejemplificativo, o si no



dejarlo librado al criterio del juez de acuerdo con las circunstancias de cada trámite procesal.

II.10. Gratuidad

Tal como está regulado actualmente en el art. 628, Cód. Proc. Civ. y Com., debería mantenerse la actuación gratuita del abogado defensor (el art. 626, Cód. Proc. Civ. y Com., refiere al curador provisorio) y de los profesionales que realizarán las evaluaciones interdisciplinarias, en los casos en que la persona no cuente con fondos suficientes para afrontar los sus costos y honorarios. A su vez, propiciamos que la regla de la gratuidad se amplíe también para la implementación de los ajustes razonables del procedimiento.

II.11. Traslados y plazos

Deben estar previstos los traslados de ley, como ser del escrito de inicio (cuando no lo presenta el propio interesado, sino otro legitimado), la prueba necesaria y demás evaluaciones y medios probatorios ofrecidos, etc. También deben regularse los plazos procesales aplicables, sobre todo para la producción de la prueba (actualmente de treinta días, aunque rara vez se cumple en la práctica), las contestaciones de los traslados, el dictado de la sentencia y el recurso que contra ella se interponga, etc. En este caso, podrían mantenerse los plazos que rigen actualmente (arts. 626, 630, 633, Cód. Proc. Civ. y Com., etc.), o bien ser modificados. Finalmente, entendemos que el Ministerio Público debería expedirse, en definitiva, una vez celebrada la audiencia de contacto personal con el juez y no con anterioridad, como parecería desprenderse de la redacción actual del art. 633, párr. 2º, Cód. Proc. Civ. y Com.

II.12. Entrevista personal con el juez

El art. 35, Cód. Civ. y Com., establece que el juez debe entrevistar al interesado “antes de dictar resolución alguna”. No queda claro cuáles serían esas resoluciones, para lo cual el Código de Procedimientos debería ocuparse de este tema. En nuestra opinión, debería tomar contacto personal con el sujeto al menos con anterioridad a: el dictado de la sentencia definitiva (art. 38, Cód. Civ. y Com.); la limitación de la capacidad durante el trámite del proceso, dejando a salvo su carácter cautelar (art. 34, Cód. Civ. y Com.); la revisión de la sentencia y eventual cese de las restricciones (arts. 40 y 47, Cód. Civ. y Com.). Se trata de

las resoluciones más trascendentes. También se podría establecer que la entrevista tenga lugar antes del dictado de la resolución definitiva (este supuesto es ineludible) y dejar abierta la posibilidad de que el juez determine en qué otra ocasión, según resulte conveniente en cada caso.

II.13. Sentencia. Contenido

La norma tendría que regular los puntos mínimos que debe contener toda sentencia. Entre ellos se encuentran: el encuadre jurídico, los actos y funciones que se limitan, la designación de apoyos o curadores (según corresponda), las salvaguardias, las condiciones de validez de los actos a realizar, la modalidad de actuación de las personas designadas.

La sentencia podrá ser de capacidad restringida (art. 32, párr. 1º, Cód. Civ. y Com.) o de incapacidad (art. 32, párr. 4º, Cód. Civ. y Com.). No se podrá optar por uno u otro encuadre, puesto que son excluyentes. La sentencia deberá ser de capacidad restringida, salvo que se diera el supuesto de excepción. Si se declara la capacidad restringida, deberán implementarse apoyos para la toma de decisiones (art. 43, Cód. Civ. y Com.) y las salvaguardias que sean necesarias; y si la sentencia es de incapacidad, se designarán curadores (arts. 138 a 140, Cód. Civ. y Com.). Si hay más de un apoyo o curador, se especificará la modalidad de actuación (conjunta, indistinta, con distribución de tareas, etc.), y si se trata de un apoyo, el carácter de su intervención (p. ej.: con facultades de representación). De todo ello se derivan las condiciones de validez de los actos jurídicos.

II.14. Recursos. Elevación en consulta

Debería mantenerse la regla de que la apelación debe interponerse dentro del plazo de cinco días, recurso que se concederá en relación y con efecto suspensivo. Si la sentencia restringe en mayor o menor medida la capacidad jurídica del sujeto y no es apelada, propiciamos que se conserve la figura de la elevación en consulta al tribunal de alzada para su revisión (actuales arts. 253 bis y 633, párr. 5º, Cód. Proc. Civ. y Com.).

Con su confirmación, la sentencia quedará firme y deberá inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Además de ello, la norma debería prever la posibilidad de que el juez —cuando las circunstancias del caso lo ameriten— ordene la inscripción en otros registros, p. ej.: el Registro de la Propiedad Inmueble.



II.15. Costas del proceso

Coincidimos con la regulación tal como está prevista actualmente: costas al interesado, salvo obrar malicioso o negligente por parte de la persona que promueve el proceso (art. 634, Cód. Proc. Civ. y Com.). Pero también debería hacerse una salvedad respecto de ciertos gastos puntuales que pudieran haberse generado durante el proceso y sea razonable que los afronte quien no esté obligado finalmente a soportar en general las costas del proceso.

Si los gastos deben ser afrontados por el interesado, no podrán superar el 10% del monto de sus bienes (o lo que en más o en menos pudiera prever la nueva norma). La norma debería articularse con las reglas generales previstas en la Ley de Honorarios Profesionales, sobre todo cuando el mínimo previsto supere el 10% del valor de los bienes, en cuyo caso propiciamos que el tope máximo se imponga por sobre el piso mínimo.

II.16. Revisión de la sentencia. Modificación de su contenido. Cese de las restricciones

El Código de fondo hace la distinción entre el proceso para la revisión de la sentencia (art. 40, Cód. Civ. y Com.) y el proceso para el cese de las restricciones (art. 47, Cód. Civ. y Com.), a lo que le sumamos el proceso para incrementar las limitaciones oportunamente dispuestas.

Sobre este tema hay varias cuestiones que deberá resolver el Código de forma:

a) En qué consiste y de qué manera se va a llevar a cabo el proceso de revisión de sentencia. Por ejemplo: que el juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Público, dicte una resolución que disponga la revisión de la sentencia; ordene la producción de una evaluación interdisciplinaria y de su resultado se corra traslado a las partes intervinientes; para ello se le deberá garantizar al interesado el acceso a asistencia letrada, además de que es obligatoria la entrevista personal con el juez.

b) Cuáles son los requisitos procesales para modificar el contenido de una sentencia. En principio, debería haber una norma de remisión legal que declare aplicables las reglas del procedimiento para la restricción de la capacidad jurídica. Estos casos no generan mayores dificultades: se inicia un nuevo proceso, sea para el cese de las restricciones o bien para incrementar las que ya fueron dispuestas (p. ej.: para pasar de capacidad restringida a incapacidad).

c) Sin embargo, lo que hasta ahora ha generado mayores conflictos en la práctica judicial es cómo pasar de la revisión de la sentencia al dictado de una nueva. Por

ejemplo: si luego de la revisión se advierte la necesidad de modificar el contenido de la sentencia, ¿debería iniciarse un nuevo proceso a tal fin? ¿O luego de los traslados de ley el juez puede dictar un nuevo pronunciamiento en tal sentido? En este caso, ¿la resolución debería elevarse en consulta si no es recurrida? Si bien es cierto que se trata de dos instancias procesales diferenciadas, no lo es menos que resultaría dispendioso, además de indigno para la persona, tener que someterla a una nueva evaluación en el marco de un proceso, v.gr., para dejar sin efecto las restricciones, cuando acaba de realizarse una en el marco de la revisión de la sentencia.

En nuestra opinión, se trata de procesos autónomos. Es decir, puede iniciarse directamente un proceso para el cese de las restricciones o bien uno para aumentar las restricciones. Sin embargo, si la necesidad de modificar la sentencia se desprende del trámite de revisión trianual, lo allí actuado deberá ser suficiente para proceder al dictado de una nueva resolución, en tanto y en cuanto la norma garantice adecuadamente el debido proceso y el derecho de defensa en juicio.

II.17. Proceso de inhabilitación por prodigalidad

El hecho de que el proceso de inhabilitación por prodigalidad tenga una finalidad distinta a la de los otros procesos (protección del patrimonio familiar), ello habilita la posibilidad de una regulación diferenciada, sea como otro tipo de proceso especial o como un proceso ordinario, en cuyo caso se le aplicarían las reglas generales previstas para su tramitación. Actualmente, el art. 637 ter, Cód. Proc. Civ. y Com., dispone que tramitará por proceso sumario, pero, en tanto que el proceso sumario está derogado, debe entenderse que remite al proceso ordinario (art. 319, párr. 2º, Cód. Proc. Civ. y Com.).

III. Antes del fin: las bases para la reforma procesal de familia

Actualmente existe un trabajo en comisión tendiente a la elaboración de un anteproyecto de Código Procesal de Familia, cuyas bases para la reforma ya fueron publicadas (1). En lo que refiere a los procesos sobre el ejercicio de la capacidad jurídica, identificados bajo el nombre “Proceso declarativo de restricción a la capacidad y excepcional de incapacidad” (dentro del cap. VI, “Procesos especiales”, punto 2, “Procesos referidos a la capacidad de las personas”), resulta de interés señalar algunos aspectos novedosos de las Bases (2):

1. Cuando la acción la inicia el conviviente, se le exige que acredite la unión convivencial y si se encuentra inscripta en el registro, deberá acompañar la constancia registral. Sin embargo, se trata de un error, puesto que la legitimación es del conviviente, haya o no unión



convivencial (p. ej.: en la convivencia de menos de dos años). Este requisito deviene violatorio de la norma de fondo y, por ende, inconstitucional, por lo que debería ser suprimido del texto definitivo.

2. El accionante deberá acompañar al escrito de inicio dos certificados de profesionales que den cuenta del estado de salud del interesado. Si no es posible, se podrá requerir la información al centro de salud que le brindó asistencia. En su defecto, se podrá probar sumariamente. La norma es más amplia y brinda mayores opciones que la actual, puesto que, incluso, se podría prescindir de las evaluaciones y constancias de los profesionales de la salud (p. ej.: acreditar sumariamente mediante testigos).

3. Previa vista al Ministerio Público, el juez convocará a una audiencia preliminar. Probablemente esta audiencia sea la mayor novedad de la reforma. Luego de su celebración, en la cual el interesado ya contará con asistencia letrada, se resolverá si corresponde abrir la causa a prueba o no. De este modo, se satisface adecuadamente el derecho de defensa desde el inicio mismo de las actuaciones.

4. Tanto en la sentencia de capacidad restringida (con designación de apoyo), como en la de incapacidad (con designación de curador), se podrá, además, designar redes de apoyo con funciones específicas. Entendemos que refiere a los apoyos previstos en el art. 19, CDPD.

5. Se propicia que, en el trámite del expediente, incluso en la redacción de la sentencia, se utilice un lenguaje claro y adecuado a las circunstancias de las personas intervinientes. Asimismo, se aceptarán presentaciones directas del sujeto interesado, aun sin patrocinio letrado, lo que luego deberá ser subsanado.

6. Se aclara en qué casos corresponde la elevación en consulta: cuando se restringe la capacidad y, en oportunidad de la revisión de la sentencia, cuando se mantienen las restricciones o se amplían. En cambio, no procede su elevación cuando se disminuyen las restricciones o se produce el cese definitivo.

7. Está previsto que la sentencia de incapacidad pueda ser modificada en cuanto al alcance de las restricciones. No queda claro si esto se condeciría con la tesis de que incluso en las sentencias de incapacidad se deben especificar los actos que se restringen, de modo que no necesariamente habría un correlato entre el plano fáctico (absoluta imposibilidad de interaccionar con el entorno y de manifestar la voluntad) y el plano jurídico (incapacidad de ejercicio absoluta); o bien, si esta pauta refiere a los alcances de la actuación del curador, en cuyo caso la anomalía se produciría entre los alcances de las restricciones (incapacidad absoluta) y las funciones del curador (ya no como un representante legal, sino con facultades de representar a la persona en determinados actos). En cualquier caso, no solo que no compartimos esta postura (3), sino que además debemos alertar sobre una posible propagación de sentencias de incapacidad (en lugar de capacidad restringida), cuando en

realidad deberían ser la excepción.

8. Entre los legitimados para solicitar el cese de las restricciones se encuentran: “los curadores, los apoyos o sostenes” y “los allegados”. El término “sostén” (diferenciado del “apoyo”) no se condice con una categoría jurídica prevista en el Código de fondo, aunque podría inferirse que refiere a quienes integran las redes de apoyo que se designaron en la sentencia, sea de capacidad restringida o incapacidad. En cuanto a los “allegados”, parecería que con esta fórmula se busca reconocer una amplia legitimación para iniciar el proceso para el cese —total o parcial— de las restricciones.

Más allá de estas cuestiones puntuales, las conclusiones no dejan de ser provisorias. Es necesario contar con el texto definitivo del anteproyecto para poder determinar, fehacientemente, hasta qué punto no se incurre en reiteraciones del Código de fondo y se avanza en su efectiva instrumentación.

IV. Advertencia final

El Código Civil y Comercial de la Nación prevé reglas básicas del procedimiento y lineamientos generales que, como tales, se erigen en un piso mínimo y marco de referencia aplicables a todo el país. Luego, cada jurisdicción deberá adecuar los Códigos de Procedimientos locales a sus necesidades y características propias.

Por ello, más allá de los términos en los que se regulen en cada caso los procesos para el ejercicio de la capacidad jurídica, lo importante es no caer en la tentación de decir en el Código de forma lo mismo que ya se dice en el Código de fondo que, como tal, no puede ocuparse del detalle fino. Si ello ocurriera, poco o nada se habrá avanzado, no solo en poder contar con una mejor legislación, sino tampoco en fortalecer nuestro sistema de organización federal.

(1) En delante, Bases. Disponible en www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1718 (consultado en fecha 05/10/2018).

(2) Para un análisis en profundidad de las Bases en lo que refiere a esta materia, nos remitimos a: SCASSERRA, Selene I. - OLMO, Juan Pablo, “Análisis de las bases para la reforma procesal de familia en los procesos sobre el ejercicio de la capacidad jurídica”, Revista Código Civil y Comercial, 11, año IV, Ed. Thomson-Reuters - La Ley, Buenos Aires, diciembre 2018, p. 17.

(3) OLMO, Juan Pablo, “Salud mental y discapacidad. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Dunken, Buenos Aires, 2017, 2ª ed., ps. 43 y ss.