

XXX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL
Ciudad de San Juan – 12 al 14 de septiembre de 2019

PROCESAL CIVIL

- **COMISIÓN 1**

- **TEMA:** Procesos con personas en condiciones de vulnerabilidad

- **TÍTULO DE LA PONENCIA:** ***“MEDIDAS CAUTELARES VIABLES EN EL PROCESO DE LIMITACION DE LA CAPACIDAD. INTERPRETACION DEL ART. 34 DEL CCC”.***

- **AUTOR:**

- **María Virginia Baudino-** Abogada, Universidad Nacional de Córdoba (2010)- Especialista en Derecho Procesal, Universidad Nacional de Córdoba (2016). **Fecha de nacimiento:** 23/08/1985.

- **DIRECCIÓN:** Apolo 1212, B° Residencial Olivos, Provincia de Córdoba, CP: 5000

- **TELÉFONO:** (0351)-156329949

- **CORREO ELECTRÓNICO:** virginiabaudino@gmail.com

- **POSTULANTE ART. 7**

SÍNTESIS DE LA PROPUESTA:

Mediante la presente ponencia pretendemos evidenciar la importancia que detentan las medidas cautelares susceptibles de ser interpuestas en el marco de una demanda de limitación de la capacidad, en pos de la real y oportuna protección de los derechos personales y patrimoniales que se encuentren en juego en cada caso concreto.

Consideramos al respecto que resultará útil efectuar un breve muestreo jurisprudencial a fin de detectar las diversas interpretaciones que existen en la práctica jurisprudencial.

Finalmente, ensayaremos nuestra propuesta sobre lo que consideramos debería ser la interpretación correcta del artículo 34 del CCC.

**MEDIDAS CAUTELARES VIABLES
EN EL PROCESO DE LIMITACION DE LA CAPACIDAD.
INTERPRETACIÓN DEL ART. 34 DEL CCC.**

Por: María Virginia Baudino.

SUMARIO: I. Introducción. II. Proceso de limitación de la capacidad. a) Marco normativo. b) Finalidad. III. Medidas cautelares del art. 34 del CCC. a) Requisitos. b) Solicitantes. c) Medidas viables. Muestreo jurisprudencial. IV. Ponencia: interpretación del art. 34 del CCC.

I. INTRODUCCIÓN

A más de 3 años de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, advertimos que en la praxis judicial existen diversas interpretaciones con respecto al art. 34.

Es por ello que procuraremos realizar a modo de introito, un análisis ejemplificativo de las distintas situaciones que pueden suscitarse durante el proceso de demanda de limitación de la capacidad, y, consecuentemente, las medidas cautelares que eventualmente podrían dictarse en pos de la satisfacción de derechos fundamentales de preferente tutela constitucional.

II. PROCESO DE LIMITACIÓN DE LA CAPACIDAD

a) Marco Normativo.

El proceso de limitación o restricción de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se encuentra actualmente regulado en la Sección 3a del Capítulo 2 del Libro Primero, Parte General, Título I, Persona Humana del Código Civil y Comercial de la Nación.

Se trata de un régimen de restricciones a la capacidad de “diseño artesanal”, en donde cada proceso deberá adecuarse a la condición

personal y contextual de la persona con discapacidad, para que pueda ejercer sus derechos en verdadera igualdad de condiciones que las demás¹.

Puntualmente, y con respecto al tema que nos compete, resulta oportuno señalar que desde el art. 31 hasta el 47, el CCC diseña un régimen de restricciones a la capacidad de las personas mayores de edad que se encuentra sostenido por numerosas reglas y principios generales de fondo y de forma; y, es en estos últimos donde se enmarcan las medidas cautelares objeto de análisis.

Finalmente, resta señalar que el marco normativo señalado introdujo significativas reformas con respecto a la regulación tradicional de Vélez Sarsfield, que ya se venían gestando por medio de leyes especiales² dictadas como resultado del impacto de la normativa internacional en materia de derechos humanos³.

b) Finalidad.

El proceso de restricción a la capacidad tiene como objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional.

Ni desprotección ni sobreprotección; existe el derecho de requerir y el deber de brindar una protección o limitación proporcionada⁴.

Justamente, la entrevista personal -de carácter obligatoria- prevista en el art. 35 permite al juez conocer la situación de la persona, sus habilidades,

¹ Cfr. análisis en CALVO COSTA, Carlos A. (Director), *Doctrina y estrategia del Código Civil y Comercial*, TI, Thomson Reuters- La Ley, 1° ed. Buenos Aires, 2016, p. 318.

² Ley 17.711 (1968); Ley LSM N° 26.657 (2010).

³ La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ley 25.280); La CDPD (ley 26.378); Declaración de los Derechos del Retrasado Mental; Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975); Declaración de Caracas de la OPS y OMS para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud; la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud (1990), y los Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas (1990): los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (1991), entre otros.

⁴ BUERES, Alberto J. (Dir); *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, 1aed., Buenos Aires, Hammurabi, 2014, p. 86.

aptitudes, y las necesidades por las que atraviesa, habilitando en su caso, el dictado de medidas cautelares en resguardo de sus derechos.

III. MEDIDAS CAUTELARES DEL ART. 34 DEL CCC.

En términos genéricos las medidas cautelares son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes; como un anticipo, que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona y de los bienes (art. 18 C.N.) y para hacer eficaces las sentencias de los jueces⁵.

A continuación abordaremos los requisitos y los solicitantes en términos específicos sobre el tema que nos compete.

a) Requisitos.

En lo que respecta a la verosimilitud del derecho, prestigiosa doctrina ha expuesto que la apertura del proceso de restricción a la capacidad aporta un cierto grado de verosimilitud del derecho, es decir, la mera apariencia de la situación de posible riesgo de daño a la persona o su patrimonio, aún sin llegar obviamente a la certeza, que recién se adquirirá en el momento del dictado de la sentencia respectiva⁶.

Con respecto al peligro en la demora, se ha enfatizado que indudablemente está dado por la misma situación denunciada, que refleja el estado de riesgo y probable daño⁷.

Finalmente, en lo atinente a la contracautela se ha expuesto que tal como la mayoría de las medidas cautelares del derecho familiar, no se

⁵ PODETTI, Ramiro, Tratado de Medidas Cautelares, 2° ed., Ediar, p. 33.

⁶ HERRERA, Marisa – CAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Título Preliminar y Libro Primero, Artículos 1 a 400, 1ª ed., Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 89.

⁷ Ibid.

requiere contracautela, amén que sería un contrasentido requerir contracautela para la protección de derechos en este caso⁸.

b) Solicitantes.

Las medidas bajo análisis constituyen medidas de protección por lo tanto, entendemos que podrán ser solicitadas por el propio denunciante, el propio interesado, el curador provisorio o definitivo, el Ministerio Público ya sea en su rol de representante complementario, de asistente técnico del interesado o como representante principal e impulsor de la demanda.

Sin duda alguna, el juez interviniente en el proceso de restricción podrá solicitarlas de oficio, ya que es el encargado de velar a lo largo de todo el proceso por los derechos personales y patrimoniales de la persona.

c) Medidas viables.

El art. 34 del CCC expresamente dispone *“Durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la representación de un curador. También puede designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas según el caso”*.

Del contenido de dicho artículo se desprende claramente el rol inquisitivo del juzgador, quien no solamente puede sino que “debe” disponer todo tipo de medidas de protección que considere necesarias para preservar tanto los derechos personales como patrimoniales de las personas inmersas en este tipo de procesos, y resguardarlas de su propia inconsistencia y de la explotación de terceros.

En efecto, se ha expuesto que el artículo bajo análisis refiere a “medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona”, con lo cual no limita la intervención tuitiva al dictado de medidas cautelares —pudiendo comprenderse toda clase de medidas procesales y

⁸ Ibid.

judiciales— ni tampoco únicamente patrimoniales —incluye las de protección personal—⁹.

En definitiva, el juez podrá disponer cualquier tipo de medida de protección. No existen límites cautelares y el único objetivo es tutelar algún derecho personal y/o patrimonial de la persona, debiendo especificar el mismo al momento de su dictado.

Con respecto a las medidas patrimoniales, no se advierten dificultades en la práctica judicial.

En efecto, al advertirse peligros que pueden amenazar el patrimonio de una persona, y que suelen ser expuestos por el solicitante de la limitación de la capacidad, el juzgador suele adoptar la medida cautelar más adecuada al caso particular y al bien que se pretende tutelar.

A modo de ejemplo podemos citar las siguientes medidas que suelen ordenarse en la práctica: inhibición general de bienes; inventario, embargo y depósito de los bienes; recaudación o secuestro de valores; apertura de cajas de seguridad; rendición de cuentas; cobro de alquileres; suspensión de poderes; retención de haberes; pago de deudas; depósito de haberes, etc.

Con respecto a las medidas personales, hemos encontrado dificultades en la práctica judicial.

Es por ello que a modo de ejemplo, comentaremos brevemente a continuación algunos casos novedosos susceptibles de análisis.

Muestreo jurisprudencial

a) D.S., A.N.— DEMANDA DE LIMITACION DE LA CAPACIDAD, Juzgado N° 18 en lo CyC de Córdoba, Resolución del 22/2/19.

En el marco de un proceso de limitación de la capacidad y frente a un diagnóstico de “Cuadriplejia espástica Retraso mental grave Gastrostomía Epilepsia Parálisis cerebral infantil”; internación domiciliaria en el marco de una situación de vulnerabilidad de recursos económicos y sociales; y frente a la necesidad de mejorar la calidad de vida del interesado, la progenitora y

⁹ Ibid.

curadora propuesta solicitó al juez ordene a la obra social la cobertura de una silla de ruedas acorde a sus necesidades. El tribunal libró el oficio solicitado. Luego de un año de peregrinar acompañando distintos y cambiantes requisitos exigidos por la Obra Social, dada la apariencia de una eventual cobertura a futuro, y no habiendo la obra social brindado respuesta formal frente a la presentación del oficio judicial; se solicita al juez que la emplace formalmente a cumplimentar la orden judicial bajo apercibimiento de ley. El tribunal no hizo lugar al emplazamiento solicitado disponiendo: *“lo requerido excede el objeto del presente proceso y no será materia de tratamiento en la sentencia a dictarse en autos”*.

b) T., M. S/ ART. 152 TER CÓDIGO CIVIL, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, resolución del 16/12/2014.

El a quo rechazó la solicitud del curador público del dictado de una medida cautelar que ordenara a la obra social mantener la cobertura íntegra de la residencia en una institución de salud mental de una afiliada que padecía un trastorno borderline de personalidad. Esta resolución fue revocada por la Cámara de apelaciones interviniente que dispuso: *“la obra social demandada debe solventar cautelarmente el tratamiento que un afiliado viene recibiendo en una institución de salud mental, pues conforme surge de los informe médicos, y a tenor de la normativa nacional e internacional, tiene derecho, en su condición de discapacitado, a gozar de la totalidad de las prestaciones garantizadas por la Ley 24.901”*.

c) L., M. A. S/ DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD, Juzgado en lo Civil y Comercial Nro. 1 de San Isidro, Resolución del 07/02/2019.

Frente a la grave situación acreditada en la que se encontraba el causante, quien a más de su patología de base —esclerosis tumoral, ceguera, epilepsia, paraplesia—, permanecía postrado con imposibilidad de ponerse de pie y caminar debido a que su pierna derecha se encontraba rígida, y al hecho de que su grupo familiar, se encontraba en grave estado de vulnerabilidad psico-física, el tribunal resolvió: *“...con carácter de urgente*

y en forma cautelar (arts. 195 y ss. del Cód. Proc. Civ. y Comercial.) ordenar las siguientes medidas: 1) Librar oficio a IOMA, poniendo en su conocimiento la situación grave que padece el causante y ordenándole que en el plazo máximo de diez días proceda a entregar a M. L. (afiliado N° ...) un colchón anti escaras junto a una cama de acuerdo a su patología como así también proveerle una silla de ruedas, así como a informarle al médico de cabecera que lo visita en su domicilio, que le indique la provisión de medicamentos adecuados a su estado de debilidad, y le indique tratamiento clínico adecuado, a más de practicarle los estudios de diagnóstico que correspondan, proveyéndosele además de una enfermera para su urgente rehabilitación. Asimismo se le hace saber que deberá destinar un kinesiólogo para el tratamiento fisioterapéutico del Sr. L., el cual deberá concurrir a su domicilio, sito en ... de la localidad de Benavidez, Partido de Tigre, en la frecuencia necesaria para paliar su patología de base. Habida cuenta la presentación efectuada por Defensoría Oficial (fs. 190/92) ordenase a IOMA a continuar brindando en forma permanente la cobertura al causante, de modo tal que el mismo continúe con la internación domiciliaria, y se le haga entrega de la medicación que requiere a saber: Tegretol 400mg, Luminal 0.5, Topiramato, Rivotril 0.5, Omeprasol, Platsul y pañales. Expídase la documentación pertinente. Notifíquese. 2) Librar oficio a Edenor ordenándosele que en forma inmediata proceda a la Suspensión del cobro de la última factura cuya titularidad se encuentra a nombre de C. N. E. - fallecida (cliente N° ...), y las futuras hasta tanto la empresa adecue la tarifa a valores razonables, conforme la realidad que surge de las condiciones barriales, edilicias y de infraestructura, en las que vive la familia, las que en modo alguno están comprendidas bajo el concepto o calificación de "zona residencial" que figura en dicha factura de servicio. Por el contrario se constató que la propiedad responde a parámetros de zona precaria, habiendo quedado la misma inmersa en un radio de barrios cerrados de elevado nivel socio-económico, generándose así una injusta situación para el causante que posee una discapacidad severa, y también para su grupo familiar, aspectos que no pueden ser desconocidos por el Estado en ninguno de los ámbitos mediante los que ejerce los poderes que son propios de su función de protección a la ciudadanía (Convención de Personas con

Discapacidad, Convención contra la Discriminación, Pacto de San José de Costa Rica, art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). Prohíbese también el corte del suministro de energía por estrictos motivos de salud y humanitarios. La medida ordenada es bajo apercibimiento de imponer a la empresa Edenor una multa diaria en favor del causante por la suma de pesos diez mil (\$10.000) (art. 37 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.). 3) Ordenar a la empresa Naturgy La suspensión del cobro de la factura y plan de pago realizado por dicho servicio, a nombre de L., L. E., del domicilio de ... PB1 Benavidez, cliente N° ..., con fundamento en idénticas razones invocadas precedentemente, debiendo la empresa aludida en su interés seguir suministrando el consumo de gas pertinente, bajo apercibimiento de imponer a la empresa Naturgy una multa diaria en favor del causante por la suma de pesos diez mil (\$...) (art. 37 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.). A cuyo fin ofíciase...”.

IV. PONENCIA: INTERPRETACIÓN DEL ART. 34 DEL CCC.

Por todo lo expuesto en la presente, concluimos lo que a continuación se detalla:

1. En el marco de una demanda de limitación de la capacidad, no existen dificultades al momento de ordenar medidas cautelares en pos de la protección de derechos de tipo patrimonial.
2. Con respecto a las medidas cautelares solicitadas en pos de la protección de la salud o de los derechos personalísimos de la persona objeto de un proceso de limitación de la capacidad, se ha interpretado que el mismo sólo se limita a analizar la capacidad de la persona y que para solicitar otras medidas, el curador/apoyo debe arbitrar los medios necesarios y ocurrir por la vía que corresponda, como por ejemplo iniciar una acción de amparo de salud.
3. El CCC habla de medidas personales o establecidas en protección de la persona, pudiéndose incluir aquí a todas aquellas dirigidas a la protección de la salud y de sus derechos personalísimos. De hecho, la jurisprudencia ha concedido reiteradamente medidas cautelares -

bajo modalidad innovativa- o tutelas anticipadas, a los fines de asegurar la provisión de medicación, asistencia, gastos extraordinarios, terapéuticos, cobertura de internación, etc., en resguardo de la salud integral.

4. Constituye un excesivo rigor formal, carente de toda lógica y sentido, no resolver una necesidad urgente vinculada con un derecho a la salud o personalísimo en el marco de una limitación de la capacidad, obligando a un sujeto en extrema vulnerabilidad a litigar por otra vía para hacer valer un derecho humano del que justamente es merecedor de una tutela judicial diferenciada; tal situación irracional provoca un ejercicio antifuncional de la jurisdicción.
5. La debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales de por sí vulnerables a los abusos, crea verdaderos 'grupos de riesgo' en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales... En esta realidad, el derecho debe ejercer una función preventiva y tuitiva de los derechos fundamentales de la persona con sufrimiento mental, cumpliendo para ello un rol preponderante la actividad jurisdiccional¹⁰.
6. Proponemos que el juez interprete la norma bajo análisis según el espíritu deseado por el legislador a lo largo de todo el CCC, y especificado puntualmente en su art. 2. Ello a los fines de que las resoluciones judiciales que se dicten sean verdaderamente útiles y justas. Sólo así los derechos fundamentales de las personas en condiciones de vulnerabilidad tendrán vigencia real y concreta.

¹⁰ CSJN, 19/02/2008, "R., M. J. s/ insania", Fallos: 331:211.