XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

Comisión: Jurisdicción de protección.

Tema: Las formas y la efectividad de la justicia de familia.

Autor: Ornela Cecilia Piccinelli (*).

Dirección Postal: calle 123 N° 757 (e/ 47 y 48), Ensenada (1925), Provincia de Buenos Aires.

Teléfono: (221) 483-9196 / celular: (221) 593-9741

Dirección de correo electrónico: piccinelli.ornela@gmail.com.ar

Breve síntesis de la propuesta:

Se ponen a consideración del auditorio algunos ajustes razonables en torno al proceso de declaración de incapacidad del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires, que se consideran necesarios a tenor de los estándares que derivan del Modelo de Justicia Protectora que diseña el Código Civil y Comercial Unificado en materia de Personas con Discapacidad.

*****La Autora deja constancia de su voluntad de participar en los concursos referidos en el artículo 7 del Reglamento de la AADP ("Asociación Argentina de Derecho Procesal" y "El Dial")***

Ajustes razonables del proceso de declaración de incapacidad

(Consideraciones apropósito del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación)

I. Introducción.

La consigna que en esta edición nos convoca, propone dialogar sobre ***"Los modelos de justicia, el Estado actual y las reformas procesales."*** Sobre lo que hemos hecho y sobre lo que debemos aún hacer. Con ese propósito nos hemos decidido a escribir las líneas que siguen.

Circunscribiremos nuestro análisis a una concreta problemática de la eficacia de la denominada justicia protectora: *la regulación que tenemos en materia de procesos de declaración de incapacidad*. Ello, en el convencimiento de que queda mucho por hacer a tenor de un insoslayable cambio de Paradigma que el Código Civil y Comercial Unificado (CCyCU) terminó de evidenciar.

Partiremos de un repaso del bloque sustancial, señalando muy brevemente algunos hitos que consideramos imprescindibles, para –de seguido– analizar la perspectiva procesal del tema, en el entendimiento de que la legislación sustancial ha delineado un sistema cuya eficacia dependerá –en gran medida– del derecho procesal.

Finalizaremos con algunas anotaciones preliminares sobre lo que creemos que –desde nuestra incumbencia– debe promoverse, abriendo el diálogo a su respecto.

II. Hacia un Modelo Social Nivelador.

La Ley Nacional 26.994[1], cuya entrada en vigencia estaremos probablemente estrenando al momento de la presentación de este trabajo[2], ha venido a recoger un modelo cimentado en la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en el fenómeno de la Constitucionalización del Derecho Privado[3].

Ello significa, entre otras cosas, una clara manifestación de una nueva forma de pensar el derecho, la aparición en escena de un Paradigma diverso que propone pen-

---

(*) La autora es abogada (UNLP 2008) y escribana (UNLP 2009). Cursó la Especialización en Derecho Procesal Profundizado (UNA 2011–2012), y la Maestría en Derecho Procesal (UNLP 2013–2014). Es docente de grado en la Cátedra III Derecho Procesal II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP; y Coordinadora ejecutiva (2015 designación en trámite) de la Maestría en Derecho Procesal de la UNLP. Profesionalmente se ha desempeñado como empleada en la Justicia Correccional Provincial (2007–2011); como abogada relatora de la Subsecretaría Judicial en lo Contencioso Administrativo de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires (2011–2014) y actualmente es auxiliar letrada en la Secretaría Penal de la SCBA. Perfil en academia: https://unlp.academia.edu/OPiccinelli

[1] B.O.: 8.10.2014.

[2] El artículo 1° de la Ley 27.077 (16.12.2014), modificó el artículo 7 de la Ley 26.994, disponiendo que la misma entraría en vigencia el día 1° de agosto de 2015.

[3] En la elevación del Anteproyecto del ahora Código Civil y Comercial Unificado, los redactores expresamente señalaron que *"…La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina".*

sar el Ordenamiento Jurídico en clave sistémica[4]. Implica, asumir que el Derecho Civil –por más privado que sea el interés que tutela– no puede, como compartimento estanco, funcionar al margen del bloque de constitucionalidad que permea en el derecho interno los estándares derivados del Derecho Humanitario internacional. Como lo ha reconocido la propia comisión redactora del Anteproyecto: *"…una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado."*[5].

El Derecho de Familia ha sido un campo particularmente alcanzado por la concepción a la que venimos aludiendo, determinando –incluso– la necesidad de un capítulo destinado a la regulación del "proceso de familia" en la órbita sustancial[6]. Específicamente, se ha innovado en materia de capacidad de las personas, sobre todo en la ahora denominada "*capacidad de ejercicio"*. Ello, con el inequívoco propósito de adecuar el derecho positivo a los estándares derivados de la Convención Internacional de los derechos del niño (CDN) y de la Convención Internacional de las personas con discapacidad (CDPD)[7], ambas integrantes del bloque de constitucionalidad[8], que da una protección jerarquizada a este grupo "vulnerable"[9].

Si bien el legislador nacional ha modificado lo atinente a la capacidad de ejercicio de los menores de edad siguiendo los lineamientos de la bioética en la materia, nos ocuparemos aquí solamente de lo relativo a la regulación de la capacidad de ejercicio de las personas con alguna discapacidad.

---

[4] Ello ha sido puesto de manifiesto por el Dr. **LORENZETTI**: *"sancionada la norma, la misma debeacccc ser interpretada dentro de un sistema jurídico (art. 1 y 2 CC*" (ver Introducción al Código Civil y Comercial, de la Nación. 1ra. Edición , Santa Fe, Rubinzal Culzoni editores, 2014. Pág. 8.)

[5] Ver fundamentos del Anteproyecto del CCy CU, Capítulo I) Aspectos valorativos.

[6] En los fundamentos se lee "El Anteproyecto sigue la línea legislativa del Proyecto de 1998 que regula en un Título especial cuestiones relativas a las acciones de estado de familia, pero de un modo más amplio, extendiendo el Título no sólo a este tema sino también a los procesos de familia en general. En este sentido, se enumeran los principios generales de los procesos de familia, surgidos de los principales avances y consideraciones esgrimidas a la luz del derecho procesal constitucional de la familia. Se cita, en primer lugar, el principio de tutela judicial efectiva, que comprende el acceso a la justicia, el de economía y el de celeridad procesal, recogiéndose así el valor y entidad que se otorga a este principio en las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia en condiciones de vulnerabilidad, todo en relación directa con los principios de inmediación, buena fe, lealtad procesal, oficiosidad y oralidad. (Ver Fundamentos… punto vii) Libro segundo, de las relaciones de familia)

[7] Cfe. el desarrollo de la comisión redactora en el cap. 2 (capacidad), título I (persona humana), Libro I (parte general) de los fundamentos del Anteproyecto.

[8] La CDN fue aprobada mediante la Ley 23.849 (27.9.1990) e integra el denominado bloque de constitucionalidad desde la modificación de la Constitución Nacional en 1994. La CDPD fue aprobada mediante la Ley 26.378 (2008) . Recientemente, se le ha otorgado jerarquía constitucional "en los términos del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional mediante la sanción de la Ley 27.044 (11.12.2014)

[9] Cfe. 100 Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sección II punto 3. Nuestro máximo tribunal federal ha reconocido tal carácter a las personas con discapacidad para habilitar vgr. la tramitación colectiva de reclamos que justificarían reclamos individuales, toda vez que *"no es posible soslayar el incuestionable contenido social del derecho involucrado que atañe a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad – art. 75 inc. 23 de la CN.-"* (CSJN, Recurso de hecho. Asociación civil para la defensa en el ámbito federal e internacional de derechos c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para jubilados y pensionados s. amparo. Sentencia del 10.02.2015)

Reconociendo la existencia de una Ley especial[10], regula las restricciones a la capacidad con causa en padecimientos mentales, operando a modo de "piso mínimo" de un sistema que adopta un modelo diverso, a tono con los postulados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con vocación de vigencia en todo el país.

El giro –radical, por cierto– no es únicamente lingüístico[11]. El modelo decimonónico apoyado en la dualidad "capacidad plena–incapacidad absoluta" que desde una perspectiva biológico–jurídica vio en la enfermedad el centro neurálgico del problema, y propuso una solución segregativa del "incapaz", absolutamente sustitutiva de la voluntad del enfermo, no encuentra lugar en el nuevo engranaje.

Frente a ese modelo "rehabilitador" –y pese a los parciales avances que significaron la incorporación de los artículos 152 bis y 152 ter al Código de Vélez– el CCyCU consolida el tránsito hacia un modelo Social de la Discapacidad, que ya no hace foco en el individuo (como único problema) sino en la Sociedad, en la comunidad en su conjunto, para regular la materia que nos ocupa.

Partiendo de la premisa de la diversidad, se construye un concepto sociocultural de discapacidad, asumiendo que no son las personas con capacidades diferentes, sino –antes bien– las barreras sociales que imposibilitan su integración el problema que debemos solucionar.

Se privilegia el aspecto personal, concibiendo la capacidad como algo más que un atributo de la personalidad, en el convencimiento de que constituye un derecho humano. Se busca la inclusión, pues lo distinto no es ya algo negativo que hay que erradicar. En suma, se reivindica la dignidad de todas las personas[12].

En esa inteligencia, se parte de la presunción de la capacidad plena, y se construye un sistema de restricciones a la capacidad que admite diferentes gradaciones de acuerdo a las necesidades de cada cual. Un sistema pensado en resguardo de la persona, que se vale de apoyos y salvaguardias (cfe. art. 12 CDPD) tendientes a preservar su autodeterminación, con dirección al complemento (y no sustitución "en bloque") de su manifestación volitiva, con la finalidad de su progresiva eliminación. En este sistema de

[10] La ley 26.657, de Salud Mental se encuentra vigente desde el año 2010. Entre otros principios relevantes, recepta el de interdisciplinariedad para la determinación de la discapacidad, el de dignidad, autonomía, protección, desmanicomialización, y control jurisdiccional permanente de la restricción de la libertad. Se sostiene el paso de un sistema patógeno a uno salutógeno, con progresiva desinstitucionalización.

[11] Aunque, vale señalarlo, el anteproyecto pretendió, según las palabras de sus propios redactores "… no sólo nombrar las instituciones con precisión técnica, sino que las palabras utilizadas reflejen el real significado que la sociedad les asigna..." De allí que no se hable ya de Persona Incapaz, sino –con acierto– de personas cuya capacidad de ejercicio se encuentre restringida. El cambio lexicográfico, no obstante, se apoya en un nuevo modo de concebir la problemática que si bien se proyecta en "nuevas denominaciones" no se agota en ellas, y exige un giro copernicano –sobre todo– en los operadores del sistema y en la conciencia social.

[12] *"La construcción de una esfera de la individualidad personal es un aspecto central en el Código, lo cual puede verificarse en numerosos aspectos: la capacidad de la persona es la regla, y su restricción una excepción que debe fundarse*" (Ver **LORENZETTI**, Introducción al CC… cit. p. 10.

gradaciones (en el que se elimina la dualidad absoluta) la figura de la inhabilitación queda únicamente reservada a los supuestos de prodigalidad[13].

En consecuencia, si bien se mantiene la noción de *incapacidad*, especialmente para los actos patrimoniales, en protección de estas personas, se reserva para casos extremadamente excepcionales, configurados por aquellos supuestos en los que, lamentablemente, la persona se encuentra en situación de absoluta falta de habilidad para dirigir su persona o administrar sus bienes (vgr., estado de coma permanente, padecimientos mentales profundos que impiden tomar decisión alguna)[14].

En lo que aquí nos importa señalar, a fin de garantizar la efectiva realización del modelo, el legislador nacional ha establecido reglas generales –que vienen a complementar la legislación especial– que *"deben observarse en toda decisión que limite la capacidad de ejercicio de estas personas"*[15].

Y aquí es donde la legislación sustancial introdujo previsiones que –necesariamente– han de proyectarse en el campo que nos convoca, pues ha establecido reglas de clara naturaleza adjetiva[16], tendientes a la concreción de un subsistema de protección que, nació al abrigo de la Constitución Nacional, creció al amparo de la regulación sustantiva y deberá madurar y encontrar su esplendor en el seno de un proceso que acompañe su realización eficaz.

En definitiva, el CCyCU se integró a un microsistema de tutela de las personas con capacidades diferentes que se compone de una interesante policromía normativa que ha de alinearse a los principios convencionales que cruzarán transversalmente su conformación, haciéndolo parte de un sistema más amplio que lo contiene[17].

---

[13] V. art. 48 CCyCU.

[14] Cfe. se expresa literalmente en el cap. 2 (capacidad), título I (persona humana), Libro I (parte general) de los fundamentos del Anteproyecto, ya citado. Veremos que por incidencia de ello, la figura de la curatela deberá empezar a desdibujarse, quedando reservada únicamente a estos supuestos de máxima.

[15] Dice el artículo 31 del CCyCU en torno a las reglas generales: *"La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: a. la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; b. las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona; c. la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial; d. la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión; 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; f. deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades."*

[16] No nos ocuparemos aquí del aspecto competencial del congreso nacional para legislar en aspectos de forma. Diremos solamente que la legislación unificada trae numerosas disposiciones de naturaleza adjetiva que pretenden garantizar la eficacia del modelo, al amparo de la tradicional jurisprudencia de la Corte Federal que sostiene desde antiguo que el Congreso Nacional se encuentra habilitado para sancionar normas de tal carácter cuando ellas tengan por finalidad asegurar la vigencia de la legislación sustancial (Vgr. Fallos: 247:524) En ese sentido, señalaba Alsina que *"existiendo instituciones legisladas en el código civil ... cuya eficiencia depende de la forma de su aplicación, el legislador no ha podido dejar de establecer reglas de procedimiento para tales casos ... y no es dado pensar que esto sea atribución de los gobiernos de provincia,* ***porque peligraría la institución misma"*** (**ALSINA**, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Ediar, 2ª ed., Bs. As., 1957, t. II, p. 46, el resaltado es propio).

[17] "*El Código establece la necesidad de una decisión judicial razonablemente fundada mencionando una pluralidad de fuentes que exceden se propio texto, lo cual lleva a un necesario diálogo entre ellas. Por esta razón*

Como apunta lúcidamente el profesor Berizonce "… *el régimen normativo se integra por diversas esferas jurídicas subordinadas a la Constitución (art. 31) y al implícito orden público que permea a todos aquellos sistemas legales, de fondo y de forma. Claro que la premisa de la unidad del orden jurídico plantea la cuestión de la necesaria e imprescindible armonización y sintonía de los distintos y, a menudo, superpuestos, planos normativos…Así, es posible representarnos el "dialogar" de los principios fundamentales que emergen de la Const. Nac. –el reconocimiento del pleno goce y ejercicio de los derechos que corresponden a las "personas con discapacidad" (art. 75 inc. 23 in fine) – y de los tratados internacionales (art. 75 inc. 22), junto con las normativas infraconstitucionales."*[18].

He aquí lo que nos proponemos realizar en lo que sigue.

III.- ADECUACIÓN DEL MODELO PROCESAL ACTUAL.

En lo que ha quedado dicho pretendimos poner de manifiesto que el legislador nacional ha edificado su obra sobre el Paradigma Protectorio. Paradigma que tutela a los débiles con sustento constitucional en la igualdad ante la ley y en el deber de aseguramiento positivo que se encuentra en cabeza del Estado (art. 75 inc. 23 CN)[19].

Y ello nos importa en el campo del derecho procesal porque desde la visión sistémica que proponemos la perspectiva sustancial ha de proyectarse como un haz de luz sobre el diagrama formal, *tiñendo el proceso de color convencional*. Condicionándolo en sus contornos para que mediante los "ajustes razonables" a que se ha comprometido el Estado frente a la comunidad internacional[20], sea un instrumento de la tutela judicial efectiva en concreto.

De allí que creemos que, cuanto menos en lo que aquí nos convoca, el legislador nacional ha echado mano, razonablemente, a la facultad de dictar normas procesales –en

se dispone (art. 1°) que en esta materia deben tenerse en cuenta la constitución, leyes, tratados de derechos humanos y la finalidad de la norma".(V. Introducción al CCyCU, cit.)

[18] **BERIZONCE**, Roberto o., "Normas Procesales en el Código Civil y Comercial. Personas con capacidades restringidas." Publicado en *LA LEY* 12/05/2015, 12/05/2015, 1 . **Cita Online:** AR/DOC/1339/2015

[19] Como lo ha puesto de relieve la CSJN, existe un mandato del constituyente de otorgar mayor protección a quienes más lo necesitan ("Pedraza, Héctor Hugo c/ A.N.Se.S. Acción amparo" sent. del 6-V-2014). En ese sentido dice Lorenzetti en la introducción citada: "…los Códigos del Siglo XIX regularon los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado y la sociedad. Separando esta visión el Código Civil y Comercial considera a la persona concreta por sobre la idea de un sujeto abstracto y desvinculado de su posición vital. Busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables".

[20] Dice el art. 5.3 que "A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. A su turno el art. 2 CDPD precisa "…*Por ´ajustes razonables´ se entenderán 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*". Entre ellas los ajustes razonables de procedimiento necesarios para la realización del Paradigma sustancial que le sirven de base (v. también, art. 35 del CCyCU).

palabras de la CSJN– para asegurar la efectividad de los derechos que consagra la legislación de fondo que le incumbe sancionar[21].

Es que *"…se ha delineado un típico sistema de tutela procesal diferenciada, en el caso para la protección efectiva de los derechos de las personas con capacidades restringidas. Se trata genéricamente de técnicas procesales diversas, propias de la tutela de ciertos derechos fundamentales de rango preferente […] verdaderas instituciones "equilibradoras" de las situaciones concretas de las partes, se conjugan para configurar una verdadera y típica "justicia de acompañamiento" o "protectora", a tono con el deber de aseguramiento positivo que corresponde al Estado en todas sus ramas, y particularmente a la judicial (art. 75 inc. 23, Const. Nac). Un modelo en el que el juez, como protagonista principal, actúa en función protectora, preventiva, asumiendo misiones múltiples de gestor, tutelador y garante del interés público comprometido, para arbitrar las soluciones más acordes al interés superior de las personas con capacidades restringidas.*"[22].

No caben dudas de que lo que tenemos, tal cual está, y como funciona, no satisface los estándares a los que venimos aludiendo. Lamentablemente, no son pocos los casos que revelan la inoperancia más tristemente cruel del sistema pese a las innovaciones que venimos comentando, que quedan en letra muerta[23].

Frente a este imperativo no faltará quienes crean necesaria una inmediata reforma de **todo** lo que tenemos, porque ya no sirve. Definiendo el ¿cómo? creemos –no obstante– que sin perjuicio de una sesuda y muy esperada reforma integral del subsistema procesal en su conjunto, en el mientras tanto, sostenemos que **existen herramientas para ajustar razonablemente el proceso para adecuarlo a los estándares de protección constitucionalmente diagramados. Para que se aproxime –en definitiva– a un modelo eficaz de Justicia Protectora.**

---

[21] Fallos:,137:307; 138:154 y 157; 141:254; 162:376; 247:524; 265:30; 299:45. Compartimos el dictamen del Instituto de Derecho Procesal de la UNLP, que, al pronunciarse sobre la regulación del Anteproyecto en materia de Derecho de Familia sostuvo: *"No podría argumentarse que esta regulación atañe a las legislaturas provinciales, en tanto su dictado correspondería a los poderes que han sido reservados. Esta resultaría una postura superada por la trascendencia de los derechos y garantías en juego. Su reconocimiento en la Carta magna federal las descubre no sólo como simples disposiciones procesales sino como un adecuado camino para concretar el debido proceso legal con su alcance actual logrando la funcionalidad del sistema. Su incorporación en este código las reconoce y destaca como un piso de marcha de aseguramiento de su vigencia en todo el país.* (Ver dictamen del Instituto en http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/laplata/pdfs/072_SILVIA_BERMEJO.pdf

[22] **BERIZONCE**, Roberto O.; *"Normas procesales…"* cit.

[23] Vgr., SCBA; "E., E. R. s/ Insania y curatela" (S. 08/07/2014); CSJN, causa sobre Competencia N° 1511. XL. "Tufano, Ricardo Alberto s/ internación" (S. 27/12/2005); causa Competencia Nº 602. XLII. "Hermosa, Luis Alberto s/ insania - proceso especial" – (S.12/6/2007); causa sobre Competencia N° 515. XLIII - "Amaya, Mauricio Javier s/ internación" (S.18/12/2007) ; causa sobre Comp. 1128. XLIII - "Duarte, J. A. s/ internación" (S. 5/02/2008) ; y el trágico caso de "R. M. J." (s. 19/2/2008).
A nivel regional, la jurisprudencia de la CIDH demuestra que el problema que comentamos no es patrimonio exclusivo de nuestro país. Al respecto puede verse el tristemente conocido caso "Ximenes Lópes vs. Brasil" (s. 4/7/2006). También el Informe N° 63/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso"Victor Rosario Congo v. Ecuador" (13/4/1999)

De entre ellas, sin dudas, una de las más relevantes es la capacitación de los operadores del sistema. Una concientización de los que trabajan con esta sensible realidad y en general de la sociedad: *"dis moi comment la societé protége la personne vulnerable, et je te dirai dans quelle sociéte tu vis"* [24].

Otra, será la que le incumba a los jueces, como integrantes de un poder del Estado en cumplimiento del imperativo emergente del art. 75 inc. 23 de la C.N., y la obligación de realizar esos ajustes del procedimiento que posibiliten la tutela de los especiales derechos que alberga el núcleo constitucional[25].

IV.- AJUSTES RAZONABLES (ANOTACIONES PRELIMINARES PARA LA DISCUSIÓN).

Todo lo que hemos dejado dicho ha de tener fuerte incidencia en el diseño procesal vigente. Las previsiones sustanciales se espejan en la concepción misma del proceso, generando la necesidad de ajustar razonablemente los actos procesales que lo componen, concibiéndolo con una finalidad diversa. Desde la postulación hasta la sentencia, haciendo gala de acentuadas particularidades.

Dejaremos insinuadas aquí, a modo de cierre, las que consideramos más relevantes a los efectos de discutir su implementación:

1. **Inmediación y oralidad del juez especializado:** La competencia material corresponde al juez de familia[26]. Si bien el trámite procesal actual –con la reforma de la Ley 14.334– tornó obligatorio el contacto con el interesado previo a resolver, evidentemente, el mero contacto con la persona que presuntamente padece alguna discapaci-

---

[24] "*Dime cómo la sociedad protege la persona vulnerable, y te diré en que socidad vives*". **COMBRET, JACQUES,** *"Las personnes vulnerables en el derecho francés",* en **DIAZ ALABART, SILVIA**; Familia y discapacidad, Colección *Scientia Iuridica*, Madrid, España, 2010, p. 71. Uno de los aspectos más difíciles de modificar en los procesos de reformas integrales como las que implican los cambios de modelos o Paradigmas es el relativo a la cuestión de la idiosincracia y la inercia del funcionamiento tal como está. Asumiendo esta realidad el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha iniciado una serie de conferencias presenciales, que además se encuentran disponibles en el sitio oficial, a fin de capacitar a los potenciales operadores del sistema en las innovaciones más relevantes del nuevo modelo frente a la proximidad de su implementación. El ciclo cuenta con solventes expositores y es de asistencia libre y gratuita.

[25] Un caso muy interesante, recientemente fallado por la SCBA, constituye una clara muestra del cumplimiento de ese deber: en esa oportunidad se interpretó qué tipo de intervención correspondía al Ministerio Público Fiscal cuando la representación de los incapaces es omisa o negligente, bajo una perspectiva de "infancia", proponiéndose una lectura de las normas procesales a través del prisma de la convencionalidad. Allí puede leerse: *"En mi entender, como juez debo pesar las consecuencias futuras de las decisiones, sobre todo cuando los destinatarios son los niños -C.S.J.N., in re "A.F.S. s. Protección de persona", sent. del 13-III-2007- y en este contexto, en la interpretación del cumplimiento de las cargas recursivas no se valoró la importancia de la garantía que implica impedir la frustración de un derecho, en este caso la tutela judicial efectiva -art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires-, ni se tuvo en cuenta la interpretación conforme el mandato constitucional nivelador en beneficio de B. , D. y K. en razón de su edad (art. 75 incs. 22 y 23, Const. nac.). Con esta interpretación limitada, desde el enfoque de derechos humanos con perspectiva de infancia no se asegura el efecto útil de las disposiciones que protegen derechos humanos, reconociendo la necesidad de que tal interpretación sea verdaderamente práctica y eficaz y no convierta las reglas de protección de derechos en fórmulas vacías de contenido que no tengan ningún efecto en la práctica ("Caso Bahena Ricardo y otros vs. Panamá, competencia", sent. del 28 de noviembre de 2003, Serie C, núm. 104; art. 8.1 de la Convención Americana en relación con los arts. 19 y 1.1. del referido instrumento; Observación General N° 14 del Comité sobre los Derechos del Niño a que su interés superior sea una condición primordial en la cual se busca un efecto útil diferenciado; ver mi voto Ac. 84.102, sent. del 10-V-2006, Ac. 99.204, sent. del 20-IX-2006, Ac. 96.178, sent. del 5-XI-2008; C.S.J.N., "Quintana", sent. del 1-VII-1997, JA 1997-IV-112/113; C.S.J.N., "Quiroz", sent. del 1-VI-2004, "D.J.", 2004-3- 406).* (V. SCBA, Causa C. 117.505, "M.M.N. d. C. y otros contra 17 de Agosto S.A. y otro. Daños y perjuicios", sentencia del 22/4/2015, voto del Dr. **DE LÁZZARI**).

[26] Art. 827 CPCCBA

dad no es suficiente. La efectiva realización del Modelo de Justicia Protectora, de acompañamiento que se propone hará necesario –bajo riesgo de frustración– una activa participación directa del juez en el proceso. Es lo que pone de manifiesto el art. 35, CCyCU, cuando alude a que el juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes del dictado de resolución alguna. Y ello debe hacerse asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a su situación.

Creemos que la realización de la **audiencia preliminar**[27], una vez efectuada la postulación, para escuchar a las partes y al Ministerio Público, podría contribuir a delinear los contornos del caso (con la necesaria flexibilidad de las formas que la cuestión amerita) que el juez deberá conocer[28]. Asimismo, creemos que esta ocasión permite lograr la **accesibilidad** del interesado, a quien podrá explicársele en términos claros y sencillos el alcance de la intervención estatal, especialmente, garantizándole que cualquier intervención que se tome a su respecto será con carácter protectorio y no sancionatorio.

Por lo demás, podrá aquí tomar la intervención a que se refieren los artículos 623 y 624, CPCCBA, pero con el significado y alcance que debe otorgársele a la luz de la regulación sustancial, esto es, no ya con un criterio enderezado a la tutela principal de los bienes, sino primordialmente, para garantizar precautoriamente los derechos personales de los involucrados, determinando qué actos pudieran requerir de apoyos y personas que actúen con funciones específicas según el caso (con miras a su resguardo), lo que no podría lograrse en modo alguno sin una fuerte inmediación siempre condicionada por los principios generales a los que debe atenerse[29].

2. Vinculado a esa necesidad de contacto y contralor judicial permanente de las medidas de restricción a la capacidad, **la competencia territorial** tradicionalmente prevista en el rito local deberá adecuarse a lo dispuesto en la ley sustantiva en punto al juez competente. El juez competente para entender en el proceso de restricción a la capacidad y para el control de las medidas adoptadas debe ser el del domicilio de la persona

[27] Cfe. arts. 827 inc. n y o; 838; 842 CPCCBA según ley 13.634.

[28] Sobre la base de las certificaciones requeridas como recaudos de admisibilidad, y la redacción circunstanciada que puedan precisar o ampliar las personas que comparezcan al proceso el juez podrá evaluar razonablemente frente a qué cuadro de situación prima facie se encuentra, a fin de requerir los informes multidisciplinarios que resultan exigibles a tenor de la legislación especial (LSM) tomando intervención directa en el gerenciamiento del caso.

[29] Ver el citado artículo 31 del CCyCU. Se ha dicho al respecto que la norma de fondo sólo prevé que la entrevista personal suceda antes de dictar resolución alguna, de lo que se desprende que el juez debería entrevistar a la persona, al menos, con anterioridad: al dictado de la sentencia definitiva (art. 38); a la limitación de la capacidad durante el trámite del proceso, dejando a salvo el carácter cautelar de la misma (art. 34); a la revisión de la sentencia y eventual cese de las restricciones (arts. 40 y 47). Ello así, sin perjuicio de lo que puedan establecer al respecto los códigos de procedimientos locales. En efecto, al haberse establecido una garantía mínima del procedimiento, como tal, deberá observarse en todos los códigos de procedimientos a lo largo y ancho del país. Por lo tanto, mediante el necesario proceso de adecuación de dichos códigos a la normativa de fondo es que se podrá dotar de mayores precisiones al contenido de la garantía del procedimiento fijada como pauta general, a fin de adaptarla a las necesidades de cada jurisdicción (OLMO, Juan Pablo "Comentario al LIBRO PRIMERO – PARTE GENERAL – TITULO I - PERSONAS HUMANAS CAPITULO II - CAPACIDAD. En MEDINA, Graciela; RIVERA, Julio (Dir.); Mariano Esper (Coord.); *Código Civil y Comercial de la Nación*. Editorial La Ley 2014. Pág. 96 y ss.

en cuyo beneficio se promueve el juicio o el del lugar de su internación, a fin de propiciar el adecuado contacto y contralor de las situaciones restrictivas de la regla de la libertad. Cabe señalar al respecto que la flexibilización del principio de la perpetuidad de la competencia ya había sido receptado por precedentes de los superiores tribunales señalando la importancia de lo que se juega al dirimirse este tipo de cuestiones[30].

3. **Partes**: en torno a la capacidad para ser parte, no cabe duda de que el nuevo modelo, conteste con la regla de la presunción de la capacidad que propone[31], modifica la lista de legitimados[32] y explicita que la persona en beneficio de quien se promueve el proceso reviste la calidad de parte, de allí que se disponga que puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa y que si la persona ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio. Aparece ratificada la figura del **abogado del art. 22** de la LSM, que deberá cohonestarse con las previsiones del CPCC en punto a la utilización de la tradicional figura del curador provisional. Ello así, porque ese instituto (y la filosofía sustitutiva de la voluntad sobre la que ha funcionado desde siempre) debe quedar reservado para los tristes casos en que la persona sufre padecimientos tales que se encuentre absolutamente privada de la posibilidad de desenvolver su capacidad de ejercicio por sí y el sistema de apoyo resulte enteramente ineficaz[33]. En todos los restantes supuestos, se presume la existencia de una persona capaz, y por lo tanto, el curador *al litem* no se justifica.

Creemos que en su lugar, debe comparecer al proceso con un abogado (particular o proporcionado por el estado en los casos del art. 36 del CCyCU) a fin de que cuente con la asistencia técnica necesaria para la mejor tutela de sus derechos. La organización de un cuerpo estatal a tales fines en el marco de las tradicionales asesorías de incapaces será resorte de la jurisdicción local.

En cualquier caso, en ejercicio del poder cautelar, el juez podrá designar –en miras a la mejor tutela de la persona, siempre con carácter restrictivo y específico– el apoyo que considere necesario si fuere pertinente (art. 623 interpretado de acuerdo al art. 34 del CCyCU). Insistimos, la audiencia preliminar será especialmente útil (y oportuna) a tales fines.

---

[30] Vgr. SCBA, causa 109.819 (sent. 17/8/2011) donde se señaló "*que los principios de inmediación, celeridad y economía procesal deben primar por sobre cualquier otro en situaciones como las de autos donde se trata del contralor de una persona en situación de vulnerabilidad. Pues, el tema a resolver excede de una mera resolución de competencia para involucrar los derechos del presunto insano y en ese sentido el referido principio de inmediación es el que permitirá al tribunal tener un conocimiento cabal del causante.*" (v. voto Dr. Negri).

[31] V. art. 31 CCyCU y 3 de la LSM.

[32] El CCyCU al igual que el Código de Velez prevé quienes se encuentran legitimados para iniciar las actuaciones protectorias. Lo hace –coherentemente con la finalidad que le atribuye– modificando las personas previstas originalmente, excluyendo a "los vecinos" e incluyendo al interesado cuya capacidad se presume a tales fines (v. art. 33).

[33] V. art. 32 CCyCU.

4. **La intervención del Ministerio Público debe adquirir una nueva significación,** orientada a la finalidad de la nueva propuesta. Partiendo de las intervenciones previstas por la ley procesal, debe integrarse el sentido de su actuación con la misión que le encomienda la nueva legislación, haciendo una interpretación de su cometido "en clave humanitaria", tal como ya vienen enseñando algunos pronunciamientos de nuestro superior tribunal[34].

5. En materia probatoria, si bien en principio las posibilidades son amplias, lo cierto es que el dictamen pericial resultará –en la mayoría de lo casos– determinante. Es por eso que el CCyCU se ha ocupado de precisar su contenido, en sentido similar a las previsiones del digesto local[35], pero ampliando ciertos aspectos que responden al Modelo Social de la regulación de la discapacidad. Se precisa especialmente que el Juez no podrá fallar sin él[36]. La interdisciplinariedad que supone algo más que la sumatoria de incumbencias, –que constituye la base de la Ley especial de la materia y que ha ratificado el legislador nacional– deberá guiar la realización de la prueba en la que nos parece determinante la activa participación del juez, en orden a individualizar qué cuestiones deben hacerse explícitas en la prueba científica. Las ventajas que ofrece el cuerpo interdisciplinario que se prevé en el proceso de familia es, en este campo, evidente en cuanto a tiempo y la calidad de la evaluación.

Creemos que en este punto resulta fundamental la inmediación judicial y la activa presencia del interesado, con su abogado y el Ministerio Público en la audiencia de vista de causa[37] en el seno de la cual resultarán decisivas las facultades ordenatorias del juez pudiendo darse cumplimiento –con sujeción al principio de concentración– a lo dispuesto en el art. 626 del CPCCBA.

6. Sentencia: en este punto debe cohonestarse lo previsto por el art. 627 del rito local con el contenido del art. 37 del CCyCU a tenor de los principios generales explicitados en el art. 31 del mismo cuerpo normativo. El juez, además de cumplir con los imperativos adjetivos en torno a la sentencia, como acto procesal en sí mismo, deberá dar cumplimiento a las mandas que disponen que deberá precisar individualmente cuál será el mecanismo de apoyo en caso de que medie alguna restricción a la capacidad, el

---

[34] V. art. 103 del CCyCU, artículos 620, 626, 627, y doctrina de la SCBA en. Causa C. 117.505, "M.M.N. d. C. y otros contra 17 de Agosto S.A. y otro. Daños y perjuicios", sentencia del 22/4/2015, voto de la mayoría).

[35] V. art. 625 CPCCBA y art. 37 del CCyCU. en relación al contenido de la sentencia y su relación con los puntos del dictamen pericial.

[36] Vale precisar que el dictamen no se ha transformado en vinculante, pero como opera tradicionalmente en materia de valoración de la prueba pericial el juez ha de fundar razonablemente su decisión de apartarse en virtud de las reglas de la sana crítica (384 CPCC). Al respecto se ha dicho que "en este proceso existe la particularidad de que cuando los tres expertos se pronuncian por la capacidad de la persona el juez se encuentra vinculado a ese resultado no pudiendo disponer la incapacidad (v. **BERMEJO, PATRICIA**, comentario al art. 627 CPCCBA, en ARAZI– BERMEJO– DE LÁZZARI– FALCÓN– KAMINKER– OTEIZA– ROJAS; *Código procesal civil y comercial de la provincia de Buenos Aires. Anotado y comentado*. Tomo II. Segunda ed. , Rubinzal culzoni editores. Santa Fe, 2012. Pág. 478–479.

[37] Cfe. art. 849 CPCCBA.

tiempo inicialmente previsto (que nunca podrá ser superior a tres años, de acuerdo a lo dispuesto por la LSM) y de qué modo ha de operar de acuerdo a la tutela que se pretende otorgar.

A tales fines creemos que un ajuste razonable del procedimiento sería la realización de una audiencia a fin de que el juez explique del modo que resulte más conveniente al interesado cuál es el alcance de su decisión y de qué modo ha de llevarse a cabo, garantizando la accesibilidad y la comprensión de cómo incidirá la decisión en su vida en concreto y qué finalidad tiene el sistema de apoyos y salvaguardias[38].

7. Finalmente en torno al efecto de **la sentencia, y su revisión**: si bien se ha dicho que la decisión que declara la incapacidad hace cosa juzgada respecto de los hechos que conformaron la pretensión[39], lo cierto es que la sentencia de un proceso en el que se declara la restricción de la capacidad de una persona tendrá fuerza de tal mientras se mantengan las condiciones que motivaron su dictado[40]. La revisión de lo decidido ya estaba prevista en el CPCCBA a pedido de parte. El CCyCU (en igual línea que la LSM) prevé que podrá pedirlo el interesado en cualquier momento, aunque en los casos del art. 32 (incapacidad) se impone la revisión de oficio en un plazo que no podrá superar los tres años[41].

Creemos que ello habrá de implementarse siempre sobre la base de la evaluación interdisciplinaria y la inmediación, cuidados que deberán extremarse en casos de internación[42]. Frente a una eventual omisión, a tenor de lo que llevamos dicho, consideramos que ha de ser el Ministerio Público quien inste la revisión.

En definitiva, aún con el proceso actual, contamos con valiosas herramientas (oralidad, inmediatez, tutela anticipatoria y de urgencia, cuerpos interdisciplinarios, etc.) que pueden operar como razonables ajustes, tendientes a la concreción de un modelo de justicia que tienda a lograr la tutela judicial continua y efectiva de quienes más lo necesitan. Será nuestro trabajo proponer alternativas.

---

[38] Con ese objetivo, un juez nacional (titular del JNC n 7) redactó recientemente un fallo (MH s/insania) con lenguaje sencillo y directo contemplando que era para una mujer sobre quien recaía una sentencia de insania. Lo hizo a pedido de una curadora de la Defensoría General de la Nación, que mencionó entre sus fundamentos las normas de Naciones Unidas sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, y las obligaciones asumidas por los Estados al respecto. No es el primer caso en el mundo. El primer fallo redactado de esta manera tuvo lugar en México. Se trató del caso de un hombre, Ricardo Adair, con síndrome de Asperger. El pronunciamiento data del año 2013 y fue realizado por la Suprema Corte de Justicia de México.

39 Esa ha sido la tradicional posición de la SCBA.

[40] Rebus sic stantibus.

41 Creemos que se trata de un plazo máximo, pudiendo instar su revisión con anterioridad si las circunstancias del caso así lo aconsejan.

[42] La CSJN ha destacado especialmente que es imperiosa la necesidad de asegurar un reconocimiento pleno a la garantía de un debido proceso con que cuenta toda persona, que en el particular, versará sobre una internación psiquiátrica oportuna, limitada en el tiempo y adecuada a parámetros constitucionales pues la decisión de internar es parte de un proceso que debe estar dotado de todas las garantías procedimientales… resaltándose al necesidad de que el interesado tenga la oportunidad de ser escuchado por autoridad competente. (CSJN, "RMJ" cit.).