

XXXVIII° Congreso Nacional de Derecho Procesal

“Modelos de Justicia: Estado Actual Y Reformas Procesales”

Jujuy, 10,11, y 12 de septiembre de 2015

Comisión de Derecho Procesal Civil:

Tema: Jurisdicción preventiva

Ponencia:

“EL ROL DEL MINISTERIO PUBLICO Y LA JURISDICCION PREVENTIVA”

Autora: Romina Rudminsky¹

Dirección postal: Ángel de Peredo N° 20 – P.B. Dpto. “A”, Ciudad de Córdoba

Teléfono móvil: +54-0351-156616889

Dirección de correo electrónico: rominarudminsky@gmail.com

Síntesis de la propuesta: En esta ponencia abordamos el rol del Ministerio Público en el Código Civil y Comercial de la Nación como consecuencia de los cambios de paradigmas en la sociedad, que inciden en cuestiones no sólo terminológicas, sino también en la legitimación para postular la tutela preventiva, ante la inacción de los representantes de los incapaces, lo que constituye una sujeción impuesta.

Sumario: 1. Conceptos preliminares. Estado actual. 2. Planteamiento del tema. 3. Regulación sustancial. 4. La jurisdicción preventiva. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Conceptos Preliminares. Estado actual

En el ámbito de la teoría general del derecho el instituto de la capacidad, presenta novedades en la novel legislación del Código Civil y Comercial, lo que

¹ Abogada, adscripta a la Cátedra C de “Teoría General del Proceso”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

ha sido señalado por la doctrina, y que a modo de síntesis introductoria para esta presentación cabe señalar. En tal sentido puede sostenerse que la distinción entre incapaces absolutos y relativos cesa en su categorización.

El Código Civil y Comercial de la Nación, distingue la capacidad de derecho de la capacidad de ejercicio, cuando en su art.22, dispone: “Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados”. Por su parte, en el art. 24 se enumeran los incapaces de ejercicio al expresar: .- “Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión”.

En cuanto a la persona menor de edad, se mantiene el régimen del Código de Vélez; la mayoría de edad se alcanza a los 18 años. El art 25. Así lo dispone: “Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido DIECIOCHO (18) años”. El Código Civil y Comercial de la Nación, incorpora al adolescente entendiendo por tal al menor de edad que cumplió 13 años. (art. 25); y al menor de 13 años lo considera niño.

Vinculado al menor es importante destacar que ha sido reconocida la necesidad de éste a ser oído, en cumplimiento de lo establecido en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del niño. Dicha obligación podrá ser exigida en todo proceso judicial y en todas aquellas cuestiones que conciernen a la toma de decisiones sobre su persona. De este modo adquiere mayor virtualidad el ejercicio de la tutela judicial. (art.26 tercer párrafo).

2. Planteamiento del tema. Su justificación

Los nuevos paradigmas en materia de personas con capacidad restringida por razones de padecimientos mentales, la noción de autonomía progresiva, el

dictado de leyes nacionales como la ley 26.061 (Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes), ley 26.579 (sobre Derechos de los Pacientes), ley 26.579 (Mayoría de Edad), ley 26.657 (Salud Mental), la sanción de la Convención de los Derechos del Niño y su incorporación, junto con otros tratados de Derechos Humanos en la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22 y 23), como el dictado de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378) y los derechos reconocidos de aquellas personas humanas que los “normales” llaman personas “diferentes”, no merecen ser esclavos del tiempo y de excesivas formalidades.

En efecto el Código unificado adopta un cambio de paradigma, como se expresa en sus Fundamentos, que nos permitimos recordar; se trata de un Código de la igualdad para una sociedad multicultural, con vigencia del paradigma protectorio y no discriminatorio, deben constituir siempre un tema prioritario en la agenda estatal y brindarles la efectiva protección en el caso concreto.

Por último, resulta útil destacar, dado que las modificaciones en materia de capacidad son profundas, adecuándose a los nuevos enfoques instalados a partir de la Convención de los Derechos del Niño y Convención Internacional de Personas con Discapacidad, que se ha pasado del mecanismo de las “capacidades” hacia el de la “personalidad”. Donde el niño niña, adolescente si erige como sujeto de derecho, por cuanto se le reconoce desde el ordenamiento jurídico al hombre, como persona desde una dimensión ética. De modo que la personalidad jurídica es, una consecuencia de la personalidad.

En esta línea de pensamiento, se advierte la inclusión explícita de su tutela, a través de diversos mecanismos procesales. Nos planteamos entonces como tema de la presente ponencia, cual es el rol del ministerio público en orden a sus atribuciones y sujeciones en el planteamiento y desarrollo de la tutela procesal preventiva. Y si por las característica de la función preventiva,

encuentra particularidades en la gestión.

3. Regulación sustancial

El art. 100 del Código Civil y Comercial dispone que las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí.

Es decir, que existen derechos que sí pueden ejercer por sí mismos (art. 23: toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial).

De esta manera, se refleja la influencia de los cambios de paradigma que mencionáramos *ut supra*. Nos referimos aquí a las personas con padecimientos mentales (art. 12 CDPD), a los niños, niñas y adolescentes, que según la edad y grado de madurez puede ejercer por sí actos permitidos por el ordenamiento jurídico, con el ejercicio del derecho a ser oído. Vemos como se interrelacionan los distintos artículos del Código en una lógica coherencia a fin de brindarle a los institutos regulados (responsabilidad parental, tutela, curatela) una aplicación práctica y concreta, acorde con la normativa nacional y constitucional.

Esto importa el reconocimiento de las capacidades graduales, progresivas desde un enfoque de derechos humanos. Este enfoque implica tener una dimensión ética, con contenido relativo a la protección y a la promoción del derecho a la igualdad, dignidad, no discriminación, como también de los derechos económicos, sociales y culturales (derechos de segunda generación). Su fundamento (para su exigibilidad) lo encontramos no en mandatos morales, sino en obligaciones jurídicas, imperativas y exigibles impuestas por los tratados internacionales de derechos humanos.

La representación de los incapaces es legal, necesaria, dual (ya que se complementa con la actuación del Ministerio Público, conf. art. 103) y

controlada (existen actos que requieren un control, como los previstos en los arts. 105 y 678).

Sobre los representantes el art. 101 enumera de manera taxativa quiénes son los representantes:

- a. los padres, de las personas por nacer;
- b. los padres de las personas menores de edad no emancipadas (vinculado con el art. 26);
- c. el tutor (o los tutores) que se designe, en caso de falta de padres, o si ambos son incapaces, o privados de la responsabilidad parental o suspendidos en su ejercicio; El o los apoyos designados, de las personas con capacidad restringida, especificándose mediante sentencia la representación que tengan para determinados actos; el curador de las personas incapaces, en los términos del último párrafo del art. 32.

La asistencia de apoyos, previstos en el art. 102, es consecuencia de la influencia del cambio de paradigma en el modo de encarar y tratar situaciones vinculadas con las personas con discapacidad (sobre el respeto y realización de sus derechos y garantías).

En tal sentido, se ha pasado de un modelo de "sustitución" en la toma de decisiones hacia otro denominado "modelo de asistencia en la toma de decisiones", todo ello, en el marco del respeto a los derechos humanos de las personas con sufrimiento mental. Cabe destacar que la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad establece la incorporación de las medidas de apoyo y salvaguarda, eliminando el concepto de "incapacidad de hecho" por el de "complemento".

No podemos dejar de mencionar aquí, a partir de dicha Convención, la vigencia del "modelo social de la discapacidad". Sobre el mismo se ha dicho que "Desde el modelo social de discapacidad se pretende que las respuestas sociales frente al fenómeno mismo de la discapacidad sean abordadas desde el respeto a la igual dignidad de todas las personas y fundadas sobre la base de los derechos

humanos. En este marco se proclama la inclusión de la diferencia que implica la diversidad psicosocial como una parte más de la realidad humana. Se entiende, pues, que no son las barreras que levanta la sociedad para permitir la adecuada integración de todos los grupos sociales conforme a las necesidades de cada una de ellas. Es decir, el origen de la discapacidad está dado en la interacción de la persona con el contexto social en el cual se desenvuelve".

En virtud de los cambios de paradigmas operados en materia de derechos humanos y respecto de la persona desde una dimensión ética y social, junto con la vigencia de los tratados de derechos humanos incorporados en la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22 y 23) y leyes 26.378, 26.061, se impuso una readecuación de la función o rol del Ministerio Público, distinguiendo en el Código unificado, las siguientes modificaciones (respecto del Código anterior):

- Cambio de denominación. Nos referimos en la actualidad a Ministerio Público, en lugar de Ministerio de Menores. Dicha denominación resulta abarcativa de las personas respecto de las cuales asiste: menores de edad, y con capacidad restringida.
- Se deja el concepto de "representación promiscua", reemplazándolo por el de "actuación complementaria".

El art. 103 dispone expresamente que la actuación del Ministerio Público puede ser en el ámbito judicial, complementaria o principal. Ello, con respecto a personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida.

La actuación será complementaria, sólo en el ámbito judicial, en todos los procesos en el que estén involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida. La falta de intervención del Ministerio Público causa la nulidad relativa del acto. Así por ejemplo, en el art. 692, que indica la autorización judicial para disponer de los bienes del hijo, pudiendo ser declarados nulos los actos realizados sin autorización, si perjudican al hijo. En ese caso, es necesaria la intervención del Ministerio Público y su falta de actuación provocaría la nulidad relativa.

También, la actuación del Ministerio Público, puede ser principal: cuando los derechos de los representados están comprometidos y existe inacción de los representantes, cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes y cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

En cuanto al ámbito extrajudicial, el art. 103 dispone expresamente que el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos económicos sociales y culturales. Siendo estos derechos de segunda generación (salud, educación, vivienda) vitales en el desarrollo integral de las personas, resulta importante toda medida que tienda a la protección y efectividad de los mismos.

Otro cambio que se advierte, según Colef, es la supresión de la función de asistencia en cabeza del asesor de menores (receptando aquí el carácter de sujeto de derechos de los niños, niñas y adolescentes) debiendo en consecuencia no asistir, sino garantizar el ejercicio y la protección de sus derechos conforme la doctrina de la protección integral.

4. La jurisdicción preventiva

El Código Civil y Comercial incorpora diversas normas de corte formal que integran un típico sistema de tutela procesal que de modo uniforme regula ciertos institutos. Así la novedad presta un espacio claro y determinado a la tutela preventiva que ya habían obtenido reconocimiento tanto en la doctrina de los autores y jurisprudencia.

Dentro de la tutela de los derechos de la persona, se resguardan a quienes padecen restricciones en su capacidad. Bajo el manto de la Constitución Nacional y de la Convención de Derechos de las Personas Discapacitadas, los derechos de los incapaces están protegidos de modo preferente, privilegiado y que en el Estado, todos sus departamentos, incluidos el Poder Judicial, deben

promover medidas de acción positiva para garantizar la concreta real y efectiva tutela.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sienta doctrina en torno de la facultades del Congreso de la Nación para dictar disposiciones formales, especiales, siempre que resulten necesarias para asegurar la tutela efectiva de los derechos sustantivos; referidos en este caso particular a aquellas personas con capacidad restringida por razones de padecimientos mentales, con el objetivo central de asegurar toda la libertad que sea posible y al mismo tiempo la protección necesaria. El Juez debe determinar la extensión y alcance de esa incapacidad y designar representantes o apoyos, a fin de que puedan tomar decisiones.

El nuevo código, se limita a establecer quiénes pueden ser protegidos por estos procesos, quienes son los legitimados para iniciarlos, los deberes y facultades judiciales, el régimen de la prueba, etc.

Por último, partiendo de la presunción de capacidad general de ejercicio que tiene la persona aun cuando se encuentra internada, se permite la intervención en el proceso a las personas con capacidad restringida o incapacidad, enfatizándose el derecho a recibir información y asistencia letrada gratuita si carece de medios.

Otras de las innovaciones trascendentes en orden a la legitimación para promover el proceso de declaración de incapacidad y capacidad restringida, incluye al propio interesado, parientes, cónyuge, conviviente y al Ministerio Público. (art. 33).

El incapaz actuará en el proceso como parte, acompañado de un asesor letrado, y complementariamente lo hará el Ministerio Público. Ambos deben estar presentes en las audiencias (art.34 in fine). Se cumplirá de este modo la previsión en las audiencias de prueba, con la finalidad de asegurar el debido esclarecimiento de todos los hechos controvertidos.

Habr  de tenerse en cuenta tambi n el poder-deber del juez de aseguramiento cautelar, debiendo ordenar las medidas necesarias a fin de garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona.

Viene cuanto recordar que seg n Peyrano las t cnicas anticipatorias de decisiones de m rito encuentran legitimaci n tambi n en la tutela judicial efectiva. Existe tutela anticipada cuando la matriz del proceso en cuyo seno se reclama su despacho prev  que normalmente la sentencia de m rito se deber  emitir en un tiempo bastante distante y, sin embargo concurren factores aceleradores de los tiempos del procedimiento que posibilitan una decisi n provisoria con mucha antelaci n a lo que ser  pronosticable. Afortunadamente, hoy no faltan precedentes, especialmente cuando se trata de tutelas anticipadas postuladas por parapl gicos, quienes se encontrar n con riesgo de muerte si no se les anticipa una porci n de la indemnizaci n reclamada de despachos de tutelas anticipadas de urgencia. En cuanto al factor evidencia, entendida como una fort sima verosimilitud de que le asistir  raz n a la actora en sus planteos, tambi n puede funcionar como acelerador de tiempos procesales, tal y como se propone en Brasil. Un ejemplo legal de tutela de evidencia lo constituye el tenor del art culo 517 del C.P.C. santafesino.

Peyrano sostiene que la tutela judicial efectiva se ha calificado como el m s importante de los derechos porque constituye el derecho a hacer valer los otros derechos. Y que en la  poca actual, la tutela judicial anticipada es una noci n m s amplia que la de “debido proceso”, a la que engloba y comprende.

Tambi n podr amos considerarla como un principio que contiene un mandato de optimizaci n que manda a hacer lo mejor seg n fueren las posibilidades jur dicas del caso.

La tutela judicial efectiva no se encuentra receptada expresamente en la Constituci n Nacional; surge del art culo 43 C.N., permite considerarla entre los derechos y garant as no enumeradas, en virtud de la constitucionalizaci n de la Convenci n Americana de Derechos Humanos (art culos 8 y 25) y el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 12 y 14), cuyos textos si bien no usan la locución denominada “tutela judicial efectiva” utilizan términos que inequívocamente conducen a pensar que la intención es incorporarla a su ideario.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado que cualesquiera fueren los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ellos tienen fuerza vinculante para nuestro país; debiendo recordarse que las normas de los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional gozan en nuestro ordenamiento de operatividad directa no siendo necesario su reconocimiento legal y resultando así directamente aplicables por todos los poderes del Estado.

En el ámbito del proceso civil, se debe hacer todo lo necesario para la realización de los derechos materiales prometidos por los códigos de fondo; y ello reclama que el legislador procesal no pierda de vista, en ningún momento, que su norte debe ser la efectiva protección del derecho material en juego.

La tutela judicial efectiva exige un juez activo según nos enseña Peyrano, requisito que se ve reflejado en la tarea asignada al juez en el Código Civil y Comercial, que recepta la corriente de pensamiento que otorga a los jueces un papel más protagónico durante el devenir del proceso civil, denominado activismo judicial.

En este ámbito, los jueces tienen un deber funcional de proveer de herramientas y técnicas procesales idóneas para realizar el derecho material en juego, aun frente a hipótesis de omisiones legislativas.

Acertadamente, se ha dicho lo que sigue: “si la técnica procesal es imprescindible para la efectiva tutela de los derechos, no se puede suponer que ante una omisión del legislador el juez nada puede hacer. Esto por una razón simple: el derecho fundamental a la efectividad de la tutela jurisdiccional no se vuelve sólo contra el legislador, sino también se dirige contra el Estado-juez. Por ello, es absurdo pensar que el juez deja de tener el deber de tutelar de

forma efectiva los derechos solamente porque el legislador dejó de establecer una norma procesal más explícita.

Lo que se desea evidenciar es que el juez tiene el deber de interpretar la legislación procesal conforme son los valores de la Constitución.

Para que un ordenamiento jurídico se pueda preciar de brindar una tutela judicial efectiva, la efectiva y oportuna materialización de las órdenes y decisiones judiciales serán un recaudo requerido a tal fin. En el marco señalado y en orden a las atribuciones y facultades del Ministerio Público se encuentra plenamente legitimado para plantear la tutela preventiva ante la inacción de los representantes de los incapaces. Tal legitimación fluye del mentado artículo 103 y se potencia por las finalidades del instituto, cual es la de prevenir el daño. En tal sentido, el acto de plantearla, no queda captado en la categoría procesal de ser una mera atribución, típica a la que se corresponde el acto de demandar, sino en la de un *deber funcional como sujeción impuesta*, por las características de su intervención.

5. Conclusiones

La intención del legislador en la regulación y redacción del art. 103 del Código Civil y Comercial es pura y exclusivamente tuitiva. Como antecedente directo, encontramos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: corresponde decretar la nulidad de las actuaciones cumplidas sin la intervención del Ministerio Pupilar, toda vez que se hallan comprometidas las garantías de defensa en juicio, del debido proceso legal, de acceder a la justicia en un pie de igualdad y el derecho a ser oído, tutelados —con relación a los menores— por la Constitución Nacional y por la Convención sobre los Derechos del niño, por lo que debe primar la evidente finalidad tuitiva perseguida por el legislador al prever la defensa apropiada de los derechos del menor, especialmente cuando el tema fue objeto de consideración específica en

tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional —art. 75 inc. 22 de la Ley Suprema—. Corresponde descalificar la sentencia que, al confirmar una resolución, omitió dar intervención al Ministerio Público para que ejerciera la representación promiscua a pesar de que dicha resolución comprometía en forma directa los intereses del niño, lo que importa desconocer el alto cometido que la ley le ha asignado a dicho ministerio y no sólo menoscaba su función institucional, sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones (CSJN, 19/5/2009).

Dado los supuestos previstos en el artículo 103 del Código Civil y Comercial la Actuación del Ministerio Público se erige principal o directa, siendo el único sujeto con posibilidad de proteger los intereses y derechos de los representados en cada caso en particular. Por lo que el contenido del proceso se resume en lo que Clariá Olmedo llama las *categorías procesales*. Estas son situaciones activas y pasivas que surgen y se generan en virtud del ejercicio de poderes de realización del derecho y en la necesidad de garantizar para el éxito del proceso la intervención de otros sujetos. Dentro de la clasificación de las mismas, el Ministerio Público actuaría en virtud de una sujeción impuesta, ya que su intervención se justificaría por razones que atienen al interés público. El Código unificado de manera explícita acuerda legitimación procesal al Ministerio Público, para plantear la tutela preventiva ante la inacción de los representantes de los incapaces lo que constituye como se apuntó: una sujeción impuesta.

6. Bibliografía

- Julio César Rivera y Graciela Medina “Código Civil y Comercial de la Nación comentado.” - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014 – Tomo I.

- Roberto O. Berizonce. Normas procesales del Código y Comercial de la Nación. Personas con capacidades restringidas. La ley, 2015.
- Revista del Colegio de Abogados de La Plata. Año LIV. ed. espejo., 2013. http://www.calp.org.ar/uploads/docs/reforma_codigo_civil.pdf
- Modificaciones relevantes del Código Civil y Comercial de la Nación. <http://www.sde.gob.ar/justicia/cuadrocomparativo.pdf>
- Jorge W. Peyrano. "Importancia de la consolidación del concepto de la tutela judicial efectiva en el ámbito del juicio civil y análisis de su contenido" http://faeproc.org/wp-content/uploads/2012/09/Ros_5.pdf

