

## **Sistemas de protección en torno a las personas vulnerables**

### **Las figuras de la representación y la asistencia a la luz del nuevo Código Civil y Comercial**

*María de los Ángeles Baliero de Burundarena*

*Actualización del Código Civil y Comercial Comentado. Director Lorenzetti, R. . Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, (en prensa)*

#### **1. Introducción**

El Código Civil y Comercial de la Nación ha sido reformado con el objeto de adecuar el derecho positivo a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y a la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. El Código ha constitucionalizado el derecho privado transversalmente. De allí, la necesaria transformación de los sistemas de protección para las personas vulnerables que existían en el anterior Código Civil, incluidos el art. 59 del asesor de menores con su representación promiscua, como también la tutela oficial (ley 10.903 de Patronato del Estado) ya derogados. Entonces de un sistema rígido de protección, avanzamos a otro progresivo, flexible, subsidiario, proporcional y representativo, en especial, para los niños , para los incapaces excepcionalmente declarados por sentencia y para los adolescentes en sus cuestiones patrimoniales , pero no en aquellas cuestiones de adolescentes en el cuidado de la propia salud donde la protección resulta del régimen de asistencia. Y decimos que existe una transformación porque en materia de ejercicio de la capacidad jurídica el régimen de protección es el de la asistencia, con la inclusión en el CCy C del sistema de apoyos para la toma de decisiones (SATD). De este modo, se distingue la capacidad de derecho (aptitud para la mera titularidad de las relaciones jurídicas) de la capacidad de ejercicio (aptitud de ejercer por sí mismo los derechos).

Por eso se adecuan las normas civiles a las convencionales/constitucionales en especial normas referentes a los niños, niñas y adolescentes y a las personas con discapacidad, a la cambiante sociedad y multiplicidad de realidades , que se hace alusión reiteradamente a términos como “edad y grado de madurez”, “capacidad progresiva” y “derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta”.

Asimismo, la figura de la representación ya no resulta un sistema rígido y hermético (como sí lo era en el Código derogado): el representante no puede tomar las decisiones únicamente basándose en su iniciativa, sino que debe atender a los deseos e intereses de la persona por quien actúa quien debe ser informada sobre todas las cuestiones que le atañen por su representante. Por lo tanto, el sistema se establece en beneficio exclusivo de la persona para quien la ley ha dispuesto que deba ser representada.

En este trabajo se han reformulado algunos criterios que hacen a la temática de los sistemas de protección a partir de la vigencia e implementación del CCy C y el tiempo que ha transcurrido desde entonces.

##### **a. Sistema de protección: la representación**

Las personas vulnerables cuya capacidad de ejercicio para obrar sus derechos se encuentra limitada por la ley, se hallan resguardadas por un sistema de protección denominado “representación”.

Como regla general en el marco del presente sistema de protección, el artículo 100 del CCyC establece que las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí.

Por su parte, el artículo 24 establece quienes son las personas incapaces de ejercicio, a saber : a) la personas por nacer, b) la persona que no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente con el alcance dispuesto en la sección 2ª, del Capítulo Segundo; y c) la personas declaradas incapaces por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.”

### **1. Principio de presunción de capacidad y alcance de la representación**

El Código, introduce una presunción sobre la capacidad plena de ejercicio de los derechos /capacidad de obrar / capacidad jurídica /capacidad de hecho del sujeto vulnerable, no obstante las variaciones que realiza para ello, en cada supuesto. Dicha capacidad se presume en plenitud para todos los sujetos en igualdad de condiciones (confr. art. 12 de la CDPD; arts. 5 y 12 de la CDN; y art. 7 inc. 3 del CDPD). Las limitaciones al ejercicio de la capacidad son por tanto excepcionales, de conformidad con el art. 31 del CCyC que prioriza la mencionada presunción.

Ahora bien, el Código prevé distintas formas de compensación a dichas limitaciones a través de la figura de la representación, cuyas funciones son expresamente establecidas. Las limitaciones a la capacidad de obrar y sus motivaciones son reguladas en favor de la persona y deben ser revisadas periódicamente, al igual que la función representativa.

La representación como función es ahora proporcional, adecuada y flexible a la extensión de la limitación a la capacidad en cada caso en particular. El binomio representante-representado ya no implica una relación de poder del primero “sobre” el segundo, sino que el actuar del representante debe ser exclusivamente “para” los intereses y la persona del representado. Por tanto, la voluntad del representado pasa a tener una importancia primordial, el sistema de la representación no la excluye ni la reemplaza. Por ende , a mayor autonomía del sujeto, menor será la representación.

Los principios para la capacidad de obrar de los niños, niñas y adolescentes se encuentran comprendidos en el Art. 26 del Código Civil. Así, el principio general es que las personas menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes legales. Sin embargo, aquellos que cuentan con edad y grado de madurez suficiente (art.5 CDN) pueden ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. Pueden realizar entonces, ya que la ley lo presume para los adolescentes en trece 13 y 16 años, decisiones respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos ni comprometen su estado de salud o provocan riesgo a su salud o integridad de vida. Por ejemplo: decidir la realización de prácticas de radiológicas, o de primeros auxilios como suturas, acudir a realizarse prácticas de laboratorio, consentir la colocación de bota de yeso, acudir a una unidad hospitalaria para informarse sobre algún aspecto de su salud sexual y reproductiva, vacunarse, prácticas odontológicas de rutina, entre otros. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o se pone en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores. El conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o nó del acto médico. Un ejemplo frecuente y que es dable traerlo para la aplicación de esta normativa, resulta la negativa del adolescente a continuar con tratamientos que son vitales para su subsistencia como ser ,la diálisis . En estos supuestos y aun cuando los representantes legales coincidieran con la decisión del adolescente, dicha postura no atiende la finalidad de la norma que es “el cuidado del propio cuerpo o la salud” y excede por tanto el ámbito de autonomía que el art. 26 del CCyC le reconoce al adolescente. En ese supuesto debe judicializarse y resolverse el conflicto teniendo en la mira su superior interés sobre la base de la opinión médica. A partir de los 16 años, el adolescente es considerado como un adulto, para que decida de modo atinente sobre “ el cuidado” de su propio cuerpo y de su salud. Esta norma no adelanta cronológicamente la mayoría de edad. Entonces, lo mas importante al momento de conformar o nó una práctica médica decidida por un adolescente entre los 16 y 18 años es ,si aquélla resulta apropiada para “el cuidado” del propio cuerpo y de su salud. De no tratarse de una practica médica de “cuidado” también excede aquélla autonomía progresiva que el CCyC en el art. 26 , les ha reconocido a esta población adolescente . Por ejemplo : una cirugía estética decidida por un adolescente, por una cuestión banal , no aparece como una decisión de cuidado a su salud. Sí resultaría por ejemplo, una decisión de

“cuidado a la salud y al propio cuerpo” una cirugía reparadora (implante mamario) por tratamiento médico oncológico anterior, o una cirugía reparadora facial como parte de un tratamiento luego de un accidente automovilístico, y en estos supuestos el consentimiento del adolescente de 16 años, es suficiente.

Asimismo, pueden intervenir los adolescentes a partir de los 13 años, con asistencia letrada, en aquellas situaciones en las que mediare algún conflicto de intereses con sus representantes. Se reconoce el principio de la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes, según su edad y grado de madurez .

En la misma línea, el art. 707 del Código Civil reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes y las personas con padecimientos psíquicos a participar en todos los procesos que los afecten directamente mediante el ejercicio de su derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta. Igual criterio debe considerarse para la función representativa (curadores) en los supuestos de las personas declaradas incapaces y aquellas con capacidad restringida para la celebración de determinados actos jurídicos celebrados por el “curador” o por el “apoyo” (art.101 inc .c) CCyC) cuando el juez le otorga en la sentencia facultades de representación, para supuestos necesarios. Esas pautas que también están enumeradas como reglas obligatorias para el juez en el art. 31 del CCyC conforman el nuevo paradigma de derechos que deben cumplirse no solo en el proceso judicial sino también en los tratamientos.

El sistema de la representación que opera para los casos señalados en el art.101 inc.c) y 32 ultima parte del CCy C, se reitera . debe por tanto adaptarse al principio general del art. 31 de este Código, el que establece que “la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial”.

Dentro de los actos no alcanzados por la figura de la representación se encuentran las decisiones sobre los derechos personalísimos o de la personalidad del representado, las cuales quedan fuera de la órbita de las funciones del representante por tratarse de derechos de carácter estrictamente personales y que, por tanto, no pueden ser suplidos o sustituidos por su representante.

## 2. Caracteres de la representación

La representación presenta los siguientes caracteres:

**2.1.** En primer lugar **es necesaria** para todas aquellas personas enumeradas taxativamente en el art. 24 del Código.

De esta manera, el Código Civil reconoce las distintas circunstancias en que las personas son protegidas. Los niños, niñas y adolescentes, las personas declaradas excepcionalmente incapaces por sentencia o aquellas con capacidad restringida y asistidas por el sistema de apoyos representativos para la toma de decisiones, deben ejercer sus derechos a través de sus representantes. Es decir la exteriorización de la voluntad para la realización de un acto jurídico la efectúa en estos supuestos el representante necesario. Es decir , por los progenitores en distintos supuestos: a) en el caso de las personas por nacer ,b) de los niños y los adolescentes en aquellos supuestos en que el acto de carácter patrimonial sea de disposición de sus bienes o de administración y en aquellos de carácter personal que por su finalidad excedan el ámbito de la autonomía que el Código les reconoce a los adolescentes en el art.26 del Código, c) por los tutores, por los guardadores, d) por los curadores o por los apoyos con facultad representativa en aquellos casos que el juez lo decida (Art. 101 inc. c del código Civil).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> En relación a los *supuestos previstos en la ley* para otorgar la representación necesaria se encuentran:

- a) La carencia de representante legal:

---

El art 103, inc. b, párrafo (iii) le impone al Ministerio Público, "proveer la representación cuando carecen de representante legal"... Al respecto, se sobreentiende que dicha obligación corresponde a todos los magistrados del Ministerio Público en cualquiera de las instancias o fueros donde actúen, ya que es indispensable que todas las personas puedan ejercer sus derechos cuando la ley expresamente regula que ese ejercicio lo actúan -por los motivos que la ley expresa- a través de sus representantes.

A tal efecto, deben pedir ante el juez competente la designación de los representantes legales para las personas menores de edad, para las personas con capacidad restringida en tanto la sentencia que ha limitado la capacidad de ejercicio le tenga prohibido la realización de un acto jurídico por sí misma, y a las personas declaradas excepcionalmente incapaces.

b) La guarda otorgada por el juez a terceros o delegada por los propios progenitores:

En el art. 104, se reconoce a **la guarda** como una institución similar a la tutela y se amplía el alcance de la representación necesaria a los niños cuya guarda el juez otorgue a terceros por razones graves; o a la guarda delegada por los progenitores en el ejercicio de la responsabilidad parental, estableciéndose que "en ambos supuestos **el guardador es el representante legal del niño/a o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial**".

c) La designación judicial de tutores:

En el art. 109 de Tutela especial, se establece cuándo corresponde la designación judicial de "tutores especiales" y se detallan varios supuestos.

d) El art. 111, establece quiénes son las personas obligadas a denunciar la ausencia, falta o carencia de representación de un niño/a o adolescente. Ellas son: "los **parientes obligados a prestar alimentos** al niño/a o adolescente , el **guardador o quienes han sido designados tutores** por sus padres o éstos les hayan **delegado el ejercicio de la responsabilidad parental**, deben denunciar a la autoridad competente que el niño, niña o adolescente no tiene referente adulto que lo proteja, **dentro de los DIEZ (10) días** de haber conocido esta circunstancia, bajo pena de ser privados de la posibilidad de ser designados tutores y ser responsables de los daños y perjuicios que su omisión de denunciar le ocasione al niño, niña o adolescente" y "**los oficiales públicos**, encargados del Registro Civil y Capacidad de las Personas **y otros funcionarios públicos** que, en ejercicio de su cargo tengan conocimiento de cualquier hecho que dé lugar a la necesidad de tutela".

e) En el párrafo tercero del mismo artículo, el Código determina que "el juez debe proveer de oficio lo que corresponda, cuando tenga conocimiento de un hecho que motive la apertura de una tutela".

f) El art. 135 inc. b) párrafo segundo (referido a las causas de terminación de la tutela) dice que "En caso de muerte del tutor, el albacea, heredero o el otro tutor si lo hubiere, debe ponerlo en conocimiento inmediato del juez de la tutela. En su caso, debe adoptar las medidas urgentes para la protección de la persona y de los bienes del pupilo".

g) El art.139 introduce la figura de la directiva anticipada, disponiendo que la persona capaz puede designar (de manera anticipada) a aquella persona que ejercerá su curatela; eligiendo de este modo su representante. Asimismo, establece que "los padres pueden nombrar curadores de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores. Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente. A falta de las previsiones mencionadas para dar representante a los sujetos más débiles de las relaciones jurídicas que se traban, el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica".

h) El art.140 del Código determina que "el curador de la persona incapaz y con capacidad restringida es el tutor de los hijos menores de éste" en relación a la persona protegida con hijos.

i) La enumeración de los deberes de los progenitores está contenida en el art. 646 de este Código, en su inciso f se hace alusión al deber de "representar y administrar el patrimonio del hijo".

j) El art. 657 del Código se refiere al otorgamiento de la guarda a un tercero. La norma establece que: "En supuestos de especial gravedad el juez puede otorgar la guarda a un tercero, pariente o no, por un plazo de UN (1) año prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código".

k) El art. 696 -referido a la remoción de la administración- expresa lo siguiente: "Removido uno de los progenitores de la administración de los bienes, ésta corresponde al otro. Si ambos son removidos el juez debe nombrar un tutor especial".

l) El art. 703, regula los casos de privación o suspensión de ejercicio de la responsabilidad parental estableciendo que "Si uno de los progenitores es privado de la responsabilidad parental o suspendido en su ejercicio, el otro continúa ejerciéndola. En su defecto, se procede a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés del niño o adolescente".

La representación como sistema legal de protección siempre se instituye en el beneficio de la persona. La función primordial de los representantes es favorecer la autonomía personal de la persona, promover sus habilidades y aptitudes, respetar sus deseos y preferencias.

## **2.2. Supuesto no contemplado por la ley, que debe asimilarse por su finalidad a la norma del art. 104 in fine del Código Civil: la guarda del progenitor afín. Representación legal.**

En efecto por el art.674 del Cód. Civil y Comercial, intitulado "delegación en el progenitor afín" se establece que: " *El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio Esta delegación requiere homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente*".

Para este Código la finalidad de la norma es fundamental y no se advierten motivos contrarios para que el juez al homologar la delegación establecida por ambos cónyuges o convivientes o por el propio juez ante los supuestos que la norma enuncia designe como guardador - por el plazo que perdure dicha delegación del ejercicio de la responsabilidad parental- al progenitor afín. Además, si el cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro y, tenga que realizar los actos propios de la formación en su crianza y adoptar decisiones en caso de urgencia, es razón más que suficiente para que se lo invista del carácter de "guardador".

Si a ello le sumamos que en el lapso conferido como "guardador" deba otorgar en favor de los hijos del cónyuge un acto jurídico que les resulte de absoluta necesidad o de ventaja evidente es dable investirlo de la representación suficiente para que pueda celebrarlo. Por otro lado, si relacionamos la finalidad de esta norma, con aquella del art. 104 del CCyC, que reconoce expresamente el carácter de representante legal del guardador "en todas aquellas cuestiones de índole patrimonial" y reúne los supuestos de los arts. 643 y 657 del Código Civil (delegación del ejercicio de la responsabilidad parental de los progenitores en un tercero, y otorgamiento de guarda a un tercero por el juez) es de toda lógica derivar en que "el progenitor afín es el guardador "y por ende "representante legal de los hijos del otro cónyuge" mientras perdure la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental que se le hubiere homologado judicialmente.

La doctrina del art. 104 del CC y C que resume los dos supuestos contemplados en el art. 643 y 657 y concluye con contundencia en la frase: "*en ambos supuestos el guardador es el representante legal para todas aquellas cuestiones de índole patrimonial*", señalamos que este supuesto de delegación de la responsabilidad parental del art. 674 del CCyC debe ser asimilado y tenerse al progenitor afín guardador como representante legal de los hijos del cónyuge o conviviente, porque ello facilitará sin duda el cumplimiento de los deberes que por ley se le imponen en el art.673 del Código. Hay más razones para pensarse sobre la probidad en designarse al progenitor afín guardador como representante legal, en tanto la ley prevé el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental con el progenitor afín y le determina obligación alimentaria de carácter subsidiaria. Si en los hechos el progenitor afín exhibe su rol de guardador en los supuestos del art. 674, y este código parte de la realidad de vida de las personas, razón de peso para que obtenga no solo el reconocimiento de guardador y sino el de representante legal en los supuestos previstos, por el plazo necesario y con las exigencias que la norma requiere conforme la doctrina del art. 104 del Cód. Civil y Comercial.

Asimismo, el sistema de protección a partir de la representación instaurado por el nuevo CCyC, presenta otros caracteres acordes a los principios y reglas generales incorporados por los tratados internacionales, en especial la CDN y la CDPD, a saber:

**2.3** Otro de los caracteres de la función representativa es la gradualidad por el principio de la capacidad progresiva y la revisión de la sentencia judicial. Como también es flexible y proporcional de acuerdo a la extensión de la limitación o restricción del ejercicio de la capacidad de l

Es excepcional cuando se trata de personas mayores de 13 años de edad declaradas incapaces por sentencia judicial y reservada ésta para supuestos extremos.

## **2. Contralor judicial de la representación para determinados actos**

La representación, está sujeta en parte a contralor judicial. Así, tanto los actos de disposición de bienes de los hijos menores de edad como los actos para la disposición de los bienes de las personas tuteladas o aquellos actos de administración extraordinaria que realice el tutor, requieren la debida autorización judicial. Asimismo, los actos de disposición que realice el curador o curadores de los bienes del representado o los actos de disposición que realicen los apoyos con función representativa de las personas con capacidad restringida, requieren contralor judicial. Así también, los actos que se realicen en beneficio de los representados en extraña jurisdicción.

En la tutela, los actos que por su complejidad y especificidad de los bienes administrados exijan la designación de uno o varios tutores especiales con funciones diversas a las del tutor general, requieren autorización judicial.

Es fundamental, el debido respeto a las preferencias o deseos de las personas representadas, de conformidad con el nuevo paradigma.

## **3. Sobre el binomio que conforma el sistema de protección de la representación: “representante-representado”.**

Como sistema de protección, la representación es instituida únicamente en beneficio de las personas mencionadas para determinadas situaciones. Tiene origen legal y no puede ser sustituido por la voluntad de las partes. Además, es necesaria ya que está conformada por normas de carácter imperativo que acarrea nulidades si son soslayadas. Comparto en la actualidad la doctrina que sostiene que la representación ha dejado de ser dual. Tanto por haberse derogado el art.59 del Código anterior, que investía de representación al asesor de menores además de la representación de los padres , como también porque la intervención del Ministerio Público subsiste ahora como actuación complementaria a la de aquéllos conforme al art. 103 del CCyC dotado de legitimación sustancial y formal” *para intervenir en todo asunto donde se encuentren involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, siendo que la falta de intervención del Ministerio Público causa la nulidad relativa del acto”....*<sup>2</sup> Pero el CCyC no lo ha investido de representación. Persiste en cambio una actuación integrada entre el representante legal de la persona menor de edad, aquella con capacidad de ejercicio restringida o declarada excepcionalmente incapaz y la necesaria intervención complementaria o principal del Ministerio Público. Máxime que en todos estos supuestos que describe la norma del art.103 para la intervención complementaria , principal , judicial o extrajudicial del Ministerio Público también prevé el contexto normativo la participación activa de quienes encuentran comprometidos sus intereses y derechos , la asistencia letrada para su defensa, la necesidad de ser oídos según su edad y grado de madurez. La actividad de los representantes está sometida a contralor judicial, y el juez debe resolver atendiendo a lo que resulte más beneficioso a los intereses de la persona protegida y además por ley 27.419 del Ministerio Público de la Defensa, el Ministerio Público es una salvaguardia de la actuación de los apoyos designados en los procesos de restricción a la capacidad jurídica.

---

<sup>2</sup> Giavarino ,Magdalena B.”El Ministerio Público en el Código Civil y Comercial de la Nación.Una interpretación sobre su actuación”. Publicado en Revista Derecho de Familia y Persona , 7/12/2015,Cita Online AR/DOC/3999/2015

El Código define de manera precisa quienes son las personas que deben actuar por aquellas que resultan incapaces de ejercicio (según art. 24 del CCyC). Así, la representación legal de dichas personas se desarrolla a través de distintas instituciones: la responsabilidad parental (para personas por nacer y niños/as o adolescentes), la tutela (para personas menores de edad que no estén bajo el régimen de la responsabilidad parental o carezcan de adulto responsable), los apoyos con facultades representativas (art.101 inc. c) del CCyC cuya fuente es el Preámbulo inc. j) como “apoyos intensos” de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – CDPD).

El Art. 101 del CCyC enumera a los representantes, según quien resulta la persona protegida y que requiera de la representación. A saber, expresa “son representantes: a. de las personas por nacer, sus padres; b. de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad paterna, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe; c. de las personas con capacidad restringida o los apoyos designados cuando conforme a la sentencia estos tengan representación para determinados actos; de las personas incapaces en los términos del último párrafo del Art. 32, el curador que se les nombre.”

#### **4.1. Alcance de la representación de la persona por nacer**

El art.19 del Código, establece el comienzo de la existencia de la persona<sup>3</sup>. Sin embargo, la personalidad del por nacer está supeditada a una condición resolutoria: si el niño nace muerto queda cumplida la condición y extinguida retroactivamente la personalidad. Por el contrario, si nace vivo la condición no se cumple y, por tanto, la resolución (extinción retroactiva) no se produce, es decir, la personalidad que había comenzado desde la concepción/implantación del embrión continúa.

La protección jurídica, según el art. 75 inc. 23 CN, comienza “(...) desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”. Así lo entendió la CSJN en autos “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo “de fecha 24/04/2012, recurso de hecho Q. 64. XLVI”. Es decir, que a partir del embarazo de la mujer existe una persona por nacer que es titular de derechos, pero como es incapaz de ejercer por sí misma acto jurídico alguno emerge la necesidad de que actúe por él un representante. Como se dijo anteriormente, dicha personalidad es condicional debido a que su existencia está supeditada a un hecho futuro o incierto: el nacimiento.

Los concebidos son titulares de derechos en general. Sin embargo, la representación se instituye solamente ante la necesidad del ejercicio de algún acto jurídico en particular. Los representantes de las personas por nacer son sus progenitores y su ejercicio no necesita ser conferido por el juez. En los supuestos de celebración de actos jurídicos trascendentales, se debe dar intervención al Ministerio Público. Cuando se realice una donación a favor de la persona por nacer, basta con que el representante la acepte mediante escritura y en el caso de un beneficio social a obtenerse por la vía administrativa, basta con que se presenten ante la administración.

La representación se termina al momento del parto (si es que el niño nace con vida) y, pasa a ser inmediatamente reemplazada por la responsabilidad parental para los hijos menores de edad que recae en ambos progenitores.

#### **4.2. Representación de las personas menores de edad. Responsabilidad parental y tutela.**

---

<sup>3</sup> “...la existencia de la persona humana comienza con la concepción. No obstante, el anteproyecto del CcyC establecía que en el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”. Esta segunda parte no fue incorporada en la ley 26.994 y en la actualidad en el Honorable Senado de la nación está por ser tratada la ley especial a que se refiere el Anteproyecto.

Las reglas de los arts. 24 y 100 de este Código están en línea con el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la Ley 26.061 y el libro segundo de este cuerpo legal. Por ello, a mayor autonomía de la persona en vías de desarrollo menor resulta la representación sustitutiva de los progenitores; dicho principio es conocido como la “capacidad progresiva”. Los principios generales aplicables a la responsabilidad parental se encuentran contenidos en el art. 639 del Código. Ellos son: el interés superior del niño<sup>4</sup>, la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo; y, el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.

El Código, establece tres rangos etarios: niños (aquellos que no hubiesen cumplido los 13 años de edad), adolescentes (aquellos que han cumplido los 13 años de edad pero no han alcanzado los 18 años de edad aun) y mayores de edad: aquellos que superen los 18 años, a quienes se les asigna capacidad jurídica plena. No obstante, y teniendo en cuenta la edad y grado de madurez que implica menor representación por parte de los progenitores, los adolescentes (entre 13 y 16 años) en aquellas cuestiones relacionadas con el cuidado del propio cuerpo pueden decidir por sí solos aquellos tratamientos que no resultan invasivos ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Por ejemplo, acudir a colocarse una bota de yeso, informarse sobre su salud sexual y reproductiva, hacerse prácticas de laboratorio. Si se trata de tratamientos invasivos, que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el acto de cuidado para la salud se realiza mediante el consentimiento del adolescente y la asistencia de sus progenitores. El conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los 16 años, el adolescente es considerado como un adulto para decidir cuestiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo (art. 26 in fine CCyC). Es decir, se destaca la noción de cuidado del propio cuerpo. No cualquier decisión es de cuidado. Encontramos legislación especial que requiere la edad de 18 años para algunas prácticas. La ley 26.799, de Utilización de equipos de emisión de rayos ultravioleta destinados para bronceado a personas menores de edad; la ley 1897 CABA, de Modificaciones corporales-regulación de actividades vinculadas con la aplicación de tatuajes, perforaciones, micropigmentación u otras similares, la ley 24.193, de Trasplantes de órganos y materiales anatómicos, entre otras que superan los postulados del Art. 26 del CCyC. Y exigen como se dijo para su realización la edad de 18 años.

La representación de los progenitores, cesa ante la celebración del matrimonio de los hijos menores de 18 años de edad y por ende emancipados (confr. Art. 27 CCyC).

Las disposiciones del Art. 24 y del Art. 100, en relación a los niños, niñas y adolescentes, tienen un propósito esencialmente tuitivo ya que la finalidad última de esta norma es la protección de dicho grupo etario. Se busca de esta manera evitar que terceras personas puedan influenciar negativamente o aprovecharse de la inexperiencia de los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, para reforzar esta protección, el Código incluye la figura del abogado del niño (para aquellos que contaran con un grado de madurez suficiente) que importa un medio legal e independiente para acceder a la justicia (cfr. Art. 26 C.C).

Se trata de una figura ligada al principio de la capacidad progresiva, que se da a raíz de la madurez y grado de desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. El Código permite a los adolescentes que se presenten por sí y con asistencia letrada a que actúen en forma autónoma o conjunta con sus padres o tutores. (Conf. Arts. 677 a 679 Cód. Civil).

---

<sup>4</sup> Entendiéndose por tal “...la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley” (ley 26.061).

El desempeño del abogado debe ser acorde a las instrucciones y deseos del niño, niña o adolescente; no debe bajo ningún punto sustituir su voluntad. Generalmente, la figura del abogado del niño aparece ante situaciones de conflicto del adolescente con su representante legal. Ahora bien, la normativa estima que el desarrollo y madurez se alcanza a los trece años, momento en el que se comienza a ser adolescente. Antes de los trece, el Código entiende que se está ante la presencia de un niño, quien debe estar a derecho por medio de un tutor especial que el juez le designe. Dicha designación puede ser solicitada al juez o al Ministerio Público por el interesado, o por el Ministerio Público en tanto ha observado situaciones de conflicto entre representantes y representados.

### **4.3. Sistema de apoyos representativos (inc. c 1ª parte del Art. 101 CCyC)**

Las funciones representativas del apoyo (art.101 inc.c) son excepcionales y para determinados actos que deban otorgarse en beneficio del representado. El juez las establece en la sentencia que restringe la capacidad de la persona. Posiblemente, otras situaciones que puedan sobrevenir a una persona con capacidad restringida y bajo el sistema de apoyos (como resulta por ejemplo el otorgamiento de un acto jurídico complejo -que requiere especialidad profesional para su realización-) deban requerir también del apoyo una función representativa. Ello en línea con el denominado "apoyo intenso"<sup>5</sup> de la CDPD.

### **4.4. Curatela.Representacion**

El Código establece que el representante de las personas incapaces en los términos del último párrafo del art. 32 del CCyC es el curador o curadores que el juez designe. El mencionado art. 32 del CCyC establece que: *"Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador"*. De esto se desprende que la función del curador es representativa y sustitutiva de la voluntad de la persona; no obstante, debe promover la autonomía personal y la posibilidad de recuperar en ella la interacción con su entorno y la exteriorización de su voluntad<sup>6</sup>. El juez debe fijar en la sentencia tanto su revisión como la extensión de la incapacidad de la persona y, asimismo, el alcance de la función representativa del curador; que debe ser proporcional a la extensión de la incapacidad del representado (cfr. Arts. 24 inc. C y 38). El actuar del curador debe ser acorde a los principios establecidos en el Art. 639 de este Código (responsabilidad parental)

## **5. Incidencia del Código Civil y Comercial en el sistema protectorio de la representación. Modos de ejercerla. El guardador como representante.**

Se reconoce al niño como sujeto de derecho, receptando de esta manera las disposiciones contenidas en la CDN y la ley 26.061. Asimismo, se reconoce el derecho del niño, niña y adolescente a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en función de su desarrollo y grado de madurez. El representante que se le designe al niño debe acompañar y propender a su autonomía personal y desarrollo integral. Se consolida normativamente el principio de la "capacidad progresiva" y su consecuencia resulta que a mayor autonomía del sujeto niño para desempeñarse en la vida cotidiana, la mayor de adquisición de habilidades y competencias propias, menor será la representación parental o legal de tutores y/o guardadores. En particular la representación disminuye en aquéllos actos de la vida

---

<sup>5</sup> "Cfr. Preámbulo de la CDPD Inc. j "Reconociendo la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso". Aún con función representativa, el apoyo debe "... promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida" (Pagano, Luz María "Los Apoyos en la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", en El Derecho de Familia de Latinoamérica 2-Las familias y los desarrollos sociales. Directoras Nora Lloveras y Marisa Herrera Vol. 1, Nuevo Enfoque Jurídico, Buenos Aires 2012 pág.139/152).

<sup>6</sup> Fama, María Victoria, Herrera Marisa, Pagano Luz María, "Salud Mental en Derecho de Familia", Hammurabi 1ª ed. Buenos Aires 2008, pág 653/656.

del adolescente atinentes a su cuidado en la salud. Los progenitores en algunos actos de cuidado “asisten” al adolescente pero no lo representan. Es decir el consentimiento para dichos actos lo presta el adolescente con la asistencia de sus progenitores.

La representación parental entonces es necesaria como principio general , pero gradual y flexible ya que se debe promover en todo momento y como parte de la crianza la participación del niño y adolescente en aquellas cuestiones que le atañen , darle la información correspondiente y escucharlos. Iguales pautas deben seguirse por los representantes legales al momento de que un niño, niña o adolescente se encuentre en medio de un proceso judicial que lo involucre y en aquellas cuestiones que lo involucren.

El CCy C ha incorporado la función de guardador tan utilizada en nuestra comunidad, reconociéndole en el art. 104 in fine la calidad de representante legal . La norma regula “ ...Si se hubiera otorgado la guarda a un pariente de conformidad con lo previsto en el Título de la responsabilidad parental, la protección de la persona y de los bienes del niño, niña o adolescente puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez que le otorgó la guarda , si ello es mas beneficioso para su interés superior; en igual sentido, si los titulares de la responsabilidad parental delegaron su ejercicio a un pariente .En este caso, el juez que homologó la delegación puede otorgar las funciones de protección de la persona y bienes de los niños, niñas y adolescentes a quienes los titulares delegaron su ejercicio. El art.104 in fine del CCyC dice:” *En ambos supuestos el guardador es el representante legal del niño niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial.* El reconocimiento a los guardadores para representar al niño o adolescente en todas las cuestiones patrimoniales alivia sin lugar a dudas la función protectoria de la guarda y se ajusta a la realidad de vida de este vínculo. Los guardadores pueden así demandar o estar en juicio por los intereses patrimoniales de los niños o adolescentes a su cuidado , por ejemplo reclamando daños y perjuicios por accidente de tránsito, o para gestionar becas escolares ante una entidad educativa, procurar subsidios, alimentos, presentarse en el ámbito penal como querellantes , celebrar actos de disposición de los bienes de los niños y adolescentes que están a su cuidado y sujetos éstos al contralor judicial. Otro ejemplo , asociar a los niños y adolescentes a las actividades recreativas y deportivas que consideren, como los clubes. Afiliarlos a las obras sociales, a medicina prepaga, también prestar consentimiento por los niños a su cuidado para intervenciones quirúrgicas, tratamientos odontológicos, oftalmológicos. Elegir e inscribir a los niños y adolescentes en establecimiento educativo , solicitar la expedición de documentos de identidad y pasaportes y realizar por ellos –mientras dure la guarda- todos los actos que se requieran para acompañar el normal desenvolvimiento de la vida del niño o adolescente como sujetos en vías de desarrollo.

En materia de tutela, como otra de las instituciones protectorias , la representación se ejerce en idéntico sentido que lo regulado en el Libro Segundo del CCy C para la responsabilidad parental. Esta institución se ha modificado absolutamente en sus formas y su organización atiende a la actualidad.Se ha eliminado gran parte de su articulado por resultar anacrónico al tipo de vida actual. Por ejemplo: la autorización que debía solicitar el tutor al juez para trasladar al niño a otra provincia.

Es necesaria en la relación entre el tutor y el niño o adolescente la participación porque se debe respetar el acceso a justicia ya que se trata de personas vulnerables. Por ejemplo: en cualquier acción litigiosa que deba promover el tutor deben explicársele los motivos razonables y los beneficios que ello trae aparejado. Deben ser oídos en los procesos que los afecten y su opinión debe ser valorada por el tutor y por el juez según su grado de discernimiento y la cuestión que se debate.El art. 117 del CCyC consagra la representación legal y su ejercicio. “*Quien ejerce la tutela es representante legal del niño ,niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial, sin perjuicio de su actuación personal en ejercicio de su derecho a ser oído y el progresivo reconocimiento de su capacidad otorgado por la ley o autorizado por el juez.*”

Para los supuestos de determinación de la capacidad jurídica de las personas con afectación en su salud mental, se introduce la figura del sistema de apoyos representativos (art. 101 inc.c) CCyC para situaciones de excepción. Los apoyos actúan como representantes de la persona con capacidad

restringida para aquellos actos que el juez determine en la sentencia y aunque deba prestar su consentimiento por la persona afectada con carácter de excepción es el juez quien debe especificar todos los presupuestos que deben realizarse para que el acto otorgado tenga validez.

La declaración de incapacidad de una persona se establece para supuestos muy excepcionales (cfr. Art. 32) y la consecuencia resulta que la persona protegida actuará por intermedio de un representante. El curador que el juez designe para dichos casos, debe actuar de manera proporcional a la extensión de la limitación de la capacidad de su representado, que fuera fijada en la sentencia. Debe asimismo tomar todas aquellas medidas que favorezcan la autonomía personal y respeten la dignidad de la persona.

El Código establece que el desempeño y actuar de los representantes de las personas con capacidad restringida o incapaces en los términos del art. 32 última parte debe ser conforme a los principios del ejercicio de la responsabilidad parental.

## **b. Sistema de protección: los apoyos para la toma de decisiones por la persona con capacidad restringida (SATD).**

### **1. Introducción**

El Art.102 del CCyC se refiere a la figura de la asistencia al reconocer que *“las personas con capacidad restringida y las inhabilitadas son asistidas por los apoyos designados en la sentencia respectiva y otras leyes especiales”*.

También “ la asistencia como sistema de protección” se conjuga en el art.26 del CCy C, párrafo quinto que establece que los padres asisten a sus hijos adolescentes quienes a su vez prestan por sí el consentimiento, para conformar el acto médico siempre que se trate de tratamientos invasivos que comprometen el estado de salud o si está en riesgo la integridad o la vida de dichos adolescentes.

La capacidad restringida supone que la persona conserva el ejercicio de su capacidad jurídica y solo se lo limita para determinados actos especificados en la sentencia. La celebración de dichos actos la otorga la persona protegida por sí, con el acompañamiento del o los apoyos y con la debida autorización judicial . El Código prevé un acompañamiento para las personas con padecimiento psíquico y también para aquellas que resultan inhabilitadas en razón de la prodigalidad (cfr. Art. 48), mediante los denominados sistema de apoyos para la toma de decisiones (SATD). La restricción en el ejercicio de la capacidad para que la persona otorgue por si determinados actos no modifica su condición de persona capaz para el ejercicio de los derechos, ya que esta se presume en el art. 31 párrafo primero del CCyC.

La normativa solo mantiene un único supuesto de inhabilitación: la prodigalidad. Para que se configure deben concurrir dos presupuestos: a) la prodigalidad en la gestión de sus bienes (negocios, administración de sus bienes y/o actos de disposición habituales que constituyan dilapidación) como elemento objetivo y b) la exposición a la pérdida del patrimonio a su cónyuge, conviviente, hijos menores de edad o hijos mayores de edad con discapacidad. La declaración de inhabilitación por tanto, le impone ciertas restricciones para el otorgamiento de determinados actos pero no modifica su condición de persona capaz para el ejercicio de sus derechos. (art.31 del CCyC).

La función del apoyo en el supuesto del inhabilitado por prodigalidad es la asistencia, la promoción de la autonomía para la toma de decisiones y, para el caso que resulte conveniente la realización del acto jurídico que se ha limitado en la sentencia, puede celebrarlo por sí , pero con el auxilio del sistema de apoyos para que tome esa decisión que lo beneficia y con el debido contralor judicial. Este artículo constituye una excepción al art. 31 inc. b), desde que la limitación a la capacidad no se instituye en beneficio de la persona sino que, en este caso, el interés jurídico tutelado es la protección de la familia del inhabilitado.

### **2. La asistencia y los apoyos**

Se entiende por apoyo la asistencia requerida por las personas con discapacidad para actuar de forma inclusiva dentro de la sociedad, desarrollando sus habilidades para lograr su funcionalidad y un mejor desempeño, propiciando su autonomía en la ejecución de sus actividades principales y regulares. Entre ellos: la asistencia personal, equipos y dispositivos tecnológicos y recursos auxiliares, que permiten habilitar, rehabilitar o compensar una o más limitaciones funcionales, motrices, sensoriales o intelectuales de las personas con discapacidad<sup>7</sup>.

El Código admite un amplio espectro de opciones al referirse a los sujetos u organizaciones que pueden prestar el apoyo. Así, el apoyo puede ser desde una única persona a una red o una asociación u organización comunitaria. Se debe establecer con precisión cual constituye su función: la que puede ser de asesor, de consejero o asistente. El magistrado debe establecer en la sentencia que modalidad resulta conveniente para el caso en particular y cual/es es/son la/s función/es a desempeñar para promover a la persona asistida en la toma de decisiones que tienen consecuencias jurídicas.

## 2.2. Funciones, alcance y designación de los apoyos

*“Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general”* (cfr. Art. 43 CCyC). Esta incorporación está en línea con los postulados de la CDPD que reconoce a las personas con discapacidad la importancia de su autonomía e independencia individual, incluida la libertad para realizar sus aspiraciones. Ello se desprende del art. 12 párrafo 4 CDPD que impone a los Estados parte la obligación de asegurar “... que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica **respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona**, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean **proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona**, que se apliquen en el plazo más corto posible y que **estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial**”. El Código busca proteger a la persona sin incapacitarla, es decir, limitando lo menos posible su capacidad de actuar (cfr. Arts. 32 y 43) y brindándole los apoyos necesarios para asistirle en el desarrollo de las funciones de la vida cotidiana y en la toma de decisiones con consecuencias jurídicas.

El juez debe fijar en la sentencia las funciones y modalidades de los apoyos de acuerdo a las circunstancias particulares de cada persona, es decir que deben ser proporcionales a la extensión de la limitación a la capacidad. El magistrado debe determinar cuáles son los actos que requieran de la asistencia del apoyo para poder otorgarse. No debe quitarle más capacidades que las necesarias para garantizarle la protección de sus intereses personales y patrimoniales. La persona cuya capacidad se restringe conserva la capacidad de actuar para todos los actos que no estuvieran contenidos en la sentencia. No así sobre aquellos actos que estuviesen contenidos en la misma, para los que requerirá de la asistencia del apoyo bajo pena de nulidad de los actos que realice.<sup>8</sup>

La resolución debe establecer la condición y calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, aquella también debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Las medidas deben aplicarse durante el menor tiempo posible y existe la obligación de verificar regularmente la actualidad y utilidad de las mismas.

No obstante, el apoyo debe propiciar la capacidad natural y fomentar la autonomía personal de la persona en todo momento. Los apoyos están destinados a fomentar las capacidades naturales, ya sea, permitiendo a la persona con capacidad restringida una participación gradual y controlada en la gestión de sus intereses patrimoniales; o reconociéndole la facultad de autodeterminación para que ejerza sus derechos personalísimos comprendidos los actos de naturaleza familiar.

---

<sup>7</sup> Pagano, Luz María “Los Apoyos en la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *El Derecho de Familia de Latinoamérica 2-Las familias y los desarrollos sociales*. Directoras Nora Lloveras y Marisa Herrera Vol. 1, Nuevo Enfoque Jurídico, Buenos Aires 2012 pág.139/152.

<sup>8</sup> En este sentido, se expresó la CNCiv. Sala J en autos “L.B.A.B. s/determinación de la capacidad”, Expte. N° 100240/2007, fallo de fecha 30 de mayo de 2017.

El sistema de apoyos debe entenderse siempre como un instrumento elástico, modelado a medida de las exigencias del sujeto concreto. También, debe tenerse en cuenta que las facultades representativas -sustitutivas de la voluntad del sujeto- (art. 101 inc. c), están reservadas para situaciones particularmente graves y excepcionales (como cuando existen patologías sobrevinientes o temporales) que de no intervenir, importarían un daño patrimonial o en la persona.

Cabe destacar que, con anterioridad a la sanción de este Código se han dictado sentencias que reconocen las premisas del art. 12 de la CDPD y se corresponden con ellas<sup>9</sup>.

### **2.3. Los apoyos con facultades representativas**

Quando el sistema de apoyo para la toma de decisiones (SATD) resulte insuficiente, el Código reconoce la posibilidad de otorgarle facultades representativas a este sistema de apoyos (cfr. Arts. 24 inc. C y 101 inc. C). Se le otorga al apoyo la representación de la persona con capacidad restringida. El juez debe determinarlo en la sentencia. Se trata de un supuesto de tipo excepcional. Como dijimos, las facultades representativas –sustitutivas de la voluntad del sujeto-, están reservadas para situaciones particularmente graves y excepcionales como resultan aquellas cuestiones sobrevinientes, de agravamiento en la salud, de entidad suficiente que impidan el normal desenvolvimiento de la persona restringida. De sucederse, debe intervenir el apoyo con representación evitándose daños a la persona y al patrimonio. Este tipo de facultades son otorgadas por el juez y son temporales. La sentencia debe inscribirse en el Registro Civil.

El Manual de Buenas Prácticas de los Servicios Especializados del Ministerio Fiscal presentado en Alcalá de Henares, España el 20 y 21/09/2010, admite la función representativa del apoyo en coincidencia con la CDPD (preámbulo inc. j) cuando se refiere al “apoyo más intenso”. Es decir, se le otorga al apoyo la representación de la persona con capacidad restringida cuando el juez lo determine en la sentencia porque el sistema de apoyo para la toma de decisiones resulte insuficiente para la realización de determinados actos<sup>10</sup>. Es preciso comprender que la efectividad del SATD, debe adaptarse a las situaciones personales y sociales de los afectados y diferenciarse los tipos de “apoyos” para cada supuesto.

### **2.4. La importancia de haberse introducido un nuevo sistema de protección para las personas vulnerables. Sistema de apoyos para la toma de decisiones.**

Se introduce una nueva figura para ampliar el sistema de protección de las personas con capacidad restringida: los apoyos. Este sistema (SATD) no sustituye a la persona sino que la asiste en aquellos actos que determine la sentencia. La finalidad de este instituto es la protección de la persona cuya capacidad se restringe por sentencia. El SATD es un sistema flexible y maleable, que busca adaptarse a las distintas situaciones de vulnerabilidad y debilidad de las distintas personas. Es un sistema temporal y que debe ser permanentemente revisado y actualizado. La facultad representativa o “apoyo intenso” se prevé de manera excepcional para determinados supuestos (arts. 24 inc. c y 101 inc. C) previa designación judicial y mediando intervención del Ministerio Público. La doctrina francesa se refiere a las “sentencias guante” y la doctrina italiana las ha llamado, sentencias a “ hechura de sastre”. Se observa que el CCy C en su articulado reconoce que la salud es un estado modificable. De ahí la necesidad de

---

<sup>9</sup> Al respecto cabe mencionar un fallo del Tribunal de Familia n° 1 de Mar del Plata 06/05/2009, “B.L. s/ inhabilitación”, L.L 21/10/2009 en el que se declaró la inconstitucionalidad de la norma citada en primer término y se resolvió que el sr. B.L. en ejercicio pleno de su personalidad jurídica debería, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 12 de la Convención, tomar toda decisión relativa a la administración y disposición de su patrimonio con el apoyo para tales actos de su abuela y de su hermano. A su vez se instauró un completo sistema de salvaguardias entre los cuales los familiares debían rendir cuentas de su actuación cada seis meses por ante ese Tribunal e informarle sobre los actos de disposición.

<sup>10</sup> Pagano Luz María, “Los Apoyos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en El Derecho de Familia de Latinoamérica 2. Las Familias y los desarrollos sociales. Directoras Nora Lloveras y Marisa Herrera, Vol.1, Nuevo Enfoque Jurídico, Buenos Aires 2012, pág.139/152).

que la sentencia sea revisable cada vez que sea necesario por encontrarse una evolución favorable en la persona afectada y en este supuesto se disminuye necesariamente la restricción o por el contrario si esta no ha evolucionado o se ha agravado, se la amplíe.

### **c. La actuación del Ministerio Público**

De conformidad con el Art.103 CCyC, la actuación del Ministerio Público, respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de la capacidad requiera de un sistema de apoyos, puede ser -en el ámbito judicial-, complementaria o principal.

El primer supuesto se presenta en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida. Cabe al respecto señalar que la falta de intervención del Ministerio Público causa la nulidad relativa del acto.

Es principal, en cambio (i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; (ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; (iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

Asimismo, señala el mencionado artículo que, en el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.

#### **1. Introducción. Nuevos aportes sobre la actuación del Ministerio Público.**

Entonces, el Código establece en qué supuestos debe intervenir el Ministerio Público cuando se encuentran involucrados determinados sujetos. Tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. La función esencial del Ministerio Público es la de actuar a partir de su intervención en consonancia a las facultades y a los deberes que le impone la Constitución (art.120 CN), los Tratados de Derechos Humanos y las leyes en defensa de los intereses de las personas vulnerables respetando los principios y los estándares de procedimiento para el acceso a justicia allí contenidos, en especial en la CDN y en la CDPD.

Debe entenderse que el Ministerio Público no es el asesor letrado particular o abogado defensor de la persona vulnerable. El magistrado del Ministerio Público sea defensor o asesor tutelar es designado por los mecanismos constitucionales previstos y actúa como parte del Estado, en el juicio o en las causas traídas a su organismo por disposición de la ley.

El abogado defensor del niño en cambio (art.26 segundo párrafo del CCy C) que interviene en situación de conflicto de intereses con los representantes legales, o el abogado letrado particular de la persona con capacidad restringida o declarada excepcionalmente incapaz, es elegido por la persona interesada para que lo asista en juicio de acuerdo a sus instrucciones, preservando sus deseos y preferencias, ofreciendo prueba y contemplando su interés. Para el caso que la persona afectada no designe letrado defensor, el Estado debe proveerle de defensa letrada. En esto radica la esencial diferencia.

Como se trata de "intervenciones obligadas para los sujetos que la ley imperativamente establece que no pueden ejercer por sí sus derechos", esa intervención complementaria del Ministerio Público ( art. 103 inc. a) del C C y C perdura mientras persista la restricción a la capacidad de la persona, o mientras los niños no alcancen la mayor edad. Es decir, de forma complementaria a la representación necesaria de los progenitores. Es más, la intervención complementaria o principal del Ministerio Público cesa de pleno

derecho al momento que las personas menores de edad alcanzan los 18 años (art. 1 de la CDN) o cuando se rehabilitó a la persona declarada incapaz o cesó la restricción al ejercicio de su capacidad.

La intervención puede ser judicial o extrajudicial. A su vez, la intervención judicial puede ser complementaria o principal. Es complementaria cuando el Ministerio Público interviene de forma conjunta con los progenitores y/o los tutores y curadores (en el caso de los procesos en que se encuentren involucrados intereses de las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida); y principal cuando se encuentren comprometidos los derechos de las personas menores de edad y haya inacción de parte de los representantes legales y necesarios; cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; cuando las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

El Ministerio Público según lo regula el art. 103 inc.b) i admite que :*“La actuación es principal... cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes”*. En estos supuestos de compromiso de derechos de las personas que requieren la protección del sistema de “representación”, deben contar además con la actuación obligatoria y principal del Ministerio Público. A este organismo constitucional con sus funciones definidas en el art.120 de la CN y como parte del Estado que es, le alcanzan las responsabilidades impuestas en todos los tratados de derechos humanos. Además por el art. 43 inc.c) de la ley 27.149 *tiene el deber y atribución específica de promover o intervenir en forma principal cuando los derechos de sus asistidos estén comprometidos y exista inacción de sus representantes necesarios*. Esta resulta la premisa actual, ya que no interviene el Ministerio Público como “representante promiscuo”, sino que actúa conforme a las garantías de procedimiento y a los estándares de derechos humanos relativos al acceso a la justicia y al interés de los niños,niñas y adolescentes. Mayor justificación connota la actuación del Ministerio Público cuando se trata de garantizar el acceso a justicia de las personas menores de edad con discapacidad.<sup>11</sup> Esa es la base de su legitimación para actuar y lo habilita , como dijimos , para intervenir en toda cuestión donde se involucren intereses de personas menores de edad o personas vulnerables afectadas en su salud mental y en condiciones de desigualdad frente al resto de la sociedad, lo cual no va en desmedro de la actuación de los respectivos representantes legales en cumplimiento de sus derechos y deberes propios.<sup>12</sup>

La actuación extrajudicial se prevé para los casos en que se encuentren comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida ante la ausencia, carencia o inacción de sus representantes legales.

Las nulidades sólo pueden ser declaradas a instancias de las personas en cuyo beneficio se establecen.

## **2. Naturaleza de la intervención del Ministerio Público.**

El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. En el ámbito nacional es un órgano extrapoder. En algunas provincias argentinas y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Ministerio Público es parte del Poder Judicial .

Es una institución de defensa y protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia en casos individuales y colectivos de acuerdo a los principios , funciones y previsiones establecidas en la

---

<sup>11</sup> SAJ Sistema Argentino de Información Jurídica. Expte. 35476/2016. Autos: “Defensoría de Menores e Incapaces N° 6 y otros c/ Colegio Mallinckrodt Hermanas de la Caridad Cristiana Hijas de la Bienaventurada Virgen Maria s/ Amparo”. Juzgado Civil N° 99, Primera Instancia 6 de Abril de 2017.

<sup>12</sup> Giavarino ,Magdalena El Ministerio Público en el Código Civil y Comercial de la Nación .Una interpretación sobre su actuación. Publicado en Rev.Derecho de Familia y Persona, 7/12/2015,179 .Cita Online:AR/DOC/3999/2015.

ley. Promueve toda medida tendiente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial, de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad.<sup>13</sup> Está conformado por un fiscal general y un defensor general de la Nación (art.120 de la CN) y los demás miembros que la ley establezca. Sus integrantes son magistrados/as que gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

El Ministerio Público interviene para los niños/as y adolescentes y actúa conjuntamente con sus progenitores para la mejor defensa de sus derechos. Si no los tiene, debe proveerles de representante legal por imperio de la ley como primera función, y acudir a las instituciones propias del derecho de fondo. Interviene como parte esencial en los procesos de las personas declaradas excepcionalmente incapaces del art. 32 segunda parte del Código, y para aquellas con capacidad restringida por sentencia judicial (art.32 primera parte). El Ministerio Público interviene en el juicio sobre determinación de la capacidad jurídica y se le ha reconocido en la ley su calidad de “salvaguardia” de los apoyos proporcionados judicialmente (art.43 inc.e) ley 27.149). Asimismo en los procesos de los inhabilitados por prodigalidad hasta el momento de la sentencia debe intervenir y con posterioridad a su dictado se mantiene su intervención siempre que se suscite un conflicto judicial entre los sistemas de apoyos para la toma de decisiones y la persona inhabilitada. De no existir este tipo de conflictos cesa su intervención al momento de dictarse sentencia. También es una intervención obligada aquella en la que se plantean conflictos entre adolescentes con sus progenitores, con su abogado defensor, y el juez deba decidirlos (art. 26 CCyC).

Tanto el Código Civil y Comercial como también la ley orgánica del Ministerio Público al referirse a la actuación de los Defensores Públicos de Menores e Incapaces al describir sus atribuciones lo hace en el marco de la “intervención”, de “estar presente”, del “deber que tiene” o que está “legitimado” o de la “promoción” de medidas y/o acciones que le caben en el ámbito de sus deberes funcionales, pero en ningún caso los inviste de “representación”.<sup>14</sup>

Se han receptado principios internacionales en materia de niñez como el de “capacidad progresiva”, el de la participación de los NNYA de acuerdo a su desarrollo y grado de madurez, el derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta, el derecho a estar informada de la persona con capacidad restringida (art.31 inc.), el derecho a participar en el proceso judicial de restricción y declaración de incapacidad con asistencia letrada (art.31 del CCyC). Todo ello en estrecha consonancia con la CDN y la CDPD. Al postularse en la legislación vigente una plena participación de los sujetos vulnerables involucrados, con la propia asistencia de un letrado para la defensa de sus intereses, mas el innegable aporte de la interdisciplina para develar cuales son los propios recursos internos de la persona, como la necesaria información que debe otorgarse tanto a los niños/as y adolescentes y a las personas con padecimientos psíquicos pendiente un proceso, la intervención principal o complementaria del Ministerio Público está calificada por su actuación conforme a las garantías de procedimiento y promoviendo medidas en resguardo del efectivo ejercicio de sus derechos y el acceso a la justicia y no por su calidad de “representante promiscuo”.

Se reconoce en todos los procedimientos de cualquier índole un rol más participativo y protagónico de los niños, niñas y adolescentes. A mayor autonomía de los niños y adolescentes, menor será la representación de los progenitores y por ende la intervención del Ministerio Público. Los NNYA son sujetos de derechos y no objetos de protección, como se entendía en el siglo XX. Ello se desprende de la OC N° 17/2002 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que reza “Los niños no deben ser considerados “objetos de protección segregativa” sino sujetos de pleno derecho, deben recibir protección integral y gozar de todas los derechos que tienen las personas adultas, además de un grupo de derechos específicos que se les otorgan por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo...”.

Los NNYA tienen el derecho a ejercer su “defensa activa” y participar en el proceso del cual son parte. Ello mediante la figura del abogado del niño (cfr. Art. 27 ley 26.061).

---

<sup>13</sup> Ley 27.149 Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación. sancionada en Junio 10 de 2015.

<sup>14</sup> Id.Giavarino, Magdalena B. op. Cit.

Asimismo, en el marco del Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, se busca lograr una articulación mayor entre los órganos del Ministerio Público y los órganos de protección de derechos del Poder Ejecutivo para así coordinar esfuerzos en pos al “interés superior de los niños”, con el alcance definido en el art. 3 la ley nacional 26061.

### **3. Carácter de actuación complementaria**

La intervención del Ministerio Público es de orden legal. Ante la falta de intervención puede causarse la nulidad relativa del acto. En el caso del inc. a) del art. 103 del CCyC, la intervención del Ministerio Público es complementaria a aquella de los representantes legales. Es decir, la actuación del Ministerio Público se complementa con la que ejerce el representante legal. Este tipo de actuación se advierte en los siguientes supuestos: *...”en todos los procesos en los que se encuentren involucrados los intereses de personas menores de edad, personas declaradas excepcionalmente incapaces y personas con capacidad restringida.* Por tanto, su actuación es complementaria a la de los progenitores, tutores, guardadores o curadores o apoyos de las personas con capacidad restringida con facultades representativas.<sup>15</sup> En este último supuesto el Ministerio Público interviene como contralor o salvaguardia del apoyo judicial designado (art.43 de la ley de Ministerio Público).

### **4. La sanción de nulidad por falta de intervención del Ministerio Público**

La sanción de nulidad ante la falta de intervención del Ministerio Público es de carácter relativo; ello es así porque el acto causado sin dicha intervención puede ser confirmado. Cuando hubieren sucedido actos disvaliosos en detrimento del interesado, debe invocarse la nulidad. Las nulidades sólo pueden declararse a instancias de las personas en cuyo beneficio se establecen, que son aquellas personas vulnerables e incapacitadas para ejercer sus derechos.

En el caso de que el Ministerio Público tome conocimiento posterior sobre la realización de determinados actos sin su debida intervención, deberá invocar la nulidad de lo actuado, siempre y cuando el acto haya sido en detrimento de los intereses de la persona que se busca proteger y lo perjudiquen. Por el contrario, si las actuaciones hubiesen sido favorables a los intereses de dicha persona, no cabe oponer la nulidad de lo actuado ya que la finalidad de la nulidad es proteger a la persona vulnerable, haciendo caer el acto jurídico celebrado. No obstante cuando no hay perjuicio para la persona por la realización del acto jurídico celebrado sin la intervención del Ministerio Público, aquella no debe ser invocada. Aun cuando no se haya anoticiado al Ministerio Público sobre la realización de ese acto. De ahí que al tomar conocimiento sobre el estado de las actuaciones, la intervención posterior del Ministerio Público convalida por efecto de lo dispuesto en el art. 388 del Código, todos los actos anteriores a su intervención, que han resultado favorables y no perjudiciales a los intereses de la persona menor de edad, incapaz o con capacidad restringida por la que interviene.

### **5. Actuación principal en el proceso judicial.**

---

<sup>15</sup> Al respecto, y relacionado particularmente con la actuación complementaria en todos aquellos procesos en los que se encuentren involucrados los intereses de personas menores de edad, cabe señalar que el Ministerio Público Tutelar, se encuentra facultado para interponer recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, por aplicación del art. 33 y ss. de la ley 402 CABA. Así aconteció en autos “CARRANZA ELIZABETH LAURA C/GCBA S/AMPARO” Expte. N° A15683-2016/0. Ante la decisión que disponía citar al Estado Nacional como tercero interesado en una causa habitacional, el TSJCABA en autos “Ministerio Público Tutelar – Asesoría General Tutelar de la CABA s /queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en D.J.T c/GCBA s/amparo” Expte. N° 24301/17, resuelve hacer lugar a los recursos mencionados deducidos por la AGT, revocar la sentencia y dejar sin efecto la decisión que disponía tal citación, en virtud del criterio seguido por la mayoría que entendía no acreditada la presencia de una comunidad de controversia común que habilite la intervención del Estado Nacional, y entre otras cuestiones, que el Gobierno de la CABA debe arbitrar las medidas y acciones que considere pertinentes para hacer efectiva la invocada corresponsabilidad del Estado Nacional por otras vías o carriles institucionales (confr. criterio expedido en el Expte. N° 14100/16 “Silva Campos, Yuri Vanessa c/GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Silva Campos, Yuri Vanessa c/ GCBA y otros s/ amparo”)

En el art. 101 inc. b) se enumeran los supuestos en los que la actuación del Ministerio Público se torna principal. Ellos son: “i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes<sup>16</sup>; ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación”. Por ejemplo, si se trata de los progenitores, el Ministerio Público deberá promover el cumplimiento de los deberes a su cargo, o interponer recursos y ofrecer prueba si dentro de una causa judicial el niño/a está indefenso o existe inacción de aquéllos frente a una vulneración de sus derechos. Si se trata de la inacción del tutor /es, debe responsabilizarlo por los daños que cause al tutelado y debe solicitar las medidas necesarias (art.118), solicitar la remoción del tutor (art.136), si existen diferencias de criterio entre los tutores debe intervenir (art.105); si se trata de la inacción de los curadores, puede pedir su remoción (art.136 inc.), también que rinda cuentas (art.130; art 101). Por otro lado, tiene la obligación de exigir los alimentos a los progenitores cuando estos incumplieran con dicho deber y de requerirles que cumplan con cualquier otro deber que les competa (cfr. Art. 646). Cuando se trate del incumplimiento de los deberes del curador lo debe instar a que cumpla con las reglas generales del art. 31 del CCy C, lo debe responsabilizar por los daños que ocasione (art.118) y debe solicitar la designación de un curador provisorio mientras se designa otro nuevo (art. 109 inc. g), como también solicitar la suspensión provisorio del curador (art.137). Asimismo, puede solicitar su remoción (art.136) y, exigirle la rendición de las cuentas (art.130). En igual medida el Ministerio Público al resultar investido por la ley orgánica del ministerio público (art. 43 inc.e) ley 27.419 como salvaguardia o contralor de los apoyos designados judicialmente puede pedir ante el mal desempeño de estos o su inacción medidas atinentes como su reemplazo , o remoción, y debida rendición de cuentas entre otras.

El Ministerio Público entonces se encuentra obligado a exigirles a los apoyos o curadores de las personas con capacidad restringida o que se encuentren en el supuesto del art. 32, 2da. Parte, que adecuen su desempeño a los estándares internacionales en materia de derechos humanos y las reglas del art. 31 del CCy C. Debe salvaguardar como garante del acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva el cumplimiento de los derechos reconocidos a las personas vulnerables. Es decir, su participación en el proceso, las condiciones de accesibilidad universal, la adopción de ajustes razonables, garantizar el repertorio comunicacional de la persona afectada en su salud psíquica , la interdisciplinariedad, el derecho a la información y los cuidados que se han adoptado en el curso de los procesos tramitados en beneficio de las personas protegidas.

## **6. Actuación judicial y extrajudicial**

El Código admite tanto la intervención judicial como la extrajudicial del Ministerio Público. Para que la actuación sea extrajudicial deben concurrir dos presupuestos:

- debe estarse ante un caso de ausencia, carencia o inacción de los representantes legales;
- deben encontrarse comprometidos a partir de dicha ausencia, los derechos sociales, económicos y culturales de los niños/as y adolescentes, las personas incapaces y con capacidad restringida.

## **7. Nuevas modificaciones para las instituciones protectorias.**

El art 103 CCyC derogó el mentado art. 59 del Código Civil anterior, y por ende la representación promiscua del defensor de menores. Ya no se le reconoce aquella legitimación “*ex lege*” o más allá de la ley que caracterizaba la función sustitutiva en tanto, siendo parte esencial “*además de los representantes necesarios*” era necesaria su intervención en toda actuación judicial o extrajudicial en su carácter de “*representante promiscuo*” Ello le otorgaba facultades amplísimas en todos los ámbitos, y aún facultades de disposición para casos de urgencia, en procura de la protección de los niños y/o de aquellas personas incapaces.

---

<sup>16</sup> Cám. CAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, en autos “Asesoría Tutelar N°2 s/ queja por apelación denegada” A17-2016-1, fallo comentado en la cita 3.

A partir de los nuevos postulados convencionales como la escucha del niño, la presunción legal de la plena capacidad para todas las personas, la debida participación de ellas en todos los procesos, la significación de la niñez y la adolescencia como categorías propias, han llevado al reconocimiento de que a mayor autonomía de los sujetos menor debe ser la representación necesaria y legal de los progenitores, de los apoyos representativos, de los tutores, de los guardadores, y de los curadores. En tal virtud, la figura del anterior defensor de menores/asesor de menores como institución también se ha modificado, adaptándose en consonancia con todos ellos.

A este organismo constitucional (art.120 CN) como se dijo le alcanzan las responsabilidades impuestas en todos los tratados de derechos humanos y las leyes orgánicas. Además por el art. 43 inc.c) de la ley 27.149 *“tiene el deber y atribución específica de promover o intervenir en forma principal cuando los derechos de sus asistidos estén comprometidos y exista inacción de sus representantes necesarios.*

Esta resulta la premisa actual, ya que no interviene el Ministerio Público como “representante promiscuo”, sino que actúa conforme a las garantías de procedimiento y a los estándares de derechos humanos relativos al acceso a la justicia y al interés de los niños, niñas y adolescentes. Mayor justificación connota la actuación del Ministerio Público cuando se trata de garantizar el acceso a justicia de las personas menores de edad con discapacidad.

No obstante, se mantiene la representación legal como garantía de protección para las personas que lo necesitan. Es decir las enumeradas en el art. 24 del CCyC, personas por nacer, personas menores de edad que no tienen edad ni madurez suficiente, personas declaradas excepcionalmente incapaces y personas con capacidad restringida a quienes se les ha designado apoyos representativos. La primera corresponde a los progenitores (art.639), tutores (art.104), guardadores (art.104, art. 643, art.657 y arts.674) curadores (art. 138) o apoyos para la toma de decisiones con facultad representativa (arts.43 y 101 inc. c). El segundo tipo de garantía es la llamada intervención del Ministerio Público, ya sea “principal” y “complementaria” (según el caso), enmarcada en un proceso judicial, que actúa como salvaguarda en tanto controla la legalidad del proceso y puede exigir al juez las modificaciones, remociones, reemplazos respecto a los apoyos designados o redes de apoyo, curadores, tutores en su desempeño funcional, y de los progenitores cuya inacción redunde en perjuicio de sus hijos.

Por otra parte, se establece la actuación extrajudicial del Ministerio Público ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, siempre que estén comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales de las personas menores de edad, con capacidad restringida o incapaces en los términos del art. 32, 2da. Parte del CCyC. El Código establece de este modo pautas o presupuestos para la intervención principal del Ministerio Público. De pensarse una intervención extrajudicial por fuera de estos presupuestos estaríamos reincidiendo en la legitimación *ex lege* prevista en el derogado art. 59 del Código de Vélez. El legislador ha previsto la actuación del Ministerio Público con precisión en la normativa del art. 103 del CCyC, sin soslayar todos los principios constitucionales impregnados en esta parte del derecho privado, adecuando necesariamente la actuación de este órgano del Estado.

**d. ¿Qué tipo de proceso para la determinación de la capacidad jurídica se exige hoy a partir de los principios internacionales reconocidos en la normativa del Código Civil y Comercial ?**

El tipo de proceso que debe regir en la actualidad<sup>17</sup>, y de conformidad a las normas procesales del articulado del Cód. Civil y Comercial para el funcionamiento de los cambios realizados tiene por finalidad

---

<sup>17</sup> En el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el marco del Programa “Justicia 2020” comisiones integradas por expertos en distintas ramas del derecho y designados “ad honorem”, están elaborando un proyecto para un nuevo código modelo procesal civil y comercial. Una comisión está trabajando en la elaboración de un anteproyecto de Ley Procesal de Familia, otra comisión que

plasmar las normas contenidas en el Código de fondo (Ley 26.994) y en la legislación especial (ley 26.657 ,Ley Nacional de Salud Mental), exacerbando los principios de intermediación, oficiosidad, participación, para proteger, sin sustituir la voluntad de la persona en cuyo beneficio se realiza el proceso, tal como los tratados internacionales lo establecen. Su objeto se centra en la posibilidad real de que la persona pueda realizar actos jurídicos válidos en su beneficio, siendo el sistema de apoyos el acompañamiento necesario y gradual en el camino de adopción de las propias decisiones, facilitando el ejercicio de la capacidad jurídica y de conformidad con lo expresamente establecido en la sentencia. Sentencia que a su vez se encuentra sujeta a revisión periódica.

Las normas que rigen el procedimiento deben aplicarse para facilitar el acceso a la justicia, máxime cuando se trata de personas vulnerables. A continuación, se define a las personas en situación de vulnerabilidad como aquellas que “por razones de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante la justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.”

En este marco, las reglas generales del art. 31 del CCyC son reglas específicas que deben observarse obligatoriamente en toda decisión que limite la capacidad de ejercicio de esta población vulnerable.<sup>18</sup> En tales reglas, con fundamento en la presunción de capacidad de las personas, se determina la excepcionalidad de que puedan ser protegidas por estos procesos, y se establecen diferencias palmarias con el tratamiento sustancial y procesal regulado por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), aun con la transformación que trajo aparejada en materia de tratamiento procesal, el lenguaje<sup>19</sup> y abordaje la ley 26.657 de Salud Mental.

Estas reglas del art. 31 del CCyC funcionan como meta-principios que condicionan toda interpretación, solución y aplicación que se haga en este tipo especial de proceso. Estas “guías” subsumen todas las recomendaciones y previsiones imperantes tanto en el ámbito de los derechos humanos como en el de la salud mental. Por tanto no sólo orientan, sino que son obligatorias y condicionantes para el actuar del juez y de los demás operadores jurídicos.

---

finalizó su cometido, presentó el día 27/09/2017 al Sr. Ministro de Justicia Dr.Garavano un proyecto de “Equipo Judicial Especializado en Violencia intrafamiliar y sexual” que propone una atención integral las víctimas –incluidas las personas con capacidad restringida y aquellas que se encuentran internadas en establecimientos asistenciales – a partir de una normativa basada en los tratados de derechos humanos y con los principios procesales coincidentes para efectivizarlos. Asimismo en la CABA, el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma encomendó trabajo a juristas del derecho de familia y del derecho procesal y lo publicó en el 2014, consistente en la redacción de un proyecto de Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia de CABA, que incluye un procedimiento inclusivo de los principios internacionales para la atención de las personas con padecimientos mentales en concordancia con las normas del otrora Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, y luego sancionado como ley 26.994..

<sup>18</sup> El Art 31 CCyCN establece: “Los procesos de declaración de restricción al ejercicio de la capacidad y de incapacidad se rigen por las siguientes reglas generales: a) La capacidad 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 multidisciplinario, 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; si la persona carece de medios, la asistencia debe ser proporcionada por el Estado. f) Deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.”

<sup>19</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta-Sala Tercera-, expte.n°472419/14, en autos “T., C.R.-declaración de insania” del 5/09/2014, elDial.com AA8A79: “...el uso de la terminología inadecuada puede estigmatizar a una persona, más aun si es utilizada en una sentencia, dándole así la espalda a la evolución socio-jurídica que ha tenido hasta ahora el abordaje de esta problemática...”

Asimismo la inclusión del criterio de la “interdisciplinariedad” como pauta evaluadora tanto en el tratamiento de la persona como en el proceso judicial nos aleja del criterio médico- jurídico como pauta relevante al momento de dictar sentencia<sup>20</sup>, para acercarnos a través de valoraciones interdisciplinarias que potencian los recursos personales y familiares de la persona y se expiden sobre la asistencia que los apoyos tendrán que otorgar a la persona para que pueda realizar actos válidos, al modelo social de la discapacidad receptado por el CCyC. El respeto del modelo social implica que, no debe privarse a la persona de su posibilidad de elegir y actuar.

La normativa procesal existente en el CCyC le asegura a la persona el derecho de acceso a toda la información adecuada para su comprensión mientras se tramita el proceso declarativo de restricción a la capacidad jurídica. El juez debe decidir todos los “ajustes razonables en el proceso” para garantizar a la persona con discapacidad psíquica o mental su derecho a ser informado y a la comprensión de los actos que deba realizar. Ello por medio de un lenguaje sencillo, de tecnología adecuada, de espacios de atención propicios a la privacidad que necesite la persona.

La persona debe encontrar garantías suficientes durante la tramitación de un proceso “en su beneficio” y asegurarle que pueda acceder a las distintas fases de conocimiento, consideración y juzgamiento que rodea un proceso judicial. El Código determina el derecho a participar en el proceso con asistencia letrada y garantiza la inmediatez entre el juez y la persona en cuyo beneficio se promueve el mismo, como también prioriza las alternativas terapéuticas menos restrictivas.<sup>21</sup> Se concluye en el art. 31 del CCyC, que “las limitaciones a la capacidad deben ser de carácter excepcional y en beneficio de la persona”.

Asimismo, la introducción expresa sobre la legitimación de la propia persona interesada constituye una adecuación normativa necesaria en tanto efectiviza de este modo el derecho de acceso a la justicia reglado por el art. 13 de la CDPD y por las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Situación de Vulnerabilidad. Además, es conforme a lo establecido por los arts. 31, inc. e) y 36, párrafo segundo del CCyC que, la solicitud de declaración de capacidad restringida por el propio interesado debe admitirse sin más requisito que la solicitud de la persona ante la autoridad judicial. La persona en cuyo beneficio se insta el proceso y cuya capacidad jurídica es investigada no cabe duda de que es titular y debe gozar del derecho a ejercer dentro del mismo las garantías propias del debido proceso legal, entre las cuales se encuentra: ser parte, ofrecer prueba, ser oído, oponer defensa, contar con el dictado de una sentencia razonable y apelar. Esta legitimación reconocida al interesado en el art. 33 del CCyC para instar el proceso, se encuentra en la Constitución como el derecho de peticionar ante la autoridades

En función del impacto de la CDPD en las normas del CCyC y con fundamento en la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio y a favor de la amplitud de sus facultades procesales, se trata de uno de los aspectos procesales sustancialmente modificado, tendiente a respetar el principio de no discriminación en razón de la discapacidad y la garantía del debido proceso. De esta forma, se torna operativo el principio contenido en el art. 12 de la CDPD por el cual se establece la realización del derecho humano a la capacidad jurídica asegurando para ello, las salvaguardas adecuadas y efectivas

---

<sup>20</sup> SCBA, “E.E.R., Insania y Curatela”,08/07/2014,- EIDial.com-AA8964, publicado el 25/08/14; “...la decisión respecto de la capacidad de la persona deberá fundarse en examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias...y que esa necesidad de interdisciplinariedad impone concluir que hay que partir de una acepción del término “facultativo” más amplia que la del médico, es decir comprensiva de otras ramas del saber... el relevamiento social y ambiental donde se desenvuelve –la vida de la persona-ilustrará al juez respecto de las capacidades sociales, familiares, laborales que posee la persona, así como las estrategias posibles para mejorar las eventuales dificultades que tenga en su vida de relación, entre otros temas, aportándole, además elementos de convicción para determinar la protección debida de la persona.

<sup>21</sup> Corte IDH, “Caso Ximenez López vs. Brasil” (Fondo, Reparaciones y Costas), 04/07/2006; art.15 CDPD. Al respecto, el Relator de Naciones Unidas ha afirmado que “las personas con discapacidad son sometidas a experimentos médicos alteradores e irreversibles sin su consentimiento (por ejemplo esterilizaciones, abortos e intervenciones encaminadas a corregir o aliviar una discapacidad, como el electrochoque y la administración de fármacos psicotrópicos, en particular los neurolépticos)”.

con el objeto de impedir el avasallamiento de los derechos, de la expresión de voluntad y de las preferencias de la persona, así como también que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida.

El juez debe disponer esas salvaguardas o medidas protectorias para garantizar los derechos personales o patrimoniales de la persona en cuyo beneficio se realiza el proceso y ser proporcionadas a la protección que se quiera garantizar, determinando su duración. Estas medidas protectorias y restrictivas a la capacidad jurídica para la celebración de algún acto jurídico puntual deben indicar si la persona requiere la asistencia de uno o varios apoyos o redes institucionales de apoyo y personas que actúen con funciones específicas por un plazo fijado. Estas medidas protectorias pueden establecerse con anterioridad a la sentencia.<sup>22</sup>

Si la persona carece de patrocinio letrado, debe el juez promover el reconocimiento y la materialización del derecho de defensa. Al respecto, el art. 36 CCyC prevé la designación de un letrado que preste asistencia técnica para la defensa de los derechos e intereses a la persona en cuyo beneficio se realiza el proceso<sup>23</sup>, quien debe estar presente en todas las audiencias. Entonces, la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso judicial tiene derecho a participar en él con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios. Este derecho debe ser garantizado por el juez en la primera oportunidad procesal; por ello, si la persona comparece sin abogado, debe nombrársele uno de inmediato, a fin de que le represente y preste asistencia durante todo el proceso, como ha sucedido en la jurisprudencia.<sup>24</sup>

En el marco del proceso judicial en análisis, y con el objeto de dar concreción a los principios de participación de la persona en situación de vulnerabilidad, acceso a la justicia y no discriminación, el CCyC recoge el principio de intermediación. En este sentido, determina que el juez *debe* mantener “*relación directa*” con la persona en cuyo beneficio se realiza el proceso, así como también, con los elementos de prueba. A tal efecto, y con fundamento en el artículo 13 de la CDPD se faculta a realizar todos los ajustes razonables del procedimiento, según las circunstancias del caso lo requieran.

Es compromiso del Estado -y así lo disponen las Reglas de Brasilia-, garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia mediante el establecimiento de las condiciones que resulten necesarias para ello y de la adopción de aquellas medidas conducentes a utilizar los servicios judiciales requeridos y de disponer de los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación.

Como ha señalado la Corte Interamericana, para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son usuarios del servicio de justicia. La existencia de condiciones de desigualdad real exige adoptar medidas de compensación tendientes a reducir o eliminar aquellos obstáculos que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”.<sup>25</sup>

El conocimiento directo en la audiencia y en la entrevista personal previa al dictado de la sentencia, permite al juez una mejor comprensión acerca de la situación de la persona y torna de aplicación el

---

<sup>22</sup> A modo de ejemplo, en una causa en trámite se estableció como medida protectoria que una ONG en su función de red institucional de apoyo, fuera la encargada de trasladar a la persona con compromisos adictivos graves a un lugar de internación adecuado para comenzar el tratamiento de recuperación ya que se encontraba embarazada y en situación de calle.

<sup>23</sup> Fernández, Silvia, Comentario al art. 33 en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Tomo 1° Arts. 1 a 400, Directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 87.

<sup>24</sup> CSJN, “P., A.C. s Insania”, 11/12/2014, inédito. El citado fallo revoca la resolución impugnada que negaba la posibilidad de que una persona con afectación en su salud mental e institucionalizada cuente con asistencia letrada, basándose en que tal privación ocasiona un perjuicio irreparable o de muy difícil revisión posterior, por encontrarse en juego el derecho a la salud, a la autonomía y a la libertad...”

<sup>25</sup> CIDH, “Caso Furlán y Familiares vs. Argentina” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 31/08/2012, párr. 268.

derecho a ser oído. Asimismo, le permite conocer las diversas necesidades de la persona durante el proceso y hacer uso de las facultades jurisdiccionales reconocidas por la ley en el art.36 del CCyC. En la obra Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia en la CABA<sup>26</sup> y en el capítulo de los procesos especiales, como resulta el de restricción a la capacidad jurídica y declaración excepcional de incapacidad, se regula el traslado del juez y del Ministerio Público al lugar donde la persona se encuentre ante imposibilidad de ésta de acercarse a la sede del juzgado.

Uno de los modos de realización del principio de participación de la persona es la concreción del derecho a recibir información, como paso previo a la adopción de decisiones y a la realización de los actos en todos los ámbitos en los que se desenvuelve. Tal derecho se desprende de las limitaciones comunicacionales o de trato con la persona y también en el proceso judicial, reconocidas en la propia CDPD. A estos fines se incluye en la noción de comunicación “*los lenguajes, la visualización de textos en Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso*” (art. 2°.1 CDPD). Al respecto, corresponde señalar que por lenguaje se entiende tanto el lenguaje oral, la expresión escrita como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal.

En este sentido, en la obra citada<sup>27</sup> se establece que las notificaciones de las resoluciones que dan curso a la presentación inicial del legitimado, también la de apertura a prueba de las actuaciones, la sentencia que decide sobre la restricción a la capacidad o la incapacidad, o su cese y toda otra que el juez disponga expresamente en el marco del proceso judicial se diligenciarán en forma personal. Con el fin de garantizar la adecuada participación de la persona en cuyo beneficio se realiza el proceso, se debe contemplar los modos antes descriptos para que las notificaciones se cumplan de modo fehaciente. En consecuencia la efectividad de la entrevista personal y la adopción de los ajustes razonables -de conformidad con las facultades otorgadas al juez-, garantizan la accesibilidad, la no discriminación y la participación de la persona. Se trata de factores indispensables que dan contenido al principio de inmediación y materializan su cumplimiento durante el proceso, siendo requisito para ello, la previa consideración de las particularidades que presenta la situación concreta de cada persona con discapacidad psíquica, y de los mecanismos para sortear efectivamente los obstáculos y las dificultades que pudieran surgir.

El *principio de inmediación* se integra además con la *competencia territorial* que se establece para las acciones derivadas de las restricciones a la capacidad o incapacidad y su cese. En esta lógica, es competente en razón del territorio, el juez que corresponda al domicilio de la persona en cuyo beneficio se realiza el proceso, o residencia habitual del denunciado o el lugar de internación mientras ésta subsista, según el caso. (art. 36 del CCyC).

De esta forma se pone fin a la discusión jurisprudencial y doctrinaria surgida de la interpretación realizada en torno al texto legal del artículo 5, inc. 8, párr. 2°, parte 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, respecto a los conflictos generados por cuestiones de competencia territorial en los casos en que la persona en cuyo beneficio se realiza el proceso, realice un cambio de domicilio, o de residencia habitual a otra jurisdicción.

Sin duda, la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y en particular de principios fundamentales como el de no discriminación y el de interés superior de la persona con

---

<sup>26</sup> Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia de la CABA, De los Santos, Mabel; Herrera Marisa y Baliero de Burundarena Angeles, con la supervisión de la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci, y Editorial JUSBAIRES, Buenos Aires 2014.

<sup>27</sup> “Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia en la CABA” Ed. Jusbaire, Buenos Aires 2014

discapacidad o afectada en su salud mental, se tradujo en una legislación procesal más permeable a la necesidad procesal de proximidad que este grupo vulnerable requiere.<sup>28</sup>

Por otra parte, resulta oportuno señalar que no cualquier mudanza de domicilio o lugar de internación resultará apta para trasladar la competencia al tribunal de la nueva jurisdicción. En este orden de ideas, deberá tratarse de un cambio permanente y no meramente circunstancial, aplicando el principio de atender a aquello que resulta más conveniente a la persona afectada y en pos de la protección integral de sus derechos.

Debido a que si bien la norma del art.36 del CCyC reduce el planteo de conflictos negativos de competencia, la práctica judicial ha demostrado a través de diversos antecedentes, que no se trata de una cuestión ineludible y que cada caso resulta analizable. En este sentido, es de resaltar que no puede quedar huérfano de juez la persona que tiene un proceso iniciado hasta que se resuelve la cuestión de competencia negativa trabada; más aun teniendo en consideración el tiempo que puede transcurrir hasta la decisión de aceptación de radicación de la causa o bien, hasta la resolución del Superior Tribunal Federal.

Es por ello que debe continuar entendiéndose- en ese lapso- el juez que previno, porque es él quien debe conocer a la persona y su situación de vida pese a las dificultades que se pudieran presentar en tal sentido. A tal efecto, se aplica la doctrina sentada en el fallo "Tufano", donde se ha enfatizado que, durante la tramitación del conflicto de competencia, es deber del juez que previno adoptar las medidas urgentes y que éste no cesa hasta que la contienda se resuelva, o bien hasta que el juez del domicilio de la persona en cuyo beneficio se realiza el proceso asuma la competencia. En este fallo, los votos en disidencia señalaron que frente al estado de vulnerabilidad que tienen en común las personas que se encuentran internadas psiquiátricamente y las sometidas a un proceso de insania, resulta esencial el respeto a la regla del debido proceso en resguardo de sus derechos fundamentales.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Herrera, Marisa, Famá, María Victoria y Pagano, Luz María, "La salud mental+, en el derecho de familia". Director Jorge Azpiri, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 468.

<sup>29</sup> CSJN, Sentencia sobre Competencia N° 1511. XL. "T.,R. A. s/ internación" - 27/12/2005, LA LEY 2006-C , 231.-