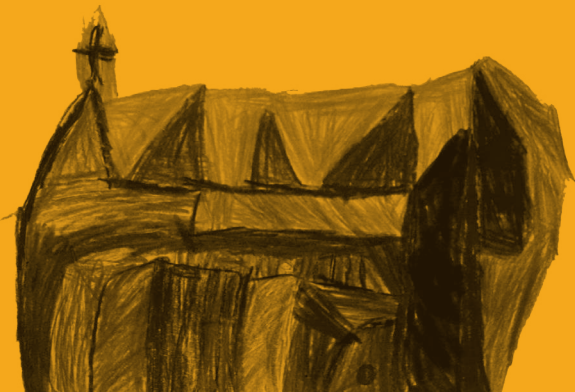


# La actuación del Ministerio Pupilar en el Nuevo Código Civil

DRA. MARÍA GRACIA PAOLETTI | Secretaria del Tribunal Colegiado de Familia N° 3, Rosario (SF).

myf

232





## 1. El Ministerio Público y su estructura

En el ámbito constitucional el art. 120 de la Constitución Nacional, establece expresamente que 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, los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República. En cuanto a su estructura interna establece que está integrado por un Procurador General de la Nación y un Defensor General de la Nación y los demás miembros que establezca la ley.

Por su parte, la Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley N° 24946, reglamenta el artículo precedente, estableciendo principios generales, composición, y las demás cuestiones referidas estrictamente con relación al servicio, la administración general y financiera, sus funciones y actuación.

## 2. El nuevo Art. 103 cc y el rol del Ministerio Público

El art. 103 del nuevo Código Civil es, claramente, la norma que delimita el marco de actuación del Ministerio Público y receptando en su contenido otras modificaciones que nuestro Código transitó con esta reforma, tal co-



mo ocurre con el tema de la capacidad jurídica que incide directamente en el tema en cuestión sustituyendo con su redacción el art. 59 del Código Civil vigente previo a la Reforma.

Expresamente el art. 103 del nuevo Código Civil en análisis dispone: «*Actuación del Ministerio Público. La actuación del Ministerio Público respecto de las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal. A) Es Complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. B) Es principal: 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. 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».*

Adentrados en la norma que delimita su rol, es momento de analizar la actuación del Ministerio Público estableciendo el marco subjetivo y material que su desempeño comprende y, en este sentido, teniendo en cuenta tanto el marco normativo general como específico.

## 2.a. Marco de actuación subjetiva.

La primera parte del artículo en análisis determina los sujetos en función de los cuales el Ministerio Público tiene la obligación de actuar: 1) las personas menores de edad; 2) las personas incapaces o con capacidad restringida; 3) aquellos cuyo ejercicio de la capacidad requiera de un sistema de apoyos.

Sintéticamente, el artículo refiere a las personas cuya capacidad jurídica se encuentra restringida, de modo que no puede obviarse en este punto las reglas generales que rigen dicha restricción. El art. 31 del nuevo cc que las enumera de la siguiente manera:

- a. La capacidad general de ejercicio de una persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;
- b. Las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;
- c. La intervención estatal tiene siempre

carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;

- d. La persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;
- e. La persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;
- f. Deben priorizarse alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

En consonancia con lo dicho, el art. 32 cc establece que si bien el juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes, sólo por excepción podrá declarar la incapacidad de la persona y designar un curador si la misma se encuentra 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 para su situación.

De este modo se incorpora un requisito objetivo determinado por situación de

absoluta imposibilidad de interacción con el entorno que difiere del criterio subjetivo del anterior Código que se basaba estrictamente con el diagnóstico de discapacidad de la persona, lo que se corrobora con un dato de la realidad, cual es que la demanda de curatela viene, comúnmente acompañada, por el certificado de discapacidad emanado de autoridad competente.

«La reforma modifica sustancialmente el régimen de capacidad jurídica y las categorías pasan a ser:

- La capacidad plena. Que se presume tiene toda persona mayor de edad (Cfr. Art. 23).
- La capacidad restringida. Caracterizada por el principio general de que la persona mantiene su capacidad, con las restricciones que pudieran establecerse para determinado acto o actos.(...)
- La inhabilitación. Sería una especie dentro del género de capacidad restringida que se encuentra prevista para un supuesto determinado: la prodigalidad (cfr. Arts. 48 a 50). (...) Al ser un supuesto especial de capacidad restringida, la persona mantiene su capacidad, aunque con algunas restricciones que pudieran establecerse para la realización de actos de disposición entre vivos u otros actos que el juez especifique.
- La incapacidad absoluta. Se encuen-

tra prevista exclusivamente para el caso de las personas por nacer. (cfr. Art. 24, inc.a)

- La incapacidad relativa. Se prevé para el supuesto de la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente (...). Y también para el supuesto de la persona que 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 (cfr. Art. 32, último párr.)»<sup>1</sup>

Es decir, la regla es siempre la capacidad y la excepción es la restricción a la misma y la designación, en su caso, de el o los apoyos necesarios, establecidos en el art. 43 cc<sup>2</sup>, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona, y en extremo, la sustitución de la persona en la toma de decisiones con la consecuente declaración de incapacidad y designación de curador. Así el legislador obliga en el ámbito de excepción a la regla a repensar toda medida alternativa que resulte menos restrictiva para el ejercicio de los derechos y libertades de la persona susceptible de protección.

En conclusión, «Los principios y reglas

generales que regulan la restricción o restricciones en materia de capacidad jurídica plasman en el Código el reemplazo de un «modelo de sustitución en la toma de decisiones» por un «modelo de apoyo en la toma de decisiones». Ese cambio de paradigma implica que, desde la asunción de que todas las personas tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones, la pregunta deja de ser si una persona puede ejercer su capacidad jurídica, para concentrarse en que necesita una persona para ejercer su capacidad jurídica.»<sup>3</sup>

Las modificaciones al Código Civil vigente están inspiradas en los principios de autonomía de la voluntad y, en esta senda, en la comprensión y la manifestación de esa voluntad, en concebir a la persona como sujeto de derecho, en la directriz de información y participación en el proceso judicial, en la promoción de medidas de apoyo en miras a la persona y sus necesidades, todo ello a través de una intervención estatal interdisciplinaria y encaminada a garantizar el acceso a la justicia y a todo el sistema de apoyo y protección.

## 2.b. Marco de actuación Normativa Genérico y Específico.

El panorama legal internacional, na-

cional y provincial que analizaremos a continuación obliga al Ministerio Pupilar a armonizar toda su actividad a los nuevos lineamientos que plasman entre otros los principios indicados precedentemente.

### 2.b.1. Marco Normativo Genérico.

De acuerdo a lo expuesto al inicio, el Ministerio Pupilar tiene consagración constitucional en el art. 120 de nuestra Constitución Nacional, que lo estructura internamente y la Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley N° 24946, que reglamenta dicho artículo.

A nivel internacional, la actividad desarrollada por el Ministerio Público se encuentra delimitada por una serie de Tratados Internacionales que adquieren jerarquía constitucional con la redacción del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional que los incorpora a ella.

Ellos son: La Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23849), la Convención Internacional para la Eliminación de todas la Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Ley 25380), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26378).

Por su parte, a nivel nacional se dicta la ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 26061) y la ley de Salud Mental (Ley 26657).

Asimismo, la provincia de Santa Fe, mediante el dictado de la ley de Promoción y Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes N° 12967, adhiere a la ley nacional N° 26061, haciendo operativa la normativa nacional a nivel local.

Finalmente, este amplio panorama normativo debe ser siempre analizado y aplicado en función de las directrices que se redactaron en el marco del XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia en marzo de 2008, en lo que se denominó «Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad», entendiendo estas reglas como estándares básicos y mínimos para garantizar a personas en condición de vulnerabilidad el acceso a la Justicia, estableciendo así líneas o pautas de actuación para los Poderes Judiciales, con el fin de brindar a dichas personas un trato adecuado a las circunstancias particulares.

De este modo, «se han receptado prin-

cipios constitucionales que atraviesan la nueva normativa del Código, como el de «capacidad progresiva de los niños y adolescentes», cuya consecuencia es otro principio, a saber: «a mayor autonomía de los niños, niñas y adolescentes, menor será la representación». El principio de interdisciplinariedad que surge de la CDPC, de la ley 26657 de Salud Mental y del artículo 31, inc. D, del Código. El principio de participación de los niños/as de acuerdo a su edad y grado de madurez y de las personas mayores con capacidad restringida en todos los procesos que les atañen y su derecho a ser oídos, y también por el juez, tal como surge del artículo 707 del Código<sup>4</sup>. El derecho a estar informada de la persona con capacidad restringida (art. 31 inc. d, del Código). Las leyes y en especial la 26061 se refieren ahora a la «participación activa» del niño, su «defensa activa», la figura de un «abogado del niño», la articulación del Ministerio Público con «las defensorías zonales», la creación de las «oficinas de promoción de derechos», la creación de los «centros de protección de derechos», los «servicios locales», los «servicios zonales».<sup>5</sup>

Vemos entonces como se suman al rol del Ministerio Público, no solo nuevos principios, reglas y directrices, sino

también innumerables actores que obligan a replantear su intervención en el proceso judicial a fin de proteger acabadamente a las personas en condiciones de vulnerabilidad.

### 2.b.2. Marco Normativo Específico.

#### Antes de la Reforma:

El art. 59 del Código Civil previo a la reforma establece: «A más de los representantes necesarios los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación.»

Lo primero que establece la norma es que en principio la representación es conjunta y complementaria a la de los representantes necesarios. Dicha representación es de naturaleza promiscua y coloca al Ministerio de Menores en el ejercicio de dicha representación como «parte legítima y esencial» en todo asunto al que se avoquen sea judicial o extrajudicial.

Es decir, en términos estrictamente

procesales reviste la calidad de partes y desde el punto de vista del ámbito de aplicación, el mismo se desempeñará tanto en ámbito judicial como el extrajudicial.

La finalidad será siempre la protección del incapaz tanto respecto de su persona como de sus bienes.

Su participación se establece siempre bajo pena nulidad del acto y de todo juicio que tenga lugar sin ella, y aunque no se aclara si la misma es relativa o absoluta, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria acuerdan sobre el carácter su carácter relativo y por ende susceptible de confirmación, ya que esta posibilidad redundaba en un amplio beneficio para el sujeto a proteger.

Así, «además de la representación necesaria, de carácter individual, el Código instituye otro tipo de representación, llamada promiscua, porque se ejerce en forma colectiva o conjunta, que pone a cargo de un organismo estatal de protección de los incapaces: el Ministerio de Menores.»<sup>6</sup> En este orden de ideas la intervención del Ministerio es, entonces, primordialmente de naturaleza representativa, de carácter necesario y complementaria de la actuación de los representantes individuales.

Claramente el legislador concibió al incapaz como un sujeto de derecho que debía ser protegido tanto en su persona como en sus bienes, pero fue mutando su directriz justamente el modo en que debía protegerlo, y así pasó de pensar en proteger al incapaz sustituyéndolo a plantearse que necesita esa persona para poder ejercer su capacidad jurídica según las particularidades de cada sujeto.

#### La Reforma:

La reforma atraviesa la actuación del Ministerio Público tanto desde los principios y directrices que recepta y que describimos precedentemente, como en la expresa redacción del art. 103 del nuevo Código Civil que establece directamente el inicio y el fin de dicha función.

Entrando al análisis de la norma, remitiremos en cuanto a su actuación subjetiva a lo expuesto oportunamente en el punto 2) a- sintetizando en que en que la actuación del Ministerio abarca a: 1) Las personas menores de edad; 2) Los incapaces y las personas con capacidad restringida; y 3) Las personas que en el ejercicio de su capacidad jurídica requieran de un sistema de apoyos.

En cuanto al ámbito de actuación es clara la norma al determinar que el rol del Ministerio Público se desarrollará tanto en el ámbito *Judicial* como *Extrajudicial*.

*Ámbito Judicial:* La intervención en el ámbito Judicial puede ser Complementaria o Principal.

- Es *complementaria* en todos los procesos que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, de modo que la actuación del Ministerio Púpilar será complementaria a la representación que ejercen otras personas como los padres, tutores, guardadores, curadores o las personas que lleven adelante el sistema de apoyo para el caso de las personas con capacidad restringida.

En este caso la norma expresamente dispone que la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto, es decir que pueden ser confirmados, avanzando en la redacción del art. 59 del actual Código Civil que escuetamente determinaba la nulidad sin más para idéntica situación. A su vez, los actos realizados sin la intervención del Ministerio Público pueden incluso ser convalidados por su actuación posterior por imperio del art. 388<sup>7</sup> del nuevo Código Civil, respecto de todos los

actos anteriores y favorables o, cuanto menos no perjudiciales a la parte por quien interviene. Asimismo las nulidades sólo podrán declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece y, por lo tanto, será el mismo Ministerio Público quien, una vez que tome conocimiento de la causa y del acto perjudicial para su representado, deba plantear la nulidad de el/los acto/s perjudiciales retrotrayendo el proceso al momento previo a su consumación.

- Es *principal:* 1) Cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; 2) Cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; y 3) Cuando las personas susceptibles de representación carecen de representante legal y es necesario proveer a dicha representación. En los dos primeros casos, el Ministerio Público instará a padres, tutores, guardadores y personas de apoyos al cumplimiento de sus obligaciones. En el último supuesto deberá solicitar la designación de tutores, guardadores, curadores y/o personas de apoyo.

*Ámbito Extrajudicial:* Aquí la actuación del Ministerio Público deberá responder a dos estándares diferentes pero

complementarios. Por un lado es necesario que se configure la ausencia, carencia inacción de los representantes legales, y por el otro, que se encuentren comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales de los menores de edad, las personas incapaces o con capacidad restringida. En este punto es preciso enfatizar que ambos requisitos no funcionan de manera autónoma sino complementaria; ambos supuesto deben fusionarse para lograr la intervención extrajudicial del Ministerio Público.

### 3. Conclusión

El cambio de paradigma que inspiró la reforma del Código Civil, modificó la actuación del Ministerio Púpilar. Los principios que receptados en la redacción de los art. 31, 32, y 43 del nuevo Código Civil arriba analizados y la incorporación de los Tratados Internacionales que delimitan la intervención en estudio favorecieron el paso de la «representación promiscua» del art. 59 del Código Civil y la sustitución de la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica a un sistema que se preocupa en intervenir solo en la medida que la persona, como sujeto de derecho, ne-

cesite de dicha colaboración para poder ejercer por sí su capacidad jurídica teniendo en cuenta la particularidad de sus necesidades. El Ministerio Pupilar pasó, de este modo, de sustituir al sujeto a complementarlo sin perder de vista nunca las individualidades de cada persona. La reforma es, sin dudas, un avance en la jerarquización de las personas cuya capacidad jurídica requiera de la intervención estatal para ser ejercida. ■

CITAS

<sup>1</sup>LORENZETTI, RICARDO LUIS; «*Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado*»; T I, 1ª Edición, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, pág. 154.

<sup>2</sup>Art. 43 Nuevo Código Civil: «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. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten su apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.»

<sup>3</sup>LORENZETTI, RICARDO LUIS; op cit, pág. 139.

<sup>4</sup> Art. 707 Nuevo Código Civil: «Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes: Las personas mayores con capacidad restringida

y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida.»

<sup>5</sup>LORENZETTI, RICARDO LUIS, op. cit, pág.455.

<sup>6</sup> BUERES, ALBERTO Y HIGHTON, ELENA: «Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y Jurisprudencial», T I, Ed. Hammurabi, pág. 446.

<sup>7</sup>Art. 388 Nuevo Código Civil: «La nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanarse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo.»