Guarda de incapaces y disminuidos*

Milagros Pierri Alfonsín y Gabriel Tamborenea

MILAGROS PIERRI ALFONSÍN Y GABRIEL TAMBORENEA
Profesores Extraordinarios Auxiliares de Derecho Civil I y Civil V en la carrera de Abogacía en el Campus Nuestra Señora del Pilar, Universidad del Salvador.

1. INTRODUCCIÓN

Nuestro sistema legal vigente, regulador de la capacidad y de la protección de disminuidos e incapaces es, a nuestro entender. sumamente rígido y cerrado.

La realidad nos ha enseñado que no existen dos campos extremos. Todo lo contrario, la incapacidad se presenta en grados o facetas y en toda persona, aun la más enferma, hay zonas sanas que deben ser protegidas y estimuladas y la dicotomía entre capacidad e incapacidad resulta ser sólo una división de laboratorio que influye negativamente en el necesitado de asistencia y en su familia y trae como consecuencia que los mecanismos de protección tanto de los incapaces como de los disminuidos también resultan insuficientes.

Como pretenderemos demostrar a lo largo del presente desarrollo, los mecanismos de protección y tutela para las personas que mayor am-

* Ponencia propuesta por la Cátedra de Derecho Civil V de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador en XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" y el "V Congreso Nacional de Derecho Civil, llevadas a cabo en la Provincia de córdoba entre los días 23 a 25 de septiembre de 2009.
Titular: Dr. Luis Méndez (a) Profesores Redactores: Dra. Milagros Pierri Alfonsín (b) y Dr. Gabriel Tamborenea (c)

paro requieren, se quedan a mitad de camino. Miles de zonas grises, de situaciones intermedias, de realidades de personas, quedan fuera de la protección que la ley les ofrece.

Consideramos que esto resulta no sólo violatorio del principio de igualdad establecido en nuestra Constitución Nacional, sino también del principio de tutela judicial efectiva. La ciencia avanza, la humanidad evoluciona, y el Derecho debe necesariamente adaptarse también a dichos cambios. De lo contrario, terminaría regulando de espaldas a la realidad.

En nuestro sistema legal existen numerosas disposiciones tendientes a tutelar los derechos y la persona física de los incapaces y disminuidos. Tratados y Convenciones Internacionales, disposiciones emergentes de la Constitución Nacional y de los códigos Civil y Procesal reconocen los derechos de los incapaces de manera que cuenten con un completo plexo normativo que hace efectiva su protección en la esfera administrativa y jurisdiccional.

Es que en materia de protección de aquellos sujetos el legislador pone una cuota extra de cuidado en tutelar particularmente la situación de los ciudadanos más desprotegidos con base en el concepto civilista de la capacidad de las personas.

En este punto la intervención del Estado se torna fundamental para proteger a los incapaces y a los menores de edad teniendo siempre en mira el principio del interés del menor

No obstante lo expuesto, en la práctica judiciaria es posible constatar que en algunas situaciones, las disposiciones legales pueden no resultar suficientes para tutelar los derechos o la persona de los incapaces.

Con la sanción de la ley 26.061 se ha trasladado mayormente el tratamiento de varios de esos temas de la órbita judicial que se regulaba mediante el artículo 234 del código de rito a la esfera administrativa.

En el ámbito de la ley procesal, el artículo 234 [1] que legislaba sobre

1 "P*odrá decretarse la guarda:*
1. De mujer menor de edad que intentase contraer matrimonio, entrar en comunidad religiosa o ejercer determinada actividad contra la voluntad de sus padres o tutores.
2. De menores o incapaces que sean maltratados por sus padres, tutores, curadores o guardadores, o inducidos por ellos a actos ilícitos o deshonestos o expuestos a graves riesgos físicos o morales.
3. De menores o incapaces abandonados o sin representantes legales o cuando éstos estuvieren impedidos de ejercer sus funciones.
4. De los incapaces que estén en pleito con sus representantes legales, en el que se controvierta la patria potestad, tutela o curatela, o sus efectos".

la protección de persona, daba una efectiva herramienta a los abogados, al Ministerio de Menores y al Juez para proteger a los incapaces en situación de riesgo, pero al mismo se advertía que las inquietudes que despertaban estos casos, debían ser resueltas y sobretodo prevenidas, por la autoridad administrativa y política.

Entrando en el ámbito de la política estatal y del enfoque filosófico-político en que se enmarca, se discutía que fueran los jueces quienes se ocupen de la tarea de protección, invocando la "judicialización" del problema y del déficit en el cuidado estatal de los incapaces, a los que en muchos casos se señalaba como una solución "fascista" al extraer el tema de lo que se consideraba era el ámbito propio de tratamiento que era eminente social y político.

Este enfoque identifica en la mayor parte de los casos la actuación de juez para tutelar los intereses del menor con una posible consecuencia negativa de su intervención, que es la irremediable condena del menor a integrar los cuadros del sistema judicial sin la suficiente solución de su problema que no es judicial sino de contención y protección familiar, social y estatal.

No obstante esta saludable intencionalidad política, esta perspectiva puede en los hechos resultar perjudicial para la situación de menores en situación de riesgo, en la medida que la actividad de la autoridad administrativa no resulte eficiente o suficiente, y permitiendo que el daño a los incapaces se consuma o continúe.

Aparece en este punto además la crítica de importante y calificada doctrina nacional que cuestiona el sustento constitucional del sistema dispuesto en la nueva ley[2].

En sentido contrario también podría predicarse que el planteo importa una ideologización excesiva del sistema de incapacidad de las personas en desmedro del interés superior del incapaz, que trae la consecuencia paradojal de pregonar su beneficio y cuidado y al mismo tiempo ser responsable de no poder evitarlo.

Lo cierto es que si bien se pretendió con la sanción de la ley 26.061 sustraer del control judicial a los menores e incapaces, no se tuvo sufi-

2 ver en tal sentido "Las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061" por Andrés Gil Domínguez, María Victoria Famá y Marisa Herrera entre otros en La Ley 2007-D páginas 876/710.

cientemente en cuenta que aun las medidas administrativas son pasibles necesariamente de una revisión judicial última como garantía de los administrados y que en algunos supuestos el caso requiere por su gravedad la obligada intervención de los jueces.

Existe tal vez en este punto, un error de interpretar que el sometimiento de los incapaces al juez civil resulta similar a la intervención de un juez penal en un calvario kafkiano sin solución para la suerte del causante que en la mayor parte de los casos estigmatiza traumáticamente al menor de edad. Se advierte así que, la parte de argumentación en que esa postura se encuentra en franca desventaja, es que la tutela judicial constituye la última garantía prevista por la Constitución Nacional para amparar los derechos de todos los ciudadanos, y la administración por cierto carece del imperium de los jueces que proviene del concepto de jurisdicción para hacer cesar algunas de esas situaciones desfavorables de los incapaces y, además, es el derecho de cualquier persona a solicitar la protección de la justicia estatal que reconoce nuestro ordenamiento jurídico.

En los hechos la reforma ha sido cuestionada parcialmente por el examen de sus resultados prácticos y cuestionando el déficit en el ensamble de la actividad de los distintos cuadros administrativos en la asistencia del caso.

En síntesis podemos decir que el sistema vigente pone su ojo y énfasis en lo que la persona NO es apta para realizar, y pensamos que se debe llevar a cabo un cambio radical y focalizar la cuestión, por el contrario, en lo que podríamos denominar "el eslabón más fuerte de la cadena".

Es por ello que remarcamos la necesidad de que se operen algunas transformaciones Y en tal sentido se presentarán dos propuestas que a nuestro entender implican un avance en este cambio de mirada. Una, es el establecimiento de un régimen de gradual de la capacidad y la otra una regulación más específica del trámite de guarda en la esfera judicial.

II. INCAPACES Y DISMINUIDOS

En primer lugar, corresponde delimitar qué entendemos por disminuidos e incapaces.

Cuando hablamos de "incapaces", nos referimos a los incapaces tanto absolutos (art. 54: las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes declarados tales y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito) como los relativos (art.55: menores adultos).

Cuando nos referimos a los "disminuidos", quedan comprendidos bajo dicha denominación las personas mayores de edad que sufren una disfunción física o psíquica, que no están declarados insanos , también las personas menores de edad, que pueden no estar sometidos a la patria potestad, y que padecen una disfunción, y los disminuidos en sus facultados cuando sin llegar al supuesto previsto en el articulo 141 del CC (incapaces por demencia), el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio.

En nuestro sistema legal existen numerosas disposiciones tendientes a tutelar los derechos y la persona física de los mismos. Sin embargo, se analizará si las mismas son suficientes para proteger de la manera más amplia y efectiva posible tanto a los incapaces como a los disminuidos.

En primer lugar, nos ocuparemos de los incapaces.

Los mismos se encuentran ampliamente protegidos mediante los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional con la Reforma de 1994, a través del art. 75 inc. 22. En segundo lugar, por articulos del Código Civil (el art. 57 establece la representación necesaria de los incapaces absolutos y el art. 59 la representación promiscua de los mismos) y del Código Procesal (art. 234 y siguientes). En tercer lugar, por la Ley de Protección Integral 114 de la Ciudad de Buenos Aires y por la Ley Nacional de Protección Integral 26.061.

Ahora bien, como mencionamos, el art. 57 del Código Civil determina las personas a quienes corresponde ejercer la representación necesaria de cada supuesto de incapacidad de hecho que enumera. Establece que

lación paterno filial por la función social que la caracteriza. Por ello puede desmembrarse sin perder su sentido propio como instrumento idóneo para que el proceso de educación se cumpla, y además, puede ser delegada. Está establecida en el interés del hijo y en protección de la sociedad y de sus miembros, que tienen la pretensión de no ser perturbados en el ejercicio pacífico de sus derechos.

Siguiendo con esta idea, Cafferata sostiene que "para cumplir con el derecho deber de educación, los padres pueden delegar parte de sus funciones derivadas de la patria potestad en terceras personas, siempre que con ello se beneficie el hijo, o en un establecimiento público o privado que los ayude a lograr ese objetivo. Por eso tienen el deber de controlar a aquellos en cuyo poder han colocado al niño respecto de la manera en que cumplen con esa función educadora".

Si bien la normativa vigente no autoriza expresamente a los padres a delegar la guarda, esa posibilidad resulta de la interpretación integral de lo dispuesto por los arts. 275, 276 y 1.115 del CC.

En los dos primeros artículos, se hace alusión a los casos en que los padres pueden asignarle otra casa a los hijos. El último de los artículos citado, los hace responsables por los daños causados, por sus hijos, cuando ellos estuvieran bajo la vigilancia y cuidado de otra persona.

Por otro lado, la ley 114 local también reconoce la existencia de esta institución, estableciendo con criterios de realidad la necesidad de una instrumentación para aquellas situaciones de hecho que deben ser enmarcadas para un mejor conocimiento de las circunstancias de vida de los niños, niñas y adolescentes y su situación jurídica.

Es por la ley 114 de la CABA que se ha regulado en el art. 42 la guarda provisoria de hecho de un niño desempeñado por terceras personas, en los casos en que mediare inexistencia o privación del grupo familiar de pertenencia. En esa norma se propone la búsqueda e individualización de alternativas para que los niños convivan con personas vinculadas a ellos, según la costumbre local y teniendo en cuenta su opinión[5].

La extinción de la guarda se produce por el fallecimiento de los pa-

5 Burundarena, Ángeles, "La Guarda de Niños por Terceros", ponencia presentada en las Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos, La Rioja 2003.

las Personas con Discapacidad, aprobada por la Argentina mediante Ley 26.378 el 06-06-2008. La misma reconoce derechos existentes que reafirma de una forma cierta y terminante y también genera nuevos derechos, con obligaciones concretas para los Estados y las empresas en el ámbito privado. Consideramos fundamental el hecho de que se establezca, ya en el Preámbulo, en forma clara que la discapacidad es un estado dinámico, pues afirma que "la discapacidad es un concepto que evoluciona".

Es válido entonces aclarar que las personas menores de edad que padecen una disfunción y están sometidos a la patria potestad, se encuentran protegidos mediante la responsabilidad parental y los menores de edad que no estén sometidos a patria potestad, a través de la curatela.

¿Qué sucede entonces con las personas mayores de edad con una disfunción en su salud física o psíquica? Y con las personas mayores de edad que se encuentran imposibilitadas de autogestionarse diariamente? Las propuestas al respecto han sido variadas, según lo expuesto por la Dra. Nora Lloveras en su exposición "Guarda de Incapaces y disminuidos". Para el primer caso, ha sido sugerida una especie de patria potestad prorrogada, los propios padres siguen siendo los tutores de la persona discapacitada una vez cumplida la mayoría de edad. Para el segundo caso, se ha propuesto fijarles un guardador.

III. EL INTERES SUPERIOR DE LAS PERSONAS CON PADECIMIENTOS MENTALES

¿Cuántas veces hemos oído hablar del interés superior de las personas que padecen enfermedades mentales? ¿Cuántas sentencias han sido fundadas en el mismo? La respuesta es más que desalentadora, es vergonzosa. Sin embargo, a nadie se le escapa que el interés superior del niño es uno de los argumentos claves a tener en cuenta a la hora de resolver un caso. La doctrina ha escrito incansablemente sobre la protección integral de sus derechos y sobre el interés prioritario de los mismos. Las personas con padecimientos mentales, sin lugar a dudas, no han corrido la misma suerte.

La Ley 448 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es indudablemente progresista y estructura el sistema de salud mental a la luz de los derechos humanos. En su art. 3 establece : " *Son derechos de todas las personas en su relación con el Sistema de Salud Mental: a) los establecidos por la Constitución Nacional, la Convención de los Derechos del Niño y demás tratados internacionales, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, y la Ley N 153 en su artículo 4.*" (El resaltado me corresponde).

No se nos escapa que la mencionada ley es del año 2000 y rige para la Ciudad de Buenos Aires, sin embargo, el Código Civil nos conduce a la misma solución. El art. 475 CCiv. el cual- al igual que el Código Francés que fue su fuente- dispone que los declarados incapaces son considerados como los menores de edad, en cuanto a su persona y bienes, y agrega que las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces [6]. Por analogía del art.16 del CC, de este paralelismo del régimen legal aplicable, a partir de la reforma de la Constitución de 1994, resultaría también de aplicación la Convención sobre los Derechos del Niño así como la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. La ampliación de la protección hacia las personas con enfermedades mentales es un avance innegable.

Esto significa que con la sanción de la Ley 448, la Convención de los Derechos del Niño y todo el cuerpo legal que protege los derechos de las personas menores de edad le son aplicables ya no en todos los casos por mera analogía del art. 16 del CCiv, sino por remisión directa de la ley a un ordenamiento supletorio[7]. Consiguientemente, de ninguna manera dichas normativas pueden ser ignoradas, ya que hacerlo significa dejar fuera del paraguas de protección "plus" que les concede la ley a las personas que padecen enfermedades mentales.

6 Carranza Casares, Carlos A. , "Aportes de la ley de salud mental y su reglamentación", Revista de Derecho de Familia Nº 31, LexisNexis,Julio /Agosto 2005, p.30.

7 Carranza, Casares, Carlos A., "Aportes de la ley de salud mental y su reglamentación", cit, p.30.

IV. EL SISTEMA DE GRADUALIDAD DE LAS CAPACIDADES

Como bien sabemos el Código Civil ofrece dos fórmulas básicas para tratar la aptitud de las personas, o se las considera capaces o bien incapaces. Como una institución intermedia, admite la inhabilitación en su art. 152 bis. Este tajante régimen dual del Código Civil "*se desentiende de la diferenciación de cada enfermo, de sus distintas posibilidades y libertades que son altamente favorables para su curación y desarrollo de la personalidad individual y social, que resulta repugnante a la idea de que la incapacidad, como categoria jurídica, debe ser interpretada restrictivamente*" [8].

Se ha dicho, asimismo, que los dos aspectos fundamentales –personal y patrimonial- en que nuestro ordenamiento civil divide la tutela de los enfermos mentales "*se han quedado en el tiempo atados a moldes rígidos, los que no corren parejos con los avances que nos proporciona por un lado la medicina y, por el otro, diferentes vías y posibilidades jurídicas que, la experiencia y las nuevas tecnologías proporcionan para no causar perjuicios innecesarios, y que los antecedentes extranjeros muestran en la obtención de mejores resultados*" [9].

Taiana de Brandi manifiesta que : " *A esta altura del conocimiento, la ciencia ha comprobado que la dicotomía entre la capacidad e incapacidad es sólo una división de laboratorio que influye negativamente en el necesitado de asistencia y en su familia ...Nuestra realidad y experiencia cotidianas nos demuestran que no existen dos campos extremos, que la incapacidad se presenta en grados o facetas y que en toda persona, aun la más enferma , hay zonas sanas que deben ser protegidas y estimuladas...*" [10]. Es que entre la capacidad total y la incapacidad total existen infinitos grados, matices y circunstancias [11], ilimitadas "zonas grises" que merecen un tratamiento no sólo médico sino también jurídico- legal diferenciado y personalizado.

8 Taiana de Brandi, Nelly A. "La discapacidad y sus grados", LL Sup.Act. 10/07/2007, 1.
9 Gil Domínguez, Andrés, Herrera, Marisa y Famá, Victoria: "Derecho Constitucional de Familia.", Ed. Ediar, Buenis Aires, 2006, p.960.
10 Taiana de Brandi, Nelly A. "La discapacidad y sus grados", LL Sup.Act. 10/07/2007, 1
11 Cárdenas, Eduardo J; Grimson, Ricardo; Alvarez, José A.: "El juicio de insania y la internación psquiátrica.", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985.

Nuestra Constitución Ley fundamental y todos los Tratados de Derechos humanos fijan como pautas programáticas la idea de desarrollo social y progresividad social, que van de la mano con los derechos de igualdad y respeto de la dignidad de la persona. Sin embargo, tal como ha quedado demostrado, nuestro Código Civil no responde a dichas pautas, atentando gravemente contra los principios y disposiciones allí establecidas.

Es necesario pues, una reforma legal mediante la cual se le conceda a los magistrados una mayor libertad para enmarcar a cada enfermo en su incapacidad, buscando figuras alternativas permeables mediante un sistema gradual de capacidades que prevea la posibilidad de declarar incapaces parciales y permita al "incapaz" realizar ciertos actos jurídicos, principalmente aquellos relativos al ejercicio de sus derechos fundamentales[12]. Resulta fundamental un sistema de capacidad abierto y amplio que permita receptar las diversas situaciones fácticas que se pueden presentar en la realidad y que se adecue al plexo normativo supralegal que se sintetiza bajo el concepto de bloque de constitucionalidad federal[13].

V. LA GUARDA EN LOS CODIGOS CIVIL Y PROCESAL DE LA NACIÓN

El codificador no ha establecido originariamente un concepto de guarda que fije con precisión los alcances del instituto, que aparecía emparentado al concepto de tenencia de los hijos pero aplicado más específicamente a aquella situación en que se otorga la custodia y protección de la persona o sus bienes a otro sujeto que es el responsable[14].

La ley 26.061 ha regulado mediante disposiciones de fondo la guarda de los menores e incapaces, estableciendo además la normativa de procedimiento a la que debe atenerse la autoridad administrativa y judicial,

12 Famá, María Victoria: "Salud Mental y Derechos Humanos: Hacia un sistema de gradualidad de Capacidades.", cit, p.75.

13 Gil Domínguez, Andrés, Herrera, Marisa y Famá, Victoria: "Derecho Constitucional de Familia.", Ed. Ediar, Buenis Aires, 2006, p.960

14 COUTURE Eduardo "Vocabulario Jurídico", Editorial B de F, Montevideo quinta reimpresión año 1993 página 372

modificando los supuestos previstos en el art. 234 del código de forma.

La regulación en materia procesal puede ser cuestionada por los estados miembros, que en virtud del art. 5 de la Constitución Nacional no resultan constreñidos a aplicar normas procedimentales dictadas por el Estado Nacional sin su anuencia en mérito a que se trata de facultades o poderes no delegados al gobierno central.

En materia procesal ya el código de forma establecía en carácter de medida precautoria la protección de persona de los menores de edad en situación de riesgo, el cual servía de sustento al trámite judicial de la guarda que transforma la accesoriedad de la cautelar en un verdadero proceso autónomo al que generalmente no seguía un proceso principal.

En los hechos, la tramitación de la guarda seguía un trámite informal, más ajustado a la realidad del caso que a prescripciones concretas de la ley procedimental, sea que fuera iniciado por alguna persona particular o bien por el Ministerio Pupilar. De este modo se aprecia que en la práctica la urgencia era atendida por la autoridad jurisdiccional pero la sumariedad del trámite resultaba inoficiosa ante la ausencia de un procedimiento tasado y se pasaba de una decisión cautelar a un proceso extenso que podía desembocar en una resolución de guarda provisoria o resultar un trámite previo a una futura adopción, etc.

La cuestión procesal ha variado con la sanción de la ley 26.061, que reguló en los arts. 33, 39, 40 y concordantes las medidas excepcionales con revisión judicial respecto de las niñas, niños y adolescentes que estuvieran temporalmente o permanentemente privados de su medio familiar, cambiando el eje de la política legislativa limitando la intervención judicial a los supuestos de guarda.

En estos casos la intervención judicial está prevista dentro de las 72 horas de notificada la medida adoptada por la autoridad administrativa del artículo 40, derivando luego el caso a la autoridad local competente para que implemente las medidas pertinentes.

Aquí se da en los hechos que la supervisión judicial desaparece del obrar de la administración quien es la encargada de cumplir las medidas del caso, lo que puede en la práctica convertir en un control meramente formal a la actuación de los jueces en desmedro del mismo sistema republicano de gobierno.

Por su parte, continúa sin regularse en forma tasada el trámite de la guarda en los casos previstos en el actual artículo 234 del CPCCN. Este tal vez sea uno de los motivos de justa crítica del legislador de la ley 26.061 quien advertía que someter al menor a la justicia en un trámite no tasado era sumergirlo en una causa judicial sin fin y sin las suficientes garantías procesales de un proceso rápido y sin mácula.

Sí se ha encargado el Derecho Procesal de aportar algunas nuevas herramientas en materia de medidas autosatisfactivas y tutelas procesales diferenciadas, de reconocida utilidad en los casos de violencia familiar, insanía, inhabilitación, etc. pero estas innovaciones doctrinarias y jurisprudenciales presentan una naturaleza cautelar que no se puede proyectar al resto del proceso de guarda.

La técnica legislativa de la ley 26.061 se basa en fundamentos de carácter político que importan la modificación del derecho para cambiar el control judicial de la guarda de menores [15], lo que en cierto sentido es lógico e invitable, pues la filosofía política constituye por sí misma un aspecto que contempla al derecho como una de sus disciplinas al implementar los valores que deben regir en una sociedad.

También fue criticada por reunir disposiciones civiles, administrativas y procesales, lo cual resulta en cierto modo inevitable, pues existen materias que son comunes a las tres disciplinas o a cualquier par de ellas. Así por ejemplo, la legitimación, la cosa juzgada, la prescripción, son institutos civiles y al mismo tiempo procesales. Al mismo tiempo resulta inevitable que se presenten tensiones entre el derecho civil y el derecho procesal que instrumenta los derechos reconocidos en el código de fondo.

Pensamos por tanto, que siguiendo la línea iusfilosófica tomada por el legislador de la ley 26.061 los códigos procesales deberían contener un trámite pautado de las distintas instancias del proceso de guarda dentro de los casos que la ley autoriza, estableciendo los sujetos legitimados para promover la acción e intervenir en él, con la actuación en

15 BELOFF Mary "Tomarse en serio a la infancia a sus derechos y al derecho. Sobre la "Ley de Protección integral de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes", 26.061". En Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Buenos Aires, Abeledo Perrot Volumen 33 páginas 1 a 33.

calidad de parte necesaria de la autoridad administrativa local, trámite cuyo plazo de duración no puede exceder de 30 días, una decisión con autoridad de cosa juzgada formal con una instancia de revisión del trámite de oficio y con la creación de un Registro de Guardas que permita el seguimiento posterior de los casos y la elaboración de estadísticas.

De este modo la disposición contenida en el artículo 236 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, quedaría más ajustada al espíritu de la ley 26.061 y al mismo tiempo contaría con una técnica y previsión más certera en cuanto al trámite que debe seguir el proceso judicial de guarda otorgando mejores garantías a los justiciables respetando acabadamente las reglas del debido proceso.

VI CONCLUSIONES

Hasta aquí hemos visto algunos de los principales problemas del régimen de guarda de nuestro sistema legal actual en función del concepto de capacidad de las personas, el cual puede recibir algunos cambios que resulten positivos y efectivos en el marco de las cuestiones que se plantean tanto en el plano práctico como en el de la coherencia del sistema legal.

Desde este punto de vista planteamos la necesidad de legislar sobre una figura o parámetro para que los magistrados cuenten con un mayor margen de libertad para enmarcar a cada enfermo en su incapacidad concreta, en base a figuras alternativas permeables mediante un sistema gradual de capacidades que prevea la posibilidad de declarar incapaces parciales y permita al "incapaz" realizar ciertos actos jurídicos, principalmente aquellos relativos al ejercicio de sus derechos fundamentales.

Asimismo proponemos la regulación más específica del proceso de guarda judicial contemplado en los artículos 234 a 237 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, fijando un plazo máximo de duración del proceso de treinta días con la intervención necesaria de la autoridad administrativa del lugar en sintonía con el espíritu de la ley 26.061.

NOTAS

El Dr. Luis Méndez es Director del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, Profesor Titular de Derecho Civil I y V y Juez Nacional en lo Civil.

La Dra. Milagros Pierri Alfonsín es Docente en las Cátedras de Derecho Civil I y V de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, y Relatora de la Asesoría General Adjunta de Menores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El Dr. Gabriel Tamborenea, es Profesor Adjunto de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Docente en las Cátedras de Derecho Civil I y V de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador y Prosecretario en la Justicia Nacional en lo Civil.