

_____ Salta, 08 de agosto de 2017. _____

_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados "C., J. J. POR PROCESOS DE LA RESTRICCIÓN DE LA CAPACIDAD" - Expediente N° 430479/13 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil de Personas y Familia 4º Nominación (EXP - 430479/13 de Sala II) y, _____

_____ C O N S I D E R A N D O: _____

_____ **La doctora Hebe Alicia Samsón dijo:** _____

_____ I) Que a fojas 76 la doctora María José Miranda, Curadora Oficial, apela la sentencia de fojas 71/74, que dispuso la restricción de la capacidad de J. J.C., designó curador definitivo a su padre, O. D. C. y dejó establecido que la revisión de la sentencia recaerá sobre el Ministerio Público Tutelar y Fiscal.

_____ En su memorial de fojas 88/91 expresa que se dispuso la restricción de la capacidad del señor C. sin tener en cuenta la normativa sobre la materia a tratar (art. 12 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y artículo 31 del Código Civil y Comercial). _____

_____ Refiere que le resulta agravante el hecho de que en la parte resolutive de la sentencia se establezca los actos que puede realizar, ya que ello atenta contra el reconocimiento del carácter de sujeto de derecho de su defendido, toda vez en todo aquello en que no se lo ha limitado, será plenamente capaz. Por lo que peticona que se deje sin efecto lo relacionado con que el señor C. puede realizar actividades físicas. _____

_____ Refiere que de la lectura de la sentencia surge que se ha limitado sólo la administración y disposición de bienes, la realización de actos de trascendencia jurídica, brindar el consentimiento y sufragar. Alega que la falta de especificación detallada de los actos mencionados y funciones acarrea la presunción *iuris tantum*, según la cual, en todos aquellos actos, decisiones o derechos que no hayan sido expresamente restringidos o limitados por la sentencia, la persona goza de plena capacidad *ipso iure* conforme lo establece el artículo 23 del C.C. y C.. Y, dado que el señor C. tiene un retraso mental profundo, con la edad cronológica propia de un infante, solicita la ampliación sobre las limitaciones y funciones, en el sentido que debe especificarse que:

no puede administrar ni disponer de bienes inmuebles, muebles registrables o de cualquier otro tipo o valor; no puede brindar el consentimiento informado ni suministrarse por si mismo medicación alguna; no puede tomar decisiones respecto a su cuerpo (donación de sangre, órganos, etc.); no puede trasladarse por si mismo, ni decidir sobre su lugar de residencia y no puede sufragar. ____

____ Se opone a la designación de un curador definitivo, por cuanto asevera que ésta figura ha quedado limitada exclusivamente para los procesos de declaración de incapacidad, en los que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y que el sistema de apoyos resulte ineficaz. Supuesto que -asevera- no se da en autos. Refiere que de la prueba producida se desprende que el señor C. se cambia solo, que sale a pasear con su padre, que asiste a la granja Taller Inti Punku, donde realiza equinoterapia y participa de distintos talleres, y que según la pericia psiquiátrica de fojas 30, puede realizar terapia ocupacional y ejercicios físicos. Al respecto, señala que según la normativa vigente, en los procesos de restricción de la capacidad, el juez debe designar el o los apoyos necesarios y establecer la modalidad de actuación y condiciones de validez. Solicita que para los actos de administración y disposición de bienes inmuebles, muebles registrables o de cualquier otro tipo o valor se establezca como modalidad la de representación; al igual que a los fines de brindar el consentimiento informado, tomar decisiones respecto a su cuerpo y cambio de residencia. En relación con el suministro de medicación y traslado en la vía pública, requiere la modalidad de asistencia. _____

____ Se agravia también de la omisión de determinar salvaguardas, por lo que, solicita la obligatoriedad de que el apoyo: a) solicite autorización judicial para los supuestos que contemplaba el artículo 121 del C.C., los que dice son de aplicación por vía analógica, ya que hoy sólo rigen para los casos de tutela y curatela, y b) presente rendición de cuentas anual del dinero del señor C., por aplicación analógica del artículo 130 del C.C. _____

____ Refiere que el artículo 40 del C.C. establece que la revisión de la

sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento a instancias del interesado, y que en tal supuesto debe ser revisada por el Juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios, en consecuencia, solicita la revocación del punto IV de la sentencia, dejando establecido que es obligación del juez efectuar la revisión de la sentencia, conjuntamente con la fiscalización del Ministerio Público. _____

_____ Finalmente, hace notar que el Juez trata cuestiones en los considerandos, que luego no especifica en la parte dispositiva. Al respecto, considera que es necesario que en el fallo se detallen todos los aspectos en relación con la restricción de la capacidad de su defendido a los fines de aclarar sus efectos, en especial los actos, la extensión de la restricción o limitación de la capacidad, la individualización de quien o quiénes van a asumir los apoyos o la curatela, según corresponda, y la modalidad de actuación y condiciones de validez. _____

_____ Corrido traslado, a fojas 93/94 contesta la señora Defensora Oficial Civil N° 4, quien si bien solicita el rechazo del recurso por lo motivos que allí expone, presta conformidad con el agravio vinculado con la designación del Sr. Cotrona en calidad de curador adhiriendo a la petición de que lo sea como apoyo. _____

_____ A fojas 96, contesta vista el señor asesor de Incapaces N° 1 y a fojas 98/99 emite dictamen el señor Fiscal de Cámara quien opina que debe hacerse lugar al recurso por las razones que expresa. _____

_____ A fojas 100 se llaman autos para sentencia mediante providencia que se encuentra firme. _____

_____ II) Que en orden a resolver la cuestión venida en revisión, debe señalarse que el nuevo Código Civil y Comercial, aprobado por ley 26.994, resulta de aplicación inmediata al presente caso. Este Código de fondo recepta las normas ya vigentes en nuestro país a partir de la ley 26.378 que ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la Organización de Naciones Unidas en el año 2006, y de la ley 26.657 de Derecho de la Protección de la Salud Mental que incorporó el artículo 152ter

al Código Civil de Vélez. _____

_____ Con la sanción de esta ley se crea también un nuevo paradigma en cuanto a los derechos de las personas con padecimiento psíquico el cual consiste en el reconocimiento de su capacidad para ejercer por sí sus derechos, en la medida de sus posibilidades y el apoyo por parte del Estado en ese proceso. De allí que, de acuerdo con el texto de la Convención, no puede ya hablarse de la “incapacidad” de las personas, sino de aquellas facultades que puedan ejercer por sí y otras en las cuales necesitará apoyo para su ejecución. En definitiva, estamos hablando de reemplazar un modelo de sustitución de voluntad del “incapaz” por la recuperación por parte de estas personas del poder de decisión sobre su propia persona y bienes. (Roveda, Eduardo Guillermo, “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Proyecto del Código Civil y Comercial”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, pág. 91 y vta., Tº 2013-1 “Derecho y Salud Mental”, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013). _____

_____ El nuevo Código Civil y Comercial establece como regla general que toda persona humana puede ejercer por si misma sus derechos excepto las limitaciones previstas en el Código y en una sentencia judicial (cfr. art. 23.). Esta capacidad debe presumirse y garantizarse en toda circunstancia y a todas las personas, con independencia de cualquier característica personal e incluso de cualquier diagnóstico médico. La presunción de capacidad desde una perspectiva de derechos humanos se traduce así en una garantía mediante la cual se prioriza que la persona pueda ejercer sus derechos por encima de cualquier otra circunstancia que no sean las expresas y precisas condiciones legales que el Código habilita para la restricción de la capacidad (cfr. Art.32) (Conf. Ricardo Lorenzetti “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo I, pag. 126 y sgtes., ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014). _____

_____ Agrega el autor citado -refiriendo al actual régimen legal- que la capacidad jurídica solo puede ser restringida en carácter de excepción (art. 31, inc. b) y las excepciones se encuentran exhaustivamente determinadas en el

Código y sujetas a una serie de garantías (cfr. Arts. 32, 36, 43 y 48). La capacidad restringida supone que la persona conserva su capacidad, la cual es restringida solo para determinado acto o actos. 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 tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones, la pregunta deja de ser si una persona puede ejercer su capacidad jurídica, para concentrarse en qué necesita (conf. ob. cit., Tomo I, pág. 128/129 y pág. 139). _____

_____ III) Siguiendo estos lineamientos, asiste razón a la apelante en cuanto a que el fallo en crisis debe pronunciarse sobre las restricciones o limitaciones a la capacidad de la persona, presumiéndose capacidad para todos los demás actos. Y ello así porque se parte de un nuevo paradigma cual es la presunción de capacidad traducida en la posibilidad de ejercer todos los derechos inherentes a la persona excepto los expresamente restringidos, en base a las expresas y precisas condiciones legales exigidas para ello, en carácter de excepción e impuestas en su beneficio. _____

_____ Sin embargo, la referencia a la actividad física, como acto permitido no constituye un agravio que justifique la apelación, desde que no se advierte perjuicio alguno que derive de su enunciación. Así como el “interés” es la medida de la acción, el “agravio” es la medida de la apelación (Conf. CApel, C.yC. Sala II, Libro interloc., Año 2015, fl. 901/902). _____

_____ De las constancias de autos queda acreditado el retraso mental grave y permanente que padece el señor J. J., conforme la pericia psiquiátrica realizada por el Servicio Médico Forense del Poder Judicial a fojas 30; la entrevista individual obrante a fojas 39/40 del Servicio Social, el informe psicológico obrante a fojas 56/57 del Departamento de Psicología del Poder Judicial, informes éstos de los cuales surgen las limitaciones a su capacidad y cuyas conclusiones fueran transcritas en la sentencia objeto de revisión. _____

_____ A su vez, de la prueba producida en autos surge que J. J. asiste a la

Granja Taller Inti Punku, donde pasea en caballo (zooterapia) y participa de distintos talleres recreativos, que se alimenta y se cambia solo, que pasea con su padre y que no usa pañales. (fs. 56/57). _____

_____ Por lo cual la decisión de restringir la capacidad de J. J. para los actos de administración y disposición de sus bienes, para la realización de actos de trascendencia jurídica, para sufragar y prestar consentimiento para tratamientos o intervenciones relacionadas con la salud deviene ajustada a derecho. No obstante ello, le asiste razón a la recurrente al petitionar que – atento las constancias de la causa- se amplíe tal restricción también para actos jurídicos no patrimoniales, como suministrarse medicación por sí mismo, tomar decisiones sobre su cuerpo, trasladarse en la vía pública, decidir sobre su lugar de residencia, ya que si bien el principio que debe primar es el del respeto a la mayor autonomía posible, no debe perderse de vista que a los fines de limitar su capacidad de ejercicio deben ponderarse cuáles serían los posibles perjuicios que podrían producirse en la esfera de sus derechos si no se impusieron las limitaciones conforme a las circunstancias concretas que rodean cada caso. _____

_____ Al respecto la doctrina tiene dicho que “Esta potestad judicial requiere de un sustento probatorio de naturaleza psico-social que le dé las bases para prever de qué modo se verían afectados los derechos del sujeto. La acción que indica el verbo usado prevé una actividad jurisdiccional donde se deben conjugar y armonizar una serie de elementos a considerar en función de las circunstancias y la consecuencia que se quiere evitar: está prevista como un daño potencial, que puede o no existir, pero que es previsible para el juez según su saber y sana crítica” (José W. Tobías, comentario al art. 32 en “Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético”, Jorge Alterini – Director -Ed. La Ley, Bs. As. 2015, Tomo I, pág. 275/276). _____

_____ Teniendo en cuenta el análisis de la capacidad de J. J. efectuado en el fallo y que ameritara su restricción, no cabe la designación de su padre como curador definitivo, como lo indica la juez de grado, sino como persona de apoyo atento a que la figura del curador está previsto en la actual normativa de

fondo solo para el caso excepcional de incapacidad (art. 32 in fine del CCyC), situación que no se presenta en autos. Es que, a partir de la trascendental modificación del régimen de la capacidad de las personas en la legislación argentina, se ha dejado de lado el modelo tutelar-sustitutivo y se lo ha reemplazado por un sistema de apoyo en la toma de decisiones (arts. 32 y 43 del nuevo Código Civil y Comercial), que permita a la persona con discapacidad hacer efectivo el ejercicio de sus derechos en todos los aspectos de la vida. _____

_____ En relación a la modalidad de actuación del señor O. D. C., si bien el nuevo Código puede mantener alguna de las características del modelo de asistencia, no se trata de lo mismo. Y ello no solo en cuanto al bien jurídico protegido sino principalmente porque el modelo de asistencia del Código derogado se centraba “en la formalización del acto jurídico”, en tanto que el modelo de apoyos no solo se centra en dicho ámbito, sino que además se proyecta sobre el proceso de la toma de decisiones (Conf. Ricardo Lorenzetti, ob cit., Tomo I, pág. 250). _____

_____ Por lo tanto, cabe dejar establecido que la designación del señor O. D. C. lo es en calidad de persona de apoyo del señor J. J. C., bajo la modalidad representativa respecto: a) a la administración y disposición de sus bienes o la celebración de actos jurídicos en general y, b) a los fines de brindar consentimiento informado y tomar decisiones respecto a su cuerpo y cambio de residencia. Y bajo la modalidad de asistencia para el ejercicio de sus derechos (cf. Art. 43 CCyC), respecto al suministro de medicación y traslado por sí mismo en la vía pública. _____

_____ Asiste razón también a la señora Curadora Oficial cuando asevera que el fallo omitió establecer las condiciones de validez de los actos sujetos a restricción. En tal sentido, corresponde acoger lo peticionado y dejar establecido que, tanto para los actos médicos -se trate de consentimiento informado como suministro de medicación-, como para los actos de administración, y con mayor razón para los actos de disposición y de trascendencia jurídica, será necesaria la representación de su padre, quien

deberá tener siempre en cuenta la voluntad y preferencias de J. J. en la toma de decisiones sobre su persona y bienes y la previa autorización judicial para los actos de disposición y de trascendencia jurídica. Asimismo, deberá rendir judicialmente cuentas del dinero del señor J. J. C., anualmente. _____

_____ Sin embargo, con respecto a los actos de administración resulta razonable que solo cuando se trate de aquellos que revisten carácter “extraordinario” se exija la autorización judicial; de lo contrario se obligaría al señor O. D. C. (designado persona de apoyo) a permanentes presentaciones judiciales, con el tiempo y esfuerzo económico que conllevan, en forma previa a la ejecución de cualquier acto de administración ordinaria, aun cuando no medie compromiso patrimonial para el joven J. J., judicialización que, mas que protegerlo puede implicar un perjuicio para sus intereses. Es con este alcance que el agravio debe ser atendido. _____

_____ Finalmente la queja vinculada con la revisión de la sentencia también debe ser acogida. El art. 40 del C.C.y.C. dispone claramente que la revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado y que en el caso del artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando audiencia personal con el interesado. Asimismo, establece que es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial y, en su caso, instar a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido. _

_____ Se impone al juez de la causa la carga de impulsar de oficio la revisión de los términos de la sentencia en un plazo no mayor a tres años, de lo que se desprende el rol activo que se le asigna al juez; y en caso que ello no ocurra es el Ministerio Público el que deberá instar que se lleve a cabo (Julio Cesar Rivera- Graciela Medina, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Ed. La Ley, Bs. As., 2014, Tomo I, pág. 169). _____

_____ En igual sentido este Tribunal ha sostenido “que la nueva normativa impone al juez un deber de revisión, el cual -se ha dicho- se justifica desde un criterio de garantía y de derechos humanos ya que debe tener lugar

obligatoriamente y sin necesidad de justificar cambios aparentes de las circunstancias, A su vez, y para garantizar la máxima efectividad de la revisión, surge el deber del Ministerio Público de fiscalizar el cumplimiento efectivo de aquélla y de instar en su caso, a que la misma se lleve a cabo (Lorenzetti, R.L. Director- “Código Civil y Comercial Comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, Tomo I, pág. 192)” (CApelCCSalta, Sala V, Libro Sent., Tomo XXXVII, Año 2017, fº 177/186)._____

_____ Corresponde, por lo tanto, revocar el punto IV) del pronunciamiento recurrido, dejando establecido que la revisión de la sentencia, conforme lo dispone el artículo 40 del C.C.y C. recaerá en la Juez que dispuso la restricción de la capacidad del señor J. J. C., quedando a cargo del Ministerio Público la fiscalización de su cumplimiento, quien, en caso de inacción del juez, deberá instar que se lleve a cabo. _____

_____ IV) En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fojas 76 por la Curadora Oficial, conforme lo expuesto en los Considerandos. _____

_____ **La doctora Verónica Gómez Naar dijo:**_____

_____ Por compartir sus fundamentos, me adhiero al voto que antecede. _____

_____ Por ello, _____

_____ **LA SALA SEGUNDA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL,** _____

_____ **D) HACE LUGAR** al recurso de apelación interpuesto a fojas 76 y, en consecuencia, **MODIFICA** la sentencia dictada a fojas 71/74. En su mérito: a) **AMPLIA** la restricción de la capacidad del señor J. J. C. para actos jurídicos no patrimoniales, tales como suministrarse medicación por sí mismo, tomar decisiones sobre su cuerpo, trasladarse por sí mismo en la vía pública, decidir sobre su lugar de residencia; b) **REVOCA** la designación de señor O. D. C. como curador definitivo de su hijo quien actuará como apoyo de éste, de conformidad al artículo 43 del Código Civil y Comercial, bajo la modalidad de representación para los actos de disposición y administración de bienes muebles e inmuebles, brindar el consentimiento informado, tomar decisiones

respecto de su cuerpo y cambio de residencia, y bajo la modalidad de asistencia, para el suministro de medicación y traslado en la vía pública, quien en el ejercicio de su cargo deberá tener en cuenta en todo momento los intereses del joven, respetar sus preferencias y voluntad, posibilitando su digno desarrollo personal en el marco de la autodeterminación; c) **ORDENA** que se requiera autorización judicial, para los actos de disposición de bienes muebles e inmuebles y para los actos de administración que revistan carácter “extraordinario”, con obligación de rendir cuentas en forma anual; d) **ESTABLECE** que la revisión de la sentencia, conforme lo dispone el artículo 40 del C.C.y C. es a cargo de la señora Juez que dispuso la restricción de la capacidad del señor José Javier Cotrona, con fiscalización del cumplimiento efectivo por parte del Ministerio Público. _____

_____ **II) ORDENA** que se registre, notifique y baje.- _____

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE SALTA. VOCALES: Dras. Hebe Alicia Samsón Verónica Gómez Naar. SECRETARIA: Dra. Julia Raquel Peñaranda. SALA II, T. 2º parte Protocolo Sentencias, 2017, fº 255/259, 08/08/2017.