

REGISTRADA BAJO EL N° 283

(S) F°

EXPTE. N° 159079. - Juzgado N° 4.

En la ciudad de Mar del Plata, a los 22 días de Diciembre de 2015, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en el acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: "**D., J. S/ INSANIA Y CURATELA**" habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Nelida I. Zampini y Rubén D. Gérez .

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 216/220?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

I) Dicta sentencia el Sr. Juez de Primera Instancia, resolviendo hacer lugar a la acción promovida, declarando demente e incapaz para administrar sus bienes y dirigir su persona a la Srta. J. G., D y designando como curadores definitivos a la Sra. B. E., D. y al Sr. A. D., D., a quienes le serán discernidos el cargo, previa aceptación del mismo por ante la actuaria. Finalmente reguló los honorarios de los letrados intervinientes.

II) Dicho pronunciamiento es apelado a fs. 221 por la Sra. B. E., D. con el patrocinio letrado del Defensor Oficial Adjunto el Dr. Osvaldo Caamaño, fundando su recurso a fs. 296/300 con argumentos que merecieron respuesta del Sr. A., D. a fs. 302/303.

A fs. 223 apela el Sr. A. D., D., por derecho propio y con el patrocinio letrado del Dr. Guillermo Lauronce, fundando su recurso a fs. 286/289 los que no merecieron respuestas de las partes.

A fs. 234 apela la Asesora de Incapaces, titular de la asesoría N° 1, la Dra. Silvia E. Fernández, fundando su recurso a fs. 272/283.

III) Agravios de las partes:

a) Agravios de la Sra. B., D.:

En primer termino se agravia de que el Juez de grado decida declarar demente e incapaz para administrar sus bienes y dirigir su persona a la causante de autos, pues ello no se ajusta al ordenamiento normativo vigente al momento de dictar la resolución en crisis, atento a que debería de haber especificado las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal de la Sra. G., D. sea la menor posible.

Asimismo manifiesta que la sentencia apelada "*...tampoco se ajusta a la normativa vigente a la fecha, siendo una exigencia para el juez sentenciante, **pronunciarse sobre el diagnostico y pronostico; época en la que situación se manifestó; recursos personales, familiares y sociales existentes; régimen para la protección asistencia y promoción de la mayor autonomía posible (art. 37 del C.C.C.)...**" (textual).*

Señala que la sentencia de fs. 216/220 no se adecua ni a las previsiones normativas del régimen derogado como así tampoco al nuevo Código Civil y Comercial, por lo que solicita que se adecue conforme al derecho vigente, estableciendo el alcance del ejercicio de su autonomía personal y por otra parte, para delimitar la actuación de sus curadores.

En segundo término se agravia de la designación de curadora definitiva de G., junto con su hermano A., D.. Luego de efectuar el relato de las circunstancias familiares que han vivenciado tanto la causante como los designados curadores, señala que en el sub lite se encuentra acreditado que el único interés de su hermano A. para ser designando como curador de la Srta. G., D. no es por el bienestar de esta última sino para poder percibir, administrar y disponer del dinero de la pensión de la causante.

Manifiesta que es ella "*...quien se ha ocupado y se ocupa del bienestar de G., tanto efectivamente como de todas sus necesidades, que*

quiere promover su integración "la de su familia y en la sociedad", que quiere que sea feliz, que pueda realizar actividades de su gusto e interés...".

Finalmente sostiene que el juez de grado debería haber elegido a ella sola como curadora, pero para el caso que la Cámara de Apelación confirme el resolutorio en crisis solicita que se establezca la modalidad más adecuada para llevar a cabo el cargo de curadores conforme las medidas de apoyo necesarias.

b) Agravios del Sr. A. D., D.:

Se agravia en primer lugar de la designación de dos curadores conjuntos al entender que se ha perjudicado el derecho de defensa por cuanto en la sentencia en crisis se ha omitido fundar cuales fueron las razones o fundamentos que tuvo en cuenta el a quo para designar a dos curadores. Señala que si bien en el decisorio en crisis se reconoce que la causante ha expresado de forma manifiesta no solo que quiere que A., D. sea su curador, sino que no quiere que B., D. lo sea y, pese a ello se designa en forma conjunta a ambos hermanos como curadores definitivos.

Agrega que en autos se encuentra probada la mala relación existente entre A., D., la causante y los restantes hermanos con la Sra. B., D. por lo cual no entiende cual es el fundamento que llevaron al Juez de grado *"...a considerar que el mejor interés de la causante corresponde designar a dos curadores que no tienen buen trato entre sí, y que uno de ellos no lo tiene ni siquiera con la causante..."* (textual).

Considera que los hechos y circunstancias expresados en el antecedente jurisprudencial dado por el a quo nada tiene que ver con los antecedentes de la presente causa, máxime cuando ninguna de las partes han solicitado la curatela conjunta. Manifiesta que *"El inferior ha violentado incluso el principio de congruencia. Porque si bien puede haber en juego cuestiones de orden público como resolver en el mejor y superior interés de la causante, no queda en claro con la decisión tomada cual es ese mejor interés que se intento proteger..."* (textual).

Efectúa un relato de las circunstancias vividas luego del dictado de la sentencia de grado lo que ha llevado a un empeoramiento de la relación entre B., D., J. G., D. y su hermano A., por lo que solicita se revoque la sentencia en crisis designándose como único curador definitivo de la causante al Sr. A., D..

También se agravia de la designación de la Sra. B., D. como curadora pues entiende que su posible designación va en contra de los antecedentes existentes en la presente actuaciones. Considera que a partir de las diferencias existentes entre la causante y B., D., de designarse a esta última como curadora se estaría resolviendo sin tener en cuenta los intereses de la Sra. J. G., D., sino valorando el interés de quien solicita ser su curadora.

Finalmente manifiesta que *"Resolver en contra de la realidad y los deseos expresos de la causante, siendo que la misma puede darse a entender, y ha sido consultada al respecto, es sin duda alguna resolver en contra de los intereses de la Sra. G. J., D.. Que sin lugar a duda es el interés supremo que debe primar..."* (textual).

c) Agravios de la Asesora de Incapaces:

Se agravia en primer término de la calificación de "demencia" y de la determinación de "Incapacidad para administrar sus bienes y dirigir su persona", pues sostiene que la calificación impuesta resulta violatoria de los estándares internacionales de derechos humanos, en especial, de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378) debido a que no especifica los actos cuyo otorgamiento se limitan a J. G., D. y el lenguaje empleado es discriminatorio y violatorio de los derechos fundamentales básicos de la causante, al declararla "demente".

Atento a ello solicita que este Tribunal *"...al momento de su fallo, la eliminación de los términos "demencia", "demente" y similares en la sentencia dictada, su reemplazo por el nombre de la persona y la*

modificación de la calificación jurídica por la de "restricción a la capacidad", con especificación de los actos que se limitan..." (textual).

Luego de efectuar un desarrollo de la normativa legal aplicable a la calificación jurídica de la capacidad de las personas manifiesta que *"...más allá del diagnóstico médico que fuera realizado en dicha ocasión, la situación y condición jurídica de Juana no se resuelve ni puede medirse a la luz de un diagnóstico o calificación psiquiátrica. Sólo una valoración integral permite dimensionar las aptitudes de la persona, que aunque limitadas o escasas, no justifican un cercenamiento total a la capacidad..." (textual).*

Señala que el Juez de grado efectuó, en contravención con las normas nacionales e internacionales vigentes, una limitación total y absoluta a la capacidad de actuar de la Sra. D. cuando resultaba razonable que se limitara su actuación personal independiente relacionada con el aspecto patrimonial que pudiera comprometerla, restringiéndose su capacidad jurídica para los actos de disposición, de administración extraordinaria y de administración en montos que excedan las necesidades básicas.

Por otra parte en relación al lenguaje empleado en el decisorio en crisis expresa que no procede la calificación de las personas como "dementes", pues dicha atribución viola derechos sustanciales de J. G., D. y menoscaba su dignidad inherente. Manifiesta que *"...no se trata de una mera cuestión de palabras lo que aquí agravia a mi asistida. El lenguaje no es neutral, y las expresiones que se emplean implican atribución de estigmatizaciones que determinan la condición y rol de la persona en la sociedad..." (textual).*

En segundo lugar se agravia de la designación de curador conjunto pues a su entender en el caso de autos ello perjudica los intereses y derechos de la Sra. J. G., D. por resultar disfuncional, debido a de las constancias de autos surgen las desavenencias personales existentes entre la Sra. B., D. y su representada como así también entre aquella y con quien se resolvió que ejerza la curatela en forma conjunta, el Sr. A., D.. Efectúa un

detallado análisis de las circunstancias sucedidas en autos entre la causante y el Sr. A. D. con su hermana B. D..

También se agravia, de que el a quo haya omitido tomar en consideración la voluntad de la principal interesada, la Sra. J. G., D., quien reiteradamente sostuvo que se designara como curador a su hermano A.. Es por ello que expresa que *"...el segundo punto de la parte dispositiva de la sentencia atacada, agravia a J. G., D. en cuanto no se tiene en consideración ni su voluntad ni su interés..."*. (textual).

Finalmente solicita que se designen figuras de apoyo y no de curatela sustitutiva representativa, ello en razón de que el sistema propuesto bajo el modelo de derechos humanos derivados de la Convención de Naciones Unidas es un modelo de apoyos y no de sustitución. Sostiene que en el caso de autos se debe disponer la designación de la figura de apoyo en el Sr. A., D., lo cual no obsta a la atribución de facultades para actos representativos en relación a aquellos aspectos de la capacidad de la que requieran un apoyo más intenso.

IV) Cuestión previa: Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley Nº 26.994):

Ante todo corresponde señalar que encontrándose la causa a estudio de esta Sala, el 1º de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994); y resultando ello una circunstancia sobreviniente entiendo necesario formular algunas precisiones acerca de la aplicabilidad de la ley en el tiempo, y cuál de ellas, por consiguiente, será utilizada para resolver el conflicto objeto de autos.

El artículo 7 del nuevo ordenamiento vigente dispone que: *"A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales..."* (el resaltado me pertenece).

De la norma se desprende que los principios que orientan la solución de los conflictos de leyes en el tiempo son: a) la irretroactividad de la ley que sólo admite excepciones puntuales, como las aplicables a las relaciones de consumo y b) la necesidad de que la nueva ley tenga inmediata aplicación a partir de su entrada en vigencia.

Ambos principios se complementan pues la aplicación inmediata no es retroactiva, porque significa aplicación de las nuevas normas para el futuro, y con posterioridad a su vigencia; el efecto inmediato encuentra sus límites, precisamente, en el principio de irretroactividad, que veda aplicar las nuevas leyes a situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas, o a efectos ya producidos, agotados o extinguidos (argto. jurispr. esta Sala, causa N° 158.832, RSD 150/15 del 25/8/2015; entre muchas otras).

En la especie, llega a este Tribunal de Alzada recurrida la sentencia de declaración de incapacidad de modo tal que, no habiendo adquirido firmeza dicho pronunciamiento corresponde aplicar la normativa contemplada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Ello así, por cuanto la restricción de la capacidad, recién será operativa desde la sentencia judicial firme que así lo establezca; circunstancia que inexorablemente acontecerá bajo la vigencia del nuevo ordenamiento legal (argto. art. 152ter del Código Civil y arts. 7, 31, 32, 33, 36, 37, 38, 43 y ccds. del Código Civil y Comercial de la Nación).

En tal sentido el Dr. Lorenzetti ha expresado que *“El principio que prevé el art. 7° es el de la aplicación de la ley nueva a las consecuencias de las relaciones y situaciones existentes. Por lo tanto, si en medio de un proceso judicial sin sentencia firme –por ende, sin haber derechos adquiridos- se debe aplicar la nueva ley, es entonces imposible que el juez decreta el divorcio por culpa de uno o ambos cónyuges, debiendo readaptar el proceso en el estadio en que se encuentre a las reglas que prevé el Código en materia de divorcio, que como recepta un*

único sistema lo será al de divorcio incausado. Esta misma interpretación cabe para aquéllos casos que al momento de la entrada en vigencia del nuevo Código se encontraban a estudio en la Alzada. Al tratarse de una sentencia sujeta a revisión, ergo, no siendo firme, tampoco nos encontramos ante derechos adquiridos y, por ende, debe aplicarse la nueva normativa. (Ricardo Lorenzetti; *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Tomo III, Edit. Rubinzal-Culzoni; Santa. Fé, 2015, pág. 734; en el mismo sentido: Aida Kemelmajer de Carlucci; *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Edit. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fé, 2015, pág. 29 y ccds.).

Asimismo nuestro Máximo Tribunal Provincial ha expresado que *"...son de aplicación inmediata las leyes que tienen por finalidad delimitar las aptitudes personales para la titularidad o el ejercicio de un derecho, establecer la condición jurídica o el régimen que corresponda a determinadas situaciones jurídicas. Así acontece con las normas que, como el presente caso, versan sobre el estado y capacidad de las personas..."* (S.C.B.A., Ac. 116.954, S del 8/7/2014 *in re "E., E.R.I. y c."*; Ac. 45.304 S del 10/03/1992).

Que en función de todo ello pasare a analizar la cuestión de autos a tenor del nuevo régimen legal.

V) Tratamiento de los agravios:

V. 1) Primer agravio de la Asesora de Incapaces y primer agravio de la Sra. B. E., D.: Calificación jurídica. Incapacidad genérica.

En atención a que los agravios de la Sra. Asesora de Incapaces y de la Sra. B., D. se encuentran íntimamente ligados no solo en lo que respecta a su contenido sino también al nuevo sistema jurídico valorativo que resulta de aplicación al ejercicio de la capacidad de la Sra. J. G., D. los analizaré en forma conjunta.

El Código Civil y Comercial en sus arts. 31 a 50 referidos a las "Restricciones a la Capacidad", completó la labor iniciada por Ley de Salud

Mental (Ley 26.657), poniendo al derecho civil argentino en la senda del modelo adoptado por la Convención Interamericana de para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad (Ley 25.280) y la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad (en adelante CDPD - Ley 26.378, con jerarquía constitucional por ley 27.044; art. 31 de la Const. Nacional); este abanico se completa con la "Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud" del 14/11/1990, y los "Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas" del 9/11/1990.

La CDPD resulta el primer tratado de consenso universal que importa la especificación concreta de los derechos de las personas con discapacidad desde la perspectiva de los derechos humanos, adoptando el modelo social de la discapacidad; modelo que importa un giro trascendental en la condición de las personas con discapacidad ya que deja de considerarlas portadoras de una patología que las "discapacita" y ubica "el problema" **en el escenario social** (Cfr. Herrera, M.-Caramelo, G.-Picasso, S. -directores-, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tit. Preliminar y Libro primero; Edit. Infojus, Cda. de Bs. As., 2015, pág. 80; Palacios, Agustina; *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad*, Edit. Cinca, Madrid, 2008; Palacios, A.- Bariffi, F., Coordinadores, *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*; Edit. Ediar, Bs. As., 2012).

Concretamente el art.12 de la CDPD reconoce que "...las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida...". A ello se le suma la garantía de no discriminación que establece su art. 2º el cual

entiende como discriminación a "...cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo".

La Observación N° 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas del 31 de marzo a 11 de abril de 2014 establece que "**La igualdad ante la ley es un principio básico general de la protección de los derechos humanos** y es indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantizan específicamente el derecho a la igualdad ante la ley...En el artículo 12 no se establecen derechos adicionales para las personas con discapacidad simplemente se describen los elementos específicos que los Estados partes deben tener en cuenta para garantizar a las personas con discapacidad el derecho a la igualdad ante la ley, en igualdad de condiciones con las demás".

Así también lo entendió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica ", en el cual señaló que "La discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras existentes en el entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades. En las Convenciones anteriormente mencionadas se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que

comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, actitudinales o socioeconómicas..." (Corte IDH del 28/11/2012, Serie C, Nº 257, párr. 290 y 291).

En tal sentido los Dres. Kraut y Diana expresan que *"El respeto del modelo social implica que no debe privarse a la persona de su posibilidad de elegir y actuar. La aplicación del sistema creado a partir de la Convención de la ONU para personas con Discapacidad debe guiarse por el principio de la "dignidad del riesgo", es decir, el derecho a transitar y vivir en el mundo, con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse..."* (Kraut, A. - Diana, N.; *Derecho de las personas con discapacidad mental: hacía una legislación protectoria*; pub. en L.L. 2011-C-1039).

En este marco el Código Civil y Comercial de la Nación establece como regla que **toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos** (cfr. arts. 22 y 23 Cód. Civ. y Com.). 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 (Cfr. Kraut, A. y Palacios, A.; *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario*, Ricardo Lorenzetti, Director; T. I, Edit. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe., 2014, pág. 126).

Ahora bien según el art. 31 del Código Civil y Comercial, la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: a) la capacidad general 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 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 las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

Esta presunción de capacidad que dispone el Cód. Civil y Comercial, concuerda con lo establecido en los arts. 3 y 5° de la ley 26.657, el derecho a la igualdad que consagran los arts. 1°, párr. 2° y 12 de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad (CDPD) y la garantía antidiscriminatoria de su art. 2°, párr. 3°, pudiendo solo apartarse de esta regla frente a las limitaciones que el mismo cuerpo legal prevé y ante una sentencia judicial que así lo disponga (arts. 23, 31 inc.a. y 32 Cod. Civ. y Com.).

La capacidad restringida supone que **la persona conserva su capacidad**, la cual sólo es **limitada sólo para determinados actos**. Es decir que la excepcionalidad de la restricción no se fundamenta en una característica de la persona, "su discapacidad" (criterio subjetivo), sino que se restringe para un acto determinado o una serie de actos determinados y debidamente especificados en la sentencia (criterio objetivo), de este modo no existe en el Código Civil y Comercial un supuesto de restricción a la capacidad jurídica por motivo de discapacidad.

En tal sentido el art. 32 del Cód. Civ. y Com. expresa que *"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 sus bienes. En relación con dichos actos el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona..."*.

Otro aspecto sustancial que introduce el nuevo Cód. Civil y Comercial es la exigencia de que el proceso de determinación de la capacidad jurídica se realice de modo personalizado, atendiendo a las

circunstancias personales y familiares de la persona, erradicando la "solución" uniforme y homogeneizante prevista por el Código Civil derogado, lo que ha dado lugar a un proceso donde la persona tiene un rol protagónico, que garantiza el contacto directo con el juez, su participación en forma personal y con defensa técnica, **su derecho a ser oída y a que su opinión sea tenida en cuenta y valorada** (esto último y como ahondare más adelante no fue respetado por el juez de grado - arts. 35, 36, 707 del Cód. Civil y Com.; cfr. Amendolaro, R.-Laufer Cabrera, M.-Spinelli, G., *Salud Mental y Código Civil Argentino en el siglo XXI: cambio cultural, interdisciplina, capacidad jurídica, internación*, pub. en Revista de Derecho de Familia, N° 69, mayo de 2015, Edit. Abeledo Perrot, pág. 50/51).

Los aspectos sobre lo que debe pronunciarse la sentencia de capacidad jurídica están enumerados en el art. 37 del Cód. Civ. y Com. y son: "...a) diagnóstico y pronóstico; b) época en que la situación se manifestó; c) recursos personales, familiares y sociales existentes; d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible. Para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario".

Sentados estos principios, resulta de vital importancia, a la hora de determinar este sistema, pronunciarme, más allá de que en el *sub lite* el *a quo* no ha ordenado la realización de un dictamen interdisciplinario, sobre los aspectos vinculados a la causante tal como dispone el art. 37 del nuevo ordenamiento jurídico civil y comercial.

En la pericia médica realizada a fs. 129/130, en virtud de lo dispuesto por el art. 625 del Código ritual, los peritos médicos Ximena Vazquez, María Sandra Amalfitani y la perito psiquiatra Mónica Anchuvidart se expidieron en relación al diagnóstico médico de la Srta. J. G. D., informando que la misma padece Psicosis Crónica enfermedad que se manifestó clínicamente alrededor de los 15 años de edad (ver fs. 129vta/130).

Asimismo dictaminan que la Srta. J. G., D. *"...- Se desplaza sola en zonas conocidas y vecinas, y acompañada en distancias más largas o zonas poco conocidas. - No tiene manejo del dinero excepto en cantidades limitadas, por ejemplo, para compras cotidianas. - No maneja instrumentos bancarios (tarjetas de débito o crédito, operaciones). - Requiere asistencia ante tareas de mediana complejidad. - Es autoválida para su cuidado personal diario y quehaceres domésticos cotidianos. - Requiere asistencia para lo atinente al cuidado de su salud..."* (ver fs. 129vta.)

Por otra parte de la pericia de la Asistente Social, Lic. Sandra Larrumbide que obra a fs. 154/155, surge que la Srta. J. G., D. continua con los controles médicos (clínicos y psiquiátricos) y la ingesta de su medicación y que *"...especialmente su hermano D., D. A. es quien se ocupa de sus necesidades..."*.

Asimismo de la audiencia personal celebrada ante este Tribunal con la Srta. J., D., con fecha 11/8/215, surge que *"...vive con sus hermanos A. y A. desde hace siete meses y que ella es la que cocina para sus dos hermanos y hace tareas domesticas en la casa. Que cada dos meses va a consulta médica psiquiatrica..."* agregando que *"...ella sabe manejarse con pequeñas sumas de dinero (hace mandados, pequeñas compras) como así también trasladarse sola en los medios de transporte..."* (ver fs. 295).

A partir de ello puedo afirmar que J. G., contando con el apoyo de un referente, puede mantener el ejercicio de su autodeterminación, por lo que **no procede una restricción genérica a su capacidad y requiere de un sistema de apoyo para aquellos actos que no pueden ser ejercidos plenamente por ella misma en forma autónoma.**

Ahora bien como ya lo expuse, el Código Civil y Comercial en sus arts. 32 y 38, adaptandose al paradigma de derechos consagrados por la CDPD, establecen que el juez debe determinar en la sentencia la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que

se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea lo menor posible, designando el o los apoyos necesarios que prevé el art. 43 del Código fonal y "...señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación" (art. 38 *in fine* del Cód. Civ. y Com.; 4, 5 y 23 del CDPD).

Efectuando una comprensión del derecho que integra la totalidad de las dimensiones de la vida humana, debo concluir que -conforme surge de los informes obrantes en autos y el acta de audiencia celebrada ante este Tribunal- no resulta ajustada a derecho la sentencia de primera instancia en cuanto ha establecido un régimen tutelar de incapacidad, en violación a lo dispuesto en los arts. 3 y 5 de la ley 26.657 y 3, 12 ap. 1º y 2º y ccds. de la CDPD (Ley 26.378, con jerarquía constitucional por ley 27.044, normativa que se encontraba vigente al momento del decisorio en crisis - Hoy conforme a lo que dispone el art. 32 Cód. Civ. y Com., último párrafo).

Por consiguiente, teniendo en consideración las pruebas producidas en el *sub lite*, y con fundamento en la aplicación integral de los arts. 31, 32, 37, 38 y ccds. del Cód. Civ. y Com. y los arts. 3, 12 y ccds. de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378) considero que debe restringirse el ejercicio de la capacidad jurídica de la Srta. J. G., D. únicamente para los siguientes actos:

- a) actos de administración extraordinaria o los que excedan la cobertura de necesidades básicas,
- b) actos de disposición del patrimonio,
- c) actos relacionados con el ejercicio del derecho a la salud,
- d) realización de gestiones administrativas,
- e) para intervenir por sí misma en los actos procesales de disposición (vgr. demandar, contestar demandas, transar y formular acuerdos) judiciales y/o administrativos en los que resulte parte.

V.- 2) Segundo, tercer y cuarto agravio de la Asesora de Incapaces; primer y segundo agravio del Sr. A., D. y segundo agravio de la Sra. B., D.: Designación de curador conjunto; omisión de la voluntad de la Sra. D. y designación de apoyos.

Como resultado de lo resuelto en el agravio precedente, corresponde establecer, para la realización de estos actos, un sistema de apoyo en los términos del art. 12 de la CDPD y de los arts. 32, 38, 43 y 101 del Cód. Civ. y Com, a los fines de que a través de la comprensión y la confianza, la Srta. J. G., D. pueda tomar las decisiones válidas e hagan a su derecho y al ejercicio pleno de su personalidad jurídica.

A partir de ello, debe valorarse que en el supuesto de restricción a la capacidad, ya no procede (tampoco procedía al momento del dictado de la sentencia de primera instancia pues se encontraba en vigencia el CDPD que poseía jerarquía constitucional) la tradicional figura sustitutiva del curador, sino la designación de persona/s de apoyo, los que se encuentran definidos en el art. 43 del Cód. Civ. y Com., el cual establece que *"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 resaltado me pertenece).

A su turno el art. 101 inc. c) del nuevo Código fonal señala que en el caso de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados puede otorgársele facultades de representación para determinados actos.

El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar varía de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad,

lo cual resulta acorde a lo dispuesto en el artículo 3 inc. d) de la CDPD que entre los principios generales dispone que *"...el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana..."*.

Estos apoyos pueden ser apoyos efectivos o un asistente personal o un equipo de salud; pueden serlo los propios pares o un apoyo para una situación determinada, es decir el apoyo acompaña a la persona para que ésta pueda ejercer sus derechos.

Se trata -como bien señalan Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Fernández- de un sistema *"...que exige **una construcción individual, particular, acorde a la condición personal/contextual del protagonista, una construcción artesanal en que deben ensamblar adecuadamente el régimen de restricciones establecido y las funciones encomendadas a las figuras de apoyo, siempre bajo la perspectiva del acompañamiento, el favorecimiento de la comunicación, la autonomía y no la sustitución de voluntad...**"* (cfr. Kemelmajer de Carlucci, A.-Herrera, M.-Fernández, S.; *Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código*, pub. L.L. del día 18/08/2015, pág. 1; On line: AR/DOC2518/2015; el resaltado me pertenece).

A su vez, el artículo 43 contempla la posibilidad que **la persona interesada pueda proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza** para que le presten apoyo (art. 43 del Cód. Civ. y Com.)

En este punto debe tenerse en cuenta que **la participación de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial en las decisiones que hacen al tratamiento de salud o en la designación de apoyos resulta incuestionable.**

En tal sentido el art. 35 del Cód. Civil y Comercial establece que *"El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y **entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución**"*

alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél...".

La intermediación exigida por este artículo se funda en la situación de vulnerabilidad de las persona sujeta al proceso, en función de su padecimiento, relacionada directamente con el objetivo de garantizar el derecho de acceso a la justicia (argto. arts. 18 de la Const. Nacional; 15 Const. Prov. Bs. As.; 8º y 25 de la CADH; Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, 13 de la CDPD).

Trasladando estos conceptos al *sub lite*, en primer lugar advierto que el Juez de grado al no haber mantenido una entrevista personal con J. G. antes del dictado de la sentencia no ha tenido en cuenta la noción de accesibilidad, acceso a la justicia e igualdad en el ejercicio de los derechos de la persona que establecen los arts. 9, 12 y 13 de la CDPD.

Sin perjuicio de que el juez de grado no ha cumplido con el principio de inmediatez, de los demás elementos de prueba de autos y de la audiencia llevada a cabo ante este Tribunal surge claramente que la voluntad de la principal interesada, la Srta. J. G., D., es que la persona de confianza para que le preste el apoyo sea su hermano el Sr. A. D., D..

Así del informe de la perito Asistente Social, Lic. Sandra Larrumbide, glosado a fs. 154/vta., surge que la Srta. J. G., D. *"Dice firmemente **querer que A. sea su curador y administre su Pensión, que él siempre se ocupa de todo...**"* (el resaltado me pertenece).

También en oportunidad de llevar a cabo la audiencia ante este Tribunal, el 11 de de agosto de 2015, la Srta. G., D. expresó que *"**Quiere que su hermano A. sea su curador pues con él se lleva muy bien...**"* (ver fs. 295, el resaltado me pertenece).

En consecuencia de ello, y en concordancia con lo dispuesto en el art. 31 inc. e) del Cód. Civ. y Com., que garantiza el derecho a la persona a elegir y proponer al juez su sistema de apoyo para la toma de

decisiones, entiendo que debe revocarse la sentencia de primera instancia en cuanto designa la curatela conjunta de la Srta. J. G., D. por parte de la Sra. B. E., D. y el Sr. A. D., D., y **nombrarse en su reemplazo, con la calidad de apoyo al Sr. A. D., D.**, cuya actuación se deber ajustar a las siguientes pautas: a) respetar los deseos y aspiraciones de la Srta. J. G., D. con respecto a los actos para los necesita de su figura de apoyo"; b) le deberá transmitir las situaciones complejas para que la Srta. J. G. D. pueda decidir con el estímulo personal, promoviendo así su autonomía a los efectos de la manifestación de su voluntad para el ejercicio de sus derechos; c) si el apoyo resulta insuficiente, deberá acudir a la salvaguardia que impone la intervención del ámbito jurisdiccional (art. 32, 38, 40 y ccds. del Cód. Civ. y Com.).

V.- 3) Finalmente, y en cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 40 del Cód. Civil y Comercial y art. 42 de la ley 26.657 la presente sentencia deberá ser revisada por el juez de grado -sin perjuicio del deber del Ministerio Público de instar dicha revisión- en un plazo no superior a tres años, debiendo ordenarse para ello la realización de una pericia interdisciplinaria.

Asimismo, y en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 39 y 44 del Cód. Civil y Comercial, el juez de grado deberá oficiar al Registro de Civil y de Capacidad de las personas para inscribir la presente sentencia como anotación marginal en el acta de nacimiento de la Srta. J. G., D..

V.- 4) Primer agravio (punto b) de la Asesora de Incapaces: Lenguaje empleado. Calificación de "demencia":

Sin perjuicio de que al revocar la sentencia del Juez de grado en todos sus términos el presente agravio ha caído en abstracto, entiendo que corresponde recomendar al Juez de grado a fin de que en lo sucesivo evite utilizar las calificaciones empleadas en la sentencia de fs. 216/220.

Ello en razón de que la utilización de los términos "demencia", "demente", "incapaz" y otros utilizados por el *a quo* no solo resultan

violatorios de la CDPD, donde como ya exprese se consagra un nuevo paradigma de capacidad y de igualdad de trato, sino que también la elección de los términos empleados en este tipo de procesos resulta una cuestión importante ya que -como bien expresan Casas y López Testa- si bien es cierto que el lenguaje es arbitrario en cuanto a sus reglas y sus estructuras, no se reduce a una mera función instrumental, pues *"...En él se expresa un sistema de valores que subyace en las palabras; el lenguaje no es neutro; por el contrario, **tiene una faz simbólica que puede legitimar ciertas realidades o condenarlas a la no existencia...**"* (Cfr. Casas, Manuel - Lopez Testa, Daniela; *Una "dogmática reconstructiva" del Código Civil y Comercial*, pub. en L.L., Sup. Actualidad del 21/5/2015; cita online: AR/DOC/1465/2015; el resaltado me pertenece).

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

Corresponde: **I)** Hacer lugar a los agravios traídos a esta instancia por los apelantes de fs. 223, fs. 234 y fs. 221 (1er. agravio) y en virtud de ello, revocar la sentencia de primera instancia, estableciendo la restricción del ejercicio de la capacidad jurídica de la Srta. J. G., D. únicamente para los actos dispuestos en el considerando V.- 1) para los cuales deberá contar con el apoyo de su hermano el Sr. A. D., D. (DNI); **II)** Ordenar al Juez de grado oficiar al Registro de Civil y de Capacidad de las personas para inscribir la presente sentencia como anotación marginal en el acta de nacimiento de la Srta. J. G., D.; **III)** Rechazar el segundo agravio de la apelante de fs. 221; **IV)** En atención a la naturaleza de la cuestión y a la forma en que se resuelve las costas de la Alzada se imponen en el orden causado (arts. 68, 69 y ccds. del C.P.C.); **V)** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904).

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente;

S E N T E N C I A

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo **se resuelve: I)** Se hace lugar a los agravios traídos a esta instancia por los apelantes de fs. 223, fs. 234 y fs. 221 (1er. agravio) y en virtud de ello, se revoca la sentencia de primera instancia, y se establece la restricción del ejercicio de la capacidad jurídica de la Srta. J. G., D. únicamente para los actos dispuestos en el considerando V.- 1) para los cuales deberá contar con el apoyo de su hermano el Sr. A. D., D. (DNI); **II)** Se ordena al Juez de grado oficiar al Registro de Civil y de Capacidad de las personas para inscribir la presente sentencia como anotación marginal en el acta de nacimiento de la Srta. J. G. D.; **III)** Se rechaza el segundo agravio de la apelante de fs. 221; **IV)** En atención a la naturaleza de la cuestión y a la forma en que se resuelve se imponen las costas de la Alzada en el orden causado (arts. 68, 69 y ccds. del C.P.C.); **V)** Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904). . **Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C). Devuélvase.**

Nelida I. Zampini

Rubén D. Gérez

