

**CAPACIDAD RESTRINGIDA Y EL DERECHO DE
REVISIÓN EN FAVOR DE LA PERSONA
CON DISCAPACIDAD***

*RESTRICTED CAPACITY AND THE RIGHT OF REVIEW IN FAVOR OF
THE PERSON WITH DISABILITIES*

*Carla Saad***

Resumen: El fallo que se analiza trata sobre la declaración de inaplicabilidad del derecho de revisión de la sentencia declaratoria de incapacidad. Se aborda el tema desde los modelos de la discapacidad en relación al sistema normativo internacional y nacional de protección de derechos de las personas con discapacidad. En el fallo se encuadra a la revisión como un derecho-deber y -del voto dividido- se evidencia la tensión entre dos modelos de discapacidad y sus consecuencias, recorriendo la influencia que tienen dichas concepciones en la construcción e interpretación normativa.

Palabras-clave: Personas con discapacidad - Capacidad restringida - Derecho de revisión.

Abstract: The sentence that is analyzed deals with the declaration of inapplicability of the right to review the sentence of clarification of disability. The issue is approached from the models of disability in relation to the international and national normative system for the protection of the rights of people with disabilities. In the judicial sentence the review is framed as a right-duty and -of divided vote- the tension between two models of disability and their consequences is evidenced, covering the influence that these conceptions have on the construction and normative interpretation.

* Trabajo recibido el 15 de marzo de 2021 y aprobado para su publicación el 12 de abril del mismo año.

** Investigadora (Categorizada II) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Profesora de "Teorías del Conflicto y de la Decisión. Métodos de Resolución Pacífica de Conflictos". Directora del proyecto "Trabajo decente: construcción de políticas públicas sustentables sobre empleo de las personas con discapacidad", línea Consolidar SECYT-UNC, MINCyT Cba, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba - Unidad Ejecutora CONICET, Argentina. Email: carla-saad@derecho.unc.edu.ar.

Keywords: People with disabilities - Restricted capacity - Right of review.

Sumario: I. Cuestiones fácticas. II. Cuestiones a destacar del fallo. II.1. La importancia de los modelos de la discapacidad. II.2 Sobre la capacidad jurídica en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD). II. 3 Del ejercicio del derecho de revisión. III. Conclusiones.

I. Cuestiones fácticas

El fallo que comentamos trata sobre la apelación de la sentencia que declara la incapacidad de P.M.L.N. dispuesta por el Juez de Primera Instancia, en lo referente a la declaración de inaplicabilidad de la revisión del artículo 40 del Código Civil y Comercial (CCyC) para el caso en concreto.

La Asesora Letrada, recurrente en la causa, sostiene entre los fundamentos de la apelación que el *a quo* fundamenta su decisión en el dictamen de los expertos intervinientes que diagnosticaron a P.M.L.N. una patología crónica (retraso mental grave) que estiman irreversible, definitiva y permanente. Que dicha situación lesiona los derechos de P.M.L.N. de acceder a una revisión periódica del desarrollo y alcance de sus capacidades conservadas, conforme lo dispone el artículo 40 del Código Civil y Comercial de la Nación, lo que causa un perjuicio irreparable y es claramente violatorio de sus derechos y garantías constitucionales.

Entre sus fundamentos la recurrente sostiene que: “las conclusiones a que arriba el dictamen responden a un “modelo médico del tratamiento de la discapacidad que la sociedad mundial tiende a modificar desde el aporte conjunto de las más diversas fuentes del conocimiento y el obrar humano”; “la existencia de nuevos paradigmas en materia de salud mental que se vienen modificando en aras de propiciar la no estaticidad de los diagnósticos; “la apertura a normativa vigente que “abre un abanico de soluciones jurisdiccionales en orden a la limitación del ejercicio pleno de la aptitud jurídica de una persona con deficiencia mental o intelectual, poniendo en jaque el régimen binario, asistencialista, centrado en el déficit”; *la existencia de “diagnóstico” demanda una evaluación interdisciplinaria para el caso concreto, en un contexto social y familiar y en un momento determinado según artículo 5 de la Ley N° 26657, artículo 46 incs. a, c y d ley provincial N° 9848. Destaca también la recurrente la noción de capacidad concebida como regla cuya limitación debe preservar el mayor grado la autonomía personal del sujeto (artículo 32, CCyC), todo en concordancia con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en especial el artículo 12), aprobada por nuestro país mediante ley 26378 y demás normativas supranacionales de jerarquía Constitucional. Solicita en consecuencia, se haga lugar al recurso articulado y se revoque la sentencia respecto de lo dispuesto para el instituto de la revisión.

Corrido el traslado de ley los peticionantes, J.C.P y E.V.M. sostienen que los argumentos de la recurrente no logran conmover el fallo recurrido, ya que encuentran acabados fundamentos del *a quo* respecto de la inaplicabilidad de la revisión del artículo 40 del CCyC para el caso concreto. Manifiestan que el Juez se funda en derechos y garantías constitucionales de la persona declarada incapaz, “sin dejarse llevar por vagas declaraciones de principios y cambios de paradigmas de moda, cuya aplicación dogmática termina lesionando el derecho de la persona declarada incapaz a no ser molestada en su privacidad”. Amplían el fundamento indicando que la entrevista personal realizada a P.M.L.N. había resultado perturbadora para él, y en la categoría irreversible, definitiva y permanente de la patología resultante de un dictamen que no fue impugnado ni objetado oportunamente. Respecto del derecho aplicable, sostienen que lo dispuesto por el *a quo* encuentra sustento en el artículo 22 inc.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Finalmente, la Cámara resolvió -por mayoría- hacer lugar al recurso de apelación deducido por la Sra. Asesora Letrada Civil del Décimo Turno y en consecuencia establecer que “la declaración de incapacidad dictada en relación al Sr. L.N.P.M. deberá ser revisada en un plazo no superior a tres años, en base a nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando audiencia personal con el interesado”.

II. Cuestiones a destacar del fallo

II.1. La importancia de los modelos de la discapacidad

Es interesante destacar del fallo que los fundamentos sobre los que basan sus análisis los operadores jurídicos (asesora, abogados, magistrados) transitan por la diferencia de concepción que sobre discapacidad postulan dos modelos: el *modelo médico rehabilitador* y el *modelo social*. Modelos que vienen del análisis sociológico de la discapacidad pero que, sin dudas, tienen una especial importancia en el análisis complejo del derecho y en especial en los instrumentos jurídicos que forman el sistema protectorio de la discapacidad.

Si bien es cierto que el modelo social fue superado con concepciones avanzadas, hemos sostenido que dicho modelo cobra importancia como un cambio de paradigma sobre el concepto “discapacidad” que, con la participación de los propios actores del colectivo¹, se impulsó para cambiar la mirada médica y tiene especial importancia al momento de dictar la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en el seno de las Naciones Unidas.

(1) El modelo reconoce sus orígenes a finales de los años 60 con la participación del Movimiento de Vida Independiente desde la Universidad de Berkeley (California, USA) cuyas influencias llegan a Inglaterra.

Es válido afirmar que el modelo médico² define a la persona con discapacidad como un sujeto biológico, enfermo e impedido, y será objetivo del modelo realizar los esfuerzos necesarios en torno a la normalización del sujeto, es decir, a su rehabilitación que le permita gozar -lo más próximo posible- de estándares preestablecidos científicamente como índices de normalidad. El objetivo es rehabilitar a las personas impedidas con independencia del origen de las deficiencias. Sostiene Velarde Lizama³ que, como efecto de esta concepción, desde el punto de vista político y jurídico la discapacidad se enmarcaría dentro de la legislación de asistencia y la seguridad social, o como parte de ciertas cuestiones del derecho civil relacionadas con la menor capacidad, la incapacitación y la tutela.

En cambio, el *modelo social*⁴, cambia el paradigma pensando a la discapacidad como una consecuencia de la sociedad que discapacita al individuo al imponer barreras que imposibilitan el desarrollo de las personas en iguales oportunidades que las demás. Hemos caracterizado en otros análisis⁵ que los elementos fundantes del *modelo social* son:

- Considerar a la persona en sociedad.
- Considerar la discapacidad como una construcción social- barrera social que puede ser eliminada.
- Autonomía personal.

(2) Para profundizar sobre el modelo se puede consultar: PEREZ DALMEDA, María Esther-CHHABRA, Gagan. "Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas", *Revista Española de Discapacidad*, 7 (I), 2019, pp.7-27; PALACIOS, Agustina - FERNANDEZ, Silvia - IGLESIAS, María Graciela. *Situaciones de discapacidad y Derechos Humanos*, Thomson Reuters-La Ley, CABA, 2020; entre otros.

(3) VELARDE LIZAMA, Valentina. "Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico", *Revista Empresa y Humanismo*, Vol XV, n°1, Navarra, 2012, p. 125.

(4) Para profundizar sobre el modelo se puede consultar: BUCHART, Tania. "Capabilities and Disability: The capabilities framework and the Social Model of Disability", *Disability & Society*, 19 (7), Editorial Taylor & Francis (Routledge), pp. 735-751; BARNES, Colin - OLIVER, Mike. "Disability: A Sociological Phenomenon Ignored by Sociologists", junio 1993, <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/Barnes-soc-phenomenon.pdf> (consulta del 15 de julio de 2020); PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad*, 1era. Edición, CERMI-Ediciones Cinca, Madrid, 2008; entre otros.

(5) Del análisis del modelo social en oportunidad de estudiar las problemáticas relacionadas con el empleo de las personas con discapacidad, ver SAAD, Carla - MINI, Emma. "Discapacidad, economía y estrategias legales como modo de inclusión de las PCD en el mercado de trabajo", en REY PÉREZ, José Luis - MATEO SANZ, Lourdes. *El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos*, Dykinson SL, Madrid, 2018, pp. 95/109; SAAD, Carla. "Una cuestión de Derechos Humanos: Acceso al trabajo de personas con discapacidad", *Revista de la Facultad*, Vol. IX, N°1 (2018), *Nueva Serie II*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, pp. 237-252; SAAD, Carla. "El Modelo Social y el seguimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para Sudamérica - avances y retrocesos", aprobado para su publicación en *Anuario CIJS*, en prensa.

- Respeto por la autodeterminación.
- Igualdad de oportunidades (igualdad material).
- Eliminación de todo tipo de discriminación.

Entonces, la discapacidad sería un hecho social en el que las características médicas y biológicas tienen importancia en la medida en que evidencian la incapacidad de la sociedad de dar respuesta a sus necesidades.

Podemos afirmar que, desde este cambio de paradigma, la discapacidad es tratada bajo un nuevo enfoque, como una cuestión de derechos humanos, y que dicha concepción influye decididamente en la construcción de las nuevas normativas sobre reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad. Efecto importante de este modelo es la aprobación en la Asamblea General de las Naciones Unidas de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (CDPD) que entra en vigor en el año 2008 y se convierte en el mayor estándar de protección en reconocimiento de derechos. Palacios⁶ relaciona el modelo con el Tratado internacional demostrando que éste refleja el modelo social de discapacidad desde su Preámbulo, los principios de la Convención, el concepto discapacidad, el papel de las barreras sociales como discapacitantes, la accesibilidad, los ajustes razonables, todo de decidida influencia en la construcción e interpretación de las normas de derecho interno de los países adherentes.

Respecto del fallo que comentamos no podemos soslayar al momento de valorar la actuación del *a quo* cuando dispone declarar inaplicable al caso concreto lo dispuesto por el artículo 40, Código Civil y Comercial, la afirmación realizada por los peticionantes que sostienen: "... sin dejarse llevar por *vagas declaraciones de principios y cambios de paradigmas de moda* (el resaltado nos pertenece), cuya aplicación dogmática termina lesionando el derecho de la persona declarada incapaz a no ser molestada en su privacidad". Dichas afirmaciones no hacen más que reafirmar que el cambio paradigmático del *modelo médico* al *modelo social* -a pesar de haberse reflejado en un instrumento legal como la CDPD- necesita de una deconstrucción de la discapacidad, un cambio profundo y complejo que abarca las miradas políticas, sociales, culturales y económicas, un cambio que todavía no se ha completado coexistiendo -también en las construcciones normativas- ambos modelos.

II.2 Sobre la capacidad jurídica en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)

Grandes aportes conceptuales brinda el *modelo social* para comprender el cambio de paradigma que realiza la CDPD respecto de reconocer la capacidad jurídica de las personas. Anteriormente, a la hora de exponer nuestra consideración sobre los fundamentos del modelo, sostuvimos que son conceptos fundantes del mismo

(6) PALACIOS, Agustina - FERNANDEZ, Silvia - IGLESIAS, María Graciela. Ob. cit., p.19 a 33.

la autonomía y autodeterminación de las personas con discapacidad. En ese razonamiento cobra especial relevancia el tratamiento de la capacidad jurídica en los sistemas normativos internos. Quizás, a modo de comentario, la forma de limitar o sustituir la capacidad jurídica de personas adultas, sea una de las rémoras del modelo médico en las legislaciones internas de los Estados. Palacios⁷ destaca la tensión entre los dos modelos, el modelo médico-rehabilitador que en materia de capacidad jurídica se expresa en el modelo de sustitución en la toma de decisiones, frente al modelo social que se refleja en el modelo de apoyos en la toma de decisiones. Es decir, en el primero son “otros” los que deciden sobre la persona y, en el segundo, es la persona quien decide por sí misma con los apoyos que sean necesarios en resguardo de los principios de autonomía, dignidad e igualdad, postulados del modelo social.

El artículo 12 de la CDPD adopta el régimen de reconocimiento a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, como principio general y su restricción como excepción. Una excepción que se reviste de humanidad al limitar como última ratio la autonomía de la voluntad de una persona. La adhesión de Argentina a la CDPD⁸ implica la obligación del Estado a procurar la derogación de toda legislación que limite total o parcialmente la capacidad jurídica de personas adultas y adoptar modelos de toma de decisiones con apoyos, que respete la autonomía, la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad para lograr una armonización del derecho interno con la CDPD.

El caso que nos ocupa pone en tensión los postulados de la Convención en torno a la disponibilidad del ejercicio del *derecho de revisión* de la sentencia de incapacidad. Sin embargo, el artículo 12, pto.4 dispone que los Estados Partes tienen la obligación de asegurar salvaguardias adecuadas y efectivas en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, dirigidas a impedir abusos. Estas medidas deben respetar los derechos, la voluntad y preferencia de las personas; evitar los conflictos de intereses e influencias indebidas de terceros, las medidas deberán ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias, efectuadas en un corto plazo y *sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.*

Es interesante destacar que la Observación General sobre el artículo 12⁹ (OG nro.1) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue realizada por el organismo, motivado por ofrecer orientaciones adicionales que permitieran una interpretación adecuada del artículo 12. Entre sus valiosas aclaraciones, dedica

(7) PALACIOS, Agustina - FERNANDEZ, Silvia - IGLESIAS, María Graciela. Ob. cit., p.221.

(8) Recordemos que Argentina por ley 26378 aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, ley promulgada el 6 de junio de 2008, más tarde, por ley 27044, promulgada el 11 de diciembre de 2014, se le otorga jerarquía constitucional.

(9) Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11^o período de sesiones, *Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley* -CRPD/C/11/14, pto.12.

un punto a realizar una distinción entre los conceptos “capacidad jurídica” y “capacidad mental”. El punto 12 de la Observación aclara que “la capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales. En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica”. Estas aclaraciones, a nuestro entender, refuerzan el derecho de la persona a ejercitar su capacidad jurídica, con los apoyos necesarios y suficientes, limitados solo de una manera temporal para así impedir la declaración a perpetuidad de una deficiencia.

Por supuesto que el análisis requiere una mirada sistémica, sin embargo, la invocación del artículo 22, inc. 1, CDPD que, al decir de los peticionantes, resultaba dirimente para el análisis del plexo normativo aplicado al caso concreto, no procede para avalar la posición del *a quo* respecto de la posibilidad de declarar la inaplicabilidad del *derecho de revisión*. Esto es así porque -a nuestro entender- el encuadre del respeto a la privacidad que el artículo pregona lo es respecto de “injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y reputación”, situación que no reviste un acto procesal. Nos preguntamos, ¿sería una injerencia arbitraria o ilegal, o agresión ilícita, la realización de la audiencia personal o la realización de nuevos dictámenes tal y como lo prevé la normativa interna?

II. 3. Del ejercicio del derecho de revisión

El llamado *derecho de revisión* encuentra su antecedente en la modificación del artículo 152 ter del Código Civil Velezano como una primera forma de armonización con los postulados de la CDPD, en especial a su artículo 12. Dicha modificación fue realizada en el marco de la ley 26657 sobre Derecho a la Protección de la Salud Mental (promulgada el 2 de diciembre del 2010) que incorpora la temporalidad de la declaración judicial de incapacidad, el deber de detallar pormenorizadamente las funciones y actos que se limitan en la necesidad de resguardar el ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las personas. Con la llegada del nuevo, aunque reformado Código Civil y Comercial se avanza sobre los requisitos que debe cumplimentar la revisión de la sentencia sumando a la temporalidad, la realización de nuevos dictámenes interdisciplinarios¹⁰ y la audiencia personal con la persona restringida en su capacidad.

(10) La exigencia del artículo 40 CCyC respecto de la realización de dictámenes interdisciplinarios encuentra su razón en las contemporáneas concepciones vigentes sobre la discapacidad que, con base en la CPCD, se alejan del “modelo médico-rehabilitador” para acercarse a la valoración de la diversidad humana en el marco de los derechos humanos.

Sostiene Calderón¹¹ que una de las reglas que más impacto ha ejercido en el régimen de la capacidad es el de la temporalidad de la sentencia. El artículo 40 del CCyC impone esta regla en protección de la persona con capacidad restringida, ya que el decisorio puede haber limitado la autonomía de la voluntad para ciertos actos y no para otros, y principalmente en ciertos casos, el diagnóstico puede ser superado por el sujeto protegido, por lo cual resulta de toda justicia que el mismo tenga la oportunidad de recuperar su plena libertad de decisión.

El *derecho de revisión* para resguardar en la persona con discapacidad el ejercicio del mayor grado de autonomía de la voluntad sobre los actos de su propia vida y en relación con terceros, encuentra su fundamento en el carácter evolutivo y no permanente de una discapacidad que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás¹².

El *derecho de revisión* tiene como correlato un deber y una facultad. El deber, según el artículo 40 CCyC, tiene como titulares al juez de la sentencia que restringe la capacidad o declara la incapacidad y al Ministerio Público que fiscaliza e insta -en su caso- el cumplimiento efectivo de la revisión judicial en el plazo máximo de tres años que la norma impone. La facultad de solicitar su revisión es a instancias del interesado en defensa de su capacidad jurídica. Fernández¹³ sostiene que es un deber para el/la magistrado/a pero también para Ministerio Público y para el curador instar dicha revisión, marcando que “a diferencia del anterior proceso de rehabilitación que resultaba en una facultad a promover por las personas interesadas -siendo posible entonces que una sentencia permaneciera pétreo en el tiempo si nadie provocaba su modificación-, el artículo en comentario lo impone como deber al Juez y al Ministerio Público en ejercicio de su deber de contralor, amén de prever el derecho a la revisión del propio interesado”. Lorenzetti¹⁴ amplía fundamentos del deber de revisión judicial, indicando que se justifica desde un criterio de garantía y de derecho de acceso a la justicia plenamente reconocido por los tratados de derechos humanos.

En la sentencia que analizamos, los votos de la mayoría sostienen los preceptos analizados anteriormente con distintos y válidos argumentos. Para el primer voto¹⁵,

(11) CALDERON, Laura. “Autonomía de la voluntad de las personas con capacidad restringida y su impacto en las relaciones laborales”, *Anuario CIJS 2021*, en prensa.

(12) Del reconocimiento de los Estados partes de la CPCD en el preámbulo de la Convención.

(13) FERNANDEZ, Silvia. “La capacidad jurídica en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en PALACIOS, Agustina - FERNANEZ, Silvia - IGLESIAS, María Graciela. *Situaciones de discapacidad y Derechos Humanos*, ob. cit., pp. 419-420.

(14) LORENZETTI, Ricardo (Director). *Código Civil y Comercial de la Nación -comentado-*, T.I, Rubinzal Culzoni Editores, CABA, 2014, p. 192.

(15) Primer voto del Dr. Leonardo C. González Zamar, Vocal de la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

“la cuestión traída a resolver radica en desentrañar si ante un diagnóstico de incapacidad fundado en una patología de carácter crónica -como la que padece el Sr. L.N.P.M.- y en el marco de una sentencia de declaración de incapacidad, resulta ajustado a derecho apartarse de la revisión de dicha declaración dispuesta por el artículo 40 del Código Civil y Comercial”. Refiere su voto que aun en los casos de patologías con pronóstico irreversible, definitivo y permanente, el deber impuesto al juez de revisar su sentencia de incapacidad es una garantía legal, constitucional y convencional que debe ser respetada en un todo de acuerdo con la posición doctrinaria que sostiene el derecho de revisión como un criterio de garantía y de derecho de acceso a la justicia. Es claro destacar lo acertado del voto. El análisis sobre el derecho que asiste a la persona declarada incapaz asume los presupuestos del *modelo social de la discapacidad* donde la patología es uno de los elementos, pero lo constitutivo son las barreras sociales que impiden el desarrollo de la persona con discapacidad. Pero también el Magistrado analiza el argumento del *a quo* en el marco de la norma expresa indicando con claridad que “resulta evidente que frente a los casos de diagnósticos irreversibles, la voluntad del legislador no ha sido eximir al juez de la obligación de evaluar periódicamente la evolución de la persona discapacitada. Por ende, no corresponde hacer distingos donde la ley no los hace”.

Complementa el razonamiento de la mayoría, los argumentos del tercer voto¹⁶ que analiza el carácter del *derecho de revisión* de la sentencia de capacidad restringida. Sostiene el Magistrado que el ejercicio de la revisión “trata de un imperativo legal, de un deber legal y no de una facultad para el Juzgador”, aclarando que “las normas sobre capacidad han sido dirigidas al Tribunal, esto es, el deber de cumplir recae sobre el Titular del Juzgado a fin que se revise a la persona y, en todo caso, *a posteriori*, la sentencia dictada en este proceso”.

Por el contrario, el voto de la minoría¹⁷ en un todo de acuerdo con la decisión tomada por el *a quo*, fundamenta su disidencia en el carácter de la *patología* que presenta la persona restringida en su capacidad. Para ello, destaca que “se debe reafirmar y subrayar que someter a una persona con características psicofísicas como las que en autos se han acreditado, a exámenes periódicos (sumados a los exámenes y tratamientos que son propios de su patología) y a audiencias judiciales para las entrevistas, está muy lejos de dar efectiva protección a quien, ya de por sí, es víctima de sus propias limitaciones existenciales y para quien el proceso debe ser una real garantía al servicio del resguardo de sus derechos”. Asimismo, destaca el carácter tuitivo de la decisión del *a quo* respecto del actor al considerar el acto de revisión periódica como una “carga pesada y penosa, y una irrazonable violación a su derecho a la privacidad y a la tranquilidad”. Entiende que, para el caso de una

(16) Tercer voto del Dr. Dr. Julio C. Sánchez Torres, Vocal de la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

(17) Segundo voto del Dr. Guillermo P.B. Tinti, Vocal de la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

evolución favorable, queda inalterado el derecho a peticionar la rehabilitación del artículo 47, CCC.

Entendemos que el voto de la disidencia da valor absoluto al diagnóstico médico, situación que contradice el sistema normativo, pero también va de la mano de una concepción médica de discapacidad, enraizada en la enfermedad y el diagnóstico como únicos componentes conceptuales. En este punto es importante destacar que la CDPD reconoce que la “discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en iguales condiciones que las demás” y por lo tanto, la “revisión” debe considerar no solo la patología de la persona sino las situaciones que supongan una barrera para la posibilidad de ejercer sus actos con autonomía.

Creemos también importante mencionar que el acceso a la justicia es un derecho humano que el Estado deberá garantizar, mediante la implementación de todas las medidas de accesibilidad que deban producirse con relación a las diversas situaciones que se presenten. Para el caso comentado, el *a quo* priva al declarado incapaz de acceder a una revisión periódica del desarrollo y alcance de sus capacidades conservadas, en razón de considerar el trámite procesal una situación en extremo perturbadora, situación que supone acreditada en la entrevista personal dispuesta por el artículo 35, CCyC. Sin embargo, olvida el sentenciante que dicha situación debe ser superada no por la persona cuya declaración está en juego sino por todos los operadores intervinientes, inclusive el juez, que deben buscar los modos y las formas necesarias para que se cumpla la ley en iguales condiciones que una persona sin discapacidad. Es decir, debería asegurar el derecho de revisión realizando todas las adaptaciones necesarias para que se borren las barreras impuestas. En otros términos, generar las condiciones de accesibilidad para que la persona pueda cumplimentar el trámite en resguardo de sus derechos. En este sentido, es dable recordar las “Cien Reglas de Brasilia”¹⁸ que en su sección segunda designan a los beneficiarios y, para el caso de las personas con discapacidad específica (párr.8): “se establecerán las condiciones necesarias de accesibilidad para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen igualdad de trato, reconocimiento como persona ante la ley, respeto de su autonomía, capacidad de actuar, seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación, sea ésta a través de cualquier medio tecnológico que requiera, atendiendo la brecha digital y cultural”. Creemos

(18) Para ampliar ver: *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad* (Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador), <http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilias/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilias/item/817-cien-reglas-de-brasilias-actualizadas-version-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito>, (Consulta de 11/03/2021).

entonces que la solución no es suprimir derechos sino realizar todas las medidas de accesibilidad necesarias para que las personas puedan ejercerlos.

III. Conclusiones

En un interesante fallo, por voto de la mayoría, la Cámara restituye el ejercicio del derecho de revisión de la sentencia de incapacidad de una persona con discapacidad. No es un fallo más, es un puente que ayuda a concretar el paso de un modelo de discapacidad a otro distinto, que comienza por ser el llamado *modelo social*, pero que aún se sigue construyendo con base en la recuperación de derechos, más precisamente para el caso que nos ocupa, el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad. En esto, sin dudas, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo son el estándar máximo que los sistemas legales internos deben armonizar conforme su compromiso y, más aún, cuando nuestro país le otorga jerarquía al integrarlo al llamado “bloque de constitucionalidad”.

En ese sentido, el voto mayoritario al restituir la revisión de la sentencia de incapacidad a cargo del juez que la dicta, en un plazo de tres años, en un todo conforme a lo dispuesto por el artículo 40, CCyC, dejando claro que es un deber y no una facultad del juez realizarla, rescata el *modelo social* al considerar la patología como uno de los componentes, pero no el determinante, y por consiguiente, rescata la idea de mutabilidad de la situación de discapacidad. Por ello, tal como el voto de la mayoría propugna, la opción es no restringir derechos sino reforzar su ejercicio.

A ello sumamos la posibilidad de repensar la función de los operadores del derecho, para el caso del juez y agregamos el deber de los jueces de adecuar sus prácticas tornando el acceso a la justicia asequible e inclusivo, tarea que deberá ser acompañada por políticas judiciales que -como fueron reconocidas en las Reglas de Brasilia- garanticen las condiciones de acceso efectivo, sin discriminación alguna, directa ni indirecta, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que les permitan a las personas con discapacidad, el pleno reconocimiento y goce de los Derechos Humanos que les son inherentes ante los sistemas judiciales.

Sentencia: Nro. 102

Tribunal: Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial

Fecha: 12/09/2017

Asunto: “P.M.L.N – Demanda de limitación a la capacidad – Cuerpo de copia – Cuerpo de apelación” - Expte N° 6184126

Magistrados: Dr. Leonardo C. González Zamar, Dr. Guillermo P.B. Tinti y Dr. Julio C. Sánchez Torres.

En la Ciudad de Córdoba a los doce días del mes de septiembre de dos mil diecisiete, siendo las once horas (11:00 hs) se reunieron en Audiencia Pública los Sres. Vocales integrantes de la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial a los fines de dictar sentencia en estos autos caratulados: “P.M.L.N – DEMANDA DE LIMITACION A LA CAPACIDAD – CUERPO DE COPIA – CUERPO DE APELACION” - EXPT. N° 6184126, venidos a la Alzada con fecha 14/11/16, procedentes del Juzgado de Primera Instancia y Décimo Cuarta Nominación, a cargo del Sr. Juez Dr. Julio Fontaine (h) en virtud del recurso de apelación deducido en contra de la Sentencia Nro. Doscientos cincuenta y cinco (255) de fecha cinco de agosto de dos mil dieciséis, obrante a fs. 1/4, que resolvía: “1. Hacer lugar a lo solicitado y, en consecuencia, declarar la incapacidad de ejercicio del Sr. L.N.P.M., D.N.I. ... 2. Declarar inaplicable al caso concreto lo dispuesto por el artículo 40, Código Civil y Comercial. 3. Designar curadores del Sr. L.N.P.M. a sus padres Sres. J.C.P, D.N.I. ..., y E.V.M, D.N.I. ... con las obligaciones y formalidades de ley, pudiendo aceptar el cargo en cualquier día y hora de audiencia, imponiendo como cargo la continuación de asistencia del Sr. L.N.P.M. al centro de día que asiste actualmente o institución similar, conforme los términos del considerando V. 4. Imponer las costas al Sr. L.N.P.M. 5. Regular los honorarios profesionales definitivos del Dr. Walter A. GEHRKE en la suma de Pesos ... (\$...). 6. Regular los honorarios profesionales definitivos de la Dra. Clara Mabel GUSMAN en la suma de Pesos ... (\$...). 7. Los honorarios regulados llevarán intereses desde la presente resolución, del modo indicado en considerando pertinente. 8. Oficiar al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, a los fines previstos por los arts. 32, *in fine*, 39 y conc., Código Civil y Comercial. Protocolícese...”.

El Tribunal se planteó las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Procede el recurso de apelación de la Sra. Asesora Letrada?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Efectuado el sorteo de ley resultó el siguiente orden para la emisión de los votos: Dr. Leonardo C. González Zamar, Dr. Guillermo P.B. Tinti y Dr. Julio C. Sánchez Torres.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL DR. LEONARDO C. GONZÁLEZ ZAMAR, DIJO:

I- A fs. 12, comparece la Sra. Asesora Letrada Civil y Comercial de Décimo Turno, en su calidad de representante promiscua del Sr. L.N.P.M., y deduce recurso de apelación en contra de la Sentencia Nro. Doscientos cincuenta y cinco (255) de fecha cinco de agosto de dos mil dieciséis, cuya parte resolutive luce transcripta en el exordio del presente; el que fue concedido a fs. 13 de marras.

II- Arribados los autos a la alzada e impreso el trámite de ley, a fs. 21/24 la recurrente expresa sus agravios, los que se circunscriben a la declaración de inaplicabilidad del artículo 40 del CCyC., dispuesta por el a quo, para el caso de marras. Fustiga la decisión porque se ha omitido fijar un plazo para la revisión de la declaración de incapacidad, lo que resulta a todas luces contradictorio con lo dispuesto por el artículo 40 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Explica que, conforme surge de la sentencia recurrida, el juzgador ha tomado como parámetro para no establecer plazo de revisión, el dictamen de los expertos que pronosticaron una patología crónica que se estima irreversible, definitiva y permanente.

En esta línea, señala que sin duda el diagnóstico funcional de retraso mental grave posee carácter de irreversibilidad, pero hoy los nuevos paradigmas en materia de salud mental se vienen modificando en aras de propiciar la no estaticidad de los diagnósticos.

Afirma que las conclusiones alcanzadas por los profesionales informantes en autos, responden claramente a aquel modelo médico del tratamiento de la discapacidad que la sociedad mundial tiende a modificar desde el aporte conjunto de las más diversas fuentes del conocimiento y el obrar humano.

Destaca que la normativa vigente, abre un abanico de soluciones jurisdiccionales en orden a la limitación del ejercicio pleno de la aptitud jurídica de una persona con deficiencia mental o intelectual, poniendo en jaque el régimen binario, asistencialista, centrado en el déficit.

Aduce que hoy, partiendo de la capacidad concebida como regla para todas las personas - incluidas las personas con afectaciones en su salud mental - la ley demanda del juzgador la clara y cabal especificación de los actos y funciones cuyo ejercicio limita, preservando en el mayor grado la autonomía personal del sujeto (artículo 32 del Código Civil y Comercial de la Nación).

En esta misma línea, agrega que la nueva disposición guarda estrecha relación con lo dispuesto por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por nuestro país mediante Ley 26.378, y demás normativas supranacionales a las cuales se debe absoluto respeto, atento haber sido suscriptas por nuestra Nación.

Refiere que el caso de marras, se trata de una persona con retraso mental grave que se encuentra inserta en un entorno familiar que contempla sus necesidades integrales.

Señala que la sola existencia de un “diagnóstico” en el campo de la salud mental, si bien indica una presunción de incapacidad, demanda una evaluación interdisciplinaria de cada situación, de cada caso concreto, en un contexto social y familiar y en un momento determinado (conf. artículo 5 de la Ley N° 26.657, artículo 46 incs. a, c y d Ley Provincial N° 9848).

Como corolario, considera que privar al declarado incapaz L.N.P.M. de acceder a una revisión periódica del desarrollo y alcance de sus capacidades conservadas, conforme lo dispone el artículo 40 del Código Civil y Comercial de la Nación, causa un perjuicio irreparable y es claramente violatorio de sus derechos y garantías constitucionales. Solicita en consecuencia, se haga lugar al recurso articulado y se revoque la sentencia en los términos expresados.

Corrido el traslado de ley, a fs. 26/28vta. lo evacuan los peticionantes Sres. J.C.P y E.V.M. En esta línea plantean que los argumentos de la recurrente no logran conmover el fallo recurrido, toda vez que el juez a quo da acabados fundamentos del por qué considera que para el presente caso resulta inaplicable la revisión del artículo 40 del CCyC. Manifiestan que el sentenciante se toma verdaderamente en serio los derechos y garantías constitucionales de la persona declarada incapaz, sin dejarse llevar por vagas declaraciones de principios y cambios de paradigmas de moda, cuya aplicación dogmática termina lesionando el derecho de la persona declarada incapaz a no ser molestada en su privacidad. Afirma que sobre la cuestión resulta dirimente lo dispuesto en el artículo 22 inc. 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Agregan que en el caso de autos, ha quedado debidamente acreditado que la entrevista personal dispuesta por el artículo 35 del CCyC, ha resultado verdaderamente perturbadora para L. Asimismo aducen que de la pericia multidisciplinaria se desprende que la patología de L. se estima irreversible, definitiva y permanente; y que el referido dictamen no fue impugnado ni objetado oportunamente, por lo que mal puede pretenderse ahora dejarlo sin efecto basándose sólo en una mera enunciación de principios generales sin fundamento.

En función de ello, sostienen que imponerle a L la revisión periódica de su declaración de incapacidad, lejos de beneficiarlo importaría una violación a su derecho a la privacidad y una pesada carga para él y su familia.

Corrido el traslado a la Sra. Fiscal de Cámaras, a fs. 32/33vta. la titular se manifiesta en el sentido de que no corresponde emitir dictamen sobre el particular toda vez que el TSJ por Acuerdo Reglamentario Número 1305, Serie A, de fecha 01 de septiembre de 2015, dispuso que “el artículo 103 del Código Civil y Comercial

cuando refiere al Ministerio Público convoca a los Asesores Letrados, sin perjuicio de las facultades que le caben al Ministerio Público Fiscal”.

III- Dictado y firme el decreto de autos, queda la cuestión en condición de ser resuelta.

IV- Ingresando al estudio de la causa, se advierte que por Sentencia Nro. Doscientos cincuenta y cinco (255) de fecha 5/08/16, el juez a quo declara la incapacidad de ejercicio del Sr. L.N.P.M., a tales efectos designa como curadores a sus padres J.C.P. y E.V.M. y dispone la inaplicabilidad para el caso concreto del artículo 40 del CCy C.

Para así decidir, el magistrado consideró debidamente acreditado el estado de incapacidad con los certificados acompañados a fs. 4/5 y el dictamen pericial interdisciplinario obrante a fs. 65/66 vta., los que dan cuenta de que Leandro se encuentra imposibilitado de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo o formato adecuado. Todo lo cual, a su vez, fue corroborado por el propio magistrado en oportunidad de la entrevista personal del artículo 35 CCy C.

En esta misma línea, y a la luz de la contundencia del dictamen de los expertos que pronosticaron una patología crónica que se estima irreversible, definitiva y permanente, el juez resolvió no aplicar la revisión dispuesta por el artículo 40 del Código Civil y Comercial de la Nación. Argumentó, que no existe razón alguna para considerar un cambio en la situación de L, y dado que la declaración de incapacidad es en protección de la persona, deben evitarse las situaciones innecesarias y perjudiciales para la persona. Agrega que, conforme la normativa citada, la revisión de la sentencia sería previa nueva entrevista personal con el anteriormente declarado incapaz, acto que resulta perturbador para L, como lo fue la entrevista del artículo 35. En esta senda, concluye que someter a la persona en tal situación a un examen periódico puede violentar la efectiva protección de quien, ya de por sí, es víctima de sus propias limitaciones existenciales y para quien el proceso debe ser una real garantía al servicio del resguardo de sus derechos, máxime cuando de existir una evolución favorable se encuentra previsto por las normas sustanciales y formales el derecho a peticionar la rehabilitación (conf. artículo 47 del CCyC y el artículo 841CPC).

V- Tal como se desprende de lo referenciado supra, la cuestión traída a resolver radica en desentrañar si ante un diagnóstico de incapacidad fundado en una patología de carácter crónica -como la que padece el Sr. L.N.P.M.- y en el marco de una sentencia de declaración de incapacidad, resulta ajustado a derecho apartarse de la revisión de dicha declaración dispuesta por el artículo 40 del Código Civil y Comercial.

Adelanto opinión en el sentido de que corresponde hacer lugar a la apelación deducida por la Sra. Asesora Letrada, atento las razones que a continuación se exponen.

A tales fines, considero de utilidad efectuar una breve síntesis de la evolución normativa que ha operado en la materia. En este orden de ideas, cabe destacar que el artículo 152 ter del Código Civil velezano, introducido por la Ley de Salud Mental N° 26.657 de fecha 2/12/10, disponía que: “Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”.

La fijación de este límite temporal, fue objeto de disímiles posturas. Por un lado, la doctrina minoritaria, apegada al texto de la norma, propiciaba la caducidad automática de la sentencia una vez cumplido el plazo, lo cual traía la inconveniencia de tener que iniciar un nuevo proceso en caso de persistir las causas que dieron lugar a la declaración de inhabilitación o incapacidad. Por su lado, la doctrina mayoritaria, enrolada en una hermenéutica acorde con el espíritu de la Ley 26.657, consideraba que el término de tres años, importa un plazo en el cual debe hacerse – incluso oficiosamente – un reexamen de la situación del declarado incapaz o inhabilitado. Es decir, lo interpreta como una “exigencia” de revisar la sentencia en el plazo indicado, a los fines de determinar si el pronunciamiento se encuentra acorde a las actuales circunstancias, pero no importa caducidad.

En este sentido la jurisprudencia ha dicho que “el paso de los tres años previsto por la parte final del artículo 152 ter del Código Civil, no significa la caducidad de la sentencia de interdicción sino que importa la obligación de revisar, dentro de este plazo, si aún concurren en la misma medida los elementos que condujeron a su dictado” (CN Civ, sala I, 12-7-12, “I. A s/ Insania”, R N° 035580 citado por Burundarena, Ángeles, “Proceso declarativo de restricción a la capacidad y excepcional de incapacidad en el Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia (Ciudad Autónoma de Buenos Aires,)”, Revista de Derecho Procesal 2015-2- Procesos de Familia, Rubinzal Culzoni Editores, 2015, pág. 391).

Esta postura, es la que mejor se consulta con los términos de la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, aprobada por Ley 26.378 (Promulgada el 6/06/08), en cuanto establece, en su artículo 12 inc.4°, que los Estados partes deberán disponer salvaguardias que aseguren que todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica “...estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial...”.

Cabe destacar también, que la figura de la revisión de la sentencia declarativa, guarda una estrecha relación con lo dispuesto por la Ley de Salud Mental Nacional N° 26.657 en su artículo 7 inc. n, donde se reconoce el “...Derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable...”.

Pero más allá de los valiosos intentos doctrinarios y jurisprudenciales, es con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, que se zanja

esta cuestión y se despeja toda duda interpretativa en torno a la procedencia de la revisión de la sentencia declarativa.

En esta línea, el artículo 40 del citado cuerpo normativo, amplía el diseño establecido por el artículo 152 ter del código velezano, porque a más de introducir “expresamente” la obligación de revisar la sentencia por parte del juez, impone al Ministerio Público la carga de fiscalizar el efectivo cumplimiento de tal revisión: “La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el 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 la audiencia personal con el interesado. Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su caso, a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido”.

Ahora bien, y a la luz de la normativa reseñada supra, cabe destacar que, si bien de la prueba rendida en autos, principalmente el dictamen pericial interdisciplinario de fs. 65/66 (autos “P. M., L.N. – Demanda de Limitación a la capacidad” Expt. N° 5840262, que tengo a la vista), surge que L padece de insuficiencia de las facultades mentales, de origen perinatal, patología de carácter crónico que se estima irreversible, definitiva y permanente, ello no es óbice para soslayar el nuevo paradigma con el cual corresponde abordar la temática. En este sentido, y teniendo como norte la presunción de capacidad y el derecho a que los padecimientos no sean considerados un estado inmodificable, se advierte que la “revisión periódica” de la sentencia, se erige como una garantía esencial para Leandro, toda vez que constituye uno de los pilares en el paradigma de la discapacidad social.

En este sentido, puede decirse que la revisión de la sentencia declarativa se presenta coherente con la concepción interdisciplinaria de la salud mental y -tal como se señaló supra- con el modelo social de la discapacidad propiciado por la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” (Ley 26378), al tiempo que se muestra contraria a la regulación civil tradicional, que ha entendido a la incapacidad desde un concepto biológico-jurídico, en virtud del cual la modificación de la sentencia originaria solo podía habilitarse en caso de “recuperación”: con la rehabilitación.

Resulta evidente que frente a los casos de diagnósticos irreversibles, la voluntad del legislador no ha sido eximir al juez de la obligación de evaluar periódicamente la evolución de la persona discapacitada. Por ende, no corresponde hacer distinciones donde la ley no los hace.

La persona cuya capacidad se restringe, e incluso aquella respecto de la cual se declara la incapacidad, puede en el decurso de su vida, presentar modificaciones en su estado de salud mental, estilo de vida, conforme diferentes variaciones en las circunstancias- físicas, biológicas, sociales, económicas - que originalmente ameritaron el dictado de la sentencia, y estos cambios de ninguna manera, deben pasar

inadvertidos en un sistema de salud donde la capacidad es la regla y la limitación a la autonomía personal es la excepción (conf. Burundarena, Ángeles, "Proceso declarativo de restricción a la capacidad y excepcional de incapacidad en el Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia (Ciudad Autónoma de Buenos Aires,)", Revista de Derecho Procesal 2015-2- Procesos de Familia, Rubinzal Culzoni Editores, 2015, pág. 391).

En igual sentido se expidió esta Excma. Cámara, en autos "B.J.I. - DEMANDA DE LIMITACIÓN DE LA CAPACIDAD - CUERPO (CIVIL) DE APELACION" - EXPTE. N° 6011562, Sentencia N° 126 de fecha 16/11/16.

La jurisprudencia local también exhibe pronunciamientos en sentido análogo al que aquí se propicia (Ca.6°C.C. en autos "C. Alfredo Daniel- Demanda de limitación de la Capacidad - Cuerpo (civil) de Apelación" Expte n° 2837661/36 - Sentencia N° 84 de fecha 30/08/16)

Y en el orden nacional la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, se ha expedido sobre el tópico diciendo que "... aun frente a pacientes con pronósticos médicos irreversibles,.. la periodicidad de su reexaminación se justifica en el carácter evolutivo y circunstanciado de su más amplia concepción como persona discapacitada. No se trata de supeditar la asistencia y tutela estatales a la demostración periódica de su enfermedad... sino más bien de actualizar cada tres años el estudio circunstanciado del estado de su patología a los fines de auscultar su evolución, con el objeto de observar – aun en los cuadros médicamente irremisibles – los avances que el paciente pudiere haber logrado en el desenvolvimiento cotidiano de su existencia, para así establecer y obtener o requerir las adicionales salvaguardias que sean necesarias en beneficio de su mayor autonomía residual (SCBA, "E. E. R. s/insania y curatela", 08/07/2014, en Microjuris, MJ-JU-M-87666-AR).

A mayor abundamiento, cabe añadir que, aún en los casos de patologías con pronóstico irreversible, definitivo y permanente, como el que presenta L, en el cual el cambio de su condición se presenta como poco probable y para quien la revisión trianual implicaría la violación de su derecho a la privacidad y la consagración de una pesada carga para él y su familia, debo decir con énfasis que, aún en esos casos, el deber de revisión no tiene por fin cumplir un prurito formal, sino que se erige como una garantía legal, constitucional y convencional para Leandro, que debe ser respetada.

En esta misma línea se ha manifestado la doctrina, cuando sostiene que si bien el derecho del interesado a solicitar la revisión se fundamenta principalmente en el cambio de las circunstancias de la persona que dieron lugar a los supuestos legales de incapacidad o capacidad restringida ... el deber de revisión judicial ... se justifica desde un criterio de garantía y de derecho de acceso a la justicia (conf. Alfredo J. Kraut y Agustina Palacios, en Ricardo L. Lorenzetti (director), Miguel F. De Lorenzo y Pablo Lorenzetti (coordinadores), Código Civil. Tomo I., p. 192.,

citado por Sánchez Herrero, Andrés, Tratado de Derecho Civil y Comercial, Tomo I, Editorial La Ley, Año 2016).

Corolario de lo expuesto, considero que el carácter irreversible de la patología del Sr. L.N.P.M., no se erige como un supuesto de excepción para eludir la revisión de la sentencia declarativa de incapacidad, dispuesta por el artículo 40 del CCyC.

VI- A mérito de las razones dadas, estimo que corresponde acoger el recurso de apelación deducido por la Sra. Asesora Letrada Civil del Décimo Turno y en consecuencia establecer que la declaración de incapacidad dictada en relación al Sr. L.N.P.M. deberá ser revisada en un plazo no superior a tres años, en base a nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando audiencia personal con el interesado. Así voto.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL DR. GUILLERMO P.B. TINTI, DIJO:

Con el máximo respeto por la opinión dada en el voto precedente, debo presentar despacho en disidencia, pues a mi modo de ver corresponde confirmar por sus propios fundamentos la sentencia de primera instancia y rechazar el recurso de apelación:

a.-) Coincido y hago propios los fundamentos dados por el señor Juez de Primera Instancia en la sentencia y -del mismo modo- estimo que para este caso concreto resulta inaplicable la norma del artículo 40 del CCC, habida cuenta de lo terminante y contundente que ha sido el dictamen de los expertos que establecieron con toda precisión que la patología del señor L.N.P.M. es crónica, irreversible, definitiva y permanente, sin que exista ninguna razón para considerar posible un cambio de su situación.-

b.-) A tal fin el suscripto solicitó la remisión y tuvo ante la vista el expediente principal, apreciando allí el certificado de incapacidad emitido al actor (fs. 4), la certificación elaborada por el servicio de Psicopatología del Hospital Nacional de Clínicas de la Universidad Nacional de Córdoba (fs. 5), los informes expedidos por el Centro Educativo Terapéutico "Mi Lugar" (fs. 7 y ss), y el dictamen pericial interdisciplinario (fs. 65); todo lo cual lleva certeza en cuanto a lo irreversible del estado del paciente, al punto que en el recurso de apelación (fs. 21/24) no se desmienten en lo más mínimo los estudios, conclusiones y dictámenes acerca del real estado de salud del señor L. P. M., ni se ocupa de señalar un solo error en los mismos.-

c.-) Como bien hace notar la resolución de primera instancia, la declaración que se persigue con esta acción es para la protección del incapaz, ante lo cual debe hacerse lo posible para evitarle situaciones tan penosas como innecesarias y perjudiciales.

La aplicación estricta y a rajatabla que se pretende del artículo 40 del CCyC que promueve la revisión de la sentencia debería hacerse previa una nueva entrevista personal con el ya declarado incapaz o con restricción a la capacidad, acto que

sólo puede resultar perturbador para Leandro, haciendo ver el señor Juez a-quo que ya lo fue la entrevista del artículo 35, Código Civil y Comercial. Entonces -con buen sentido- se pregunta el primer sentenciante ¿para qué someter a Leandro a tal incómoda situación sólo para cumplimentar un prurito formal, si la situación no puede modificarse?-

Vale sobre este punto destacar la prudencia, delicadeza y el sentido común que egresan de la sentencia bajo recurso.-

d.-) Y en tal orden de ideas se debe reafirmar y subrayar que someter a una persona con características psicofísicas como las que en autos se han acreditado, a exámenes periódicos (sumados a los exámenes y tratamientos que son propios de su patología) y a audiencias judiciales para las entrevistas, está muy lejos de dar efectiva protección a quien, ya de por sí, es víctima de sus propias limitaciones existenciales y para quien el proceso debe ser una real garantía al servicio del resguardo de sus derechos.-

Resulta entonces no sólo jurídicamente más tuitivo para la persona del actor, sino además mucho más humano, razonar como lo hacen los padres en sentido que la revisión periódica que se pretende lejos de beneficiarlo importaría someterle a una carga pesada y penosa y una irrazonable violación a su derecho a la privacidad y a la tranquilidad.-

e.-) Igualmente se ha hecho ver -y por ello también el decisorio merece confirmación- que en la hipótesis (imposible de momento, harto improbable en el futuro) de existir una evolución favorable, es inalterado el derecho a peticionar la rehabilitación (artículo 47, CCyC).-

Por lo expuesto propongo:

Rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia recurrida.- Sin costas.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL DR. JULIO C. SÁNCHEZ TORRES, DIJO:

1. La relación de causa efectuada por el Sr. Vocal del primer voto satisface las exigencias formales, por lo que corresponde remitirse a ella en homenaje a la brevedad.

2. Coincido con la solución final propuesta por el Dr. Leonardo González Zamar. Esta afirmación se apoya en que en los supuestos del artículo 32 del Código Civil y Comercial de la Nación, caso sub examine, el juez en un plazo no superior a los tres años debe revisar la persona, más que la sentencia. Se trata de un imperativo legal, de un deber legal y no de una facultad para el Juzgador.

3. A su vez, el ordenamiento sustancial aludió claramente a la situación de las personas a las cuales se le restringió la capacidad, como aquellas que se incapacitaron, sin distinguir la índole de la alteración mental que afectaba a la persona.

4. Por otro lado, las razones invocadas por el Sr. Juez a quo, que refieren en pocas palabras a la incomodidad que pudiere sentir L. con la exigencia que dimana del artículo 40 del C. C. y C. N., no necesariamente se debe llegar a la conclusión que se cumple con un prurito formal.

5. No debe perderse de vista que el sistema que rige en la actualidad regula dos sistemas, uno de incapacidad genérica y otro de capacidad genérica, ambos flexibles y graduales, con la finalidad primera de asegurar la libertad posible y la tutela que requiera la persona. Además, este artículo no tiene igual ámbito de aplicación que el artículo 47 del mismo ordenamiento. Esto último se pone de resalto ya que pareciere que podría “suprimirse” la aplicación del artículo 40 de la legislación sustantiva, ya que en el futuro pudiere solicitarse el cese de la declaración de incapacidad.

6. Asimismo, no sólo debe declararse en todo caso inaplicable el artículo 40, sino también por el artículo 2 del C. Civil y Comercial de la Nación, debiere declararse que no es aplicable al caso sub judice, la Convención de los Derechos para las Personas con Discapacidad, aprobada por Ley 26.378.

7. En fin, voto en igual sentido que el Dr. González Zamar, con la aclaración que las normas sobre capacidad han sido dirigidas al Tribunal, esto es, el deber de cumplir recae sobre el Titular del Juzgado a fin que se revise a la persona y, en todo caso, a posteriori, la sentencia dictada en este proceso.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL DR. LEONARDO C. GONZÁLEZ ZAMAR, DIJO:

Estimo que corresponde: Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la Sra. Asesora Letrada Civil del Décimo Turno en contra de la Sentencia Nro. Doscientos cincuenta y cinco (255) de fecha cinco de agosto de dos mil dieciséis, y en consecuencia revocar parcialmente el resolutorio sólo en lo que fue materia de agravio, disponiendo que la declaración de incapacidad dictada en relación al Sr. L.N.P.M. deberá ser revisada en un plazo no superior a tres años, en base a nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando audiencia personal con el interesado, de conformidad lo norma el artículo 40 del CCyC.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL DR. GUILLERMO P.B. TINTI, DIJO:

Por lo expuesto propongo rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia recurrida. Sin costas.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL DR. JULIO C. SÁNCHEZ TORRES, DIJO:

Compartiendo las conclusiones a las que arriba el Sr. Vocal Dr. Leonardo C. González Zamar, a la cuestión planteada voto en igual sentido.

Por todo lo expuesto, y por mayoría este Tribunal

RESUELVE:

1) Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la Sra. Asesora Letrada Civil del Décimo Turno en contra de la Sentencia Nro. Doscientos cincuenta y cinco (255) de fecha cinco de agosto de dos mil dieciséis, y en consecuencia revocar parcialmente el resolutorio sólo en lo que fue materia de agravio, disponiendo que la declaración de incapacidad dictada en relación al Sr. L.N.P.M. deberá ser revisada en un plazo no superior a tres años, en base a nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando audiencia personal con el interesado, de conformidad lo norma el artículo 40 del CCyC.

2) Protocolícese, hágase saber y bajen.