



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUÉN, 7 de octubre del año 2020

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**FONTAN GUZMAN MARCOS C/ ESTADO DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO PROFESIONAL (MALA PRAXIS)**" (JNQC12 EXP 540376/2020) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. Al dictar la primer providencia en esta causa, la Sra. Jueza determina un previo.

Así indica que, surgiendo de la documentación acompañada que la condena impuesta al actor, lo fue con más la accesoria de inhabilitación del art. 12 del Código Penal, deberá presentarse en autos a través el curador designado.

Contra tal providencia se interpone revocatoria, con apelación en subsidio.

Indica que el artículo es claro al determinar que tal incapacidad es relativa al ejercicio de la patria potestad y de la administración y disposición de sus bienes, pero en modo alguno supone que pierde la capacidad para estar en juicio.

Se refiere a la interpretación restrictiva del instituto y las críticas que ha merecido desde la más reciente doctrina.

Sostiene que el Código Penal no podría establecer un estatus civil de capacidad y que, además conforme a los estándares de los Tratados internacionales de Derechos Humanos y a la luz de las disposiciones del Código Civil, no es posible cercenar su autonomía.

Entiende, por tanto, que el actor no se encuentra limitado en su capacidad civil para estar en juicio.

2. Así planteada la cuestión, entiendo que el planteo no puede prosperar.

Tal como indica Tazza "aquellos que ven a esta incapacidad civil como una forma de medida tutelar impuesta en beneficio del condenado se basan fundamentalmente en la misma Exposición de Motivos del Proyecto de 1917, luego seguido por el Código Penal de 1921, cuando aseguraba que esta medida "no tiene objetivo represivo sino tutelar, desde que subsana un estado de incapacidad". Esta es en cierto modo la posición mayoritaria en la doctrina, seguida tanto en materia penal por autores de la talla de Soler, Núñez, Creus, y Peco entre otros, y en el ámbito civil por Llambías, Orgaz, Buzo y otros destacados autores."

"Más allá de la discusión en torno a la naturaleza jurídica que pudiera ostentar la institución, no nos cabe ninguna duda que la única finalidad que inspira a la norma es dar una adecuada protección al condenado, dotándolo de un curador para la realización de ciertos actos, sin lo cual se vería expuesto a las múltiples dificultades que derivan de ese encierro temporal... En síntesis, de modo alguno puede asegurarse que la disposición del art. 12 del Código Penal sea contraria a garantías consagradas en nuestra Constitución Nacional o Tratados Internacionales, no pudiendo afirmarse que en tales casos la disposición consagre un trato indigno, cruel o infamante que permita descalificarla por su oposición a tales postulados. La norma no implica privación de derechos, sino una suspensión temporal del ejercicio efectivo para ciertos actos, motivo por el cual se le designa un curador al condenado para garantizarle su representación legal. Se lo dota así de una herramienta necesaria para un mejor ejercicio de aquellas facultades que sigue conservando, aunque

restringidas y limitadas en razón a la especial situación en que se encuentra.”

“Entendemos, con destacados autores, que únicamente podría sostenerse una invalidez constitucional en tal sentido si una norma dispusiera la privación de la capacidad de derecho absoluta, pero no, como en el caso, en donde lo que se restringe es la capacidad de hecho para ejercer ciertos y puntuales actos, quedando subsistente la posibilidad de realización de todos aquellos otros que no estuviesen específicamente contemplados en la inhabilidad así decretada...” (cfr. LA INCAPACIDAD CIVIL DEL CONDENADO, Tazza, Alejandro O. Publicado en: LA LEY 31/07/2017, 10 • LA LEY 2017-D, 414, en comentario al fallo de la CSJN "G. C., C. M. y otro s/ robo con arma de fuego - aptitud disparo no acreditada", CSJ 3341/2015/RH1, del 11 de mayo de 2017).

3. En esta línea, asumiendo que la situación de encierro aísla, al mismo tiempo, se impone reconocer que no debería privársele, a la persona condenada, del derecho a la toma de sus propias decisiones o ser parte de ellas: “Una propuesta que podría acomodar la situación del penado al nuevo paradigma: consiste en un sistema de apoyos con funciones de asistencia en el cual la persona decida sobre sus aspectos patrimoniales con el asentimiento del apoyo. El sistema de apoyos –a partir de la asistencia del penado– puede integrar con él los actos de contenido patrimonial que fuere necesario realizar sin omitir su voluntad. Esta solución se asimila a la del Código Civil Suizo, la restricción a la capacidad debería mantenerse en el ámbito patrimonial y suplirse por un sistema de asistencia. De este modo se concilia la forma de suplir la restricción a la capacidad del penado, con lo que constituye la regla general en la materia de suplir las restricciones a la capacidad de ejercicio en el nuevo Código: la designación de apoyos con la especificación de las funciones que se les

atribuyen...". Máxime cuando es posible considerar que "en casos excepcionales la función de apoyo podrá ser de representación para algún acto determinado (conf. art. 101 inc. c). Tal excepción deberá estar debidamente justificada y establecidas las salvaguardias para que dicha representación sea ejercida de conformidad con las reglas generales previstas en el Cód. Civ. y Com. Las funciones de los apoyos son primordialmente de asistencia: esa es la regla, sin perjuicio de que para determinados actos la sentencia les atribuya funciones de representación..." (cfr. LA CAPACIDAD DEL PENADO Y SU COMPATIBILIDAD CON LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE LA MATERIA, Feldman, Paula A. Publicado en: SJA 12/12/2018, 3 • JA 2018-IV).

Pero como se advierte, todo esto deberá evaluarse a la luz de las concretas circunstancias que se presenten en la causa en la que se discierna la curatela que el art. 12 del Código Penal determina.

4. A esta altura debo señalar que la promoción de la presente acción se encuentra incluida en las previsiones del art. 12 del Código Penal:

"...no se incapacita al condenado para todas las hipótesis que puedan presentarse, sino sólo para alguna de ellas. Es por tanto que no puede equipararse esta disposición a la consagración de una verdadera "muerte civil". Nos parece que la norma no llega a tal extremo, puesto que el condenado puede —entre otras cosas—, y sin necesidad de la actuación de un curador, realizar diversos actos, tales como testar; contraer matrimonio formalmente válido; reconocer hijos extramatrimoniales; o participar en juicio, **salvo cuando se controviertan derechos patrimoniales** o esté en juego la responsabilidad parental" (cfr. Tazza, artículo citado).

Lo expuesto, además, ha sido así resuelto por la CSJN al indicar:

"Que en relación a la personería, ella debe ser subsanada en atención a lo reglado por el art. 489 del Código Civil. En efecto el art. 12 del Código Penal, in fine, establece que el penado quedará sujeto a la curatela establecida en el Código Civil para los incapaces; dicho curador tiene asignada la ejecución de las acciones y defensas judiciales de sus representados, según el art. 489 citado, de modo que el reclamo debe ser formulado por éste, sin perjuicio de la representación ya acreditada en autos.

4°) Que en atención a que en la oportunidad de la condena no fue designado curador a las interesadas, corresponde subsanar la personería y consecuencia, remitir la causa al Juzgado de Ejecución Penal N° 3 de la Capital Federal a fin de que se arbitren los medios necesarios para su nombramiento. Cumplido tal recaudo y una vez presentado en autos el curador , se dará vista al defensor oficial (art. 493, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)..." (cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, López Pérez, Viviana y otras v. Provincia de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios. • 14/03/2000, Cita Fallos Corte: 323:452).

En orden a lo expuesto, más allá del carácter del representante que se le asigne al accionante y al alcance que sobre su intervención se disponga, lo cierto es que la personería -en los términos de la CSJN- debe ser subsanada.

En consecuencia, con el alcance antedicho, corresponde confirmar la resolución cuestionada. Vuelva la causa a origen, debiéndose arbitrar en su caso, las medidas conducentes para el cumplimiento de lo dispuesto. **MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Teniendo en cuenta lo resuelto por la CSJN en Fallos 640:669, adhiero al voto que antecede.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1.- Desestimar el recurso de apelación deducido contra la resolución de fecha 8/07/2020 (hoja 16 y vta.) y en consecuencia, confirmar la misma en cuanto fue motivo de agravio, con el alcance dispuesto en el presente pronunciamiento. En la instancia de grado deberán arbitrarse en su caso, las medidas conducentes para el cumplimiento de lo ordenado.

2.-Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA