



NEUQUEN, 22 de Mayo del año 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"M. M. D. S/ CAPACIDAD JURIDICA"** (JNQFA3 EXP 42498/2009) 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

CONSIDERANDO:

1. La Defensoría Pública N° 6 apela la resolución dictada en hojas 199/201.

Funda su recurso en hojas 207/210.

Se agravia por la designación del Defensor Público en turno como representante del Ministerio Público de la Defensa para que se constituya como figura de apoyo con la facultad de representar legalmente a la Sra. M. D. M., en los términos del art. 101 inc. c. del CCyC. y con los alcances y responsabilidades establecidos para la figura del curador para realizar actos de administración y disposición de bienes, de actuar en juicio, de realizar actos administrativos y prestar consentimiento informado, debiendo sustituirla, en lo que a estos actos concierna.

Refiere que con lo dispuesto se desvirtúa el objetivo del sistema de apoyos tendiente a facilitar la toma de decisiones de la persona que los requiere. Complejiza el sistema y resulta contradictorio en sí mismo.

Señala que el sistema de apoyo viene siendo ejercido de manera adecuada por el Hogar en el que se encuentra M. D. en su conjunto y por una voluntaria.

Dice que el sistema de apoyo debe ser diseñado a partir de las necesidades y circunstancias concretas de la persona, no advirtiendo la necesidad de un defensor público



para que actúe como figura de apoyo. Agrega que el propio informe concluye en que M. D. requiere de un amplio sistema de apoyos que básicamente está constituido por el personal de la institución que la contiene.

Sostiene luego que tampoco está previsto en el caso del consentimiento médico informado como suplir ese consentimiento en caso de que M. D. no pueda expresar su voluntad. Entiende que el único que podría suplir la voluntad en estos casos es el Juez a través de una decisión judicial que se conforma con la actuación del Ministerio Público, el asesor letrado de la causante, su familia, amigos, cuidadores, médicos del gabinete -en su caso- y el equipo médico tratante.

Continúa diciendo que, además de exceder la función del Defensor Público y no estar previsto legalmente lo dispuesto, en modo alguno el organismo a su cargo está en condiciones de ejercer esa función, por cuanto ello importaría tomar decisiones en la vida de M. D. con consecuencias irreversibles sobre ella.

Señala que en la resolución recurrida no se han analizado las razones por las cuales el sistema de apoyo que venía funcionando requiera de un defensor oficial.

Considera que se pretende trasladar a un funcionario sin equipo y sin recursos el control jurisdiccional de la situación de una persona con capacidad restringida, lo cual, en lugar de proteger, desprotege.

Sustanciado el recurso con la Sra. M., el mismo no es contestado.

En hojas 212/214 se expide el Ministerio Público propiciando se haga lugar al recurso interpuesto.

2. Examinadas que fueran las constancias de estas actuaciones, anticipamos que el recurso deducido debe prosperar.



En la resolución dictada en hojas 199/201 se dispone excluir a la Sra. M. D. M. del supuesto de inhabilitación del art. 152 del antiguo Código Civil y se restringe su capacidad de realizar actos de administración y disposición de bienes, de actuar en juicio, de realizar actos administrativos y de prestar consentimiento informado. Tal decisión llega firme a esta instancia.

De los agravios deducidos se advierte que el único punto cuestionado es la designación de un funcionario del Ministerio Público de la Defensa para constituirse como figura de apoyo de la Sra. M., sustituyéndola en la realización de los actos mencionados, respecto de los cuales se restringe su capacidad, debiendo actuar siempre de acuerdo a su voluntad, deseo e interés.

Ahora bien, ingresando al estudio de la materia traída a conocimiento de esta Alzada cabe señalar que *"Los principios y reglas que regulan la restricción o restricciones en materia de capacidad jurídica plasman en el Código el reemplazo de un "modelo de sustitución en la toma de decisiones" por un "modelo de apoyo en la toma de decisiones". Ese cambio de paradigma implica que, todas las personas tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones, la pregunta deja de ser si una persona puede ejercer su capacidad jurídica, para concentrarse en que necesita la persona para ejercer su capacidad jurídica"* (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2014, p. 139, comentario al art. 31).

Es que, como ha señalado Galli Fiant: *"El Código Civil y Comercial ha logrado plasmar soluciones legales adecuadas al paradigma protector que tiene en consideración a la persona según su posición vital. Se abandona el régimen decimonónico centrado principalmente en las cuestiones patrimoniales, y se pone la mirada en los aspectos personales,*



sociales y familiares de las personas con padecimientos mentales. Parte de la capacidad como regla, y permite al juez evaluar y determinar en cada caso el alcance de las funciones del curador o apoyos necesarios, para no invadir la esfera de autonomía más allá de lo necesario para su protección...” (Galli Fiant, María Magdalena, Personas con capacidad restringida y su protección, Publicado en: LA LEY 05/04/2016, 7 • LA LEY 2016-B, 404, Cita Online: AR/DOC/800/2016).

En punto al modelo de apoyo en la toma de decisiones se ha señalado: *“El sistema de apoyo debe ser diseñado a partir de las necesidades y circunstancias concretas de la persona (cfr. art. 32). Puede ser individual o colectivo. Así, puede conformarse a través de un asistente personal, un familiar o red de familiares, un allegado o red de allegados, una asociación, una institución oficial, o cualquier otra opción que pueda propiciar al objeto de su función, que no es otra que la promoción de la autonomía y la protección y el ejercicio de sus derechos.”*

“Si bien los sistemas de apoyo pueden conformarse a través de diferentes modalidades (asesoramiento, interpretación, contención, codecisión, o incluso, en casos excepcionales, representación), el elemento trascendental del modelo de apoyos radica en su filosofía subyacente, que se materializa en el interés jurídico protegido, estos es: la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona. A diferencia del modelo tutelar-sustitutivo, el modelo de apoyos no tiene como principal objetivo la “protección” de la persona, sino “reconocer y garantizar” sus derechos. Y eso tiene profundas consecuencias para el Derecho, puesto que el foco ya no se centra en procurar tomar la mejor decisión para proteger a la persona desde parámetros externos u objetivos, sino en dotarle de las herramientas y los apoyos necesarios para que ella misma pueda tomar la decisión y ejercer sus derechos desde parámetros propios.”



Luego, en lo que respecta a la función de los apoyos se ha considerado: *"... el sistema de capacidad restringida con apoyos (cfr. arts. 32, 43 y 47) destierra toda posibilidad de considerar a las discapacidades sensoriales (por ej.: personas ciegas y/o personas sordas) y a las discapacidades físicas (por ej.: personas con parálisis cerebral, etc.) como incapaces y/o carentes de discernimiento, puesto que el apoyo complementa y suple las barreras comunicacionales que dificultan o impiden la manifestación de la voluntad (cfr. arts. 35 y 262). Pero, al mismo tiempo, permite que personas que tradicionalmente habían sido consideradas como incapaces o carentes de discernimiento (personas con discapacidad intelectual o mental) puedan utilizar los apoyos para facilitar la comprensión de sus actos jurídicos y puedan tomar decisiones con plena validez jurídica."* (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2014, p. 248-249, 254, comentario al art. 43).

Trasladando tales lineamientos al caso que nos ocupa, considerando la situación personal y el contexto social en que se encuentra la Sra. M., advertimos que la solución brindada por la Magistrada en la resolución atacada, respecto a la designación de un Funcionario del Ministerio Público de la Defensa como figura de apoyo para realizar los actos allí consignados, no resulta ser la más adecuada.

Así, observamos que en el informe producido en hojas 173/174, luego de dar cuenta del estado de salud y forma en que vive la Sra. M. en el Hogar "Hermanitas de los Pobres", los profesionales intervinientes concluyen que la misma *"requiere para su asistencia un amplio sistema de apoyo, el que está constituido por personal de la institución que la contiene"*.



A más de ello, cabe destacar lo expuesto en hojas 213 y vta. por la Dra. Gloria Benente, en carácter de Ministerio Público, en cuanto a la expresión de voluntad manifestada por la Sra. M. en el sentido de *"que sean las hermanas del hogar quienes la ayuden y supervisen, además de cumplir con todas las funciones de manera integral para todos los actos de su vida"*.

Seguidamente, en el mismo informe, y en lo que respecta al consentimiento informado, se propone que sean las tres hermanas de la institución las que puedan indistintamente cumplir con esa tarea.

Por otra parte, en el mismo informe se pone de manifiesto que, dadas las condiciones de abandono en que fue encontrada la Sra. M. con su pareja, la misma no posee bienes para administrar ni para disponer, ni ha tenido que estar en juicio, agregando que, a futuro y de ser necesario, se evaluará quien cumplirá con esa función.

En definitiva, allí se propone que se deje sin efecto la designación del Ministerio Público para realizar actos de administración y disposición de bienes, y actuar en juicio, por no contar la Sra. M. con bienes que ameriten la designación de un funcionario a tal fin. Asimismo, para los actos administrativos y prestar consentimiento informado, se solicita que se designe de manera indistinta a la madre superiora M. Q. R. y a las hermanas Sor J. M. P. y Sor I. P. V., en atención a las características especiales del caso.

Tal propuesta, claramente, refleja la voluntad de la Sra. M., además de adecuarse a su historia de vida, circunstancias personales y sociales.

Es que, en definitiva, las hermanas del hogar resultan ser las personas que, en la actualidad, tienen mayor contacto y cercanía afectiva con la Sra. M. y quienes podrán,



PODER JUDICIAL DE NEUQUÉN

en consecuencia, cumplir más efectivamente el rol previsto como figura de apoyo.

En ese orden, concluimos que, dada la situación particular en que se encuentra la Sra. M., un representante del Ministerio Público de la Defensa no resulta ser la persona más idónea para facilitar la asistencia que aquélla requiere, fundamentalmente, para la comunicación, comprensión y manifestación de su voluntad.

Cabe entonces, acoger el recurso interpuesto y la propuesta formulada por el Ministerio Público en hojas 214, por lo que habrá de modificarse la resolución de grado en su punto III, dejando sin efecto la designación de un representante del Ministerio Público de la Defensa a los fines allí consignados y designando como sistema de apoyo a las hermanas del Hogar "Hermanitas de los Pobres", Sor J. M. P., Sor I. P. V. y Sor M. Q. R., a fin de que, de manera indistinta o conjunta, asistan y faciliten la toma de decisiones propias de la Sra. M. en lo que concierne a actos administrativos y consentimiento informado.

De ser necesario actuar en juicio o realizar actos de administración y/o disposición de bienes, atento las particularidades del caso, deberá evaluarse quien cumplirá con esa función en la oportunidad pertinente.

Asimismo, y conforme la propuesta del Ministerio Público, se dispone que la Madre Superiora Sor M. Q. R. acredite cada seis meses en estas actuaciones el destino de los fondos de la pensión por discapacidad que percibe y administra la Sra. M. L. M., dejando sin efecto la obligación impuesta a esta última en la resolución atacada en este punto.

En función de lo expuesto, esta **Sala I,**

RESUELVE:



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

1.- Hacer lugar al recurso de apelación deducido en hojas 207/210 y, en consecuencia, modificar la resolución de hojas 199/201 vta. en sus puntos III y V, en la forma dispuesta en los considerandos.

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

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA