

Trelew, de noviembre del año dos mil quince.-----

--- **VISTO:** -----

---- El recurso de apelación interpuesto a fs. 126 contra la resolución de fs. 125 que fuera concedido a fs. 127, es fundado a fs. 128/136vta., corrido traslado a la contraria a fs. 137 es contestado a fs. 138/140.-----

--- **Y CONSIDERANDO:** -----

--- I.- A fs. 125 el juez de grado dispone la remisión de las actuaciones a la Defensa Civil para que proceda a designar un abogado que represente a la Sra. M. por aplicación del art. 36 CCyC.-----

--- Para así decidir tiene en cuenta que el curador provisorio no es un representante "stricto sensu" sino un auxiliar del juez que únicamente cumple con su deber cuando vela para que se ejecuten las condiciones de la ley en cuanto al procedimiento y la declaración judicial ofreciendo las pruebas necesarias y controlando las ajenas, y constituye una de las salvaguardias que prevé el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al proyectarse como una garantía más al debido proceso.-----

--- II.- Agravia al curador provisorio Dr. N. la decisión del juez de grado toda vez que, sostiene, es nula, dado que no se citó previamente a la persona interesada. Cita doctrina y jurisprudencia en su apoyo. Ello, añade, sin perjuicio de la nulidad relativa ante la falta de intervención del Ministerio Público de conformidad con el art. 103, inc. a) CCyC.-----

-

--- Argumenta que la regla procesal de designación de curador provisional es inconstitucional. Que el fundamento dado por el juzgador parte de una obra escrita en el año 1997 pero que en el año 2006 se sancionó la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que hace variar el criterio clásico seguido en la obra citada por el magistrado.-----

--- Alega que la razón de ser del curador es la sustitución de la voluntad de la persona que representa, que es excepcional en el nuevo CCyC a tenor del art. 32, a la vez que el sistema de salvaguardias que prevé la Convención es un sistema de control a los fines de que el sistema de apoyos pueda ejercer su rol respetando los derechos de las personas con capacidad restringida.-----

--- Cita doctrina que sostiene, -al comentar el art. 34 CCyC-, las diferencias de lo que serían las medidas cautelares durante el proceso de incapacidad (art. 32 in fine, designación de un curador provisorio para un acto determinado) de las medidas cautelares a dictar durante el proceso de declaración de restricción de la capacidad, donde nunca podría designarse un curador, porque la única figura es el apoyo provisorio.-----

-

--- Resalta que no se tuvo en cuenta la voluntad de la Srta. M. y alega que fue al domicilio de la misma y se entrevistó junto a su entorno ofreciendo sus servicios como Defensor Público para lo cual labró un acta que acompaña, no obstante se desconoce lo actuado y se giran las actuaciones a la Defensa Pública.----- Enumera las Convenciones que resultan de aplicación al caso, cita doctrina e insiste que se le reconoce el derecho a la Srta. M. a participar en el proceso pero no a elegir un abogado.-

-----

--- En párrafos aparte alega la inconstitucionalidad del art. 634 del CPCC en cuanto impone la designación de un curador provisorio, y que el código procesal no es aplicable y debe ser modificado en forma urgente. Solicita se modifique la carátula, se dispongan los ajustes razonables del proceso, disponiéndose que las futuras resoluciones se adopten previa entrevista y explicación a la persona involucrada, y se readecúe el rol que le cabe.----- Afirma que calificar a los Defensores Públicos como meros auxiliares del juez, es desconocer la autonomía del Ministerio de la Defensa subordinándolo a la magistratura violando principios constitucionales. Señala que los Defensores Públicos tienen por fin garantizar, a través de la asistencia técnico jurídica el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, ejerciendo las funciones que corresponden a un abogado de parte y no como un órgano auxiliar de cualquier órgano jurisdiccional. Por ello, nunca realizará un análisis objetivo de las situaciones sino que será parcial, y siguiendo las instrucciones de su cliente.-----

--- III.- Contesta la Asesora de Familia la expresión de agravios presentada por el curador provisorio Dr. N.. Refiere que al contestar la vista que se le confirió en el mes de Junio de 2015, encontrándose próximo a entrar en vigencia el nuevo código, solicitó la convocatoria de la Sra. Mera con asistencia letrada, cuestiones que quedaron pendientes en la providencia de fecha 29/06/15, hasta tanto se produjera la notificación a la nombrada de las pruebas producidas. Señala que la decisión del juez a quo satisface los principios que el apelante señala como incumplidos. ----- En orden a la nulidad relativa, estima que es a todas luces improponible pues ese Ministerio tiene intervención desde el inicio del proceso. ----- Aduce que no cabe hacer comparación entre el curador provisorio prevista en el art. 147 del C. Civil con la función que asigna el art. 32 del CCyC al curador, pues este último será designado una vez comprobada la limitación o imposibilidad absoluta de la persona de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad de cualquier modo, medio o formato adecuado.----- --- Precisa que debe establecerse cuál es el rol del curador provisorio en estas cuestiones, pues hay quienes sostienen que es un mero auxiliar del juez y para otros, la postura minoritaria que sostiene que es un genuino defensor de la persona y que según Spota debe ejercer una defensa positiva, activa, no necesariamente neutral ni

meramente formal.-----

-

--- Subraya que el acta acompañada comprueba además de la notificación formal por cédula, que la interesada fue informada e impuesta del contenido y fines del trámite, autorizando al Dr. N. para que en su nombre y representación solicite al Sr. Juez que al momento de dictar sentencia establezca los sistemas de apoyo para ejercer sus derechos.-----

--- Resalta que el nuevo Código Civil y Comercial modificó la función que cumplía en el Código Civil a tenor del principio de capacidad y la restricción como excepción. Refiere al art. 34 del CCyC que prevé que el juez durante el proceso debe disponer las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la representación del curador.-----

--- Manifiesta que deben adecuarse los procesos iniciados al amparo del Código Civil derogado, y que en el caso, no advierte que la actuación del curador provisorio, la asistencia técnica y la participación de la Asesoría de Familia generen gravamen a la Srta. M. o vulnere garantías procesales o constitucionales.-----

A fs. 146 se mantiene entrevista personal con la Srta. J. E. M.-----

--- IV.- 1.- Sin perjuicio de advertir que las actuaciones procesales traídas a conocimiento de esta Alzada con motivo de la modificación que sufrió la ley sustancial aplicable al caso, evidencian desprolijidades en orden al carácter de la presentación del interesado, prevalece la importancia del planteo formulado por el curador provisorio designado en autos, el que cuenta con mérito suficiente para su tratamiento.-----

2.- En primer lugar, en razón de la naturaleza de la cuestión traída a conocimiento de esta Alzada, cabe verificar si corresponde aplicar al caso la normativa del Código Civil y Comercial, a tenor de lo dispuesto en su art. 7.-----

Dicha norma establece que “a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”. En efecto, lo normal y habitual es que la ley se aplique inmediatamente después de cumplido el octavo día desde su publicación, excepto que se haya determinado en su texto el momento en que se inicia su vigencia (art. 5, citado código).-----

Ello así, la nueva ley se aplica a: i) las relaciones y situaciones jurídicas que se constituyan en el futuro; ii) las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en cuanto no estén agotadas; iii) las consecuencias que no hayan operado todavía.-----

Al respecto, estima esta Sala que el planteo del curador provisorio se encuentra comprendido en el supuesto iii) del párrafo precedente. Esto es, el nuevo Código Civil y Comercial se aplica a las consecuencias que no hayan operado todavía.-----

--- 3.- Este marco normativo, de reciente vigencia, acoge paradigmas ya reconocidos en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad y

plasmados en parte en la ley 26657.-----

--- Al respecto el art. 3 de la Convención abunda sobre principios generales de los que emana la autonomía, independencia y libertad de la persona para tomar sus decisiones, que es un principio esencial, a la par de otros principios “instrumentales”, como la accesibilidad, que no representa un derecho en sí mismo sino una herramienta para el goce o ejercicio de otros derechos.(Cfr.: Brogna, Patricia, “Principios: sustento y meta de la Convención”, págs.. 15/16, en Revista Jurisprudencia Argentina, 2008- III, “Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Ed. Abeledo Perrot).-----

-

--- En tal contexto el art. 12 de la misma Convención les otorga a las personas con restricciones en su capacidad igual reconocimiento ante la ley que al resto de las personas, debiendo los Estados adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, de modo de asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de tal modo que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida.----- Es que, las personas con discapacidad, incluyendo las discapacidades en materia de toma de decisiones, son investidas con la autoridad de adoptar decisiones sobre su propia vida. Consecuentemente, a los efectos de abordar la diversidad de habilidades y necesidades en relación con la toma de decisiones, se hace necesario la utilización de medidas de apoyo que no interfieran con la autonomía de la persona. Es decir el ejercicio de la autonomía personal es fundamental y universal, requiriendo de un alto grado de adaptación del entorno al individuo, quedando toda la autoridad residual en cabeza de la persona con discapacidad, que tiene derecho a la toma de decisiones autónoma en igualdad con los demás (Cfr.: Palacios, Agustina – Bariffi, Francisco , coordinación, “Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos”, Ed. Ediar, 2012, Pág. 532).-----

--- El nuevo Código Civil y Comercial en el art. 35 siguiendo a la Convención dispone que el juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél.-----

---- Ello así, debió el juez de grado mantener entrevista personal con la Srta. M. a fin de hacerle saber del estado del proceso iniciado y de sus derechos en los términos de los arts. 31, inc. e) y 36 del CCyC. En consecuencia, en orden al primer agravio, se adelanta, asiste razón a la recurrente.-----

-

--- La decisión adoptada por el juez a quo por la que dispone la remisión de las actuaciones a la Oficina de la Defensa Civil para que le designe un letrado que la asista, provoca un gravamen irreparable a la misma, toda vez que fue adoptada sin

consideración de su autonomía personal.-----

--- En efecto, la doctrina refiere que la inmediatez no se agota con el conocimiento formal de la persona, sino que debe ser una constante en el proceso de determinación de restricción a la capacidad. Esto está demarcado en el Código, a través de dos instancias diferentes. El artículo 35 por un lado se refiere a la inmediatez, que debe imperar durante todo el proceso. El conocimiento directo no sólo permite al juez la comprensión de la situación de la persona y de sus habilidades y necesidades, sino que también permite, que la persona pueda ser oída, desde una escucha directa, con apoyos pero sin intermediarios. Este requisito se encuentra diferenciado de la entrevista que debe tener el juez antes de dictar resolución; esa es otra exigencia que se suma, pero que no agota en sí misma el requisito anterior. Es una relación de género (inmediatez) a especie (entrevista previa) (Lorenzetti, Ricardo Luis, "Código Civil y Comercial de la Nación...", Ed. Rubinzal Culzoni, Tomo I, págs. 165/1669.----- Siendo la decisión apelada contraria a la normativa vigente, es prematura pues no se informó a la Srta. Mera de su derecho a comparecer con asistencia letrada, proporcionándole un letrado el Estado en el caso de carecer de medios. En consecuencia corresponde dejarla sin efecto, a la vez que corresponde adecuar el proceso a las previsiones de los arts. 31, inc. e), 35 y 36 CCyC, conforme fuera

requerido por la Asesoría de Familia (ver fs. 119vta.).-----

- --- La Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, propia de los tratados internacionales de la materia, sumado al principio pro homine, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales ("Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación", T. 330, P. 1989)(esta Sala SIF 057/11).-----

---- A mayor abundamiento, según el texto de los artículos arts. 31, inc. e), 35 y 36 CCyC, el acta labrada por el Dr. N. en su entrevista con la Srta. M. (ver fs. 122) es insuficiente para tener por acreditado el cumplimiento de lo estatuido en dichas normas legales, pues no se ajusta al principio de inmediatez que emana del art. 35 citado, ni facilita a la Srta. Mera el acceso a la jurisdicción y el ejercicio de su autonomía personal en igualdad de tratamiento con el resto de las personas.-----

4.- En orden a los agravios que dice el Dr. N. le provoca la continuación en el ejercicio del cargo de curador provisorio según fuera regulado en el nuevo Código Civil y Comercial, conforme se expresó, se presume la capacidad de las personas, previendo la existencia de los apoyos necesarios que colaboren y faciliten a la persona el ejercicio de su autonomía personal, especificando las funciones con los ajustes razonables requeridos según sean

sus circunstancias y necesidades (args. arts. 32 y 34 ).----- En este marco legal el instituto del curador provisorio que cumplía funciones de representación de la persona presuntamente incapaz (art. 634, inc. 1ro. CPCC) ha sido modificado limitándose a los actos que determine el juez según sean las circunstancias.-----

-----  
 --- A su vez, las funciones que la Ley de la Defensa Pública otorga a los defensores civiles en su art. 20 devienen, en principio, incompatibles con la función que otorga el nuevo código al curador provisorio. Es que los defensores públicos tienen a su cargo ejercer la defensa y representación en juicio como actor o demandado de quien invoca y justifica carencia de recursos para afrontar los gastos del proceso, alguna otra situación de vulnerabilidad o se encuentra ausente en ocasión de requerirse la defensa de sus derechos.-----

--- Por otra parte, la figura del curador provisorio prevista en el art. 34 del CCyC, es de asistencia de la persona para actos determinados, como la protección de derechos patrimoniales a través de la representación en determinados actos de administración y/o incluso de disposición cuando fueran imprescindibles, porque se otorga prevalencia a las decisiones autónomas de la persona, aunque sea acompañada de apoyos por sobre la sustitución de su voluntad a través de un representante que constituye la excepción.-----

-  
 --- De allí que recaerá esta designación en la persona que el juez estime más idónea considerando su aptitud, habilidad y competencia según la situación particular de cada persona y las necesidades a cubrir. -----

--- Es decir, el curador provisorio entendido como el abogado de la matrícula (art. 634 CPCC) que tiene a su cargo la representación y defensa del denunciado como presunto insano durante la sustanciación del proceso, y que a diferencia del abogado no responde a instrucciones de su cliente, sino que se desempeña como funcionario independiente que actúa conforme su propio criterio, según sostiene calificada doctrina (Cifuentes, Rivas Molina, Tiscornia, "Juicio de Insania", 2da. Ed. 1997, págs. 346 y 347, cit. por Areán, en "Highton, Elena I. – Beatriz, A. Areán, dirección, "Cód. Proc...", Ed. Hammurabi, Tomo 12, 2009, pág. 204) ha desaparecido en el nuevo Código Civil y Comercial. Sin embargo, se ha previsto que de ser necesario, excepcionalmente, el causante cuente con un curador para determinados actos (arg. art. 34 CCyC), verbigracia, cuando se deba adoptar una medida cautelar necesaria de carácter impostergable para preservar su patrimonio y resguardar su persona, tal el caso de promover una acción de alimentos a favor del presunto incapaz, si dicho reclamo no admite postergaciones y media desinterés familiar al respecto.-----

- --- En tal contexto, asiste razón al Dr. N. respecto al cese de su intervención en el carácter de curador provisorio, no así en la transformación de su función la que solicita sea en el carácter de Defensor Oficial de la Srta. M. por los fundamentos ya expuestos.

La solución que se propone deriva de una aplicación integrativa de las normas locales aplicables al caso, de tal modo que armonicen con el ordenamiento sustancial y especialmente con los principios y garantías reconocidos en la Constitución Provincial y Nacional y las Convenciones internacionales de jerarquía constitucional aplicables al caso.-----

--- 5.- Atendiendo a las conclusiones a las que se arriba, no procede la declaración de nulidad de la resolución ni aún la nulidad relativa toda vez que, cabe aclarar que se desprende del artículo 255 del rito que la nulidad que autoriza el recurso homónimo, subsumido en el de apelación, es la que se asienta en defectos de la resolución cualquiera sea su especie. Porque los vicios anteriores, es decir, los del procedimiento en la instancia de origen, han debido ser atacados por conducto del incidente de nulidad (arts. 169 y sigtes.). Si el objeto del recurso de nulidad es -como se dijo- exclusivamente la reparación de defectos de la sentencia, resulta totalmente ajena a ese carril la enmienda de eventuales vicios de trámite -que debieron denunciarse en todo caso en la primera instancia, dentro de los cinco días de conocidos, y subsanados allí si correspondía-. Circunscriptos, entonces, los motivos del recurso de nulidad a la infracción en la sentencia “en sí misma” de las formalidades y solemnidades estatuidas por ley (Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales ...”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1988, T. III, págs. 237/238).-----

--- El fin inmediato del recurso nulificadorio es denunciar los vicios extrínsecos de la resolución, no los intrínsecos. Teleológicamente apunta a los aspectos formales de ella, no a la justicia de su contenido, pues esto último es objeto del recurso de apelación. Queda delimitado así el ámbito de este remedio procesal, en principio, a las impugnaciones dirigidas contra los defectos de lugar, tiempo y forma que pudieren afectar a una resolución judicial en sí misma. ...El recurso de nulidad es un remedio excepcional. Síguese por ello que su concesión es de carácter restringido, y las condiciones de admisibilidad deben examinarse con criterio riguroso. Sentado ello, ha señalado esta Alzada en numerosos pronunciamientos que el recurso de nulidad comprende los vicios u omisiones que contenga la resolución, mientras que el incidente de nulidad constituye el medio idóneo para denunciar las irregularidades procedimentales que precedieron a la sentencia (Cfr: CN. Civ., Sala A, 11/12/80, LL, 1981-D-599, 36.017-S; íd., Sala D, 13/12/79, LL, 1980-B-290; íd., Sala E, 31/3/78, ED, 78-289; entre otros, (Maurino, Alberto Luis, “Nulidades procesales”, Astrea, 1982, par. 148, 151 y 152, págs. 177, 182/183, respectivamente)(esta Sala SDC 03/12, SIC 55/14).-----

--- 6.- La inconstitucionalidad de la regla procesal de designación de curador provisorio y la urgente modificación del código procesal civil y comercial a las que alude el Dr. Nassif en la expresión de agravios, son cuestiones que no fueron propuestas en la instancia anterior de tal modo que se haya impedida esta Alzada de emitir

pronunciamiento al respecto so pena de violar el principio de congruencia, conforme el art. 280 CPCC.-----

--- Al respecto cabe atenerse a lo dispuesto por los arts. 274 y 280 del CPCC, en virtud de los cuales la Cámara no puede conocer sino de las cuestiones planteadas previamente a la primera instancia, a consecuencia de obrar como controladora de las decisiones del juez recurrido (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 1, pág. 951).--

- --- Es que el tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia (art. 277, párr. 1º -280 del CPCChubut-), quedando vedado a la Alzada tratar argumentos no propuestos en los escritos introductorios de la demanda, contestación, o reconvencción en su caso (conf. CSJN, 12/2/87, JA, 1988-I-246; SCBA, 5/5/77, DJBA, 113-41 C. N. Civ., Sala A, 14/6/80, ED, 87-178; íd., Sala E, 20/11/81, LL,1982-A-550; íd., Sala F, 1/12/81, LL, 1982-B-198; entre muchos otros), precisamente como destaca Chiovenda, porque a la demanda nueva propuesta en apelación le faltaría el primer grado de jurisdicción (conf. Fenochietto-Arazi, op. cit. ídem, pág. 958) (SDC 017/14, SIC 054/14, SIC 32/15, entre otras numerosas).-----

Especialmente respecto de la segunda cuestión planteada, cabe apuntar, que excede las facultades y atribuciones otorgadas por la Constitución Provincial a la jurisdicción.-----

--

--- 7.- En conclusión por los fundamentos expuestos corresponde revocar el decisorio de fs. 125, debiendo el juez de grado adecuar el proceso a lo establecido en los arts. 31, inc. e), 35 y 36 del CCyC; y dejar sin efecto la designación del Dr. R. E. N. como curador provisorio de la Srta. J. E. M.----- Sin imponer costas y sin regular honorarios en atención a la naturaleza de la cuestión planteada.-----

--- En su mérito la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE:** -----

--- I.- Revocar el decisorio de fs. 125, debiendo el juez de grado adecuar el proceso a lo establecido en los arts. 31, inc. e), 35 y 36 del CCyC.-----

--- II.- Dejar sin efecto la designación del Dr. R. E. N. como curador provisorio de la Srta. J. E. M.----- III.- Sin imponer costas y sin regular honorarios atento la naturaleza de la cuestión planteada.-----

-

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.-----

-



**RAUL ADRIAN VERGARA**  
JUEZ DE CAMARA

**ALDO LUIS DE CUNTO**  
PRESIDENTE

**SERGIO RUBEN LUCERO**  
JUEZ DE CAMARA

**--- REGISTRADA BAJO EL N°**

**/2015. SIF.- CONSTE.-**

**VILMA NOEMÍ BIRRI**  
SECRETARIA