-----Trelew, de marzo de 2017.----------

-----**Y VISTOS**: Estos autos caratulados: “Asesoría de Familia e Incapaces s/ Determinación de la Capacidad P. A., R. N.” (Expte. Nro. 562 – Año 2016 CAT), venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia de la ciudad de Rawson, (Expte. Nro. 874 – Año 2015) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto a fs. 66 por la Asesora de Familia contra la resolución de fs. 61/63 y

concedido a fs. 67. ----------

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

-----I) Que la Sra. juez de primera instancia resolvió a fs. 61/63 declarar la incapacidad de R. N. P. A., (DNI Nro. XX.XXX.XXX), en los términos previstos en el art. 32 último párrafo del C.C.yC. y le designa curador a su padre Sr. R. N.

P., (DNI Nro. XX.XXX.XXX).----------

-Para así decidir tuvo en cuenta los dictámenes de fs. 40/41, el análisis de los informes presentados por los profesionales y la entrevista que mantuvo con el Sr. R. N. P. Señala que el art. 35 del C.C.yC. que impone al juez el deber de entrevistar personalmente al interesado, tiene por fin garantizar a la persona su derecho a participar del proceso, a ser oído, a peticionar. Da cuenta que con el contacto directo con la persona, el juez toma conocimiento de sus necesidades y habilidades, y esto ayudará a determinar el sistema de apoyos necesarios. Agrega que frente a un caso que encuadra en el último párrafo del art. 32 cuando la persona se encuentra absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador. Explica que se debe analizar el último párrafo del art. 32 con lo dispuesto en el art. 35 pues R. se encuentra sin conexión con el medio y sin respuesta a estímulos verbales ni físicos, que no tiene posibilidades de interaccionar con su entorno ni de expresar su voluntad, no puede desarrollar ninguna habilidad y que si bien ello por sí mismo no determina que el juez no deba tener contacto con él, debe evaluarse en cada caso la conveniencia del encuentro, sin efectuar generalizaciones. Expresó que en la audiencia que mantuvo con el padre de R. , en la que participaron el abogado que se designó a R. , la Asesoría y las profesionales del ETI, se analizó el impacto que tendría en R. , la presencia de al menos cuatro personas a su alrededor a lo que el progenitor le manifestó que podría ponerse tenso, temblar al advertir presencia extraña, pero no más que eso. Señaló que las profesionales del ETI le expresaron que nada le aportaría el contacto con R. , entendió que en este caso, no resultaba conveniente constituirse en el

domicilio de R. y que los derechos de R. se encuentran respetados desde que el proceso fue iniciado por la Asesoría de Familia, representante de R. , que se le ha designado un abogado y que si bien no ha podido actuar en nombre R. ya que éste no tiene posibilidad de ejercer su derecho a peticionar, ha podido controlar la legalidad del proceso.----------
----------Que la Asesora de Familia se agravia de la sentencia dictada con fecha 23/09/16 por cuanto entiende que en los presentes autos en los que se cuestiona la capacidad de una persona se ha dictado sentencia declarando incapaz a R. en los términos previstos en el art. 32 último párrafo del C.C.yC. sin siquiera conocerlo, y que por ello se torna arbitraria, pues se ha tomado sin suficiente fundamentación. Da cuenta que se está decidiendo discrecionalmente sin tomar contacto debido a que podría ponerse nervioso ante la presencia de extraños. Agrega que aún como en el caso de autos cuando su representado no se comunica con el entorno, el deber del juez de conocerlo resulta de ineludible cumplimiento, bajo sanción de nulidad absoluta. Citan un precedente de esta Sala. Transcribe el art. 35 del C.C.yC. e indica que es una derivación del principio procesal de inmediación y que de ello se desprende que la entrevista personal no es una mera facultad del juez sino un deber indelegable que debe asegurarlo en cada proceso. Señala que no hay un informe de profesionales que den cuenta de la inconveniencia de la entrevista, más allá de que en la audiencia de fs. 58 los profesionales del Equipo Técnico Interdisciplinario esbozaron que nada sumaría el contacto personal a la situación de R. . Solicita que en ese marco se dicte nueva sentencia dando estricto cumplimiento a la manda del art. 35 del C.C.yC. ----------
----------II) Que a fs. 60 la jueza de grado dispone pasar los autos para dictar sentencia pese haber sido solicitada la audiencia de contacto personal por la Asesora de familia a fs.
59. ----------
----El artículo 35 del C.C.yC. dispone que el juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. Además establece que el Ministerio Público, y al menos, un letrado que preste asistencia al interesado deben estar presentes en las audiencias.

-----En efecto, el juez debe contar con los elementos necesarios que a través de las pruebas aporten las partes al proceso, consistente en los dictámenes e informes producidos por los facultativos y demás pruebas; y con cualquier herramienta que le

permita aportar luz para la valoración y determinación de la capacidad de la persona para en su caso diseñar un sistema de apoyo a su medida.----------Es decir, el art. 35 C.C.yC. establece obligaciones para el juez a fin de que se cumplan una serie de medidas y condiciones que garanticen el debido proceso y que, dada la especificidad contextual de la persona sujeta al mismo, pueden considerarse como parte del contenido esencial del derecho de acceso a la justicia (Cfr.: Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, Acordada Nro. 05/2009, Expte. 821/2009, adoptadas en el seno de la XIV Cumbre Iberoamericana realizada en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008, cit. por Lorenzetti, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed.
Rubinzal Culzoni, Tomo I, 2014, pág. 164). ----------
----Debe entenderse el derecho de acceso a la justicia como un derecho humano fundamental, cuyo contenido esencial engloba el acceso efectivo de las personas, “a los sistemas, procedimientos, información y lugares utilizados por la administración de justicia (Ortolovea, S., Inaccesible Justice: Human Rights, Persons with desabilities and the legal system, en ILSA Journal of International & Comparative Law, vol. 17:2), vinculándolo con el principio de no discriminación (CIDH, 31-8-2012, caso “Furlán y Familiares vs. Argentina”, Excepciones Preliminares, Fondo reparaciones y Costas, párr. 121, al que refiere el mismo autor, en la obra y página citados). ----------En tal contexto, de la letra del citado artículo se avizora que es un deber del magistrado permitir el acceso a la justicia, que en el caso se trasunta en cumplir con el deber de inmediatez que es principio rector en la materia, de allí es que no debe entenderse como una facultad o potestad de la jurisdicción. ----------En efecto, resulta imposible determinar el sistema de apoyo necesario para una persona que no goza de todas sus capacidades sin un conocimiento personal de la misma, en tanto el art. 32, segundo párrafo del C.C.yC. establece que si corresponde designar un sistema de apoyo para determinados actos -en función de las necesidades de las personas-, se está previendo no sólo la adopción de ajustes razonables en el proceso de designación de apoyo, sino también en la forma de ejercitar sus funciones
(art. 43 mismo código).----------
----La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su art. 9 establece la obligación de adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, y en el mismo sentido lo

establecen las reglas de Brasilia en su apartado 8. ----------
----“Asegurar el acceso” debe interpretarse de un modo integral que no solo garantice el acceso a un procedimiento judicial sino comprensivo de todos los ámbitos, tales como la movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación de la persona con discapacidad.----------
----El incumplimiento de esta manda, lleva a declarar la nulidad del resolutorio dictado el 23/09/16 y que luce a fs. 61/63, encontrándose vigente el Código Civil y Comercial.------
-Cabe recordar que la calidad de parte de la persona sujeta a interdicción no era reconocida en el Código Civil derogado. No obstante, había sido incorporado tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, fundado en la inviolabilidad del derecho a la defensa en juicio y pronunciándose a favor de la amplitud de sus facultades procesales como de ordinario fue resuelto por esta Sala. Era, un aspecto procesal que debía entenderse sustancialmente modificado en función del impacto de la C.D.P.D. Desde el momento en que esta Convención entiende a la discriminación a cualquier persona por razón de su discapacidad como una vulneración de la dignidad y valor inherentes del ser humano, afirmar la exclusión de una persona de las garantías centrales al debido proceso -como la de tomar contacto personal con el magistrado que entiende en el proceso de interdicción-, importa clara discriminación. Recordamos que a partir de la C.D.P.D. los Estados firmantes se han comprometido a “Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad” (art. 4, inc. b) C.D.P.D.). ----------
----Téngase en cuenta que las incapacidades son limitaciones legales y excepcionales de interpretación restrictiva, pues la regla es la capacidad, norma que se impone, es imperativa y configura una regulación de orden público, de modo tal que deben declararse una vez satisfechas todas las garantías del debido proceso establecidas por las normas de forma y de fondo. ----------
----Ello así, porque se configura en el supuesto una nulidad absoluta en atención a la naturaleza del interés protegido por una norma legal, cuya violación aparece manifiesta, correspondiendo su declaración de oficio por los jueces, tal la falta de observancia del debido proceso, que vulnera la garantía constitucional prevista en los arts. 18 de la Constitución Nacional y 44 de la Constitución Provincial según el cual nadie puede ser privado de un derecho sino por una sentencia fundada, dictada por un juez competente con resguardo de las reglas del debido proceso, en concordancia con el art. 22 de la

misma en cuanto establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que reconoce, se interpretan de conformidad con la declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y los acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por la Nación Argentina, siendo responsable el magistrado que ordene o consienta la violación de los derechos humanos u omita tomar las medidas y recaudos tendientes a su preservación. ----------Es que, las nulidades absolutas son aquellas que tienen por causa el interés público. La ley reduce en este caso lo hecho a un mero acto material sin ningún resultado en el derecho, que no puede ser ni confirmado, ni autorizado, y que no produce ninguna acción ni excepción (Conf. Vélez Sársfield, Dalmacio “Escritos jurídicos” en “Textos y documentos” pág. 87, cit. por Eduardo A. Zannoni, “Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos” pág. 153, Ed. Astrea).----------Por ello, corresponde declarar la nulidad de la Sentencia Definitiva Nro. 082/2016 que luce a fs. 61/63, dictada el 23 de septiembre de 2016, encomendando a la instancia anterior el trámite del proceso de conformidad con los dispuesto en los artículos pertinentes del Libro Primero, Título 1, Capítulo 2, Sección 3°, parágrafos 1, 2 y 4 del Código Civil y Comercial. ----------Ello es así, en concordancia con el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto dispone que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley...para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que en su art. XVII, dispone que “toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derecho y obligaciones, y a gozar de los derechos fundamentales”, ambos con jerarquía constitucional. Que el presunto incapaz se vea impedido de comunicarse a través del lenguaje no es un impedimento para que el magistrado tome conocimiento personal del mismo, pues resulta imperativo que el juzgador adquiera un conocimiento preciso de las circunstancias del presunto incapaz, resultando imprescindible tomar contacto directo de la persona para así comprender su situación, sus habilidades y necesidades a fin de determinar el sistema de apoyo necesario para el mismo y cómo se ejecutará. ----------Para concluir, se configura en el supuesto una nulidad absoluta en atención a la naturaleza del interés protegido por una norma legal, cuya violación aparece manifiesta, correspondiendo su declaración de oficio por los jueces.----------

----III) La presente se resuelve sin imponer costas en la alzada ni regular honorarios atento la naturaleza de la cuestión y la forma en la que se soluciona (conf. arts. 69 segundo párrafo y 70 del C.P.C.C.).----------

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

----I) HACER LUGAR al recurso interpuesto por la Asesoría de Familia y declarar la nulidad de la Sentencia Definitiva Nro. 082/2016 que luce a fs. 61/63, dictada el 23 de septiembre de 2016, encomendando a la instancia anterior el trámite del proceso de conformidad con lo señalado en el considerando respectivo.----------

----II) Sin imponer costas en la alzada ni regular honorarios atento la naturaleza de la cuestión y la forma en la que se resuelve (conf. arts. 69 segundo párrafo y 70 del C.P.C.C.).----------

----III) La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haber coincidencia de opinión y por hallarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Raúl Adrián Vergara (arts. 7 y 8 de la ley V Nro. 17). REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE. --------

-----IV) REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE y DEVUÉLVASE. ----------

ALDO LUIS DE CUNTO
PRESIDENTE

SERGIO RUBEN LUCERO
JUEZ DE CÁMARA

-----REGISTRADA BAJO EL NRO. _____ DEL AÑO 2017 – SIF – CONSTE.----------

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE REFUERZO
CÁMARA DE APELACIONES