000245/2017

Comodoro Rivadavia, de agosto de 2017.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"A. A. A. s/ DETERMINACION DE LA CAPACIDAD", Expte. N° 245/2017,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia N° 2 (Expte. N° 394/2014).

I.- Llega a esta Cámara de Apelaciones la presente causa por haber sido decretada en la instancia de origen la restricción de la capacidad de A. A. A. para determinados actos. Concretamente para: realizar por sí misma actos de administración, disposición y garantía de bienes registrables, también para aceptar herencias y donaciones, dar fianza y otorgar testamento, celebrar contratos a título oneroso que "importen el manejo de grandes sumas de dinero" (sic). Asimismo, se restringió su capacidad para realizar actos que impliquen el cambio de estado civil, reconocer hijos y obligaciones alimentarias, ocupar cargos electivos públicos y privados, intervenir en juicio y votar, para dar su consentimiento informado para el suministro de medicación o tratamientos médicos, psiquiátricos y psicológicos y administrar su medicación, realizar actividad laboral, cobrar o administrar un salario o beneficio previsional, manejar dinero y trasladarse sola por la vía pública y en el transporte público; manteniendo su capacidad para realizar todos los demás actos no alcanzados por la restricción enunciada en el punto 1) de la sentencia definitiva n° 44/2017 de fs.246/250vta., por el término de tres años.

Las partes fueron notificadas (fs.

252).

A fs. 254, se ordena la elevación de la causa quedando radicado el expediente en este Tribunal el 5 de junio de 2017.

A fs. 257/257va., la Sra. Asesora de Familia contesta la vista conferida. Realiza una breve referencia a las constancias del expediente y sostiene que la restricción establecida es contraria al reconocimiento de la capacidad jurídica que efectúa el art. 31 inc. a) del CCyCom y el art. 12 de la CDPD. e invoca la aplicación de esta normativa.

Aboga por el respeto del derecho de A. A. A. a la capacidad personal del ejercicio de sus derechos por sí misma.

En ese marco normativo considera adecuada la designación de administrador y/o figura de apoyo no sustitutiva de la tía materna, S. M. C. N., respetando la voluntad, las decisiones y preferencias de la persona con padecimiento mental.

Asimismo, solicita se establezcan las salvaguardias que enuncia.

II.- Del expediente surge que atento lo ordenado por esta Cámara a fs. 200/202 –SI n° 22/2016-, se dio nueva intervención al Cuerpo Médico Forense y al Equipo Técnico Interdisciplinario, que emitieron dictamen a fs.231/232.

Del informe interdisciplinario colectado resulta: que A. A. A., tiene síndrome de Down, padecimiento de origen genético, no lee ni escribe, su lenguaje verbal es escaso, no se orienta en tiempo y espacio. Cursó estudios en escuelas especiales mientras vivió en la ciudad de Buenos Aires

junto con su madre, y en esta ciudad, asistió a la escuela especial n° XXX.

Actualmente vive con sus tíos y su prima, se ocupa de su aseo personal y realiza tareas sencillas de la organización dentro del hogar, no realiza ninguna actividad fuera del entorno familiar aunque antes concurría a natación, recibía educación física y realizaba caminatas. Tiene obra social y cobra una pensión graciable.

La jueza, en audiencia tomó contacto personal con la causante (fs. 239). En dicho acto, A. se mostró introvertida, con lenguaje escaso y poco claro. Dijo que vive con su tía, que viajan en colectivo y que toma remedios, no recuerda el nombre de los medicamentos ni su frecuencia, nada manifestó con relación al manejo del dinero, relató que ve televisión.

III.- El Código Civil y Comercial de la Nación establece como principio que la capacidad general de ejercicio de la persona se presume, aún cuando esté internada e implementa la figura de apoyo que facilite a la persona la toma de decisiones respecto a su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general (arts. 41 y 43 Código Civil y Comercial de la Nación). La restricción es excepcional y procede solo cuando sea en su beneficio (art. 31 inc b texto citado).

El cambio de paradigma apunta a permitir a la persona con enfermedad mental a avanzar en sus capacidades remanentes, sosteniendo como regla general el otorgamiento de actos personalísimos, un sistema de apoyo en vez de representación, favorecer la inclusión social y no imponer barreras paternalistas

que, en vez de proteger, las aíslan del sistema jurídico.

El contenido y alcance de las restricciones decretadas demuestran el apartamiento del principio de excepcionalidad que el nuevo ordenamiento consagra en consonancia con las disposiciones de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad -Ley 25280- y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -Ley 26378- y la Ley 26657 (Ley de Salud Mental) que constituyeron el piso previo y condicionante de la reforma (Fernández, Silvia E., comentario art. 31, en "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado"; Tomo 1; Directores Gustavo Caramelo -Sebastián Picasso- Marisa Herrera; Infojus; 1° ed., Bs.As. 2015; p.79).

La jueza de grado si bien invoca la legislación vigente, decide en forma contraria a su letra y espíritu. Es que soslaya el cambio de paradigma en el abordaje de la salud mental con motivo de las normas citadas; y continua desconociendo la jurisprudencia de este Tribunal en la materia (S.I. N°133/16, 63/2016, 50/17, 78/2017, entre otras).

La normativa impone un modelo orientado fundamentalmente a valorar la dignidad de quienes padecen algún trastorno mental, cuidando de respetar sus derechos humanos básicos a la igualdad de de derechos y de trato, de acceso a los sistemas de salud, a la justicia, etcétera y que se hallan recogidos en los Tratados de Derechos Humanos receptados en el inc. 22 del art. 75, de la Constitución Nacional.

Corresponde entonces, analizar las restricciones dictadas.

1) Derechos políticos.

El art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de todo ciudadano a participar en la dirección de los asuntos públicos, el derecho a votar y a ser elegido, y el derecho a tener acceso a la función pública. La lista de derechos políticos que figura en esa disposición se basa en el art. 21 de la Declaración de Universal de Derechos Humanos.

Por su parte, la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la Asamblea General, ratificada por nuestro país por ley 26378, establece en su art. 29 que los Estados partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones que los demás y se comprometerán a asegurar a las personas con discapacidad que puedan participar plena y efectivamente de la vida política y pública en igualdad de condiciones que los demás, directamente o a través de sus representantes elegidos, incluidos los derechos a votar y ser elegidos.

Asimismo, determina la protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referendum públicos sin intimidación y a presentarse efectivamente como candidatos, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías de apoyo cuando proceda. Establece la garantía de la libre expresión de voluntad de las personas con discapacidad como electores

y a este fin, cuando sea necesario y a petición de esta, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar.

La disposición comprende un concepto amplio de la participación en la vida política y pública. Hace referencia al derecho a votar y a ser elegido. Este derecho reviste una importancia crucial para garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, y su participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad. Cuando lo ejercen, las personas con discapacidad hacen valer su autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y su derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Como sucede con el art. 25 del Pacto,en el art. 29 de la Convención no se explica en qué consiste una participación plena y efectiva en la "vida política y pública" ni "en la dirección de los asuntos públicos". Sin embargo, el sentido corriente del art.29 no deja dudas sobre el derecho de las personas con discapacidad a participar en todos los aspectos de la vida política y pública de su país. Dicha participación no es solo un objetivo en sí misma, sino también un requisito para el disfrute efectivo de los demás derechos. Al participar en la reforma de las leyes y políticas que les afectan, las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan pueden lograr cambios en la sociedad y mejorar la legislación y las políticas en cuanto a la salud, la rehabilitación, la educación, el empleo, el acceso a bienes y servicios, y cualquier otro aspecto de la vida.

Esta normativa incorpora los Principios

de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y Área el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental adoptados por la Asamblea General resolución 46/119 (art.2) que, pregonan la no discriminación por razones de salud mental y reconocen que las personas que padezcan una enfermedad mental tendrán derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos y sociales y culturales reconocidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos pertinentes.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado la cuestión que nos ocupa en el caso *Kiss v. Hungary*. El solicitante era una persona con problemas de salud mental, diagnosticado con depresión maníaca y puesto bajo tutela parcial. Por tal razón era excluido del registro electoral de conformidad con la Constitución húngara, que contiene una prohibición absoluta de votación para las personas bajo tutela.

La presentación se basó en el artículo 3 del primer Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a elecciones libres) y la queja se sustentó en que la marginación constituía una privación injustificada de su derecho a votar. Alegó que no se podía aceptar una prohibición absoluta de los derechos de voto aplicada a cualquier persona bajo tutela parcial, independientemente de sus facultades reales. Se afirmó que la Estado tiene que proporcionar razones de peso cuando se aplica una restricción de los derechos fundamentales a un grupo particularmente vulnerable de

la sociedad, como las personas con discapacidad psicosocial.

El Tribunal llegó a la conclusión de que la imposición de una restricción automática y generalizada del derecho a voto en las personas bajo tutela parcial asciende a una violación del artículo 3 del primer Protocolo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en reciente pronunciamiento, ha destacado la importancia del derecho al sufragio y la adopción del modelo social que obliga al Estado en avanzar gradualmente en la superación de las barreras sociales, culturales y jurídicas que impiden la plena participación de las personas con discapacidad mental en el proceso electoral. Bajo estas premisas, establece que les corresponde a los jueces realizar un examen estricto de las circunstancias que podrían fundar excepcionalmente una restricción en el ejercicio autónomo de sus derechos políticos. (CSJN Fallos 325:524 “Mignone”; ver dictamen Procurador General Dr. Víctor Abramovich en re: “F.H.O s/ artículo 152 ter Código Civil” 6 de abril de 2016. CIV 83563/1997/CS1).

Asimismo, cabe agregar que el código electoral nacional tampoco prevé restricción alguna al derecho de votar o ser votado de las personas con discapacidad.

La limitación impuesta por la magistrada sin fundamento alguno a su derecho a votar y ser votada y ejercer cargos electivos públicos y privados, conculca las normas convencionales y legales enunciadas y el art. 16 de la CN, por lo tanto, corresponde revocar la misma.

2) Derecho a trabajar.

El trabajo es un derecho humano básico (art. 14 bis y art. 75 inc.22; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos XIV y XXXVIII; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 23 incisos (1 a 4) y 24; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 6, 7, 10 y 12; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, artículo 22; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 7. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 11; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 32).

No se puede soslayar que en casos como el que nos ocupa, el trabajo es un mecanismo de inclusión, ya que facilita el desarrollo de las relaciones sociales, así como la participación en muchos otros aspectos que involucran el ejercicio de derechos de ciudadanía. De tal modo, la restricción dispuesta debe ser removida ya que no se puede convalidar la imposición de barreras paternalistas para el ejercicio de derechos básicos ya que potenciarían el aislamiento obstaculizando el proceso de inserción social y desarrollo personal necesario para A..

Surge de los informes de fs.25/29 y de fs. 162/162vta, que A. ayuda a su tía a cocinar, prepara su propio desayuno, y tiene conocimientos culinarios, actividad de su agrado que debe ser incentivada y promovida con la concurrencia a talleres de cocina, dado

que le reportarían una eventual salida laboral colaborando de este modo a su autonomía personal.

Repárese que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, expresamente reconoce el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás, estableciendo que los Estados partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación y especificando algunas de ellas.

El Estado nacional, ha cumplido esa manda. En efecto, la Ley N° 25689, ha establecido que los organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las concesionarias de servicios públicos tienen la obligación de ocupar personas con discapacidad en una proporción no inferior al 4% del total de su personal.

Por lo demás, existen importantes beneficios fiscales que el Estado otorga a los empleadores en el marco de una política que promueve el trabajo de las personas con discapacidad. A modo de ejemplo citamos las previsiones de la Ley 22431, art. 23 modificado por Ley 23.021 que contempla una deducción especial en el impuesto a las ganancias, equivalente al setenta por ciento (70%) de las retribuciones correspondientes al personal discapacitado en cada período fiscal. Incluso en su artículo 8 bis, incorporado por Ley 25689 prevé que el Estado Nacional, organismos descentralizados o autárquicos, entes públicos no estatales, empresas del Estado y empresas

privadas concesionarias de servicios públicos, priorizarán, a igual costo y en la forma que establezca la reglamentación, las compras de insumos y provisiones de aquellas empresas que contraten a personas discapacitadas.

También, la Ley 24013 ha previsto un 50% de descuento en contribuciones patronales para los supuestos de contratación por tiempo indeterminado por el período de un año (art. 87); el otorgamiento de créditos especiales para suprimir barreras arquitectónicas cuando los empleadores contraten un cuatro por ciento (4%) o más de su personal con trabajadores discapacitados (art. 88); la obligación de las obras sociales de incorporar trabajadores discapacitados, ya que los mismos tienen derecho a la Prestación Médica Obligatoria (PMO) (art.89) y que las Aseguradoras de Riesgo de Trabajo (A.R.T.) no pueden cobrar un importe mayor por incorporar trabajadores discapacitados (art.89).

Las disposiciones legales engarzan dentro del marco de obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado argentino a la que se ha hecho referencia y a otras impuestas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En efecto, en el Convenio número 159 de la OIT se considera la discapacidad como una situación de desventaja laboral que puede y debería ser corregida mediante un conjunto de medidas de política, reglamentaciones, programas y servicios. En sus Recomendaciones 99 y 168, se esbozan medidas específicas que podrían introducirse a nivel nacional para fomentar las oportunidades de empleo para los discapacitados y se pide que esas medidas se ajusten

a las normas en materia de empleo y de sueldo aplicables a los trabajadores en general.

En definitiva, las medidas específicas adoptadas por el Estado nacional corroboran la importancia del trabajo en el desarrollo humano de las personas con discapacidad y demuestran que la restricción dispuesta mediante la sentencia en revisión, sin establecer en que se beneficia a la causante, carece de motivación y se aparta ostensiblemente de los principios de proporcionalidad, adecuación y menor restricción, que presiden la materia; sobretodo porque soslaya los conocimientos adquiridos por A. en materia culinaria y su interés en aprender dicha actividad.

Por lo tanto debe ser revocada, debiéndose implementar ajustes razonables y las medidas necesarias que garanticen el derecho de A. de asistir a talleres de cocina o actividades similares que promuevan y hagan posible su capacitación laboral e inserción en el mercado laboral, instando a la figura de apoyo designada para su cumplimiento.

3) Derecho a cambiar de estado civil, reconocer hijos y obligaciones alimentarias.

En relación con la restricción para realizar actos que signifiquen cambiar su estado civil, cabe señalar la absoluta falta de fundamento y motivación de la restricción. Ningún argumento se ha dado acerca del modo en que la decisión beneficia a la persona, extremo que por sí habilita su revocación máxime teniendo en cuenta la íntima vinculación entre esos actos y la plana vigencia de los derechos civiles reconocidos por los pactos internacionales y las disposiciones del Código Civil y Comercial.

La existencia de un padecimiento mental no puede llevar a presumir la incapacidad de la persona para este tipo de actos y, por lo tanto, la aplicación automática y amplia de la norma.

En orden a la celebración del matrimonio, la ley civil regula la falta de discernimiento como impedimento matrimonial (art. 403 CCC) pero a su vez prevé que puede ser susceptible de dispensa judicial (art. 405 CCyC), ergo, no corresponde presumir anticipadamente la falta de discernimiento de la persona de modo tal que conlleve la aplicación automática y general de la norma.

Lo mismo sucede con la restricción para reconocer su descendencia biológica, la falta de fundamentación del beneficio para la interesada y la aplicación genérica de la medida habilita su revocación.

Por todo lo expuesto, se revocan las restricciones de los derechos civiles enunciados en este punto.

4) Actos de naturaleza patrimonial. Con relación a estos actos, tomando en consideración las pautas enunciadas y las constancias analizadas, se advierte la necesidad de restringir la capacidad de A. para los actos de disposición, administración y garantía de bienes registrables, aceptar donaciones y herencias, otorgar testamento, afianzar obligaciones e intervenir en juicio por sí misma, teniendo en cuenta que por su complejidad es preciso se informe en forma previa los alcances del acto y el acompañamiento de la figura de apoyo designada.

Ahora bien, con relación a la restricción de celebrar contratos a título oneroso por grandes sumas, esta fórmula abierta y general, no otorga ningún grado de certeza y deja abierta la aplicación de la restricción a la voluntad de los intérpretes.

Por ello, teniendo en cuenta que toda medida debe ser dictada en beneficio de la persona, y que esta finalidad que no se cumpliría de mantener la modalidad decretada por la jueza de grado, corresponde modificar la misma y mantener la restricción para celebrar contratos a título oneroso cuyo monto supere el 50 % de la pensión graciable que percibe e intervenir en juicio, dado que por su complejidad es preciso otorgar asesoramiento y brindar mayor información, manteniendo su capacidad para realizar todos los demás actos que no fueran expresamente enunciados, contando con la asistencia de la figura de apoyo designada.

Por todo lo expuesto, se resuelve confirmar parcialmente la sentencia venida en consulta y limitar la capacidad de A. A. A., DNI n° XX.XXX.XXX, para realizar actos de administración, disposición y garantía de bienes registrables, aceptar herencias o donaciones, testar, dar fianza, intervenir en juicio y celebrar contratos a titulo oneroso que superen el cincuenta por ciento (50%) de la pensión graciable que percibe, debiendo contar en estos casos con la asistencia de las figuras de apoyo que designadas.

Por ello, la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1.- Revocar el punto 1) de la parte dispositiva de la sentencia de fs.246/250vta.

2.- Restringir la capacidad de A. A. A., DNI n° XX.XXX.XXX, únicamente para realizar actos de administración, disposición y garantía de bienes registrables, aceptar herencias o donaciones, testar, dar fianza y celebrar contratos a titulo oneroso que superen el cincuenta por ciento (50%) de la pensión graciable que percibe, debiendo contar en estos casos con la asistencia de la figura de apoyo designada, conforme los considerandos pertinentes.

3.- Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se firma por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara, Dr. Julio Antonio Alexandre y concordar en la solución del caso (Ley 5 N° 17 del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut).

FERNANDO NAHUELANCA **SILVIA NOEMI ALONSO**
Juez de Cámara **Presidenta**

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2017
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS