-----Trelew, de agosto de 2019.----------

----**Y VISTOS**: Estos autos caratulados: "Asesoría de Familia s/ Determinación de la capacidad de N. G. S." (Expte. Nro. 266 – Año 2018 CAT), venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia de la ciudad de Rawson, (Expte. Nro. 532 – Año 2018) remitidos en consulta por el magistrado de grado en función de lo dispuesto por el art. 641 del C.P.C.C.----------

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

--I) Que, a fs. 67 el Sr. juez de primera instancia resolvió elevar la presenta causa en consulta a esta Cámara de Apelaciones en razón de que la Sentencia Definitiva Nro. 056/2019, dictada el 17/05/2019 (fs. 63/64), restringió parcialmente la capacidad jurídica de la Sra. **N. G. S.** (DNI: X), por el plazo de tres años.----------

---La decisión no ha sido recurrida por los hijos, designados como apoyo a fs. 28, ni por la Asesora de Familia.----------

----II) Los arts. 256 y 641 última parte del C.P.C.C. regulan la elevación en consulta como supuesto excepcional de competencia no recursiva de la Cámara de Apelaciones, por lo que debe valorarse que los nuevos principios incorporados por la ley de Salud Mental (Ley 26.657, arts. 1, 3, 7 y ccdtes.) y las directivas que emergen de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobada por Ley 26.378, justifican sobradamente garantizarle al causante que la decisión que ha restringido parcialmente su capacidad de hecho no dependa exclusivamente de una única evaluación jurisdiccional de un magistrado de primera instancia, mereciendo también un control oficioso de instancias superiores cuando la vía recursiva no es interpuesta por las partes interesadas, tal como ocurre en el caso. -

----La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por Ley 26.378) en su art. 12 inc. 4 dispone que "Los Estados partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas…". ----------

-----Asegurar, implica la obligación de los Estados Partes a realizar todo lo necesario para que garanticen al sujeto de derecho el acceso a las distintas fases de conocimiento, consideración y juzgamiento que envuelve un proceso judicial (Cfr. Cisternas, María Soledad; "Las obligaciones Internacionales para los Estados Partes en virtud del artículo 12 de la C.D.P.D, vínculos con el artículo 13 e impacto en el derecho

interno"; pub. en "Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos"; Palacios A., Bariffi F., coordinación; Edit. Ediar, Bs. As., 2012, pág. 253).----------

---No resulta ocioso recordar que en el nuevo paradigma se abandona el modelo de sustitución y tutela, por el que, en aras de una adecuada protección del incapaz y a fin de evitar los peligros de la vida en sociedad, se limitaba su capacidad jurídica sustituyendo su voluntad por la de un representante legal, quien disponía con independencia de la opinión de aquel a quien no había por qué consultar. Se reducía así al discapacitado a un rol de tal pasividad, que bien podríamos decir que más que sujeto, concluía siendo objeto. En la actualidad no sólo que la capacidad es la regla y las limitaciones lo excepcional, sino que debe reconocerse el derecho de las personas con enfermedad mental a participar en la adopción de decisiones básicas sobre sus propias vidas, resultando importante que su opinión sea ponderada aún en aquellos actos respecto de los que se les restringe la capacidad.----------

---Desde tal perspectiva, ya no basta entonces, el mero reconocimiento de sus derechos, sino fundamentalmente, la posibilidad de que los ejerza por sí mismo. Se remarca así que el reconocimiento de la capacidad jurídica de obrar es un derecho primordial en tanto concluye siendo el reconocimiento de la libertad en la elección de ejercer todos los demás derechos por voluntad propia. El nuevo ordenamiento se dirige a asegurar que el discapacitado pueda desarrollar en el máximo posible sus potencialidades como ser humano e inserción social plena, para lo cual aparece todo un sistema de apoyos y salvaguardas, así como control evolutivo de la situación poniendo incluso límite temporal a la decisión jurisdiccional que estará sujeta a revisión conforme los cambios fácticos que se vayan produciendo. ----------

-----El art. 37 del CCyC erige, como prueba necesaria, el dictamen del equipo técnico interdisciplinario y sin su realización no podrá arribarse luego al dictado de una sentencia válida. Asimismo el ordenamiento –ver art. 40 del código citado- le impone al juez de la causa la carga de impulsar de oficio la revisión de los términos de la sentencia en un plazo no mayor a tres años y a partir de la realización de nuevas evaluaciones interdisciplinarias y entrevistando nuevamente en forma personal al interesado (Rivera, Julio C. y Medina, Graciela, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Editorial La Ley, Año 2014, pág. 164).----------

-----Es por ello, que el análisis que se realiza a fin de determinar los actos que puede ejercer por sí una persona con discapacidad no se enfoque sólo desde un ángulo médico-legal que caracterizó el sistema anterior sino que incorpora la opinión de profesionales capacitados en otras disciplinas como la psicología, la asistencia social y la terapia ocupacional, entre otras más, que brinden un informe social con una verificación lo más

completa posible respecto del modo en que se desenvuelve el presunto incapaz, su relación con la familia, ámbitos de contención que tuviere, sus debilidades y fortalezas, como también pueden informar al tribunal la conveniencia de posibilidades de trabajo y la consecuente inserción social que es uno de los objetivos perseguidos y que no puede perderse de vista, pues el nuevo modelo busca la más plena realización de cada persona en sociedad, partiendo de las características propias individuales para posibilitar la superación o mitigar las limitaciones que afectan su condición humana.----------

---Además debe verificarse en la especie que el incapaz haya sido convenientemente informado del proceso y sus alcances, que está en condiciones de entender de qué se le notifica y las consecuencias del proceso, así como obviamente de sus derechos. Por eso no basta en todos los casos una notificación por oficial de justicia sino que además deberá comparecer por ante el magistrado para que éste tenga una entrevista personal y directa con el incapaz (art. 35 CCyC). ----------

-----III) Sentado ello, pasaremos a analizar si en el trámite de la causa se encuentran cumplidos los extremos legales y procesales que llevaron al magistrado de grado a decretar la restricción de la capacidad jurídica de la Sra. N. G. S., (DNI: X) y si ello se ajusta al interés superior de la nombrada.----------

---A fs. 28, el magistrado designó a los peritos integrantes de la Junta Evaluadora de Discapacidad perteneciente al Hospital Santa Teresita de Rawson para que evalúen a **N. G. S.,** de conformidad con lo prescripto por el art. 37 del C.C. y C. y se expidan sobre: a) diagnóstico y pronóstico, b) época en la que la condición se manifestó, c) recursos personales, familiares y sociales existentes y, d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible incluyendo medidas de apoyo (fs. 28, párrafo segundo).----------

-----Asimismo, el magistrado ordenó, la intervención del Equipo Técnico Interdisciplinario para *que elabore un informe socio-ambiental en el domicilio ubicado en Barrio 2 de Abril, Edif. X, Esc. X, Depto. X de Rawson y se expida sobre la idoneidad de los Sres. P. M., F. A. y W. F. E. P. S. para desempeñarse como apoyo o curadores definitivos de la Sra. N. G. S.* (ver fs. 28, anteúltimo párrafo).----------

----A fs. 48, los integrantes de la Junta Evaluadora de Discapacidad del Hospital Subzonal - Santa Teresita de Rawson, Dres**. A. C.** (médica), Dra. **G. O.** (Psiquiatra), Dra. A. C. (Medicina General y Familiar), Lic. R. A. (Terapia Ocupacional), Lic. P. B. (Psicóloga) y la Lic. **G. V.**, (Terapia Física), presentaron el informe de evaluación interdisciplinaria que les fuera encomendado y del que se desprende que la **Sra. N. G. S.** nacida el 0/02//1949, que actualmente tiene 69 años y que el día 26/06/2018 sufrió un accidente cerebro vascular (ACV), que le dejó secuelas motoras y trastornos del

lenguaje, estando su diagnóstico y evolución subordinado a la continuación de los tratamientos médicos correspondientes.----------

----El informe, asimismo, puntualiza que la Sra. S. tiene 3 hijos. P., de 50 años, F. de 47 y W. de 44, siendo ellos quienes se turnan para el cuidado de su madre convaleciente y de los traslados a los lugares donde realiza la rehabilitación de fonoaudiología y terapia ocupacional.----------

---Asimismo, el informe interdisciplinario consigna que la Sra. S. vive sola (Perón X, Barrio COVIPA, Rawson) y que es asistida por cuidadoras durante las mañanas y por sus hijos durante las tardes.- En cuanto a las asistencias requeridas por N., el informe determina que: …*requiere apoyo para el desempeño de las actividades básicas de la vida diaria, logra higienizarse con ayuda, se alimenta por sí sola y recibe asistencia para vestirse. Para el desempeño de las actividades instrumentales de la vida diaria recibe asistencia de sus familiares, como para el manejo del dinero, realización de trámites, administración de medicación y traslado*. (Ver fs.48, párrafo tercero).--------

---El dictamen señala que la Sra. S. recibe una jubilación correspondiente a su trabajo como enfermera en el Hospital Santa Teresita (fs. 48, párrafo cuarto).----------

----La junta evaluadora recomienda continuar con el apoyo familiar que recibe la Sra. N., que es descripto por como óptimo para atender a sus necesidades.----------

-----A fs. 41/42, el Equipo Técnico Interdisciplinario (ETI) presenta el informe encomendado a fs. 28, anteúltimo párrafo. Dicho informe es suscripto por la Trabajadora Social, Lic. Samanta Ramos.----------

----Los aspectos relevantes de este informe señalan, con relación a su contexto familiar, que la Sra. N. habita una vivienda de su propiedad, ubicada en calle Juan Domingo Perón, n° X B° COVIPA (fs. 41, Contexto Familiar).----------

----Este informe del ETI, en congruencia con el realizado por la evaluación interdisciplinaria también señala que N. G. S. sufrió un ACV que afectó su función motora y el habla, destacando que actualmente se encentra realizando tratamiento de rehabilitación en el Hospital Santa Teresita y en otro centro donde realiza un tratamiento de terapia ocupacional. (Ver fs. 41 vta., Situación de Salud).-------

Asimismo, el informe advierte que la Sra. N. tuvo 3 hijos con el Sr. F. P. que vive en Buenos Aires y con quien no tiene vinculación.----------

----El informe contiene una breve descripción de la situación de cada uno de los hijos. P. M. P., tiene 50 años, con estudios universitarios completos de Relaciones Públicas, es empleada de la Policía Provincial, tiene dos hijos. G. de 23 años y E. de 19 años. Ambos jóvenes están cursando estudios secundarios. La segunda hija, F. A. P., tiene 48 años y estudios secundarios completos, es empleada de la policía provincial y

convive con su marido que es empleado provincial. El matrimonio tiene una hija de 19 años que estudia la carrera de Licenciatura de Empresas. Su domicilio es el de B° 2 de Abril, edificio X , escalera X, departamento X. La Sra. F. P. tiene otra hija de 24 años que actualmente vive en la ciudad de Mar del Plata y estudia la carrera de Terapia Ocupacional y profesorado de expresión corporal. El tercer hijo de N. se llama W. F. E., tiene 44 años, y es empleado del Servicio Penitenciario Federal. Vive junto a su hijo T. de 15 años. El Sr. W. tiene otros dos hijos (A. O. de 21 años y M. L. de 18 años), que viven con su madre. ----------

-----El informe describe la situación habitacional de la Sra. N.. Se trata de una vivienda propia, con dos dormitorios y baño en la Planta Alta y otros ambientes en la planta baja. Luego de sufrir el ACV se tuvieron que hacer refacciones en la vivienda (fs. 41 vta., Situación Habitacional). ----------

----El informe del Equipo Técnico Interdisciplinario, finalmente, concluye que: *…la Sra. S. N. G. requiere, tras el ACV sufrido en el corriente año, de asistencia para las diferentes actividades de la vida cotidiana, requiriendo en la actualidad de otro que la acompañe. Tanto P., F. como W. han reorganizado sus propias rutinas para poder garantizar el cuidado y atención de su madre, siendo en este momento el sistema de apoyo con que cuenta y que la misma requiere*. (Ver fs. 42, Conclusiones). ----------

----A fs. 62, luego de cumplirse los traslados ordenados a fs. 50 y 56, se llaman autos a fin de dictar sentencia.----------

-----A fs. 63/64 se dicta la sentencia de grado por la cual se resuelve restringir parcialmente la capacidad jurídica de la Sra. N. G. S., por el plazo de 3 años, para prestar el consentimiento informado a los procedimientos médicos y terapéuticos que se le propongan y celebrar actos patrimoniales. Asimismo, designa como apoyo la representación indistinta de P. M., F. A. y W. F. E. P. S. para celebrar los actos mencionados, debiendo considerar, en todos los casos, la voluntad y las preferencias de ella, sin basarse en lo que supongan que es su interés superior objetivo.----------

----La representación asignada quedará sujeta a las normas que regulan el ejercicio de la curatela.----------

----A fs. 67, el magistrado de grado ordenó la remisión de los actuados a esta Cámara de Apelaciones a efectos de cumplimentar con lo dispuesto por el art. 641 del C.P.C.C.-

---Que, sin perjuicio de lo dicho hasta acá, con relación al cumplimiento de los recaudos solemnes que la ley requiere para que proceda un medida tan grave con lo es la restricción de la capacidad de una persona, este tribunal advierte que no se ha cumplido con la entrevista personal dispuesta en el art. 35 del CCyC.----------

-----A fs. 10, la Asesoría de Familia manifiesta la imposibilidad momentánea, que la

afectada tiene para concurrir a la entrevista personal aludida en el citado art. 35: *Asimismo, y teniendo en consideración la situación de salud de la Sra. S., se prescinda por el momento de la audiencia personal con la interesada prevista en el Art. CCCN.*

------Esta excusa, sin embargo, tiene dos limitaciones. En primer lugar, la situación de salud invocada no es suficiente para pasar por alto el recaudo de la entrevista personal dispuesta por el art. 35 del CCyC. -Es que, resulta insoslayable remarcar que toda persona que actúa en un proceso, que puede concluir con una restricción a su capacidad, adolece, en sentido amplio, de severos problemas de salud. En segundo término, el pedido de la Asesoría describe una imposibilidad de incomparecencia momentánea, pero, sin embargo, no hace una estimación de cuándo se podrá superar esa imposibilidad permitiendo que se concrete la entrevista personal de ley.----------

-----Así, esa indeterminación, que fue descripta por la asesoría de familia como temporaria (fs. 10 último párrafo) terminó resultando en un incumplimiento de la entrevista personal dispuesta por el art. 35 del CCyC. ----------

-----No obstante, la concreción de la entrevista personal es un recaudo ineludible para que proceda el dictado de la sentencia que decreta la restricción de la capacidad de una persona.----------

-----La doctrina es contundente con relación a la necesidad de que se concrete esa entrevista que asegura la inmediatez entre las personas que deben decidir cuestiones tan delicadas y la persona afectada. Así, se ha dicho: *La norma establece que el Ministerio Público y un letrado estén presentes en las audiencias, se entiende que el objetivo es brindar mayores garantías a la persona afectada, no sustituirlo en su expresión, sino que es necesario que se respete su intervención, que sea él quien que se exprese, se lo escuche a fin de poder determinar cuáles son sus preferencias. Quizás sea necesario realizar ajustes, si la persona no puede trasladarse a la sede del tribunal deberán arbitrarse los medios para que la entrevista se lleve a cabo en otro sitio, se utilicen todos los recursos tecnológicos necesarios para que la comunicación se concrete. (*Plovanich, María Cristina, Bueres, (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, T 1 A, p. 326).----------

-----El incumplimiento de esta manda, lleva a declarar la nulidad de las actuaciones a partir de la sentencia n° 56/2019, dictada el 17/05/2019 a fs. 63/64.----------

-----Cabe recordar que la calidad de parte de la persona sujeta a interdicción no era reconocida en el CC derogado. No obstante, había sido incorporada su intervención como tal, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, con fundamento en la inviolabilidad del derecho a la defensa en juicio pronunciando la amplitud de sus facultades procesales. ----------

----Este es el aspecto procesal que debe entenderse sustancialmente ratificado desde el momento en que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad entiende a la discriminación de cualquier persona por razón de su discapacidad como una vulneración de la dignidad y valor inherentes del ser humano, tal como afirmar exclusión de una persona de las garantías centrales al debido proceso como la que importaría omitir que tome contacto personal con el magistrado que entiende en el proceso de interdicción.----------

----Recuérdese que a partir de la CDPD 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) CDPD). ----------

-----Téngase en cuenta que las incapacidades son limitaciones legales excepcionales y 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, se configura en el supuesto una nulidad insubsanable 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 el art. 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.----------

----Las nulidades insubsanables 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" p. 87, cit. por Eduardo A. Zannoni, "Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos" pág. 153, Ed. Astrea).----------

----Por ello, corresponde declarar la nulidad de las actuaciones a partir de la

providencia dictada a 63/64, y de los demás actos procesales dictados en su consecuencia, encomendando a la instancia anterior enmendar 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. ----------

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

-----I) DECLARAR la nulidad de las actuaciones a partir de fs. 63/64 de autos, encomendando a la instancia anterior el trámite del proceso de conformidad con lo señalado en el considerando respectivo.----------

-----II) DEJAR constancia que 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 y art. 9 del Acuerdo Extraordinario Nro. 3145 del STJCh).----------

-----III) REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE. ----------

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CÁMARA

SERGIO RUBÉN LUCERO
JUEZ DE CÁMARA

-----REGISTRADA BAJO EL NRO. _____ DEL AÑO 2019 – SIF – CONSTE.----------
-

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA