000620/2019

Comodoro Rivadavia, de noviembre de 2019.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados **"G., G. F. s/ DETERMINACION DE CAPACIDAD", Expte. N° 620/2019,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia N° 2 (Expte. N° 706/2017), en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Sr. G. G. F. a fs. 315, contra la resolución de fs. 307/311, concedido a fs. 316 y fundado a fs. 317/324.

I.- En su memorial de fs. 317/324, la recurrente afirma que la sentencia de primera instancia trasluce una incoherencia en sí misma desde su integralidad que la torna arbitraria e infundada. Expresa que la sentencia parte de consideraciones sumamente valiosas desde el punto de vista iusfilosófico para el reconocimiento de la situación de las personas con discapacidad, pero luego procede a realizar limitaciones a la capacidad jurídica de G. con excesivo rigor y principios meramente dogmáticos, es decir fundados solo en su mera voluntad sin emitir una decisión razonablemente constituida. Añade que la sentencia aquí cuestionada expone la irrazonabilidad de la respuesta jurisdiccional brindada. La sentencia resulta violatoria del artículo 28 de la Constitución de la Nación Argentina por la inobservancia que denota hacia los principios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

Entiende que en tanto la indispensabilidad o necesidad de esta restricción indiscriminada no halla motivación en los hechos comprobados de la causa, la

sentencia aparece desprovista de justificación que permita calificarla como un acto jurisdiccional válido.

Remarca que si bien la sentencia recupera las nociones de autonomía e independencia no logra superar la yarda que le otorgará a G. una vida independiente, dependiente solo del sistema de apoyos diseñado para que sus decisiones sean autónomas y no que sean las disposiciones que toman sus figuras de apoyo en su representación.

Cita los artículos 12 y 19 de la Convención de las Personas con Discapacidad. Aboga por el reconocimiento de su capacidad jurídica y señala que debe diseñarse un sistema de apoyo de acuerdo a sus necesidades a fin que adopte sus decisiones de forma autónoma e independiente.

Solicita que la sentencia en crisis sea revocada y sólo se determine un sistema de apoyos adecuados a sus necesidades para que pueda adoptar sus decisiones de forma autónoma e independiente. Formula reserva del caso federal.

A fs. 326/328vta., contesta traslado la Sra. J. G., solicita se declare desierto el recurso y subsidiariamente se rechacen los agravios.

A fs. 332/333vta., contesta vista la Sra. Asesora de Familia. Sostiene que del memorial de agravios no resulta claro el objeto de la pretensión recursiva. Entiende que conforme a las constancias de la causa se encuentra acreditada la situación actual del Sr. G. que se corresponden con las previsiones del art. 32 del C.C.C. resultando procedente la restricción para el ejercicio de la capacidad jurídica en relación a los actos que el nombrado no se encuentra en condiciones de realizar por sí mismo sin apoyos.

Concluye que debe confirmarse en todas sus partes la sentencia.

II.- De las constancias del expediente surge que se dio intervención al Cuerpo Médico Forense y al Equipo Técnico Interdisciplinario, que emitieron dictamen a fs. 66/67vta.-

Del informe interdisciplinario colectado resulta: que el Sr. G. F. G., tiene demencia senil, residual a un ACV, con un deterioro progresivo en proceso psíquicos superiores. Asimismo padece pérdida de visión en ojo derecho por traumatismo. No realiza actividades de sociabilización. Tiene obra social (PAMI) y percibe una jubilación que es administrada por sus hijas.- Si bien vivía solo en su vivienda, desde hace dos semanas, su hija G. lo busca en su domicilio y pernocta en su casa junto a su familia.- En cuanto a su aseo y cuidado personal requiere la asistencia de terceros, porque no puede realizar las tareas del hogar.- Maneja dinero en pequeñas cantidades. Se moviliza solo en transporte público. Tiene dificultades para controlar la administración de su medicación.

La jueza, en audiencia toma contacto personal con el Sr. G. y su hija, la Sra. G. G. (fs. 65). En dicho acto, G. relata que vive solo en Barrio Laprida y recibe la ayuda de sus hijas. Manifiesta que estudio en el Colegio Dean Funes, que es árbitro y director técnico, por lo que viajó a varios países. En cuanto a lo laboral señala que tenía una imprenta en calle San Martín. Agrega que realiza compras solo, maneja dinero, cocina y maneja su vehículo. Expresa que votó en la escuela de Laprida.

Concluye que propone a sus hijas G. y J. como figuras de apoyo.

A fs. 283/285vta, se presenta su hija J. y manifiesta que se encarga del cuidado de su padre desde mediados del 2015, que se encuentra en la clínica A. desde el 19 de septiembre de 2018 ya que no podía vivir más solo debido al riesgo para su salud.

III.- Suficiencia técnica:

Atento la expresa petición de la Sra. J. G. que se declare desierto el recurso de apelación, se señala que esta Sala invariablemente ha adherido a un criterio morigerado respecto a la estrictez de las formas de los recursos, en virtud de las consecuencias disvaliosas que dicha la declaración conlleva para el derecho de la parte.

Ante ello, y advirtiendo que el recurrente ha individualizado los agravios que le genera el fallo, no procede declarar la deserción del recurso, dado que la valoración mencionada no debe llevarse a cabo con injustificado rigor formal que afecte la defensa en juicio.

Por lo expuesto, corresponde rechazar la petición esgrimida en el punto II del escrito de contestación de agravios que obra a fs. 326/328vta.

IV.- 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).

En efecto, con la nueva normativa se implementan dos sistemas, uno de incapacidad genérica —declaración de incapacidad — y otro de capacidad genérica— declaración de capacidad restringida—, ambos flexibles y graduales, con el objetivo central de asegurar toda la libertad posible otorgándole al mismo tiempo la protección necesaria (arts. 31 inc. a) y b); 32) (Cfme. Berizonce, Roberto O.; Normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación. Personas con capacidades restringidas, LA LEY 12/05/2015, LA LEY 2015-C-735, DFyP 2015 (noviembre), 175, quien cita a TOBÍAS J.W., "La persona humana en el Proyecto", La Ley, 2012-D, supl. 25-6-2012).

Así, el sistema de apoyos se inserta en el tránsito entre el paradigma de la sustitución de la voluntad (que caracterizó al modelo de la protección del Código Civil) y el nuevo paradigma que pretende preservar al extremo el autónomo desenvolvimiento residual de la persona en el seno de su comunidad, para lo que se basa en la toma de decisiones con apoyos y salvaguardas (conf. Art. 12 CDPD ya citado).

Ello así, la restricción es excepcional y procede solo cuando sea en beneficio de la persona (art. 31 inc b texto citado). Asimismo, dispone la intervención de la interesada en carácter de parte en el juicio, con asesoramiento letrado (art. 36 C.C.C.).

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.

Se trata de un sistema "... que exige una construcción individual, particular, acorde a la condición personal/contextual del protagonista, una construcción artesanal en que deben ensamblar adecuadamente el régimen de restricciones establecido y las funciones encomendadas a las figuras de apoyo, siempre bajo la perspectiva del acompañamiento, el favorecimiento de la comunicación, la autonomía y no la sustitución de voluntad..." (cfr. Kemelmajer de Carlucci, A.-Herrera, M.- Fernandez, S.; Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código, pub. L.L. del día 18/08/2015, pág. 1; On line: AR/DOC2518/2015).

Así la normativa aplicable al caso, 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 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.

En este marco corresponde entonces, analizar la restricciones dispuestas a la capacidad del Sr. G..

En relación con los actos de contenido patrimonial la magistrada de grado restringió el ejercicio de la capacidad jurídica de G. F., para otorgar actos de disposición, administración y garantía de bienes registrables, para aceptar herencias y donaciones, para afianzar obligaciones, para otorgar testamento, para celebrar contratos a título oneroso o gratuito, …para

intervenir en juicio…; actos para los que deberá ser asistido.

La complejidad de éstos actos conlleva la necesidad de contar con la asistencia de las figuras de apoyo que facilite su comprensión y el alcance de los efectos de los actos jurídicos referidos.

Las mentadas restricciones impuestas son consecuentes con la situación actual del Sr. G. F. y en su beneficio, en tanto tienden a preservar su situación patrimonial.

En el orden no patrimonial, corresponde tener cuenta la patología de G., la que por sus características llevan a la afectación de alguna de sus habilidades sobre todo las referidas al autocuidado como por ejemplo el control médico y farmacológico, la elección de los tratamientos médicos, psiquiátricos y psicológicos y para prestar consentimiento informado.

Claramente los informes colectados en autos demuestran que para estas actividades es necesaria la designación de una figura de apoyo que asienta o complemente la voluntad de G. F., actuando como co-decisor.

Ahora bien, respecto a las restricciones de derechos personalísimos como “cambio de estado civil, reconocimiento de hijos y obligaciones alimentarias”, no puede prosperar.

Es que, la naturaleza de estos actos y los derechos civiles reconocidos por los Tratados de Derechos Humanos y las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación impiden su restricción, sobre todo ante la carencia de fundamento y la falta de acreditación que la decisión beneficie al interesado.

Es que tales derechos humanos son inherente al ejercicio de la autonomía de la voluntad y de los derechos personalísimos de los que somos titulares como personas.

Se trata de derechos humanos, del libre ejercicio de derechos personalísimos, inmanente a la condición de persona.

Así, 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), 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.

Por lo demás, es claro que en el caso concreto el Sr. G. F. está plenamente habilitado para realizar actos personalísimos. No existen razones fácticas ni jurídicas -en tanto se debe procurar la mínima restricción a su autonomía individual- que autoricen semejante restricción.

Por lo tanto, se debe dejar sin efecto la interdicción dictada respecto a los actos que importen asumir responsabilidad parental, obligaciones alimentarias y cambio de estado civil.

En cuanto a la restricción de los derechos políticos “ocupar cargos electivos público y privados”, tampoco ha de prosperar.

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 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 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.

Por todo lo expuesto, se resuelve hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el Sr. G. F. G. a fs. 315 y revocar parcialmente el punto 2°) de la sentencia de fs. 307/311.

Establecer que el Sr. G. F. G., DNI N° X, se encuentra limitado para realizar actos de disposición, administración y garantía de bienes registrables, aceptar herencias y donaciones, para afianzar obligaciones, para otorgar testamento, para celebrar contratos a título oneroso o gratuito y para intervenir en juicio, debiendo contar en estos casos con la asistencia de las figuras de apoyo no sustitutivas designadas.

Establecer que el Sr. G. F. G., se encuentra limitado para la realización de los siguientes actos no patrimoniales como control médico y farmacológico, elección de tratamientos terapeúticos, dar consentimiento informado por todo acto médico que le incumba a nivel meramente diagnóstico, en supuestos de investigación en salud, especialmente, en prácticas preventivas y curativas que supongan alguna forma de intervención sobre su organismo, para anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y su internación en establecimientos de salud designar como figuras de apoyo co-decisora a las Sras. G. L. G. y J. A. G..

Todas estas salvaguardas se hacen en protección del Sr. G. F. G. en virtud del carácter tuitivo de las mismas.

V.- Atento el modo de resolver la cuestión y toda vez que el presente es un proceso voluntario, no obstante haberse controvertido, las costas de ésta instancia se imponen por su orden (art. 69 del CPr).

Teniendo en cuenta la labor profesional y el resultado obtenido, se regulan los honorarios de la letrada de la Sra. J. G. conforme las pautas de los arts. 5, 6, 6bis, 13 y ccds. de la ley arancelaria. Dado que el Ministerio Público percibe honorarios regulados judicialmente de los usuarios que cuentan con medios suficientes, no corresponde su regulación (art. 3 inc. 7° Ley V N° 90).

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.- Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el Sr. G. F. G., DNI N° X a fs. 315 y revocar parcialmente el punto 2°) de la sentencia de fs. 307/311.

2.- Establecer que el Sr. G. F. G., DNI N° X, se encuentra limitado para realizar actos de disposición, administración y garantía de bienes registrables, aceptar herencias y donaciones, para afianzar obligaciones, para otorgar testamento, para celebrar contratos a título oneroso o gratuito y para intervenir en juicio, debiendo contar en estos casos con la asistencia de las figuras de apoyo no sustitutivas designadas, conforme los considerandos pertinentes.

3.- Establecer que el Sr. G. F. G., se encuentra limitado para la realización de los siguientes actos no patrimoniales como control médico y farmacológico, elección de tratamientos terapeúticos, dar consentimiento informado por todo acto médico que le incumba a nivel meramente diagnóstico, en supuestos de investigación en salud, especialmente, en prácticas preventivas y curativas que supongan alguna forma de intervención sobre su organismo, para anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y su internación en establecimientos de salud designar como figuras de apoyo co-decisoras a las Sras. G. L. G. D.N.I. X y J. A. G. D.N.I. X.

4.- Regular los honorarios por su labor en ésta instancia de la Dra. P. H. R. en la suma equivalente a DOS (2) JUS.

5.- Tener presente la reserva del caso federal – Punto IV de fs. 323vta.-

6.- Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se firma por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. Jueza de Cámara, Dra. Silvia Noemí Alonso y concordar en la solución del caso (Ley 5 N° 17 del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut).

FERNANDO NAHUELANCA
Juez de Cámara

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Presidente

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2019
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS