



Villa la Angostura, 15 de Noviembre del año 2022.

Debo resolver en este expediente (carpeta) titulado "S. A. H. S/ CAPACIDAD JURIDICA" Expte N° 16060/2022, en base a los siguientes:

ANTECEDENTES:

Se inicia el presente expediente en hojas 01/145 por parte de la Dra. Alejandra Mabel Pacheco en carácter de Ministerio Público y promueve un proceso de determinación de la capacidad jurídica en favor del Sr. A. H. S., DNI N° Asimismo, solicita se tomen medidas cautelares para proteger la persona y los bienes del Sr. S..

En hojas 146/150 se tiene por iniciado juicio de restricción de capacidad y se ordena al Hospital Dr. Oscar Arraiz, que proceda a realizar una evaluación integral de salud del Sr. S. a fin de resolver sobre la medida de protección solicitada.

En hojas 158/159 consta que el Sr. S. A. H. fue puesto en conocimiento del inicio del presente proceso y se lo invita a designar abogado defensor.

En hojas 160 se agregó un escrito del equipo psicosocial del Hospital Dr. Oscar Arraiz en el que se informa la internación involuntaria del Sr. S..

En hojas 166 el Registro de Juicios Universales informa que el Sr. S. A. H. no registra juicios sucesorios o testamentarios inscriptos desde el 01/02/1978 (fecha en que se creó el registro).

En hojas 176 se presenta el Dr. Claudio Marcelo Alderete de la Defensoría Oficial Civil 2 de Junín de los Andes, quien toma intervención en su carácter de asesor letrado del Sr. S. e informa que va a contestar la demanda al momento de lograr una comunicación con el Sr. S..



En hojas 179 la Dra. Alejandra Pacheco informa que la familia del Sr. S. se niega a asumir el cargo de persona de apoyo y pidió que se solicite al Hospital Dr. Oscar Arraiz y Desarrollo Social que arbitren los medios para el ingreso del Sr. S. a un programa de cuidados domiciliarios que pueda acompañarlo en su proceso de rehabilitación.

En hojas 182/184 se agregó el informe interdisciplinario realizado por la junta interdisciplinaria compuesta por la Lic. Manuela Hornos -psicóloga- y la Lic. Julia Caminito -trabajadora social.

Que a hojas 190 obra Acta de la Audiencia celebrada con el Sr. H. S. en los términos del art. 35 del Código Civil y Comercial con al presencia de la funcionaria del Ministerio Público, Dra. Carolina Amarilla, y el Asesor Letrado del Sr. S., Dr. Claudio Alderete.

En hojas 192 obra Acta de Audiencia con el la Sra. C. P., persona autopropuesta como persona de apoyo para el Sr. S., audiencia que fue en presencia de la funcionaria del Ministerio Público, Dra. Carolina Amarilla, y el Dr. Claudio Alderete, defensor del Sr. S.. En la misma, la Sra. P. historiza sobre el vínculo y manifiesta su propuesta de ser persona de apoyo y ayudarlo en su proceso de salud.

En hojas 195 se presenta la Dra. Alejandra Pacheco a solicitar se remitan las actuaciones al Equipo Interdisciplinario para completar el informe solicitado. En hojas 202 la junta interdisciplinaria amplía su informe.

En hojas 204/209 se agrega un informe realizado por el equipo psicosocial del Hospital Dr. Oscar Arraiz.



En hojas 213/215 se agrega un informe realizado por la Dra. Ana María Lirio, médica psiquiatra, del Gabinete Forense del Poder Judicial y que se integra a la junta interdisciplinaria.

En hojas 216/217 se presenta el abogado del Sr. S., Dr. Claudio Marcelo Alderete, contesta la petición formulada por la Dra. Pacheco y solicita se rechace la medida cautelar solicitada por el Ministerio Público.

En hojas 220 el equipo psicosocial del Hospital Dr. Oscar Arraiz informa que la internación que se encuentra cursando el Sr. S. cambió su carácter a voluntaria.

En hojas 221/222 el mismo equipo informa que el Sr. S. ya no tiene criterios de internación y recibió el alta.

En hojas 228/229 se presenta la Dra. Alejandra Pacheco en su carácter de Ministerio Público y solicita que se restrinja la capacidad del Sr. S. para prestar consentimiento para internaciones, tratamientos médicos y derivaciones a centros especializados en su problemática, contraer créditos, prestar fianza, disponer y administrar bienes, ejercer la responsabilidad parental, gestionar la renovación de su licencia de conducir y postula como persona de apoyo para dichos actos a la Sra. C. P..

En hojas 237/238 y 239 se agrega un nuevo informe realizado por el equipo psicosocial del Hospital Dr. Oscar Arraiz en el que expresan que continuarán un abordaje ambulatorio.

En hojas 244/245 y 246/247 consta un informe realizado por el mismo equipo sobre las condiciones de vulnerabilidad en la que se encuentra el Sr. S. y sobre la inhabilitación de la vivienda en la que reside.

En hojas 251 se presenta el Dr. Fernando Guillermo Rubio, Fiscal en representación del Ministerio



Público Fiscal y opina que me encuentro en condiciones de resolver sobre la restricción de capacidad del Sr. S..

En hojas 257/261 se agrega un informe remitido por representantes de la Secretaría de Desarrollo Social del Municipio local sobre la situación habitacional y socioeconómica del Sr. S..

En hojas 264 se agrega un informe realizado por el equipo psicosocial del Hospital Dr. Oscar Arraiz sobre la situación actual de salud del Sr. S..

En hojas 267 dispongo pasar a mi despacho este expediente para decidir sobre lo peticionado en el presente proceso.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN:

Observación: *La presente resolución se dicta en cumplimiento de las **Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad**, Sección 2.a de la misma, cuyos puntos 58 y 60 establecen que las actuaciones judiciales deben ser redactados en términos claros a los fines de que sean comprendidas por toda la sociedad para garantizar el **Derecho a entender**.*

Debo resolver sobre el pedido de restricción de capacidad formulado por la Dra. Alejandra Pachecho (Ministerio Público) en favor del Sr. S. y adelanto que voy a hacer lugar a su solicitud, pero parcialmente.

Tal como lo establece el art. 31 CCyC las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional, y las excepciones se encuentran exhaustivamente determinadas en el CCyC pero sujetas a una serie de garantías (cfr. Arts. 32, 36, 43 y 48 del CCyC).

El CCyC así lo establece en consonancia con los postulados de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación



contra las Personas con Discapacidad (Ley 25. 280) y la Ley 26.657 de Salud Mental.

La restricción a la capacidad, sin perjuicio de su eventual justificación, puede importar una afectación al ejercicio de derechos fundamentales de la persona, y como tal, debe administrarse bajo un estricto contralor jurisdiccional y desde un criterio de excepcionalidad.

La Dra. Pachecho solicitó que se restrinja la capacidad del Sr. S. para prestar consentimiento para internaciones, tratamientos médicos y derivaciones a centros especializados en su problemática, contraer créditos, prestar fianza, disponer y administrar bienes, ejercer la responsabilidad parental, gestionar la renovación de su licencia de conducir y postula como persona de apoyo para dichos actos a la Sra. C. P..

Voy a analizar ese pedido en relación a cada acto para el cual se solicita la restricción ya que la cuestión que se trae a debate, por la jerarquía de los derechos en juego y la trascendencia de las decisiones que se adopten, así como las diversas y fundadas posturas que se han expresado en la comunidad, requiere de un análisis que pondere debidamente el ordenamiento jurídico constitucional, convencional y normativo en el orden nacional y local, la evaluación que hizo interdisciplinario del Juzgado que evaluó la situación del Sr. S., las opiniones brindadas por el equipo psicosocial del Hospital local en las intervenciones que hizo respecto al Sr. y las opiniones de profesionales de disciplinas jurídicas como de salud.

1) Sobre la capacidad para ejercer el derecho personalísimo de consentir internaciones, tratamientos médicos y derivaciones a centros especializados.

En este punto el debate gira en torno a derechos personalísimos de rango constitucional, tales como la



vida, la libertad, la dignidad y las formas concretas en que estos, pueden ser ejercidos por personas que atraviesan estados de salud complejos como el del Sr. S..

En el informe interdisciplinario realizado por la Lic. Manuela Hornos y la Lic. Julia Caminito a hojas 182/184 se hacen las siguientes observaciones profesionales: *"A partir de la situación actual y del deterioro que el Sr. S. presenta, así como del pronóstico de su cuadro, se evalúa que el mismo precisa apoyos para el ejercicio pleno de su capacidad jurídica. Habiendo identificado el núcleo afectivo de H. y su voluntad, así como las posibilidades del grupo familiar, se sugiere que la Sra. C. P. sea designada como persona de apoyo y que la familia tengo a bien procurar el traslado de H. a una institución en cercanías de su domicilio actual."*

En hojas 204/209 se agrega un informe realizado por el equipo psicosocial del Hospital Dr. Oscar Arraiz en el que afirman que: *"al momento de este informe el Sr. S. se encuentra internado fundamentalmente por la situación de falta de red social y familiar de contención. Además de la falta de una vivienda adecuada a su situación actual. El Sr. S. no problematiza el consumo de alcohol y eso implica junto con lo descripto anteriormente un riesgo potencial a su salud"*.

En hojas 213/215 se agrega un informe realizado por la Dra. Ana María Lirio., en el que se exponen las siguientes conclusiones: *"El Sr. S. H. A. al momento de la entrevista presenta un cuadro de alcoholismo crónico sin conciencia de enfermedad, a lo que se agregar en esta internación el diagnóstico neurológico de Mielinosis centropontina. Sería conveniente que el Sr. S. realice tratamiento en un Centro de Rehabilitación. El Sr. S. carece en la localidad de red social y familiar continente, ya que la mayoría de sus hijos viven en la*



Ciudad de Roca con su ex mujer. Durante la entrevista el Sr. S. no puede mencionar alguna persona de la localidad que pueda acompañarlo o contenerlo, si sale de alta de la institución. No estando a nivel personal en condiciones de vivir solo, ya que a pesar de haber tenido buena respuesta al tratamiento, es necesario por su consumo problemático la continuidad de tratamiento en un centro de Rehabilitación con un entorno controlado y continúe el tratamiento kinesiológico. Cabe aclarar, que a pesar de la negativa del Sr. S. a que la Sra. P. sea su persona de apoyo, durante su internación recibió la visita de ella, de sus hijos mayores, y de sus hijos menores. Así como, manifestó que sería bueno que el Centro de Rehabilitación para la continuidad del tratamiento del Sr. S. si fuera cerca de Roca, sería muy favorable para ella y sus hijos así lo acompañan. "

El punto de discusión es si el Sr. S. puede comprender y consentir propuestas terapéuticas y las consecuencias de su rechazo, independientemente de si tiene o no conciencia de enfermedad ya que la negativa a recibir un tratamiento o el rechazo de prácticas de salud se encuentran en el marco de la autonomía de su voluntad de conformidad con el Art. 59 del Código Civil y Comercial de la Nación, y el Art. 2 inc e. de la Ley 26. 529 sobre los derechos del paciente que abandona la tradición paternalista que caracterizó durante siglos la relación médico-paciente, y reconoce derechos fundamentales de las personas con relación a su salud a partir del respeto a sus decisiones autónomas autorreferenciales.¹

Si el Sr. S. fue informado de las opciones terapéuticas, comprende la información, y aun así rechaza la intervención asumiendo lo riesgos de su negativa deberá respetarse su decisión.



En efecto, de informe interdisciplinario a fs. 182/184 surge que el Sr. S. *"manifiesta comprender que no puede valerse por sí solo y expresa su deseo de salir de la internación, señalando que quisiera vivir solo, sin embargo logra también reconocer que no se encuentra en condiciones de auto valerse y precisar ayuda"*

La ley de los Derechos del paciente se asienta sobre la plataforma constitucional del Art. 19 de nuestra Carta Magna, precepto que pone límite al Estado, reservando de su injerencia el ámbito de la autodeterminación individual. El punto focal de la primera parte del Art. 19 de la Constitución Nacional es, en consecuencia, el principio de autonomía de la persona humana, tomada ésta como centro del sistema político que debe servir al desarrollo de la libertad y que no debe utilizar a las personas para sus propios objetivos. Este principio y su aplicación práctica diferencian los sistemas políticos entre sí, más allá de la declaración sobre la forma de gobierno que formulen expresamente en sus respectivas constituciones. ²

"Se trata, en la especie, del derecho a ejercer la autonomía de la voluntad, el derecho de la persona a elegir el propio plan de vida y esto hasta

¹(conf. CARNOTA, Walter F. "Las directivas anticipadas del Art.11 de la ley 26.529: su constitucionalidad" L.L. 23 de mayo de 2012).

² (GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, 4ta. edición, Buenos Aires, 2008, T.I. p.328/329).

sus etapas finales, es decir las que preceden a la muerte. En ese sentido es que, la Ley de Derechos del Paciente N° 26.529 modificada por la Ley N° 26.742, viene a reglamentar el mencionado precepto constitucional en lo que respecta al paciente como sujeto de derecho,



estableciendo además el modo en que el mencionado sujeto ejerce tales derechos cuando se encuentra en estado de inconciencia...” ³

Entonces si el Sr. S., comprende la información brindada y los alcances de la intervención comprende y se niega aun el equipo tratante deberá respetar su opinión, independientemente de que tenga o no conciencia de su enfermedad.

De ello se impone que no resulta factible ni necesaria la restricción de capacidad del Sr. S. para consentir actos personalísimos como son las prácticas médicas si comprende la información brindada por el equipo médico y los alcances de la intervención.

Ahora bien, aún cuando el Sr. S. no comprenda la información, deviene en innecesario que se proceda la restricción de capacidad porque la forma en la que los equipos intervinientes de salud deban intervenir y suplir ese consentimiento se encuentra previsto en las leyes que nos rigen, concretamente: **Las leyes N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742 Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, Decreto Reglamentario nro. 1089/2012 y la Ley 26.657 de Salud Mental y la Ley 24193 a la que se remite la Ley 26.529 y su reglamentación.**

De las normas citadas surge expresamente que cuando -a criterio de los profesionales tratantes- el paciente no sea capaz de tomar o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, y no haya designado persona alguna para hacerlo, el equipo tratante podrá acudir a suplir el consentimiento por representación previsto en la ley. ¿Cómo funciona, cuando opera y quienes están en condiciones de suplir el consentimiento en estos supuestos? También está previsto en la Ley, veamos.



La ley sobre los Derechos del paciente y su Reglamentación en el art. 5 se refiere a la necesidad de que el equipo de salud requiera el

3D.M.A s/ Declaración de Incapacidad. Tribunal Superior de Justicia de Neuquen.19/04/2013 sentencia confirmada por la CSJN en los autos D.M.A s/ Declaración de Incapacidad 7/07/2015.



consentimiento informado del paciente ante la práctica médica.

En efecto, el art. 6 de la Ley 26.529 establece su obligatoriedad de dicho consentimiento y prevé que ocurre cuando el paciente no se encuentra en condiciones de consentir: *"Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijan por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente. **En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido.** Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario"*.⁴

Vale resaltar, que el art. 5 del Decreto Reglamentario define, por un lado el consentimiento informado, y que cómo opera el consentimiento por representación:

"Entiéndese como parte del consentimiento informado al proceso cuya materialización consiste en la declaración de voluntad a la que refiere el artículo 5° de la Ley N° 26.529 modificada por la Ley N° 26.742, a través de la cual luego de haberse considerado las circunstancias de autonomía, evaluada la competencia y comprensión de la información suministrada referida al plan de diagnóstico, terapéutico, quirúrgico o investigación científica o paliativo, el paciente o los autorizados legalmente



4 A los fines ilustrativos se hace constar que el art. 21 de la Ley 24.193 prevé "a) El cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que sin ser su cónyuge convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de TRES (3) años, en forma continua e ininterrumpida; b) Cualquiera de los hijos mayores de DIECIOCHO (18) años; c) Cualquiera de los padres; d) Cualquiera de los hermanos mayores de DIECIOCHO (18) años; e) Cualquiera de los nietos mayores de DIECIOCHO (18) años; f) Cualquiera de los abuelos; g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive; h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive; i) El representante legal, tutor o curador; Conforme la enumeración establecida precedentemente y respetando el orden que allí se establece, las personas que testimonien o den cuenta de la última voluntad del causante que se encuentren en orden más próximo excluyen el testimonio de las que se encuentren en un orden inferior. En caso de resultar contradicciones en los testimonios de las personas que se encuentren en el mismo orden, se estará a lo establecido en el artículo 19 bis."



otorgan su consentimiento para la ejecución o no del procedimiento.

Habrá consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, y no haya designado persona alguna para hacerlo; en cuyo supuesto, la información pertinente al tratamiento aplicable a su dolencia y sus resultados se dará según el orden de prelación referido anteriormente para tales fines.

También operará este consentimiento por representación en el caso de los pacientes incapacitados legalmente o de menores de edad que no son capaces intelectual o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar.

Cuando los mismos puedan comprender tales alcances, se escuchará su opinión, sin perjuicio de suministrarse la información a las personas legalmente habilitadas, para la toma de decisión correspondiente. Para este consentimiento deberán tenerse en cuenta las circunstancias y necesidades a atender, a favor del paciente, respetando su dignidad personal, y promoviendo su participación en la toma de decisiones a lo largo de ese proceso, según su competencia y discernimiento.

*Para que opere el consentimiento por representación, tratándose de personas vinculadas al paciente, ubicadas en un mismo grado dentro del orden de prelación que establece el presente artículo, **la oposición** de una sola de éstas requerirá la intervención del comité de ética institucional respectivo, que en su caso decidirá si corresponde dar lugar a la intervención judicial, sólo*



en tanto resultaren dificultades para discernir la situación más favorable al paciente.

El vínculo familiar o de hecho será acreditado; a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que a ese único efecto constituirá prueba suficiente por el plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas, debiendo acompañarse la documentación acreditante. Las certificaciones podrán ser efectuadas por ante el director del establecimiento o quien lo reemplace o quien aquél designe". (El resaltado me pertenece Art. 5 del Decreto nro.

1089/2012 - Reglamentación de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742. Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/199296/norma.htm>).

Por otra parte, vale destacar, que también la ley prevé las excepciones para contar con el consentimiento informado en el art. 9 de la Ley 26.529 "Excepciones al consentimiento informado. El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos:

a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales. Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo."

En el art. 9 inc b. de la Ley de Derechos del Paciente se establece la excepción al requisito de contar con el consentimiento informado "cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente".



En la reglamentación de dicho artículo se establece que *"la situación de emergencia con grave peligro para la salud o vida del paciente, que refiere el inciso b) del artículo 9°, cuando no puedan dar su consentimiento el paciente, sus representantes legales o las personas autorizadas por la ley y esta reglamentación. En este supuesto ante la imposibilidad del paciente para poder otorgar su consentimiento informado, será brindado por las mismas personas y bajo el mismo orden y modalidades que las mencionadas en el segundo párrafo de los artículos 4° y 6° de la ley conforme se reglamenta, en la primera oportunidad posible luego de superada la urgencia."*

EL citado art. 4 de la Ley 26.529 dice que: *"...En el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad."*

En la reglamentación de dicho artículo se expresa que: *"... Para el supuesto del segundo párrafo de los artículos 4° y 6° de la Ley N° 26.529 modificada por la Ley N° 26.742 la información sanitaria será brindada según el orden de prelación de la Ley N° 24.193, siempre que estuviesen en el pleno uso de sus facultades. Para el consentimiento informado se atenderá al orden de prelación del artículo 21 de la Ley N° 24.193, agregándose como último supuesto de prelación a **la persona que sin ser el cónyuge del paciente, o sin reunir ese carácter conforme el inciso a) del artículo 21 de la Ley N° 24.193, modificado por la Ley N° 26.066, estuviera contemplado en***



el artículo 4°, segundo párrafo de la Ley N° 26.529, por ser quien convive o esté a cargo de la asistencia o cuidado del paciente.

Ahora bien si el Sr. S. no tiene capacidad de comprensión y de brindar un consentimiento -conforme surgiría de los informes del equipo interdisciplinario en hojas 202 al considerar que: el "Sr. no se encuentra en condiciones de prestar consentimiento informado para cumplir con indicaciones terapéuticas siendo que no problematiza ni registra su enfermedad y que el consumo ha cesado solo a razón de la internación no existiendo pronóstico favorable al no contar con redes de contención en la localidad una vez externado"- es **claro que ese consentimiento deben brindarlo las personas a las que se refiere la ley y que erróneamente se interpretó que deben designarse personas de apoyo o representantes legales para ello.**

Con lo cual queda claro que bien podrían haber acudido a los familiares identificados por el equipo de salud -hijos mayores de edad- o incluso si la única referente familiar identificada por el equipo de salud es su ex conviviente Sra. C. P., en caso de ser necesario sustituir el consentimiento del Sr. S. podrá requerírsele a la Sra. P. o las personas que considere el equipo de salud de los listados citados, **sin necesidad de que aquellas sean designada como figura de apoyo o representante legal mediante una sentencia judicial.**

Continúa diciendo la reglamentación del art. 4 que: "Las excepciones deben ser interpretadas con carácter restrictivo y asentadas en la historia clínica del paciente, con el detalle de los motivos por los cuales el mismo no puede recabarse y las prácticas y medidas adoptadas sin que opere el mismo. **Los establecimientos de salud deben arbitrar los recaudos para que los**



profesionales estén entrenados y capacitados para determinar cuándo se presentan estas situaciones y dar cumplimiento a la ley y su reglamentación.” (art. 4 Decreto 1089/2012)

Me detengo en este punto porque debo **advertir al equipo tratante** que en adelante deberán abstenerse de supeditar sus prácticas de salud a una evaluación jurídica o sentencia de restricción de capacidad con la sola finalidad de que se designe una persona para que represente al usuario en los actos de consentimiento informado tal como lo requirieron en su informe de hojas 169.

Esta pretensión implica desconocer su competencia y los derechos del paciente como también las normas y paradigmas actuales que rigen el derecho a la salud, a la libertad y a al principio de autonomía y capacidad de las personas.

La normativa vigente y los paradigmas imperantes en el derecho humano a la salud tiene como fin evitar prácticas tales como la exigencia de una autorización judicial ante casos en que ello no es requerido por la Ley.

No se puede pretender que ante procesos de salud que transita una persona se solicite al Juzgado que se expida sobre la cuestión ya que esto importa desvirtuar la clara intención de las normas, en cuanto a que estas situaciones no deben desbordar el ámbito íntimo del usuario y/o de su familia y el equipo tratante.

Y es que la nueva normativa, al hacer explícita la inclusión de las decisiones al final de la vida, vino a brindar seguridad jurídica y aventar interpretaciones equívocas, a fin de evitar prácticas tales como la exigencia de una autorización judicial ante casos en que ello no es requerido por la Ley.



El Máximo Tribunal Nacional, respecto de la juridización del acto médico, sostuvo que: *"se sigue manteniendo una práctica contra legem, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales, que hace caso omiso de aquellos preceptos, exigiendo, allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización [...] este Tribunal se ve en la necesidad de advertir por una parte, a los profesionales de la salud, la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma referida."*⁵

Reitero en igual sentido a lo que ya resolvió el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén en tanto la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, (Arts. 2, Inc. e); 4; 5, Inc. g); 6 y concordantes), reglamentada por Decreto N° 1.089/12, vigente en la actualidad -establece un procedimiento no judicial, a través del consentimiento informado por representación (Art.5°), en el ámbito íntimo del paciente, su familia y el equipo tratante.⁶

La Corte Suprema de la Nación también sostuvo que *no debe exigirse una autorización judicial para convalidar las decisiones tomadas por los pacientes respecto de la continuidad de los tratamientos médicos, en la medida en que estas se ajusten a los supuestos y requisitos establecidos en la ley 26.529, se satisfagan las garantías y resguardos consagrados en las leyes 26.061, 26.378 y 26.657 y no surjan controversias respecto de la expresión de voluntad en el proceso de toma de decisión.*⁷

Basta con remitirme al informe de hojas 264 de los que surge que no hay un riesgo cierto e inminente para la salud o vida del Sr. S. que amerite suplir su



consentimiento informado, en el caso de que lo hubiera el equipo de salud deberá cumplir con lo establecido en la Ley de los derechos del paciente, y cuando sea necesario suplir su consentimiento podrá contar con las personas enumeradas en el art. 21 de la Ley de Trasplante de Órganos con los requisitos allí establecidos sin ser necesaria la designación judicial de una figura de apoyo o del representante legal.

En sentido similar lo dispone el art. 59 del Código Civil y Comercial *"si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. **En ausencia de todos***

5." ("F. A. L. s/medida autosatisfactiva", sentencia del 13 de marzo de 2012). 6 D.M.A s/ Declaración de Incapacidad. Tribunal Superior de Justicia de Neuquen.19/04/2013.
7 CSJN en los autos D.M.A s/ Declaración de Incapacidad 7/07/2015.



ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.”

Además en los casos de que sea necesario un abordaje a través del recurso terapéutico de internación deberá respetar lo establecido en el Capítulo VII de la Ley de Salud Mental y solo dar intervención a este Juzgado si se interna de forma involuntaria al Sr. S..

Sentado ello, debo hacer una apreciación sobre la solicitud del Ministerio Público respecto de que se restrinja la capacidad del Sr. S. para consentir traslados a centros terapéuticos especializados.

Ahora bien, nuevamente sobre dicho aspecto aplican los lineamientos antes citados para las prácticas médicas. Pero deseo detenerme en esta cuestión porque lo planteado se vinculó a las dificultades referenciadas por el equipo médico tratante (para proceder al traslado del Sr. S. a un centro de rehabilitación) cuando el Sr. S. se encontraba cursando una internación involuntaria en los términos del art. 20 de la Ley Nacional de Salud Mental.

Tampoco corresponde restringir esta capacidad del Sr. S. ya que tal decisión y su efectivización se encuentra dentro de las facultades del equipo tratante. En el caso de que el equipo de salud considere necesario trasladar al usuario a un centro especializado, deberá actuar de conformidad al art. 30 de la Ley de Salud Mental en el que se regulan las derivaciones.

El art. 30 de esa ley establece que: Las derivaciones para tratamientos ambulatorios o de internación que se realicen fuera del ámbito comunitario donde vive la persona sólo corresponden si se realizan a lugares donde la misma cuenta con mayor apoyo y contención



social o familiar. Los traslados deben efectuarse con acompañante del entorno familiar o afectivo de la persona. Si se trata de derivaciones con internación, debe procederse del modo establecido en el Capítulo VII de la presente ley. Tanto el servicio o institución de procedencia como el servicio o institución de destino, están obligados a informar dicha derivación al Organo de Revisión, cuando no hubiese consentimiento de la persona.

Lo explico en forma más simple. Si el equipo de salud considera que el Sr. S. debe ser trasladado a un centro especializado en problemas de consumo deberá evaluar si puede hacerlo de forma voluntaria o si existe un **riesgo cierto e inminente que amerite disponerlo en forma involuntaria. En el primer caso deberá requerir su consentimiento informado conforme a la Ley de los Derechos del paciente, en el caso de que no pueda o quiera brindarlo y existe un riesgo cierto e inminente podrá disponer su traslado e internación en otro centro de manera involuntaria sin necesidad de contar con ese consentimiento, pero con los recaudos establecidos en el Capítulo VII de la Ley de Salud Mental y para ello reitero no se necesita que se proceda a una restricción de capacidad con designación de figuras de apoyo.**

Es importante entender que solo en caso de riesgo cierto e inminente para el Sr. S. se puede actuar en contra de su voluntad, para lo demás debe primar su capacidad de decidir lo que considere mejor para su vida siempre que comprenda las consecuencias de su negativa al tratamiento, aun cuando eso no sea lo que aconseja el equipo tratante o lo que desee su familia.

En este sentido el art. 5° de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos (Unesco, 2005) establece que se debe respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones.



Y respecto de quienes carezcan de esa posibilidad se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses.

El principio constitucional de intimidad establecido en el Art. 19 de la Carta Magna, no adscribe al llamado principio paternalista, que justifica la prohibición de ciertas conductas por parte del Estado con el objeto de proteger a quien las realiza. Empero, si bien consagra el derecho a la autonomía personal, lo hace, salvaguardando el orden, la moral pública y la afectación de derechos de terceras personas.

El máximo Tribunal se expidió entre otros casos, en el precedente "Bahamondez"⁸ en el cual se discutía si debía respetarse la voluntad de una persona que se negaba a recibir una transfusión de sangre por razones religiosas.

Se sostuvo entonces: *"El Art. 19 de la Constitución Nacional otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros"* Y también: *"...la posibilidad de que los individuos adultos*

8 FALLOS: 316:479, *puedan aceptar o rechazar libremente toda interferencia en el ámbito de su intimidad corporal es un requisito indispensable para la existencia del derecho a la autonomía individual, fundamento éste sobre el que reposa la democracia constitucional.*" (disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio y Enrique Santiago Petracchi)."

También la Corte en otra oportunidad sostuvo que *"el respeto a la voluntad personal como fuente de la dignidad permite al hombre elegir su propio plan de vida no solo frente al estado sino también ante las*



preferencias y pese a las reacciones de terceras personas. "Que, por cierto, la libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés, circunstancias que claramente no aparecen configuradas en el caso." ⁹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también sostuvo: "Con relación a tal derecho y su vinculación con el principio de "autonomía personal", a nivel interamericano se ha señalado que "el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía que es prenda de madurez y condición de libertad e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones".¹⁰

Calificada doctrina que explica: "Cuando el Código habla del beneficio de la persona –art. 31 inc. b)–, no lo está haciendo desde la postura tutelar-paternalista tradicional fundada en la concepción médica, sino desde la interpretación integral, sistemática y coherente del Código, es decir, debiéndose leer a la luz de los arts. 1 y 2 que imponen como pauta de interpretación los



9 "Albarracini Nieves, Jorge" del 1/6/12 - A.523 XLVIII.
10 (C.I.D.H. en el caso Ximenes Lopes vs. Brasil, del 4 de julio de 2006, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez)- ("Arriola" FALLOS:332:1963



principios fundamentales y los tratados de derechos humanos. En ese contexto hablar de "beneficio de la persona" importa una concepción del beneficio fundado en el objetivo central del ordenamiento: la protección de la persona humana, alejada del paternalismo sustitutivo violatorio de los derechos inherentes a su situación" (Kemelmajer de Carlucci, Aída -Fernández, Silvia E.-Herrera, Marisa; Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código, LL suplemento del 18/08/2015, 1).

Entonces ¿puede el Sr. Suarez adoptar decisiones que tengan como consecuencia previsible la afectación de derechos fundamentales?. La respuesta afirmativa se impone, por cuanto el sujeto de derecho en el marco de nuestro ordenamiento jurídico cuenta con una zona de reserva, dentro de la cual es dueño de adoptar decisiones sobre su propia vida, sin que estas se encuentren sujetas a intromisión del estado, en tanto no afecten a la moral y al orden público ni perjudiquen a terceros.

Estas conductas autónomas hacen a la dignidad de la persona y al pleno ejercicio de la libertad con lo cual no corresponde en este caso restringir sus derechos personalísimos para consentir actos relativos a su salud.

2.- Sobre la solicitud de restricción a la capacidad para contraer créditos, prestar fianza, disponer y administrar bienes.

Corresponde hacer lugar al pedido de la Dra. Pacheco en este punto con algunas aclaraciones respecto a la disposición y administración de bienes.

De las constancias del expediente surge que el Sr. S. es titular de bienes inmuebles y percibe un único



ingreso mensual por el alquiler de un local de su propiedad.

La limitación a la capacidad para disponer y administrar bienes no puede ser genérica sino que debe contemplarse de forma personalizada.¹¹

Es claro el informe del Equipo Interdisciplinario en debe disponerse una restricción a la capacidad del Sr. S. para administrar y disponer de sus

11Sala "A," de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia .- Abril 2016. Elevación en Consulta .- Adecuación de la sentencia a los postulados del Código Civil y Comercial .- Convención de los Derechos de la Personas con Discapacidad. Autos: "Area de Defensa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Ministerio de la Defensa Pública (L) s/Determinación de la capacidad jurídica , apoyos y salvaguardias" Expte. N 59/2016.-

bienes en beneficio de su patrimonio ya que por su situación de consumo necesita apoyo para realizar actos de esa complejidad, ahora bien solo corresponde tal restricción respecto a bienes registrables.

Con relación a la administración del único ingreso que percibe Hugo por el alquiler de un bien de su propiedad, podrá administrarlo con ayuda de una persona o institución que actúe de apoyo. Por lo que surge de este proceso no es posible designar a la persona propuesta por los equipos profesionales ni por el Ministerio Público por un claro conflicto de intereses como lo explicaré mas adelante.

3.- Sobre la solicitud de restringir la capacidad de ejercer la responsabilidad parental.



Merece una consideración aparte el ejercicio de la responsabilidad parental, pues la cuestión involucra tanto los derechos del progenitor como el de sus hijos.

Del informe de hojas 204 surge el Sr. S. y la Sra. P. son progenitores de:

- N. F. S. -24- Actualmente reside en Gral. Roca.
- N. A. S. -22 años- Reside en Buenos Aires.
- A. S. -16- Estudiante. Reside con su madre
- H. N. -10- Estudiante. Reside con su madre.
- A. R. -4 años- Reside con su madre.

El régimen jurídico de la responsabilidad parental recoge las reglas generales de presunción de la capacidad y de excepcionalidad de las restricciones, al considerar la limitación de la capacidad como una causal de suspensión de su ejercicio, única y exclusivamente, cuando se evalúe y determine que en el caso particular existen causas graves de salud que impidan su ejercicio.

Así, el art. 702 del CCC establece los casos en los que se suspende el ejercicio de la responsabilidad parental, contemplando como uno de los supuestos, la declaración por sentencia firme de la limitación a la capacidad por razones graves de salud mental que impidan al progenitor dicho ejercicio.

Como bien explica Mizrahi, "En efecto, la suspensión de la responsabilidad parental sólo operará cuando se declare mediante sentencia judicial la limitación a la capacidad, previa acreditación de que la afección le impide al progenitor dicho ejercicio. Quiere decir que se evaluará cada caso concreto -experticias mediante- para decidir si efectivamente el padre está impedido de ejercer sus funciones. Con acierto, entonces,



como bien se dijo, esta causal ha sido readecuada a los principios que emanan del modelo social de la discapacidad, conforme a la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la ley nacional de salud mental 26.657. El criterio reinante es que la limitación de la capacidad de la persona no ha de implicar necesariamente la imposibilidad de ejercer la responsabilidad parental. Este nuevo paradigma impone al juez al momento de la declaración de la limitación a la capacidad, determinar si en este supuesto específico existen razones que impidan el ejercicio de la responsabilidad parental." (Mizrahi, Mauricio Luis, Responsabilidad parental, Ed. Astrea, año 2015, pág. 509).

Al respecto tengo en cuenta que de la audiencia mantenida con el Sr. S. y de los informes del equipo interdisciplinario y del equipo de salud presentados a lo largo de todo este proceso surge que el Sr. S. no convive con ninguno de sus hijos ya que estos residen con su mamá en otra localidad. El contacto con ellos es esporádico siempre impulsados por la Sra. P. y en su presencia.

Concluyo que de los informes presentados por el equipo interdisciplinario **no surge la necesidad de restricción de dicha capacidad**, no obstante se infiere de la situación de salud actual del Sr. S. que necesita ayuda para actos cotidianos que hacen a su cuidado, con lo cual con mayor razón necesitará ayuda para cuidar a otros y que en los hechos la persona que de forma extrajudicial actúa como intermediaria para el contacto con sus hijos es la Sra. C. P., podrá esta continuar como tal sin ser necesaria su designación judicial y otras serán las acciones que podrá entablar para adaptar un plan de parentalidad y cuidado personal de sus hijos acorde a la realidad familiar y la de H..



En este sentido, considero que los apoyos extrajudiciales según lo dispuesto en el artículo 43 CCyC pueden ser implementados sin necesidad de un proceso judicial de determinación de la capacidad y, que la obligación de requerir intervención judicial solo debe obedecer a la voluntad de cumplir con las salvaguardias que dispone el art. 12 CDPD.

4.- Sobre la solicitud de restringir su capacidad para gestionar la renovación de su licencia de conducir.

No corresponde restringir dicha capacidad ya que no ha sido sugerido por el equipo interdisciplinario y en todo caso la Autoridad Administrativa competente para el otorgamiento de las licencias de conducir deberá evaluar si el Sr. se encuentra en condiciones psicofísicas de acceder a la misma encontrándose facultado el Ministerio Público a oficiar en su caso para poner en conocimiento la situación actual del Sr. S..

5.- Designación de apoyos para el Sr. S..

De los informes presentados por el equipo de Salud y el Equipo Interdisciplinario del Juzgado surge que el Sr. S. no tiene una red familiar y social en la localidad.

Además de la entrevista celebrada con Hugo conforme al Art. 35 de Código Civil y Comercial, también surge que no confía en la Sra. C. P. como una persona de apoyo, relata cuestiones patrimoniales en los que surgen intereses contrapuestos con aquella y su negativa a que se la designe judicialmente para acompañarlo en sus decisiones.

A mayor ilustración se retoman sus dichos: *"Quiero volver a mi casa, vivir solo, no quiero irme de Villa La Angostura, una vez me interné en Mendoza, me fue bien pero no quiero internarme de nuevo voy a estar bien y*



salir solo de esto porque ahora se lo que me va a pasar. No quiero nada de C., ella me vendió todas las máquinas de la panadería por eso no pude trabajar y llegue a tomar tanto. Mis hijos vinieron a verme pero no me dijeron mucho, no me gusta que me vean acá. Yo quiero volver a armar mi panadería solo me quedó un horno. Tengo un terreno nomas porque mi camioneta se la llevó C.. Voy al Cef hacemos actividades. No me acuerdo como llegue a acá y que paso el día que me internaron. Ahora estoy mucho mejor. No quiero internarme en Plottier. Puedo hacer un tratamiento ambulatorio, no tengo lugar para que me cuide una persona en mi casa."

En efecto advierto un conflicto de intereses entre la persona propuesta como apoyo y el Sr. S..

Entonces corresponderá convalidar provisoriamente a aquellos apoyos institucionales que acompañan extrajudicialmente a H. en el ejercicio de sus capacidades sin necesidad de que sean designados judicialmente mediante esta Resolución.

Lo explico, el apoyo es una parte normal de la vida comunitaria, en que las familias son la primera fuente de apoyo para todos. En el caso de muchas personas con discapacidad o con problemas de salud complejos como el consumo problemático de sustancias, el apoyo de la familia sirve de puente para tener acceso a otras formas de asistencia necesarias para disfrutar plenamente de los derechos humanos.

Sin embargo, cuando no existen otras opciones y las familias son el único proveedor de apoyo, la autonomía de las personas y sus familiares se ve reducida. Los receptores del apoyo no tienen ningún tipo de elección o control en cuanto a la asistencia que necesitan para realizar su proyecto de vida y suelen surgir problemas



relacionados con la sobreprotección y los conflictos de intereses.

Las familias, especialmente las más vulnerables en el aspecto socioeconómico, también experimentan una presión considerable dado que el apoyo familiar no remunerado afecta asimismo a las relaciones sociales, los niveles de ingreso y el bienestar general de la familia.

La falta de sistemas de apoyo adecuados incrementa el riesgo de segregación e institucionalización. Cuando las familias no reciben el apoyo necesario, existe una gran presión para que internen al familiar en una institución. Tanto la institucionalización como la falta de apoyo en la familia incrementan el riesgo que corren las personas con capacidad restringida de ser objeto de un trato negligente, violencia y abusos.

Así pues, los Estados deberían aprobar y aplicar políticas y programas que permitan a las personas con capacidades restringidas a obtener el apoyo que necesitan para participar en las decisiones que afectan a su vida y en la vida en la comunidad. La protección y la promoción de los derechos humanos de las personas deberían ocupar un lugar central en esos esfuerzos de política, en lugar de orientarse a enfoques médicos y de beneficencia.¹²

12 Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad de la Asamblea de Naciones Unidas A/HRC/34/58 20/12/2016.-

Con lo cual no se puede desestimar la importancia de los apoyos institucionales comunitarios para H., ya que en los hechos son quienes lo asisten en cuestiones cotidianas de su vida ante la ausencia de una red familiar.

Desde el área de Salud se encuentra interviniendo el equipo psicosocial del Hospital local quienes abordan de manera ambulatoria el proceso de salud de H. y continúan



trabajando en la problematización de su enfermedad y el fortalecimiento de su autonomía.

Desde el Área de Desarrollo Social del Municipio se está procurando brindarle una solución habitacional para que tenga una vivienda digna y se lo asiste para cubrir sus necesidades cotidianas.

Entonces los obstáculos que identifico para el ejercicio pleno de sus capacidades tiene que ver principalmente con la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra H., la ausencia de una vivienda en condiciones de habitabilidad, la distancia de la localidad donde viven sus hijos y el alejamiento familiar por su situación de salud principalmente el consumo de alcohol que hacía imposible la convivencia.

Con lo cual dar solución a esos problemas y revertir las decisiones que toma H. en cuanto a su proyecto de vida exceden mi función como magistrada, y si exigen esfuerzos y acciones positivas por parte de las instituciones comunitarias, de salud y de desarrollo social para remover esas barreras psicosociales que le impiden hoy tener una red familiar cercana que reitero desde un activismo judicial se puede facilitar el acceso a esos espacios pero alentar el cambio del proyecto de vida de H., generar conciencia de su enfermedad, brindarle una vivienda digna y reconstruir su red familiar y social no es el objeto de este proceso aunque se inste a ello en el marco de estas actuaciones.

Que por ello, las normas, doctrina y jurisprudencia citada:

RESUELVO:

I) Hacer lugar parcialmente a la demanda de restricción de capacidad presentada por el Ministerio Público. En consecuencia restringir las siguientes capacidades del Sr. **A. H. S., DNI Nro.**:



I. a) Para prestar fianzas, adquirir créditos y disponer bienes registrables. Para tales actos deberá contar, para su validez, con el asesoramiento del Ministerio Público quien deberá emitir un certificado hasta tanto se cuente con el informe que se requiere en el siguiente punto y se pueda suplir la persona de apoyo.

I. b).- Administración de ingresos provenientes de alquileres de bienes de su titularidad.

Al respecto advirtiéndole que el Sr. S. solo cuenta con apoyos extrajudiciales institucionales y que la persona propuesta como apoyo familiar y personal tiene intereses contrapuestos al mismo, requiérase a la Secretaría de Desarrollo Social y al Área de Fortalecimiento del Municipio local que en el plazo de 5 días informen si han relevado una figura de apoyo personal para el Sr. S. que pueda asistirlo para los actos de administración de su ingreso mensual con la carga de apoyarlo llevando una rendición de cuentas.

II). Establecer como plazo para llevar a cabo la Revisión prevista en el art. 40 del C.C.C. en el plazo de UN (1) AÑO

III) Comunicar lo aquí resuelto a la Sra. Directora del Hospital Dr. Oscar Arraiz y a la secretaria de Desarrollo Social de la Municipalidad de Villa la Angostura a raíz de los informes presentados a lo largo del presente proceso.

IV) Librar oficio a la Secretaría de Desarrollo Social y al Área de Fortalecimiento del Municipio a los fines dispuestos en el punto I.B).

V) Hágase saber al Ministerio Público que se encuentra a su cargo la confección y diligenciamiento de los oficios aquí ordenados



Notifíquese electrónicamente a las partes y a la
junta interdisciplinaria para su conocimiento.
PROTOCOLÍCESE Y NOTIFÍQUESE.

Dra. ELIANA FORTBETIL - JUEZA