

"Z.A.M. s/insania"
Juzgado de Primera Instancia en
Civil y Comercial nro.4
San Isidro.
Ac.115.346

Suprema Corte:

I- La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial -Sala III- del Departamento Judicial San Isidro confirmó la resolución de la Sra. Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del mismo departamento judicial, que dispuso rechazar la reevaluación de la situación de la justiciable a la luz de la nueva ley de salud mental nº 26.657 -artículo 152 ter- peticionada por la Sra. Asesora de Incapaces -fs. 800/802-.

Contra dicho pronunciamiento se alza la representante del Ministerio Público Pupilar, Dra. Roll Bianciotto, impetrando recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y doctrina legal - fs.1084/1095-.

Desestimado el remedio intentado, acude en queja. Se hace lugar a la misma, y se le concede el Recurso Extraordinario interpuesto -fs. 1097, 1137 y 1144/1145-.

II- En lo sustancial, plantea la Sra. Asesora de Incapaces, que la resolución del "ad quem" infringe los artículos 3 del Código Civil, 28 de la Constitución Nacional, el artículo 152 ter del Código Civil y el plexo de derechos consagrados convencionalmente y de jerarquía constitucional, reconocidos para las personas con

discapacidad intelectual, como es el caso de A Z. No se expide respecto a la aplicabilidad de la ley n°26.657, ni sobre los derechos que se conculcan, con la denegatoria al pedido de reevaluación en el marco de un informe interdisciplinario y además, realiza una errónea apreciación de la prueba.

Desarrolla la materia y derechos que consagra la ley n°26.657, la que a su vez recepta los derechos humanos preestablecidos con rango constitucional (vrg. garantía del debido proceso, la defensa en juicio, el control y revisión judicial de los procedimientos por un órgano competente cuando está en juego el derecho a la libertad de los ciudadanos), aplicables a todas las personas y en particular, a quienes padecen afecciones mentales o psicosociales y consecuentemente debe ser respetada en todos los estamentos provinciales como norma de contenidos mínimos con aplicación en todo el territorio nacional (art.1). Enumera los artículos que consagran el derecho a la salud en cada uno de los instrumentos internacionales incorporados a nuestra Carta Magna, y los que se incorporan en la ley n°26.657 (artículo 2). Alude a las leyes nacionales nros. 25.280 y 26.378 que incorporan, respectivamente, a nuestra legislación la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación para las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo. Advierte que la categoría

de orden público que el legislador le ha concedido a la citada ley de salud mental, artículo 45, no puede ser desconocida por el intérprete.

Señala, que la ley recepta el derecho a la revisión de la sentencia respondiendo al modelo social de la discapacidad, el que se garantiza con la evaluación interdisciplinaria que dispone el artículo 5 de la misma.

Sostiene que lo hasta aquí reseñado fueron los agravios presentados en su oportunidad a la Excma. Cámara, los cuales no fueron tratados. Decretó la inaplicabilidad del artículo 152 ter para el caso de A Z, fundado en el artículo 3 del C.C.. La persona afectada en su salud mental y sometida a proceso judicial sobre su capacidad civil debe tener garantizada la tutela legal efectiva y el acceso a la justicia y parte de esa garantía, es la posibilidad de acceder a una nueva evaluación. No hay en este tipo de procesos situaciones definidas, selladas, instantáneas, agotadas, que vedan la aplicabilidad inmediata de la nueva ley que además, resulta a todas luces más garantizadora de derechos.

Para rechazar la aplicación de la ley n°26.657 la Cámara invoca un fallo -Ac 63.120-, cuyo fundamento no resulta aplicable a este caso.

Entiende la Sra. Asesora que el artículo 152 ter es de aplicación inmediata a todo proceso de incapacidad y a los que cuentan con declaración de incapacidad absoluta de hecho, anterior

a la vigencia de la nueva normativa.

Considera que con su pronunciamiento el "ad quem" se apartó del alcance que debe dársele al artículo 152 ter e interpretó erróneamente el artículo 3 del Código Civil ya que entendió que la situación de la Sra. A Z no podrá ser modificada con la aplicación del nuevo artículo. Para ello apreció en forma inadecuada la abundante prueba documental traída por la Curaduría Oficial, en la que quedó en evidencia -además de las entrevistas que mantuvo la Asesoría con la justiciable-, los avances y logros que en honor a la autonomía alcanzó la misma, y dejó de lado toda la legislación enumerada en esta presentación; específica en la materia, y de mayor jerarquía que el Código Civil.

II- He de puntualizar, liminarmente, ciertas cuestiones que entiendo necesarias e introductorias, a los argumentos que complementan los postulados por la recurrente.

En efecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -con jerarquía suprallegal- (Ley n°26.378) si bien, no reconoce nuevos derechos humanos (art. 75 inc. 22 C.N) "aclara la aplicación de los derechos existentes a la situación específica de las personas con discapacidad" (A/HRC/10/48 pág.12 punto 33).

Es su propósito y fundamento, promover, proteger y asegurar el goce pleno, en condiciones de igualdad, de todos los

derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad y el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, la no discriminación, la participación e inclusión plena y efectivas en la sociedad, respeto por la diferencia, el respeto por la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad, igualdad de oportunidades, igualdad entre el hombre y la mujer y la accesibilidad (artículos 1 y 3).

Ha recepcionado el modelo social de la discapacidad donde la dignidad y autonomía de todo individuo son el sustento para que la persona sea centro de las decisiones que la afectan. La debida respuesta social, en el marco de los derechos humanos, requiere de todas las adaptaciones y modificaciones que fueren indispensables dentro de la organización social, para la participación plena de la persona con discapacidad en la comunidad. El Artículo 75 inc. 23 de la CN nos otorga una pauta trascendente para interpretar las normas aplicables a un caso concreto en el ámbito judicial, y los ajustes razonables previstos en el artículo 2 de la CDPD, la herramienta para llevar a cabo las acciones positivas estipuladas en aquella norma.

Con la finalidad de mejorar el conocimiento y la comprensión de la CDPD, se ha expresado que " **la protección judicial de los derechos parece indispensable para cumplir el**

imperativo de la convención, y debe extenderse a los derechos económicos, sociales, y culturales, además de los civiles y políticos "...y "...los jueces han de aplicar el derecho interno de manera que sea compatible con ella..."(A/HRC/10/48 pág. 20, pág. 57 última parte y pág.58).

Reconociendo el impacto y trascendencia de las interpretaciones que realizan los órganos de los tratados, nuestro máximo Tribunal, los considera como únicos intérpretes autorizados de los tratados, y de las observaciones generales. Y ha expresado, que los tribunales locales deben adecuarse a dicha interpretación (entre otros "Maldonado" -fallos:328:3677- y "Torrillo" -fallos:332:709-).

En tal contexto amerita consignar lo estipulado en la **Opinión Consultiva CIDH 18/03 de 17/09/2003 Secc A.** que considera que "171...el Estado no sólo debe adecuar toda normativa interna al respectivo tratado, sino que además, las prácticas estatales relativas a su aplicación deberán adecuarse al derecho internacional. Es decir, no basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al derecho internacional, **sino que es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde, con el derecho internacional aplicable".**

III- Desarrollados tales conceptos me abocaré a los temas principales sobre los que, a mi modo de ver, recae el embate planteado: la aplicación retroactiva de la ley de salud mental n°26.657 -artículo 152 ter en este proceso y las condiciones que deben reunirse para su aplicación-.

Respecto al primer tópico expresó el "ad quem" "...cabe recordar que en el caso, la condición de la causante se ha corporizado en una sentencia declarativa de incapacidad, es decir, su condición jurídica en los términos declarados no configuraba un hecho in fieri o en curso de desarrollo al tiempo de la sanción de la ley n°26.657, por lo que está excluida de la acción reguladora de la flamante norma"... "Teniendo en cuenta lo antes reseñado, resulta claro que la situación de capacidad de A Z se consolidó jurídicamente en los términos y con el alcance de lo decidido en base a la normativa vigente al momento de dictar sentencia (art. 3 del Código Civil)".

Ahora bien, justamente una patología psiquiátrica constituye un concepto dinámico, provisorio y perfectible y su evolución, se encuentra vinculada a otros factores que exceden el tratamiento farmacológico. Se encuentra inescindiblemente unida a situaciones afectivas, emocionales, rehabilitadoras que involucran a grupos familiares, vecinales, terapéuticos, etc. -que siendo mutables por su propia naturaleza-, requieren de controles periódicos, para

verificar si han variado las situaciones personales o de salud de la persona sujeta a estos procesos. La finalidad es que la realidad personal se encuentre reflejada en la situación jurídica declarada y protegida en la medida que la persona lo necesite. Lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular, en un momento determinado (artículo 5 Ley n°26657).

Del mismo modo es posible que la declaración judicial de determinación de la capacidad civil, sea revisable -cosa juzgada formal- es decir, reeditarse en un nuevo proceso las causas que le dieron origen (Artículos 150 C.C. y 649 C.P.C.C.).

En su preámbulo, la CDPD expresa que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno, que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Consecuentemente, si a lo expresado aplicamos la profusa normativa prevista en nuestro bloque de constitucionalidad sobre derechos humanos (ya detallada por la Sra. Asesora de Incapaces); la precitada Convención -Ley 26.378-, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discapacidad, -Ley 25.280-, las interpretaciones (ya señaladas) que sobre tales instrumentos han realizado los órganos de los tratados, la Ley Nacional de Salud

Mental -Ley 26.657-, cuyo texto se alinea en el camino marcado por tales documentos de derechos humanos y los elementos obrantes en autos, entiendo que el sentido y alcance del artículo 152 ter debe ser entendido en el de su aplicación en favor de A Z.

En lo vinculado a las condiciones de su aplicación, expresó la Cámara... "que el mero hecho del transcurso del tiempo del dictado de la sentencia... , no impone perse el deber de reevaluación de la declarada incapaz"... "... cabe en todo momento la posibilidad de la reevaluación (art.150 del Código civil), **la que debe atender al caso concreto, a sus circunstancias particulares y a la variación de las tenidas en mira al declararse la incapacidad**" (la negrita me pertenece)..." **"el sentido de la previsión legal del art. 152 ter** (más allá de otros debates sobre el alcance de la manda que exceden el presente) **debe ser ejercida de un modo razonable, es decir -conforme la situación de la afectada...- (art. 28 de la C.N.)**...(la negrita me pertenece)

La razonabilidad es un límite al poder estatal y un criterio para la aplicación de las normas, que debe ser estrictamente cumplido junto con el criterio de proporcionalidad, para evitar una sentencia arbitraria. En mi opinión, los párrafos transcriptos precedentemente, evidencian una afirmación dogmática, que se contrapone no sólo con los elementos fácticos obrantes en el expediente, sino con lo expuesto en los considerandos de la

sentencia en crisis.. Expresa el Tribunal "...atendiendo a que no surgen de las constancias de autos, que existan cambios que pudiesen determinar una modificación beneficiosa en la situación de la denunciada y sí existen, constancias del efectivo control y acompañamiento de la curada; no existen elementos que permitan vislumbrar -ni remotamente- que la situación actual de la asistida afecte su dignidad, libertad, debido proceso o no asegure sus plenos derechos como persona afectada por padecimiento mental (a la recuperación y preservación de la salud, entre otros)....."cabe concluir que no se da en autos una situación de duda y mucho menos de riesgo (respecto a que su condición jurídica no sea acorde con su situación personal.."); más tal afirmación contrasta, como lo adelantara, con lo invocado en los considerandos, a saber " ...se desprende que en la actualidad la causante no está internada y se encuentra tranquila, tiene una evolución favorable, orientada en tiempo y espacio, con evocación y fijación conservada... su juicio se encuentra conservado, sin que se detecten alucinaciones ni delirios en el momento del examen... que concurre regularmente al hospital de día participando activamente de todas las actividades ...el informe social de fs. 792 de fecha 30/12/10 da cuenta que A Z... vive en la actualidad en una habitación de la pensión ...y que transcurre su externación exitosamente, interactúa en el medio social sin dificultades, organiza actividades recreativas con sus compañeros de

tratamiento en su tiempo libre...". De lo reseñado, surge la actual condición y régimen de vida de A Z que controla su situación, vive en una pensión, es asistida por un acompañante terapéutico...".

Consecuentemente puede advertirse que a lo largo del trámite de este proceso A Z, progresivamente, fue adquiriendo y ejerciendo habilidades y capacidades. A modo de ejemplo "...en cuanto a su dinero ..."expresa que se compró ropa y artículos de perfumería...expresa su deseo: ...en algún momento, de viajar unos días a Córdoba... Plantea que irá al cine ... Se la observa muy bien arreglada, suavemente maquillada. El diálogo se desarrolla con mucha fluidez y cordialidad -fs. 317-, ..."se la observa vestida con ropa moderna, luce un nuevo corte de cabello, se expresa con un tono animado. Se le informa del depósito de su dinero. Manifiesta que realiza salidas por la zona, con personal de la clínica, al que abona su acompañamiento. ...se hace cargo del pago del lavadero que contrató en la zona. Expresa su interés en contar con un período de vacaciones... participa de todas las actividades propuestas por la clínica -fs 458- "... A Z se muestra muy contenta con la posibilidad de realizar esta salida (Entre Ríos)... refiere que ya organizó su ropa y que deberá adquirir una malla para ingresar a las termas (fs. 480)....." Manifiesta interés en conocer la situación de su vivienda, ya que refiere que le comentó una enferma, que a su hermano lo internaron. Presenta aspecto aseado, prolijo, viste ropas modernas

adquiridas por ella misma en salidas con personal -fs. 530- , "... A Z presenta inquietudes en varios sentidos, desea conocer su situación patrimonial, manifiesta su interés en ser externada y por último, refiere su interés en realizar una salida recreativa con su AT al Tigre por el lapso de unos días; al respecto comenta las averiguaciones que estuvo realizando respecto a lugares y costos. Conclusiones...La próxima salida vacacional que se está organizando permitirá que su AT vaya trabajando temas relacionados con la autonomía (actividades de la vida diaria, ingesta de la medicación, etc.) en un espacio por fuera de lo institucional) -fs. 669- ".....plantea su interés en ser externada. Aporta una serie de datos sobre habitaciones en pensiones de la zona -fs. 683-" "..Dada su buena evolución se le ha otorgado el alta médica. Se encuentra en condiciones de habitar en una pensión próxima y concurrir a un hospital de día en ésta institución -fs. 693-" "pude observar a A Z preparándose el almuerzo (ensalada de tomates y milanesas). Se desplazaba por la cocina con gran soltura... adquirió sábanas, una frazada y muchos compañeros y personal le hicieron regalos de utilidad (platos, cubiertos, ollas, etc...." -fs. 700 vta.- "...dada de alta con fecha 1/7/10" -fs. 735-... " ...Se realiza un seguimiento de la situación de la causante quien transcurre su externación exitosamente. Han surgido dificultades que las pudo ir sorteando. A Z continúa viviendo en la pensión ... concurre al hospital de día. Mantiene un buen vínculo con

su compañeras de pensión, se organiza en sus actividades cotidianas sin dificultades...fuimos a la casa del propietario de la pensión con el objeto de abonarle el alquiler del mes. Pude observar a A Z en su hábitat, en el desenvolvimiento en el barrio, mientras se trasladaba hasta la clínica... ha gestionado el subsidio de vivienda ante el PAMI...Mantiene su proceso externativo sin dificultades -fs.7 85/785 vta.-... "...juntas concurrimos a abonar el alquiler de la habitación que ocupa en el domicilio citado en informes anteriores... Es de destacar la actitud activa que presenta A Z... con sus compañeros de tratamiento con los que realiza frecuentes salidas los fines de semana....no presenta dificultades en su cotidianeidad con las compañeras de convivencia de la pensión....ha realizado la gestión ante el PAMI y retira la medicación en forma gratuita... "La causante transita su externación en forma sumamente satisfactoria, con muy buena integración al medio social, con actitud activa en la vinculación con las personas..." -fs. 1079-.

Respecto a la historia vital de AZ los únicos datos existentes en el proceso son los vinculados a su grupo familiar - disfuncional- conformado por una madre y un hermano, actualmente fallecidos, que estudió nutrición en la universidad, por lo menos hasta segundo año, y que se recibió de perito mercantil y trabajó en una panadería de la zona de su domicilio..." presenta un aspecto prolijo, su lenguaje es fluído y acorde a su nivel cultural (fs. 10 y 269 vta.).

Es decir, con los pocos datos existentes no resulta posible determinar con exactitud, qué capacidades mantenía o no fueron afectadas por su enfermedad, al momento del dictado de la sentencia de fs. 90, y cuáles recobró, ya que en estos obrados la sentencia que declaró su incapacidad por demencia, se basó exclusivamente en la existencia de una patología psiquiátrica -esquizofrenia- sin que se valoraran las consecuencias que la misma proyectaba sobre la administración de los bienes (valoración socioeconómica) y la preservación de su persona (de peligros, en lo físico y en lo espiritual, para ella, para la familia y para sociedad). No se resolvió conforme el criterio médico-jurídico establecido por la ley n° 17.711 - artículo 141 del Código Civil ("Juicio de Insania y otros Procesos sobre la Capacidad" Cifuentes-Rivas Molina.Tiscornia págs. 27/27 vta.). Tampoco A Z fue convocada para ser oída, facultad procesal, que a mi entender, se ha transformado en un mandato, a la luz de la Constitución Nacional, Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos.

Respecto a que "la posibilidad de revisión debe basarse en una hipótesis concreta de rehabilitación aún parcial (artículo 28 C.N.) "... cabe preguntarse ¿cómo será posible en este proceso determinar tal hipótesis, si se priva a a la justiciable de una reevaluación de su dolencia por parte de un equipo interdisciplinario?, ¿se encuentran preservadas las garantías al debido proceso y acceso a la justicia de A Z?.

El artículo 12 de la CDPD, luego de reafirmar el derecho de todas las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica y capacidad jurídica, en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de la vida, trata la forma de lograr tal reconocimiento y establece " 4. 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 la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales, al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas".

En esta instancia merecen reproducirse los argumentos plasmados por la recurrente, en particular cuando manifiesta "...lo que aquí se intenta desde la petición de fs. 790 es, de definir si sigue siendo necesario, que exista una figura que la sustituya en su voluntad. Y para el caso de que la existencia de esa figura siga

siendo necesaria para mejorar la calidad de vida de la justiciable, quizás deba determinarse claramente, con qué alcance actuará esa figura de apoyo y qué salvaguardias serán necesarias como garantía para evitar abusos. La única posibilidad de dar respuesta a este interrogante, es realizar una nueva evaluación que contemple la interdisciplina y que sea una herramienta para el juzgado y también para el interesado, a los fines de garantizar un debido proceso y adecuado acceso a la justicia...".

Recientemente, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, advirtiendo la discrepancia normativa y conceptual existente entre el artículo 12 de la CDPD y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad de la OEA (Ley 25280) artículo 1.2, dictó la Observación General en Materia de Capacidad de las personas con discapacidad, en la cual solicita a los estados **"3. Tomar medidas para facilitar el proceso de revisión de los casos de interdicción de personas con discapacidad, con el objeto de adecuarse al nuevo paradigma; con especial énfasis, en aquellos que se presenten dudas sobre la existencia de abusos, manipulación de intereses o abusos"** (la negrita me pertenece).

Ya no se consiente en el plano jurídico, la sustitución absoluta de la voluntad de la personas como regla, sino la adopción

de decisiones asistidas "entendida como el proceso por el que una persona con discapacidad, está habilitada para adoptar y comunicar decisiones con respecto a cuestiones personales o jurídicas; y el establecimiento de normas que precisen las facultades de quienes prestan el apoyo y su responsabilidad (A/HRC/10/ Sistema de apoyo y salvaguardas, (conf. Artículo 12- 4 p. CDPD). Se ha redimensionado el concepto de protección, hacia las personas con discapacidad.

IV- Por los fundamentos expresados, entiendo procede hacer lugar al Recurso interpuesto, y en consecuencia remitirse estas actuaciones a la instancia de origen, para que de acuerdo a lo normado en el artículo 152 ter del Código Civil, se proceda a evaluar interdisciplinariamente a la Srta. AZ por parte de un equipo interdisciplinario, y de conformidad con lo estipulado en la Resolución SCJ N° 3196/11.

Tal es mi dictamen.

La Plata, Die Ocho de Diciembre de 2011

JUAN ANGEL DE OLIVEIRA
Subprocurador General



