

Suprema Corte:

I- El Tribunal Colegiado de Instancia Unica de Familia Número uno del Departamento Judicial Lomas de Zamora, dictó pronunciamiento declarando incapaz por demencia a A.R.I. en los términos de los artículos cincuenta y cuatro inciso tercero, cincuenta y seis, ciento cuarenta y uno y concordantes del Código Civil, por padecer retraso mental moderado y designó curador definitivo al Sr. Titular de la Curaduría Oficial de Alienados.- - v.fs.128/131-

II. Contra dicho pronunciamiento se alzan, mediante sendos Recursos de Inaplicabilidad de Ley la Sra. A.R.I., causante de autos con patrocinio de la Sra. Defensora Oficial, Dra. Mariana Plaza y el Sr. Curador Provisorio, titular de la Unidad de Defensa Civil N° 2, Dr. Marcelo Honorio Palamara.

a) La primera interpone recurso de inaplicabilidad de ley porque entiende que en este proceso se ha producido absurda valoración de las pruebas colectadas, se ha violentado el derecho del incapaz a ser oído y a que su opinión sea valorada, y el respeto al reconocimiento de las personas con discapacidad a su personalidad jurídica y a ser tratadas en igualdad de condiciones como los demás en todos los aspectos de la vida, (artículos 474, 384, 627 del del CPCC, 9, 12, y 13 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 15 y 36 inc.2 y 8, 161 inc.3 ap.a, 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 14, 18 y ccts de la Constitución

Nacional, y a la Convención de los Derechos del Niño.

Luego de realizar un relato de los informes obrantes en el expediente -que dan cuenta de la evolución favorable en su estado de salud y desenvolvimiento social-, todos contestes en afirmar que se responsabiliza en los actos de su vida en forma cotidiana, al punto de hacerse cargo de su hijo Pablo, sostiene, que la única prueba que tuvo en cuenta el Tribunal para declararla incapaz fue el dictamen pericial de fs. 61 valorándolo como convincente por su precisión, dictó sentencia definitiva, aún sin la entrevista personal a la suscripta tal lo normado por el artículo 627 del CPCC y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En relación a la calificación jurídica, que deviene de la conclusión de la pericia médica obrante en autos que reza "retraso mental moderado" enfermedad compatible con "insania" entiende que con la sumatoria de las demás pruebas rendidas en autos, dicho dictamen pericial no alcanza la fuerza suficiente, en los términos del artículo 474 del CPCC, para determinar su declaración de insania.

La nueva condición jurídica que le atribuye tal declaración tiene efectos nefastos ya que le impiden ejercer libremente sus derechos como cualquier persona, le imposibilita el ejercicio de la patria potestad sobre sus niños, Sofía de ocho años y su hijo Pablo de un año de edad. Con ello se estaría vulnerando los derechos constitucionales inclusive de sus hijos, consagrados en la Convención de los Derechos del Niño.-

La revocación de la sentencia le permitiría presentarse por

derecho propio ante los Tribunales competentes a los fines de reclamar sus derechos como madre respecto de su hija Sofía, dada en guarda, y seguir ejerciendo el rol materno respecto su hijo Pablo como ya lo viene haciendo desde su nacimiento. Esto no lo ha podido transmitir al Tribunal de Familia n° 1 de Lomas de Zamora, debido a la prescindencia de la entrevista personal que jamás tuvo con su integrantes previo al dictado de la sentencia impugnada.-
Petición ser recibida en forma personal por la Excma. Corte, a los fines de ser entrevistada y demostrar su condición jurídica actual antes de resolver el recurso interpuesto.-v.fs.146/155-

b) Por su parte el Curador Provisorio interpone contra la sentencia recurso de inaplicabilidad de ley y brevitatis causae, adhiere en un todo y hace suyos los argumentos y fundamentos de derecho expuestos a fs. 146/155 por la Srta. ARI con el patrocinio de la Defensora Oficial Dra. Mariana Plaza, en cuanto a los recaudos formales para la procedencia del remedio, al desarrollo del recurso de inaplicabilidad de ley, al derecho en que lo funda y a la reserva del caso federal. -v.fs.179-

III- Considero, que es posible tratar conjuntamente ambas quejas, atento la adhesión brevitatis causae que ha realizado el curador provisorio de los argumentos y fundamentos, vertidos en el Recurso de Inaplicabilidad de Ley interpuesto por la Srta ARI., cuyo análisis paso a efectuar.

Cuestiona la recurrente que el Tribunal "a quo" en pleno la declaró incapaz por demencia tomando como base y única prueba el examen

pericial de fs. 61.

En efecto, expreso el Tribunal " ...conforme lo establece el artículo ciento cuarenta y uno del C.C. serán declarados incapaces por demencia, las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar su bienes. Siendo que la pericia médica es la prueba ineludible para determinar si la causante es encuadrable en esa condición, del informe de los señores médicos psiquiatras obrantes a fojas 61, que valorado según las reglas de la sana crítica (artículos trescientos ochenta y cuatro, ochocientos cincuenta del código procesal) resulta convincente por su precisión y del cual no encuentro mérito para apartarse (artículos ciento cuarenta y dos, ciento cuarenta y tres del Código Civil, cuatrocientos setenta y cuatro, seiscientos veinte inciso tercero del código procesal), surge que A.R.I. tiene sus facultades alteradas bajo la forma de retraso mental moderado, encontrándose incapacitada para dirigir sus acciones y administrar sus bienes, configurando su interdicción demencia en sentido jurídico con los límites y alcances de los artículos cincuenta y cuatro inciso tercero y cincuenta y seis del Código Civil (artículo ciento cuarenta y uno de dicha norma) "(ver fs. 129/129 vta.).

Es oportuno repasar, como lo ha sostenido en su mayoría la doctrina, que el Código Civil en la regulación de la incapacidad por causa de enfermedad mental, a partir de la reforma de la ley 17.711, estableció un criterio médico/biológico- jurídico para determinar la necesidad de proteger a una persona mediante el dictado de una sentencia que restrinja su capacidad

civil -insania-inhabilitación. Es decir el dictamen de facultativos, debe determinar si la persona es portadora o no de un padecimiento mental y en su caso expedirse con la mayor precisión posible al respecto (artículos 140, 141, 142 del Código Civil y artículo 625 CPCC.). Sin un dictámen de peritos médicos psiquiatras (criterio médico/biológico) que afirmen que la persona es portadora de un padecimiento mental, no podrá la jurisdicción dar curso a la denuncia de insania-inhabilitación impetrada. Comparto con Llambias, en que "se trata de un elemento constitutivo y esencial del debido proceso legal" (Código Civil Anotado Tomo I pag.307).-

Pero la dolencia mental per se no implica la restricción de la capacidad civil, no es un factor de atribución objetivo cuyo efecto inexorable será la restricción de la capacidad.

Aquella solo será valorada en una sentencia si se ha comprobado que tiene incidencia en la vida de relación de la persona, que no le permite defender sus propios intereses en condiciones de igualdad con el resto de la sociedad. **Tales circunstancias conforman el elemento jurídico que debe ser evaluado por el Juez, quien realiza el encuadre pertinente, -artículo 141 o 152 bis- no los peritos. Para cumplir tal evaluación debe necesariamente contar con otras pruebas que le posibiliten conocer con veracidad la necesidad de protección jurídica y la medida de la misma. Si en el proceso no han sido aportadas por las partes, considero que se encuentra compelido a procurarlas en uso de sus facultades (artículo 36 del C.P.C.C.), ello partiendo de la premisa que la justificación para restringir la capacidad civil de una persona, es su**

protección, (artículo 58 del Código Civil), decisión que compromete el orden público. Coincido con Jorge Kielmanovich, en que " La apreciación de la prueba, por aplicación del principio de unidad, íntimamente relacionado con el sistema de la sana crítica que adopta nuestra legislación, impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues no solo se trata de verificar la existencia de alguna enfermedad mental sino de vincularla con la vida de relación del enfermo y a partir de ello establecer si este requiere de una absoluta o relativa protección jurídica" ("Derecho Procesal de Familia " pag. 441 segunda edición)

Lo argumentos del tribunal "a quo", ya transcriptos, se contraponen con lo señalado. Soslayó absolutamente todos lo informes girados al tribunal que van dando cuenta, desde el año 2006, de la evolución y adquisición de habilidades de R. Merecen destacarse, en lo pertinente: "La paciente está participando del Programa de Externación Asistida (PREA), y concurre a la escuela vespertina para completar sus estudios. Su evolución es sumamente favorable; ha recuperado habilidades y conductas que refuerzan su capacidad de adaptación al medio y oportunamente de situaciones disvaliosas" (en fs. 22 y 25), "La Srta. A pertenece al Programa de Rehabilitación y Externación Asistida (PREA), Convive desde noviembre del 2007 en un grupo de cuatro usuarias en una casa ubicada en la calle ... de la localidad de Témperley. Asimismo realiza tratamiento ambulatorio psicológico y psicofarmacológico con el equipo de profesionales del PREA, en el Centro de Día Libremente...." (fs 72)." Durante su estadía en los Hogares realizó tareas de

limpieza en casas de familia. Durante su última internación realizó tareas de costurería en el Hospital, en contraprestación por el Plan Social que recibe.... En lo que respecta a su vida cotidiana, se observa que R posee un nivel de autonomía óptimo para manejarse en la comunidad, ya sea para realizar una actividad laboral, recreativa o administrar su dinero. No obstante ello se considera conveniente arbitrar los medios necesarios para facilitar tareas de acompañamiento..." (fs. 100 vta./101). "la profesional refiere que la causante tuvo a su hijo Pablo en el Hospital... durante los primeros tres meses posteriores al nacimiento de su hijo, estuvo acompañada por una trabajadora comunitaria, actualmente convive con otra usuaria del programa de externación. Concorre, para dar continuidad a su formación, a la Escuela Laboral para perfeccionarse en oficios... la trabajadora Social del PREA., manifiesta que la causante es receptiva a pautas, desarrolla un excelente vínculo materno con su hijo, y que su externación asistida comporta una evolución muy favorable" (fs. 115).

No puedo dejar de mencionar el trabajo llevado a cabo por parte de los profesionales del PREA del Hospital Esteves, que han acompañado a R para promover y restituir sus capacidades. (vrg. fs. 188, 196, 197). El breve relato de su historia vital, (v. fs. 5 vta y 116), y los informes precedentes, así lo demuestra. Se han constituido en verdaderos apoyos de hecho, con lo cual sus testimonios, como la realización de informes sociales-ambientales (en autos hay solo una toma de contacto con R, en fs. 116), resultan pruebas sumamente valiosas para llegar a una decisión judicial ajustada a las normas vigentes (artículo 75 inc. 22 y 23 C.N. y ley 26.657 y 26.678).

Deben despejarse las divergencias de diagnóstico que aparecen en diferentes informes.(retraso mental con esquizofrenia, esquizofrenia, retraso mental moderado y retraso mental leve (fs. 3, 5, 33, 61, 95, 72 y 200). No obstante, el Tribunal "a quo" afirma que la pericia de fs. 61, es convincente por su precisión y no encuentra mérito para apartarse.

La incorporación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.678) a nuestro orden normativo -con jerarquía suprallegal- (artículo 75 inc.22 Constitución Nacional, Convención de Viena sobre derecho de los Tratados -Ley 19.865-) ha implicado la resignificación del concepto de discapacidad : "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 los demás." "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias ..., mentales, intelectuales,...a largo plazo que , al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad , en igualdad de condiciones con los demás. Establece la diversidad del individuo como principio. Preamble letra e, i y Artículo 1º respectivamente.

Su propósito y fundamento es 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, la autonomía individual, la libertad de tomar las propias decisiones, no discriminación, participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, respeto a la diferencia,

igualdad entre el hombre y la mujer y la accesibilidad (artículos 1 y 3)

Ha establecido un concepto dinámico de la discapacidad – denominado modelo social –, contrario al imperante en nuestro orden civil anterior a la incorporación del artículo 152 ter del Código Civil (Ley 26.657). Este modelo resulta coherente con las dimensiones del ser humano -como individuo biopsicosocial-, dimensiones que deben tenerse en cuenta cuando de la capacidad de una persona se trata.

Propugna el modelo de apoyo o asistencia en la toma de decisiones como el de salvaguardas que aseguren el respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de las personas, que se apliquen en el plazo más corto posible y sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, (artículo 12), y aunque la determinación del apoyo y su extensión no se encuentra regulado en nuestro derecho, es labor del juez establecer las clases, la extensión y las salvaguardas, que deberán ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona.

Por su reconocido valor jurídico (CSJ fallos 328:3677 y 332:709, 327:3753,) cabe transcribir lo dicho por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus observaciones finales a nuestro país (Octavo período de sesiones 27/9/2012): **"Igual reconocimiento ante la ley (artículo 12). 19.**el Comité expresa su máxima preocupación por las inconsistencias observadas tanto en parte de la legislación vigente, como en los proyectos de la ley en actual tramitación en el Estado parte, que se basa o

continúa basándose en el modelo sustitutivo de la voluntad de la persona, en clara contradicción con el artículo 12 de la Convención. Le preocupa también la resistencia por parte de algunos operadores judiciales para poner en práctica la normativa que establece limitaciones a la discrecionalidad judicial para restringir la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. **20.** El Comité urge al Estado parte a la inmediata revisión de toda la legislación vigente que, basada en la sustitución de la toma de decisiones, priva a la persona con discapacidad de su capacidad jurídica. Al mismo tiempo, lo insta a que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplace el régimen de sustitución en la adopción de decisión por el apoyo en la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad, y las preferencias de la persona."

Es imperativo que se respeten todos los derechos que asisten a la recurrente, en especial el derecho a que se dicte una sentencia sobre la base de un examen interdisciplinario -conteste con el nuevo paradigma sobre la salud mental- (v. A/HRC/10/48 26/01/2009). Así el artículo 5 de la ley 26.657 establece que " la existencia de un diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que solo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado" .

Debe dictarse un pronunciamiento a la medida de R.I.A "ya que las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad ...deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible" (artículo 152 ter C.C. y artículo 2 ley

26657 "Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental" Principio 1.7.) Es el caso por caso el que dará la medida al principio de proporcionalidad y razonabilidad que debe aplicarse. **Ello requiere de indagaciones** tales como – puntos de de pericia- que expliquen las implicancias del diagnóstico en la vida de relación de acuerdo a las esferas afectadas (discernimiento, juicio, voluntad etc), aptitudes, para el manejo del dinero, para prestar consentimiento, para tratamientos médicos -clínicos o psiquiátricos-, para contraer matrimonio, satisfacer necesidades básicas de alimentación, vestido higiene, de esparcimiento, para ejercer actividad laboral remunerada, para administrar sumas de dinero, -haberes, peculio, subsidio pensiones etc-, para vivir sola y/o si necesita supervisión periódica o permanente, para estar en juicio por derecho propio, para ejercer su derecho al voto, para mantener la responsabilidad parental etc..

Al respecto, resulta ser muy ilustrativo el informe de fs. 135/138, del 28/1/2011, suscripto por profesionales del PREA. Se alude al estado psíquico, patrimonial, vincular-afectivo, familiar, social de R. Merece reproducirse: "... R maneja adecuadamente, de manera autónoma y responsable su vida cotidiana, doméstica y convivencial, su tratamiento y el dinero que administra de sus ingresos. Cuenta además con el apoyo de este equipo para el ejercicio de la maternidad. En este contexto de salud y patrimonial ...el reciente dictado de la sentencia de insania podría resultar sumamente perjudicial y contraproducente para el devenir del desarrollo de la autonomía y voluntad de R

...". En el acta labrada en sede de la Curaduría Oficial, R, manifiesto ""...que está en desacuerdo con la sentencia que declara su incapacidad, dado que la misma considera que no es necesario que alguien la reemplace en el ejercicio de sus derechos. Refiere que se desempeña normalmente en los actos de la vida, diaria, realiza tareas laborales en el Centro de Día "Libremente" del programa PREA (tres veces por semana), luego retira a su hijo Pablo de la guardería del Hospital Esteves donde asiste... y regresa a su domicilio ...Manifiesta que ella cocina, realiza compras, viaja, sola, asiste periódicamente a la ciudad de Cañuelas junto a su hijo a la casa de su comadre..Está aprendiendo a escribir, aunque algunas palabras las sabe escribir y también sabe leer. Puede realizar operaciones matemáticas sencillas.También refiere que concurre sola a percibir la Pensión no contributiva de la que es beneficiaria .." (v.Fs. 140).

Lo transcripto da una idea cabal de las habilidades de R, de sus capacidades y competencias.Tanto el informe citado como sus manifestaciones en la Curaduría Oficial de Lomas de Zamora ofrecen sobrados motivos para que el Tribunal, actualice dicha información, tome contacto con los profesionales que integran el PREA, y **fundamentalmente, con la aquí recurrente.**

El artículo 8 primer párrafo, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 75 inc.22 C.N.) dispone que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciacióno para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro

caracter", (Principio 1.6 "Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la salud Mental" A.G.RES.46/119.46 UN GAOR SUPP.(NO.49). P.189 ONU DOC A/46, Ley 26.657 artículo 2, artículo 627 Código Procesal Civil y Comercial modif.por la Ley 14.363).-

Merece ponderarse, con suma prudencia, la preocupación expresada por A.R.I sobre su maternidad. (v.fs.154 vta./155); y es la perspectiva de género (artículo 4 CDPD) la que dará buen tamiz a la cuestión, partiendo de la premisa del superior interés del niño (artículo 3 CIDN). Ante lo informado y solicitado en fs. 197/199 por las profesionales del Hospital Esteves, debe verificarse, lo antes posible, la situación de su hijo Pablo.

Los estereotipos y prejuicios han generado por décadas prácticas judiciales no deseadas. La toma de conciencia sobre la discapacidad (artículo 8 CDPD) es fundamental para llevar a la realidad, en cada caso que se plantee en la justicia, los principios y derechos que fija y reafirma la Convención. Las Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, a mi modo de ver se erigen en una herramienta esencial para cumplir tales objetivos, por parte de los operadores judiciales .

IV- Por los fundamentos señalados, opino que se han violentado derechos y garantías de rango constitucional y supra legal reconocidos a la recurrente, (artículo 75 inc.22 y 23 de la Constitución Nacional y Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -Ley 26.678-), consecuentemente propicio, que este proceso vuelva a la instancia original

para que se disponga , 1) Efectuar un exámen a la Srta. A. en los términos del artículo 152 ter del Código Civil, 2) Procurar las pruebas que posibiliten conocer la necesidad de protección jurídica y la medida de la misma. 3) Tomar contacto personal con A.R.I. para que ejerza su derecho a ser oída., 4) De ser necesaria la restricción de su capacidad, establecer el sistema de apoyos y salvaguardias, fijando las funciones y responsabilidades pertinentes(artículos 12 y 4 de la CDPD), 5) Las medidas necesarias para verificar la situación actual del niño Pablo A. -

La Plata, *dicubre 20* de 2012.-

JUAN ANGEL DE OLIVEIRA
Subprocurador General
Suprema Corte de Justicia