

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 7 de mayo de 2014, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Genoud, Soria, Kogan, Hitters**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 115.346, "Z. , A.M. . Insania".

A N T E C E D E N T E S

La Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial -Sala III- del Departamento Judicial de San Isidro confirmó lo resuelto por la magistrada de origen que, a su turno, rechazó el pedido de una nueva evaluación interdisciplinaria a la causante, conforme los parámetros dados por la normativa vigente en la materia (ley 26.657), realizado por la Asesora de Incapaces (fs. 800/802).

Se interpuso, por la mencionada funcionaria, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 1084/1095).

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso extraordinario de

inaplicabilidad de ley?

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Genoud dijo:

I. Los antecedentes de la causa:

a. El Juzgado de Primera Instancia N° 4 en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro dictó sentencia el día 28 de febrero del año 1997 haciendo lugar a la acción promovida por la señora M. L. G. -madre de la causante-, declarando a A. M. Z. incapaz por demencia en sentido jurídico. Según había quedado acreditado con el examen médico legal -v. fs. 67-, la señora Z. padecía de alienación mental bajo la forma de esquizofrenia (cuadro que implicaba demencia en el sentido jurídico), careciendo de conciencia de la enfermedad, pudiendo orientarse auto y alopsíquicamente. Además, se estableció la existencia de un cuadro de ideación lenta y estereotipada, pensamiento de ritmo enlentecido y contenido rigidizado. Se aludió a la presencia de "juicio desviado", con pronóstico sujeto a evolución y necesidad de atención y cuidados permanentes, atención médica y actividades resocializantes.

b. A partir de la sanción de la ley 26.657 de salud mental, la titular de la Asesoría de Incapaces N° 3 departamental, solicitó, atento al tiempo transcurrido

desde la fecha en que se había dictado sentencia y la situación en la que se encontraba la causante -v. informe de fs. 785-, que se procediera a realizar un nuevo examen interdisciplinario como lo prevé la normativa referida (art. 152 ter, Código Civil -texto según ley 26.657-; fs. 790).

La jueza de primera instancia desestimó el pedido con fundamento en que la citada legislación no resultaba aún de aplicación en la Provincia de Buenos Aires, ya que no se había dado cumplimiento a lo establecido en los arts. 32, 36 y 41 y que las actuaciones se encontraban reguladas por lo establecido en los acuerdos emanados de esta Corte en materia de insania e internaciones y en la normativa procesal vigente que "no ha sido modificada" (fs. 791/vta.).

c. Interpuesto el recurso de apelación por la representante del ministerio público pupilar, la Cámara confirmó lo decidido por la magistrada de origen, aunque con distinto fundamento.

Para decidir como lo hizo sostuvo:

a- *"... la condición de la causante se ha corporizado en una sentencia declarativa de incapacidad, es decir su condición jurídica en los términos declarados no configura un hecho in fieri o en curso de desarrollo al tiempo de la sanción de la ley 26657, por lo que está*

excluida de la acción reguladora de la flamante norma..." (fs. 801).

b- Que "por tanto dicha sentencia, que consolidó la actual relación jurídica, no se fundó en un examen multidisciplinario, no especificó actos puntuales que se limitaran a A.Z. , como tampoco fijó un plazo de validez de lo decidido, ni se sujetó a la revaluación que establece el art. 152 ter el Código Civil" (fs. cit.).

c- "No hay duda que el antecedente del pedido en estudio (la sentencia declarativa de incapacidad, dictada en base a los supuestos y con el alcance previsto por la normativa vigente al momento de su dictado) difiere del antecedente previsto para la reevaluación fijada por el art. 152 ter invocado por la apelante" (fs. cit.).

d- Que "el mero hecho del transcurso del tiempo desde el dictado de la sentencia de esta causa, no impone per se el deber de reevaluación de la declarada incapaz" (fs. cit.).

e- "... 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 si 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..." (fs. 801 vta.).

f- "Se pretende así, la aplicación 'en abstracto' de una manda legal que no alcanza la situación de la interesada, ya que fue establecida con posterioridad y a partir de un antecedente distinto (ya que la norma expresamente preve un sistema a partir de un decisorio de características diferentes al que rige la situación actual de Z.); y cuya proyección alcanza declaraciones judiciales posteriores a la ley 26657 (art. 3 CC)" (fs. 802).

II. Frente a lo así decidido se alza la señora Asesora de Incapaces mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 1084/1095), en cuyo marco denuncia la infracción de los arts. 3 del Código Civil; 28 de la Constitución nacional y 152 ter de la ley 26.657. Así como también de "un plexo de derechos consagrados convencionalmente y de jerarquía constitucional reconocidos para las personas con discapacidad intelectual como es el caso de A.Z. , a la par que incurre [la alzada] en una errónea ponderación de los hechos y constancias probatorias obrantes en autos tiñendo de absurdidad la solución jurídica adoptada" (fs. 1086 vta.).

III. Adelanto que el recurso merece favorable acogida.

a. i. La Convención sobre los derechos de

las Personas con Discapacidad (C.D.P.D.) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, incorporadas a nuestro derecho interno por las leyes 26.378 y 25.280, han venido a marcar un cambio de paradigma respecto de la concepción de las personas con discapacidad, basado en la autonomía y la dignidad.

Así, la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad tiene como propósito "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente" (art. 1).

En su art. 3, establece como "Principio de la Convención": "el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas" (inc. a).

Regula expresamente que: "Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para

hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas las legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad" (art. 4).

Reafirma el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida. Declara que los Estados Partes "asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y la preferencia 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 mas corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de la 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" (art. 12).

El objetivo se encamina a lograr el pleno respeto a la dignidad de toda persona, con especial énfasis en los casos donde exista vulnerabilidad como, en lo que nos ocupa, las derivadas de la carencia de plena salud mental.

Ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que "el Tribunal no puede dejar de pronunciarse sobre la especial atención que los Estados deben a las personas que sufren discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad (...) La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (...), como la discapacidad". (C.T.D.H., 4-VII-2006, "Ximenes Lopes c. Brasil", www.laleyonline.com.ar, AR/JUR/11786/2006).

En consecuencia, huelga decirlo, no es

posible negarle el derecho que reconoce el art. 152 ter del Código Civil (T.O., ley 26.657).

Como se dice en la exposición de motivos de las "100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad" (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, a las cuales adhirió la C.S., Acordada 5/2009, 24-II-2009), "El sistema judicial se debe configurar para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder en forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho".

En el capítulo primero del citado documento, en la sección 10, destinada a describir su finalidad, se expresa: "Las presentes reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial".

Entre los beneficiarios de las reglas se enumeran a "aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran

especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (Sección 2a, 1 [3]). A su vez, "se entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comprensión, privacidad y comunicación" (sección 2, 3 [7] [8]).

En los nuevos paradigmas que se vienen trazando en relación a los grupos vulnerables, Gonzáles Granda expresa que: "No cabe negar los esfuerzos realizados en los últimos años por el legislador nacional en orden a reforzar el régimen jurídico de protección de las situaciones de incapacidad, en una política que sigue de cerca diversas indicaciones y orientaciones procedentes de instancias supranacionales (...). Pero aún queda mucho esfuerzo por realizar, concretamente en el ámbito de la discapacidad psíquica por enfermedad mental, la cienicienta

de las discapacidades tal como ha sido calificada, por afectar a uno de los colectivos más vulnerables socialmente y en consecuencia más necesitado de ayuda y protección, en buena medida por razón del estigma social que desde siempre ha acompañado a este tipo de padecimiento" (González Granda, Piedad, "Régimen jurídico de protección de la discapacidad por enfermedad mental", Reus, Madrid, España, 2009, págs. 7/8).

A su vez, un jurista francés refiriéndose a la ley del año 2007 sobre protección jurídica de los mayores adultos, señala: "El derecho de las personas vulnerables no es un derecho sólo técnico, sino que se considera un derecho con una dimensión muy humana. No se trata de jugar con tal o cual regla: cuando hablamos de este derecho, se trata de imaginar a un individuo con su personalidad, su dignidad y su legitimidad. El derecho de las personas vulnerables es la cara oculta de una sociedad humana compleja, no es únicamente de las personas que gozan de buena salud. Es un signo de humanidad. Es bien conocido el dicho: 'dis-mois comment la société protège la personne vulnérable, et je te dirai dans quelle société tu vis'¹ (Combret, Jacques, "Las 'personnes vulnérables' en el derecho francés", en Díaz Alabart, Silvia, "Familia y

¹ Dime como la sociedad protege a las personas vulnerables y te diré en qué sociedad vives (La traducción de esta frase me pertenece).

discapacidad", Colección Scientia Iuridica, Madrid, España, 2010, pág. 71).

La ley 26.657 se enmarca en el nuevo concepto de salud mental al que se ha denominado "modelo social de la discapacidad" (entre otros: Kraut, Alfredo J.; Diana, Nicolás, "Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria", LL 2011-C-1039). En ese contexto determina en su art. 1: "La presente ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

Y declara: "se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona" (art. 3).

A su vez, el art. 7 enumera una serie de derechos del cual gozan las personas con padecimiento

mental entre los cuales se enumera "el derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable" (inc. n).

Se ha señalado que: "el operador jurídico y, en especial, los efectores del sistema de salud (subsistema de salud mental) deben aprehender la norma como un cambio de paradigma frente a la visión decimonónica de las personas con padecimientos mentales, como una válvula de escape del concepto biológico-jurídico de incapacidad, todavía latente en el Código Civil de Vélez, reforma mediante del decreto Ley 17.711/68 (...). Desde el conocimiento práctico, la experiencia señala que los principios no se cumplen porque los médicos, otros profesionales de la salud mental, proveedores de servicios y funcionarios públicos les niegan a las personas con enfermedades mentales la oportunidad de hacerse oír y de tomar decisiones por sí mismas. A ello, se suma un grado de complacencia formal por parte de los operadores jurídicos, partícipes necesarios en los triunfos y derrotas del sistema de salud mental" (Kraut, Alfredo J.; Diana, Nicolás, "Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria", LL 2011-C-1039).

Explican los autores citados que: "El respeto del modelo social implica que no debe privarse a la persona de su posibilidad de elegir y actuar. La aplicación

del sistema creado a partir de la Convención de la ONU para Personas con Discapacidad debe guiarse por el principio de la 'dignidad del riesgo', es decir, el derecho a transitar y vivir en el mundo, con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse. En contraposición a este paradigma, los sistemas jurídicos de muchísimos países, tutelares y asistencialistas, se han basado en la dicotomía clásica entre 'capacidad de derecho' -o capacidad de goce- y 'capacidad de hecho' -o capacidad de ejercicio- reconociendo la primera, pero no la segunda, y de esa manera se ha cercenado sistemáticamente la posibilidad de que, en la práctica, puedan ejercer sus derechos, bajo la excusa de proteger a las personas con discapacidad de 'los peligros de la vida en sociedad'" (Kraut; Diana, ob. cit.).

b. A partir de tales principios es que no puede compartirse el criterio de la alzada al negar a la señora Z. la posibilidad de una nueva evaluación interdisciplinaria en los términos del art. 152 ter del Código Civil, dado que ello conlleva una vulneración de derechos reconocidos constitucionalmente (arts. 16, 75 incs. 22 y 23, Constitución nacional).

Como se ha descripto el eje central de la sentencia de Cámara pasa por considerar que no le es aplicable la ley 26.657 al caso de autos por haber sido esta ley sancionada con posterioridad a la sentencia que

declaró la incapacidad de la causante.

Coincido con el señor Subprocurador General cuando advierte que "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 solo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado (artículo 5 Ley 26657)".

En el caso, como lo pone de manifiesto el señor Subprocurador General, A. fue adquiriendo habilidades y capacidades. Por 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), "... 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 esta institución" (fs. 693) "... Se realiza un seguimiento de la situación de la causante quien transcurre su externación exitosamente" (fs. 785/vta.) "La causante transita su externación en forma sumamente satisfactoria" (fs. 1079/vta.).

Esta transcripción busca ilustrar respecto de la evolución que se observa en el cuadro mental de la causante el que -debidamente evaluado- podría dar lugar a un nuevo pronunciamiento judicial que limite la incapacidad que hoy posee.

Teniendo en cuenta el nuevo paradigma de

salud mental establecido recientemente por la ley pero que tiene por base las pautas constitucionales y convencionales **supra** referidas, esa posibilidad justifica que se deba hacer lugar al pedido de la representante del Ministerio Público.

IV. En consecuencia, si mi opinión es compartida, habrá de hacerse lugar al recurso de inaplicabilidad de ley incoado, casando el fallo apelado (art. 289, C.P.C.C.). Los autos se remitirán a la instancia de origen, para que se proceda a evaluar a la señora A. M. Z. por parte de un equipo interdisciplinario (art. 152 ter, C.C. y R.C. 3196/11).

Las costas, en atención a los particulares intereses en debate, se imponen por su orden (arts. 68, 2da. parte y 289, C.P.C.C.).

Voto, pues, por la **afirmativa**.

Los señores jueces doctores **Soria, Kogan e Hitters**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Genoud, votaron también por la **afirmativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, se hace lugar al recurso de

inaplicabilidad de ley incoado, casando el fallo apelado (art. 289, C.P.C.C.). Los autos se remiten a la instancia de origen, para que se proceda a evaluar a la señora A. M. Z. por parte de un equipo interdisciplinario (art. 152 ter, C.C. y R.C. 3196/11).

Las costas, en atención a los particulares intereses en debate, se imponen por su orden (arts. 68, 2da. parte y 289, C.P.C.C.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

DANIEL FERNANDO SORIA

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

CARLOS E. CAMPS

Secretario