

## **A C U E R D O**

En la ciudad de La Plata, a 29 de diciembre de 2014, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Kogan, Pettigiani, Genoud, Hitters**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 119.274, "S. , S.J. . Insania y curatela".

## **A N T E C E D E N T E S**

La Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Bahía Blanca confirmó la sentencia del magistrado de grado que, a su turno, declaró incapaz por demencia al joven S. J.S. , nombrando a su progenitora curadora definitiva (fs. 162/167).

Se interpuso, por el progenitor, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 178/196).

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, la señora Jueza doctora Kogan dijo:

I. La presente causa se inició el 11 de noviembre de 2010 por la señora C. V.P. , quien solicitó la declaración de incapacidad de su hijo S. J. S. y su designación como curadora (fs. 13/14).

El señor S. G. S. (padre de S. ) se opuso a la declaración de incapacidad de su hijo. Expuso que el causante es mayor de edad, cuenta con estudios secundarios y trabaja junto a él en relación de dependencia. Señaló también -en esa oportunidad- que el joven nació con ciertas dificultades madurativas, siendo asistido por ambos padres, trabajando en conjunto para que tuviera una vida normal y se insertara en la sociedad. Alegó que en la medida en que ambos progenitores procuren tratar con la mayor normalidad a S. , éste podrá maximizar sus capacidades, y si bien padece dificultades madurativas en su desarrollo, es titular de derechos humanos básicos garantizados por la normativa vigente nacional e internacional (fs. 53/55 vta.).

En relación al cargo de curador, pidió que no se designe como curadora ni provisoria ni definitiva a la denunciante, quien -a su entender- evidenció absoluta mala fe y desprecio por los mínimos y elementales derechos humanos de su hijo, pretendiendo que jurídicamente se imponga una discapacidad, con todo lo que ello implica, tanto en lo social como para su desarrollo individual (fs. cit.).

II. El Juzgado de Familia N° 2 del Departamento Judicial de Bahía Blanca declaró incapaz por demencia a S. J.S. , ordenando que no podrá realizar actos de disposición de su patrimonio, ni cumplir con las indicaciones terapéuticas ni prestar consentimiento informado para el suministro de medicamentos y tratamientos que se le indiquen sin la asistencia y representación del curador (arts. 141, 152 ter, C.C. y 627, C.P.C.C.). Asimismo, nombró a la señora P. curadora definitiva del causante (fs. 120/125).

La Cámara departamental, a su turno, confirmó lo así resuelto (fs. 162/167).

III. Frente a ello, el señor S. G. S. interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, por el cual denuncia la violación de los arts. 9, 12 y 13

de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad; 14 y 18 de la Constitución nacional; 15, 36 incs. 2 y 8, 161 inc. 3, 168 y 171 de su par provincial; 384, 474 y 627 del Código Procesal Civil y Comercial; 3, 5 y concs. de la ley 26.657 y 152 ter y 478 del Código Civil. Asimismo, alega absurda valoración de la prueba pericial producida (fs. 178/196).

Aduce que la declaración de demencia de su hijo se basó en la absurda valoración realizada respecto de las pericias médicas y psiquiátricas, las cuales no se enmarcan en el concepto de interdisciplinariedad del art. 152 ter del Código Civil. La sentencia recurrida se funda sólo en la pericia de fs. 99/100, la cual concluyó en que S. era demente en sentido jurídico y dicha calificación -sostiene- es ajena a la función de los peritos, toda vez que le corresponde al juez. Cita doctrina de esta Corte en ese sentido (C. 117.244, sent. del 9-X-2013).

También señala que el decisorio en crisis se aparta de los arts. 12 de la C.D.P.D. y 152 ter del Código Civil, ya que no proporciona las salvaguardias adecuadas y efectivas ni asegura el respeto de los derechos y preferencia de su hijo, toda vez que le designa un curador que lo represente, sustituyendo su voluntad. Entiende que

si S. requiere apoyo para la toma de decisiones, no por ello debe ser declarado incapaz y que quien ejerce -en su caso- las funciones de asistencia no debería ser un curador. Además, cuestiona que esa figura sea ejercida solamente por la madre.

#### IV. El recurso merece favorable acogida.

En la causa C. 115.346 ("Z., A.M. Insania"; sent. del 7-V-2014) adherí al voto de mi colega el doctor Genoud, cuyos lineamientos sobre la temática transcribo a continuación, toda vez que resultan aplicables al caso:

a. "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.I.D.H., 4-VII-2006, 'Ximenes Lopes c. Brasil', [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar), AR/JUR/11786/2006)".

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, González Granda manifiesta 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 cenicienta 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" (ver "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'" (Combret, Jacques, "Las 'personnes vulnérables' en el derecho francés", en Díaz Alabart, Silvia, "Familia y 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. Teniendo en cuenta los principios señalados, cabe concluir que la sentencia de la alzada resulta violatoria de la normativa local e internacional que rige actualmente la materia (conf. doct. art. 289, C.P.C.C.).

En efecto, la Cámara confirmó la decisión del Juez de Familia que resolvió la incapacidad del causante fundamentando su sentencia -básicamente- en las pericias médicas psiquiátricas y psicológicas que obran a fs. 45, 89/90 y 99/100, en las cuales se concluyó que "S. J. S. presenta una patología de orden mental (Trastorno de

espectro autista), que lo coloca en situación de demente en sentido jurídico...".

Sobre ello la Cámara sostuvo que "En el sublite, con las pericias de fs. 45, la ampliación de fs. 89/90 y la de fs. 99/100, las que no fueron cuestionadas por ninguno de los litigantes de autos, se dio cumplimiento a lo prescripto en los arts. 140, 142 y 152 ter, coincidiéndose en ellas que la patología que afecta a S. J. S. lo coloca en situación de demente en sentido jurídico, no excediendo por ello los profesionales que suscriben los dictámenes su incumbencia... Con fundamento en tales informes, el Señor Juez de Familia declaró la incapacidad del causante porque su enfermedad: síndrome de Asperger, lo ubica en situación de demente en sentido jurídico no encontrándose en condiciones de dirigir su persona, administrar y disponer de su patrimonio sin la asistencia y/o representación de terceros..." (fs. 166).

Al respecto, coincido con el señor Subprocurador General cuando expresa que "Se advierte a simple vista que lo afirmado por el Tribunal 'ad quem' implica mantener, sin más, la concepción cercenatoria absoluta de la capacidad civil, y por ende de la sustitución de la voluntad, que deviene del art. 141 del

Código Civil ... En línea con el tratamiento que ha dado el fallo a las cuestiones sobre el dictamen de facultativos, - artículo 142 del Código Civil-, entiendo que se trata de una condición para dar curso a la denuncia, y sólo indica la necesidad que el Magistrado se pronuncie, habiendo necesariamente valorado ese medio probatorio. Sin embargo, lo expuesto no significa que un diagnóstico funcione como un factor de atribución objetivo, pues no es un prueba legal, es una prueba que se valora en su contexto (art. 626, C.P.C.C.)" (fs. 215/vta.).

Asimismo, no considero que los informes sobre los que basa su decisión el **a quo** tengan el carácter de interdisciplinarios que allí se propugna. Al respecto, vale puntualizar que la exigencia legal sólo puede considerarse cumplida cuando la evaluación sea realizada por personas cuyas profesiones sean las que se han fijado para conformar el Equipo Técnico Auxiliar de los Juzgados de Familias, es decir un psiquiatra, un psicólogo y un asistente social (art. 12, ley 13.634 y RC 3196/11) como piso mínimo requerido, el que también podría completarse por especialistas de otras áreas (art. 8, ley 26.657).

En la causa obra un informe de una Perito Asistente Social (fs. 43/vta.), el cual no ha sido tenido

en cuenta, ni siquiera citado a la hora de resolver, fundándose la decisión -como se dijo- en los restantes informes producidos por Peritos Psiquiatras y Psicólogos (fs. 45, 89/90 y 99/100).

Así de la citada pericia de la Asistente Social surge que "S. presenta espectro autista y síndrome de Asperger que le ocasiona severas dificultades en la interacción social. Sin embargo, se autovale para la mayoría de las actividades cotidianas (deambular, asearse, comer, andar en colectivo) ... concurre a la empresa del padre de éste de lunes a viernes de 7.30 a 13.30 hs. Allí no realiza actividades puntuales pero percibe \$1000.- Dichos ingresos son administrados por S. ... cursó su escolaridad primaria en la escuela N° 1 y la secundaria en una escuela de adultos por lo que tiene incorporada la lectoescritura. Luego realizó talleres de panadería y peluquería.- Dos veces por semana un profesor de educación física, que funciona como acompañante terapéutico, lo lleva al parque a realizar distintas actividades" (fs. 43/vta.).

Con esta transcripción se busca ilustrar respecto de las diferentes habilidades o aptitudes que posee S. para desarrollarse en su vida diaria que no han sido tenidas en cuenta -como se dijo- por la alzada al

momento de decidir, las cuales -debidamente evaluadas- podrían dar lugar a un nuevo pronunciamiento judicial que resulte respetuoso de dichas habilidades o aptitudes y, además, otorgue a S. las debidas salvaguardias en tutela de sus derechos, su voluntad y preferencias, para que de aplicarse medidas limitativas de sus derechos sean por el plazo más corto posible y estén sujetas a exámenes periódicos (arts. 152 ter, C.C. y 7 inc. n, ley 26.657).

Es que como dice el citado representante del Ministerio Público en su dictamen, se trata de "reunir la mayor cantidad de elementos probatorios que demuestren las capacidades existentes en una persona con discapacidad...

Un aporte fundamental, lo constituye el resultado de las indagaciones en los ámbitos que conforman la realidad en la cual se desarrolla la vida de cada persona -laboral, comunitario-vecinal, familiar, educativos, cultural, etc.-, ya que tales elementos posibilitarán -en el caso por caso- determinar qué actos jurídicos requieren apoyo, el grado y la proporción de los mismos, como las salvaguardias que deberán fijarse" (fs. 216 vta.).

Finalmente, he de hacer notar que las sentencias de ambas instancias fueron dictadas sin haber tenido los magistrados intervinientes contacto personal con

S. a los fines de que éste ejerza su derecho a ser oído (art. 627, C.P.C.C. y leyes 14.363 y 26.657).

V. En consecuencia, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, deberá hacerse lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley incoado, casándose el fallo apelado (art. 289, C.P.C.C). Los autos volverán a la instancia de origen para que se tome contacto personal con S. , a los fines de que éste ejerza su derecho a ser oído, se realice una evaluación por parte de un equipo interdisciplinario y se establezca -en su caso- un sistema de representación y/o apoyo en la toma de decisiones y salvaguardias, de acuerdo a las pautas aplicables señaladas (art. 152 ter, C.C. y RC 3196/11).

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

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

Los señores jueces doctores **Pettigiani, Genoud e Hitters**, por los mismos fundamentos de la señora Jueza doctora Kogan, votaron la cuestión planteada 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 extraordinario de inaplicabilidad de ley incoado, casándose el fallo apelado (art. 289, C.P.C.C.). Los autos vuelven a la instancia de origen para que se tome contacto personal con S. , a los fines de que éste ejerza su derecho a ser oído, se realice una evaluación por parte de un equipo interdisciplinario y se establezca -en su caso- un sistema de representación y/o apoyo en la toma de decisiones y salvaguardias, de acuerdo a las pautas aplicables señaladas en el voto (art. 152 ter, C.C. y RC 3196/11).

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

El depósito previo efectuado a fs. 201, deberá restituirse al interesado.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

JUAN CARLOS HITTERS

LUIS ESTEBAN GENOUD

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

CARLOS E. CAMPS

Secretario