

REGISTRADA BAJO EL N° 181 (S) F°922/927

EXPTE. N° 149093. Juzgado N° 1.

En la ciudad de Mar del Plata, a los..05.. días del mes de octubre de 2011 , reunida la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, **Sala Tercera**, en el acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **"C., P. A. S/ INSANIA"** habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Nelida I. Zampini y Pedro D. Valle .

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 591/598?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

I) Dicta sentencia el Sr. Juez de Primera Instancia, resolviendo desestimar la acción promovida por la Sra. M. C. D.B., y por consiguiente rechaza el pedido de insania contra el Sr. P. A., C., con costas por su orden. Finalmente ordena que el Sr. C. deberá realizar un control médico psiquiátrico ambulatorio periódico, debiendo en consecuencia presentarse en autos en forma semestral, a partir de la fecha de la presente, un informe de su estado de salud psíquico.

En consecuencia de todo ello, ordena al Sr. Defensor Oficial N° 3 Departamental -en su carácter de Defensor "ad litem", y de acuerdo a las funciones previstas en la ley 12.061-, para que efectué el control respectivo a los efectos del cumplimiento en debida forma por parte del Sr. P. A., C., del referido informe semestral. Por último regula los honorarios de los letrados

intervinientes y ordena -una vez firme la presente- el levantamiento de las medidas cautelares dispuestas en autos.

II) Dicho pronunciamiento es apelado a fs. 602 por la defensora Oficial, Dra. Lucia Rodriguez Fanelli, en su carácter de Curadora provisoria del causante, fundando su recurso a fs. 604/613.

III) La recurrente solicita que se revoque parcialmente la sentencia y se deje sin efecto el punto "II" de la parte resolutive por considerarla agravante, por entender que se trata de una disposición "invalida" y carente de fundamentos legales y fácticos que contradicen normas constitucionales.

Luego de relatar los antecedentes de la causa, paso a delinear los agravios concretos que le causa el decisorio en crisis. Señala que si bien el resultado final de la sentencia no le produce agravio alguno, si le produce un gravamen la medida accesoria de ordenar un control médico psiquiátrico ambulatorio periódico del Sr. P. A., C. cuando el a quo había rechazado "categóricamente" la acción.

Seguidamente expone los agravios que le causa la sentencia en crisis como Defensora Oficial . Manifiesta que resulta improcedente cumplir con la medida que se le ordenara -control del cumplimiento en debida forma del informe semestral- pues se le esta imponiendo continuar actuando en el *sub lite* "sin causa legal que lo justifique" pues estamos ante un juicio concluido con sentencia donde solo existe un causante "capaz".

Plantea concretamente la invalidez de la citada medida accesoria solicitando la declaración de la nulidad. Sostiene en primer término que resulta nula por resultar una medida inconstitucional al vulnerar el principio de legalidad, pues la medida adoptada es de corte netamente paternalista erigiéndose como un acto de voluntad del juez, sin soporte legal alguno.

En segundo lugar entiende que la medida incluida en sentencia de primera instancia es nula por que dicha medida resulta *"...una creación "judicial" una nueva categoría que la propia ley no establece: la de*

"sospechoso" o "dudoso", o bien la de "sujeto aparentemente capaz -pero parcialmente insano", a quien se debe "controlar durante el resto de su vida". Ello viola el PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN (art. 16 C.Nac.)..."

Considera que la distinción propuesta por el Juez de grado, tratando al Sr. P. A., C. como si fuera "cuasi-demente", resulta palmariamente inconstitucional porque produce un elemento discriminatorio que estigmatiza a quien debió soportar durante 16 años un proceso de insania. Entiende que someter al causante a semejante situación viola la garantía de igualdad que debe aplicarse a quienes se encuentran en iguales circunstancias.

En tercer término, sostiene que la mencionada medida judicial resulta agravante debido a que vulnera el derecho constitucional a la intimidad personal, pues obliga al Sr. P. A., C. a hacer público frente a terceros, el informe de su propia salud, sin considerar que la propia ley establece que los datos referentes a la salud, se califican de "datos sensibles".

En cuarto término, considera que la medida que ordena la comparecencia semestral del causante resulta totalmente incongruente debido a que la misma no guarda relación con el objeto de la acción, ni con las constancias fáctica del presente proceso careciendo de todo fundamento legal.

Por otra parte cuestiona el decisorio en crisis pues entiende que la mencionada orden judicial carece de naturaleza jurídica, pues habiendo concluido el proceso con el rechazo de la demanda no podría abrirse nuevamente la causa para cuestionar nuevamente la capacidad del causante en razón de la aplicación de los efectos de la cosa juzgada.

Finalmente, argumenta que *"...la orden judicial que impugnó ha vulnerado el principio de transitoriedad del proceso, que integra el pilar que sostiene las bases del debido proceso justo, constitucional en virtud del cual,*

el proceso debe entenderse como un remedio dirigido a la solución de conflictos...".

Por ultimo efectúa las agravios en relación a su carácter de defensor oficial. Exponiendo que se agravia de la medida porque: 1.- la misma contradice la ley adjetiva vigente, en razón de que siendo su función, en el sub lite, la de curador provisorio, según lo dispuesto en el artículo 620 inciso 1 del C.P.C. dicha función esta limitada en el caso a la "desestimación de la demanda" luego de lo cual no debe continuar interviniendo por falta de causa; 2.- le impone una obligación irrazonable e injustificada sin sostén legal alguno, en virtud de la cual *"...debo controlar una persona capaz y competente, como si no lo fuera, restringiendo su libertad..."*; 3.- la imposición es "sine die", es decir mientras viva el Sr. C., lo cual le resulta inaceptable desde el punto legal-constitucional, generando indefensión; 4.- amenaza la responsabilidad funcional en tanto el causante vive a 650kms de esta ciudad y no podrá ejercer control alguno sobre su salud.

IV.- Tratamiento de los agravios:

Con la sanción de la Ley N° 26.378 la Argentina ha ratificado la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, quedando incorporado dicho tratado dentro del entramado constitucional y legal de nuestro país (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Expresa Bulit Goñi que *"...uno de los elementos más destacados de esta Convención es que a diferencia de otros instrumentos internacionales en la materia, se expide en forma concreta, clara, precisa y explícita sobre una variedad de conceptos y principios generales, y que frente a diversas opciones que hoy están en el "menú" de acciones en beneficio de las personas con discapacidad nos da indicaciones contundentes sobre cuáles son las mejores para alcanzar y realizar aquellos conceptos y principios...* (Bulit Goñi, Luis G., *"el proceso judicial de*

incapacidad y de inhabilitación y los derechos humanos. deudas pendientes y necesidades urgentes; pub en E.D. del 1º/10/2008, pág. 1)

La Convención se estructura en base a dos ejes centrales: 1.- EL reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad; 2.- la implementación de mecanismos de apoyo, salvaguardas y ajustes razonable, tendientes a que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica -y por ende sus derechos- en iguales condiciones que los demás.

El artículo 2º de la ley citada explicita que el alcance de estas medidas, al disponer que *"...Por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que **no impongan una carga desproporcionada o indebida**, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales..."*.

Sumado a lo dicho, debo destacar que en el caso especial del tratamiento de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad establece en su artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, en lo que nos resulta relevante para el supuesto de autos, que: *"...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.. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. ...".

De allí que en **los procesos de capacidad se han sustituidos las palabras insania y curatela, y se deben reformular las carátulas de los expedientes siguiendo el nuevo paradigma de apoyos y salvaguardias** (argto.. I Jornadas Internacionales de Derecho Civil en la Pcia. de Bs. As.; 1º Congreso Europeo Americano de Derecho Civil, La Plata, 18, 19 y 20 de mayo de 2011).

Siguiendo a la Real Academia Española "Salvaguardia" significa "*custodia, amparo, garantía...*" entre otros conceptos (ver: www.rae.es).

De tal modo, las medidas que se impongan a los fines del acompañamiento de la persona con discapacidad, deben respetar el recaudo de razonabilidad y proporcionalidad marcado por la normativa.

Así, la interpretación del caso individual requiere adaptar el análisis del ordenamiento reglamentario al plexo constitucional de los derechos humanos, a fin de hacer efectiva su vigencia **en el caso concreto**.

En consecuencia, entiendo que para efectuar un análisis de la discapacidad y los procesos relativos a ella, atento a la realidad de la persona con discapacidad de hoy y a la vigencia de una norma supra legal como es la Convención Internacional, se impone que los jueces debamos tener en cuenta que:

- No es lo mismo discapacidad intelectual que enfermedad mental.
- No todos los diagnósticos son iguales.

No todas las personas con discapacidad intelectual son iguales y no todas tienen las mismas necesidades de apoyo, ni todos los apoyos deben tener la misma intensidad.

Señala Luis Bulit Goñi que "*...Este enfoque del accionar judicial puede brindarnos un valioso aporte para revisar de qué manera podemos cumplir*

con el objetivo de la ley debidamente interpretada bajo los nuevos paradigmas de la discapacidad intelectual que es el de apoyar a quien se somete a la jurisdicción, y no ahogarlo o anularlo con una “protección” que se asemeja a una “apropiación” de su personalidad y de su dignidad...” (Bulit Goñi, Luis; Artículo citado, pág. 2, el resaltado me pertenece)

Ahora bien, en *sub lite* debemos preguntarnos si la medida adoptada por el Juez de grado, en cuanto al que el Sr. P. C. deba presentar en autos en forma semestral un informe de su estado de salud psíquico, resulta adecuada, proporcional y razonable de acuerdo a los parametros establecido en la Convención y en la ley 26.378.

Del informe pericial obrante a fs. 538/543 surge que el Sr. C. *“...no presenta dificultades para administrar sus bienes, sostener su desempeño laboral y mantener una actividad de relación en el contexto de su labor actual en la que refiere desempeñarse como agente de seguros...”* agregando que *“...la dirección de sus acciones puedan verse perturbadas solamente en aquella situación en que los actos se ven interferidos o afectados frente a una nueva descompensación. Estas probabilidades esporádicas y dependientes de desencadenantes relacionados con tensión emocional...”* (ver fs. 541vta., el resaltado me pertenece).

Por consiguiente, efectuando un análisis del informe médico y de la medida adoptada por el *a quo* en la resolución en crisis -a la luz de lo que dispone la ley 26.378-, entiendo que dicha medida resulta inadecuada, desproporcional e irrazonable, pues de acuerdo a lo diagnosticado por el equipo médico y a las circunstancias de la persona (70 años, agente de seguros, residencia a más de 660km de esta ciudad) no surge la necesidad de que al Sr. P. A. C. se le imponga limitaciones al ejercicio de la capacidad plena que el mismo Juez le ha otorgado en la sentencia de fs. 591/598.

Entiendo que la medida adoptada por el Juez de grado resulta una injerencia arbitraria en la capacidad y en la vida privada del Sr. P. A. C.,

violatoria de lo dispuesto por art. 14.2 de la Convención por que -como bien señala la Defensora oficial- pues con la imposición de dicha medida se le esta vulnerando la facultad de autogobierno, pues si bien los psiquiatras indicaron un régimen de protección para el paciente -control médico psiquiátrico ambulatorio-, también debo valorar que han señalado que el Sr. P. C. efectúa regularmente dicho control médico con el Dr. Cumis en el Hospital Penna de la ciudad de Bahía Blanca, lugar de residencia del causante.

Por otra parte, la medida dictada también resulta violatoria del art. 23 de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad como del art. 7 de la ley 26657 de Salud Mental.

El Art. 23 establece que: *"...Los Estados Partes protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás..."*.

Y el artículo 7º de la ley 26.657 legisla que *"El Estado reconoce a las personas con padecimiento mental los siguientes derechos:...i) **Derecho a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado...**"*.

Ahora bien, y a fin de establecer que debe entenderse por acto discriminatorio resulta ilustrativa la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el que ha sostenido que *"...a) la condición específica de "no discriminación" no debe entenderse en el sentido de que éste prohibida el establecimiento de diferenciaciones legítimas; b) una diferencia de trato vulnera el art. 14 cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada, considerados desde la perspectiva de los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas; c) una diferencia de trato no sólo debe perseguir una finalidad legítima, sino que ha de respetar asimismo*

una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida; y d) el derecho a la igualdad protege a los individuos o grupos que de encuentren en una situación comparable..." (Cit. por Famá-Herrera-Pagano; *Salud mental en el Derecho de Familia*; edit. Hammurabi, Bs. As., 2008, pág. 666).

A partir de ello, podemos afirmar que la medida adoptada resulta discriminatoria pues se le impone al causante capaz una diferenciación de trato carente de toda justificación, ya que como dictaminan los psiquiatras el Sr. P. C. posee pleno discernimiento y sus facultades mentales sin alteración, lo que conlleva a que la imposición de la presentación de un control médico cada seis meses ante el Juzgado resulte violatoria del art. 7 de la ley 26.657, pues con su imposición se lo esta identificando y discriminando al causante por el padecimiento de una enfermedad mental pasada (arts. cit. y 16 de la Constitución Nacional y 11 de la Const. Pcial.)

La medida por lo contrario parece traslucir una categoría "sospechosa" contraria al estándar de derecho humanos aplicable a nuestro estado democrático de derecho y que por su parte impide a la persona con discapacidad la asunción de "la dignidad del riesgo" concepto este defendido por las personas con discapacidad en la redacción de la Convención y trascendental al espíritu que transversalmente atraviesa la mirada de la discapacidad en las múltiples áreas en que la persona con discapacidad se desenvuelve (argto. leyes 26.657 y 2637).

En definitiva, considero que debe revocarse la medida impuesta por el Juez al Sr. P. A. C. y a su Defensora oficial, en cuanto ordena la presentación ante el Juzgado de un informe médico cada seis meses, por cuanto la misma no resulta proporcional y adaptada a las circunstancias de la persona en los términos de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378), de la ley 26.657 y de lo que disponen los 16, 18, 75 inc. 22 y cc. de la Const. Nacional, 11, 12, 36

y ccdd. de la Const. Pcial., 2 y 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1º, 2, 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 1º y 11 de Pacto de San José de Costa Rica; 17 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Finalmente y en atención a la autonomía de los argumentos precedentemente brindados para revocar la medida adoptada por el Juez de grado en la sentencia en crisis, entiendo que no corresponde analizar los restantes agravios expuesto por la Defensora Oficial en su expresión de agravios de fs. 604/613.

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Pedro D. Valle votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

Corresponde: I) Revocar parcialmente la sentencia de fs. 591/598 en cuanto dispone la presentación en autos de un informe semestral de la salud del Sr. C., II) No se imponen costas ante no mediar controversia (art. 68 y 69 del C.P.C).

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Pedro D. Valle votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente;

S E N T E N C I A

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo: I) Se revoca parcialmente la sentencia de fs. 591/598 en cuanto dispone la presentación en autos de un informe semestral de la salud del Sr. C., II) No se imponen costas atento no mediar controversia (art. 68 y 69 del C.P.C). **Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C). Devuélvase. Nelida I. Zampini. Pedro D. Valle. Pablo A. Antonini. Secretario.**