



## Capacidad Jurídica

### **Nueva evaluación pericial sobre la declaración de demencia en función de la Ley Nacional de Salud Mental 26657**

#### **Z. G. R. s/ Insania y Curatela**

En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los 6 días del mes de noviembre de dos mil doce, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Primera, del Departamento Judicial La Matanza, Doctores, José Nicolás Taraborrelli, Ramón Domingo Posca y Eduardo Angel Roberto Alonso, para dictar pronunciamiento en los autos caratulados: "Z. G. R. S/ INSANIA Y CURATELA" CAUSA Nº 2547/1, habiéndose practicado el sorteo pertinente -art.168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires-, resultó que debía ser observado el siguiente orden de votación: DR. POSCA-DR. ALONSO-DR. TARABORRELLI-; resolviéndose plantear y votar las siguientes:

#### CUESTION

1ª. ¿Corresponde la realización de una nueva evaluación del causante en los términos del art. 152 ter del código civil conforme la incorporación de la Ley Nacional de Salud Mental Nº 26657 y postulados de la ley 26378?

#### VOTACIÓN

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RAMÓN DOMINGO POSCA, dijo:

I. Antecedentes del Caso.

A fs. 273/274 vta luce la declaración de incapacidad de G. R. Z. la cual ha sido dictada con fecha 24/02/04.



A fs. 354/357 la Asesora de Incapaces Dptal, Dra. M. M. A., solicita la realización de una nueva pericia al causante de autos en los términos del art. 152 ter del código civil conforme la incorporación de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26657 y postulados de la ley 26378, argumentando que la declaración de demencia no puede extenderse por más de tres años, por lo que se impone que la resolución sea revisada acaecido dicho plazo por equipos interdisciplinarios, tal como acontece notoriamente en la especie.

Contra dicha petición, la Sra. Juez de grado resuelve no hacer lugar a la misma, ya que considera que la práctica que se persigue viola lo normado por el art. 3 del Código Civil, ya que se estaría aplicando retroactivamente una ley que ha sido sancionada con posterioridad a la resolución que se pretende revisar.

Así las cosas, contra dicho pronunciamiento, la Sra. Asesora Dptal. interpone recurso de apelación el que es concedido en relación a fs. 362. Posteriormente, a fs. 369, se declara desierto el mismo en virtud del informe del actuario de idéntica foja.

Consecuentemente, la Sra. Asesora de Incapaces Dptal. interpone recurso de queja ante esta Alzada, ya que argumenta que la notificación del auto que concedía el recurso de apelación debió notificarse en base a lo previsto por el artículo 135 último párrafo y no por el art. 133 como lo encuadró la Sra. Juez de Grado.

Esta Alzada hace lugar a la queja entendiendo que acoge razón a la apelante en sus dichos, por lo que vuelven los autos a la instancia de origen y a fs. 398/402, la quejosa funda el recurso interpuesto a fs. 631. En él, argumenta que denegar una nueva evaluación interdisciplinaria a su representado amparándose en la falta de redacción explícita en la norma que se invoca, que disponga la retroactividad de la misma, le causa un gravamen irreparable a su representado, ya que vulnera sus derechos fundamentales.

No tener en cuenta que la aplicación de la nueva normativa aumenta el espectro de protección, priva al causante de la posibilidad de acceder a una modificación de la capacidad civil a el restringida. Ello, si de la nueva revisión surgieran cambios que respalden tal decisión.



## II.-Consideraciones previas

Avocado al estudio del presente caso, corresponde en primer lugar, hacer alusión a ciertas cuestiones fundamentales para el entendimiento de la Ley Nacional Nº 26657, la cual es actualmente protagonista de los más diversos debates doctrinarios y jurisprudenciales.

En este orden de ideas, resulta pertinente hacer alusión a los antecedentes que fueron facilitando el nacimiento de la norma legal en examen, para de este modo, tratar de evidenciar los propósitos y fines que los Tribunales deben tornar operativos.

La Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad (ley 26378 aprobada en el año 2008) desde su dictado imponía la reforma del régimen civil argentino por cuanto previamente a su modificación, el mismo no se adaptaba a las directivas prescriptas en dicha norma de rango supralegal.

El art 1 de la CDPD establece que: “El propósito de la presente Convención es 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”.

Se vislumbra una clara intención de velar por la capacidad civil de hecho del enfermo, es decir, a preservar su autonomía personal, traducido ello, en la obligación de los jueces de especificar las funciones y los actos que se les restringen al individuo objeto de protección.

De este modo la ley 26657, marca un cambio de paradigma entorno a la concepción legal de la discapacidad, tendiente a estar en armonía con lo que se ha venido desarrollando en el plano internacional.

Ingresando en el estudio de la ley 26657, comenzaré con aproximarme al objeto al que refiere la norma en su artículo primero, el cual busca asegurar el derecho a la protección de la salud mental



de todas las persona 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 mas beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

De lo recién citado, se vislumbra una clara recepción de los principios contenidos en el preámbulo de la Constitución Nacional, ya que se refiere a la protección de la salud mental de todos los sujetos que se encuentren en el territorio argentino. Por otra parte, la amplitud del objeto de la ley, remite a los derechos y garantías sobre derechos humanos contenidos en el cuerpo constitucional, como a los instrumentos internacionales con tal jerarquía. (art. 75 inc. 22 C.N).

De este modo, la igualdad aparece como un ítem clave para los fines a los que tiende la convención, en armonía con lo normado por el art. 16 de nuestra carta magna.

Así, establece que los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna, que los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. Continua proclamando que a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables y no se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

Ha precisado el Ministerio de Salud de la Nación cuales son los principios generales sobre Salud Mental y Derechos Humanos y protección contra la Discriminación. La Ley garantiza el derecho de toda persona usuaria de los servicios de salud mental a: Ser reconocida como sujeto de derecho, y a que se presuma su capacidad. No ser discriminada por un diagnóstico, padecimiento mental, antecedentes de tratamiento u hospitalización. Recibir información adecuada y comprensible acerca de los derechos que puede ejercer en la relación con el sistema de salud mental.



(<http://www.msal.gov.ar/saludmental/index.php/informacion-paracomunidad/leynacional-de-salud-mental-no-26657/84-derechos-basicos>).

El art. 7 de la ley 26657, reconoce a las personas con padecimiento mental una serie de derechos, entre los cuales encontramos el derecho a que su enfermedad no sea considerada un estado inmodificable, lo que nos lleva a comprender la necesidad de la evaluación periódica que debe recibir el paciente, a los fines de hacer efectivo el mismo.

Dicho lo cual, es importante insistir en que la ley que se torna operativa en la especie, parte de la presunción de capacidad de todas las personas (art. 3 de la ley), es por ello que enmarca la cuestión de la Salud Mental dentro de un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, de donde se desprende que el análisis de la cuestión deba estar enfocado desde la interdisciplina, lo que apunta a evitar la discriminación a la que pueden estar sometidos determinados sujetos, lo que podría derivar en la peligrosa restricción de capacidad civil que no se ajustaría en modo alguno al marco normativo-positivo, en especial relación con el principio de igualdad lo normado en el art. 16 de la Carta Magna.

III.-La solución.

Sentadas tales premisas, debemos ingresar, ahora sí, en el análisis del caso que nos ocupa.

Ha recaído en los presentes obrados, sentencia que declara la incapacidad por demencia del Sr. G. R. Z., titular del DNI xxxxx, la cual data de fecha 24/02/004 (ver fs. 273/274 vta.)

Posteriormente, con fecha 31/10/11, la Sra. Asesora de Incapaces Dptal, Dra. M. M. A., ha solicitado una nueva evaluación del causante, en virtud de haber transcurrido más de tres años desde la resolución que limita su capacidad, entendiendo que a la luz de los parámetros de la nueva normativa, no puede privarse el ejercicio de los derechos que reciben las personas con patologías mentales a quien ha sido declarado incapaz con fecha anterior al dictado de la ley.



Ha entendido la Sra. Juez de grado, que hacer lugar a tal petición violaría lo normado por el art. 3 del Código Civil, ya que fundamenta que la ley 26657 no prevee norma expresa que permita su aplicación retroactiva.

Se ha dicho que “Una de las dudas importantes que no aclara esta norma del art. 152 Ter es acerca de las sentencias firmes de hace más de 3 años: ¿impone la revisión obligatoria de todas? Al menos, creemos que está abierta la vía para pedir la cesación de la medida dispuesta o en su caso su renovación-con plazo-y con el debido respaldo de un dictamen de equipo interdisciplinario.” (XXIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL-2011 COMISIÓN DE INTERDISCIPLINARIO: DERECHOS DE LOS PACIENTES Ponencia de Sara Noemí Cadoche, DERECHOS DE LOS PACIENTES CON PADECIMIENTOS MENTALES Y DE LAS PACIENTES MUJERES DESDE UNA MIRADA DE GÉNERO).

Es aquí donde debemos detenernos. Si bien es cierto que la cuestión es controvertida y la norma no resuelve precisamente el interrogante acerca de aquellas sentencias que se encuentren firme desde hace mas de 3 años, esto no puede configurar impedimento alguno para que los jueces tomen una decisión que tienda a satisfacer los derechos en forma equitativa y justa de los sujetos involucrados, en miras al marco positivo imperante en la actualidad.

En un reciente fallo del Departamento Judicial de Azul, se ha dicho : “...la legislación citada resguarda y garantiza los derechos humanos de las personas con discapacidad, derechos que se encontraban vigentes con anterioridad a la sanción de estas leyes y las que en su caso los hacen aplicables a los procesos de insania e inhabilitación (arts. 75 incs. 22 y 23 CN; 36 inc. 5 Const. Prov. Bs. As., 25 Convención Americana sobre Derechos Humanos; 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).-Es necesario que toda esta enumeración de derechos se vuelva tangible y el conflicto que hoy nos ocupa es uno de esos casos que necesita de su aplicación concreta, en el mismo sentido se ha expedido la SCBA en una causa de insania iniciada en el año 1996, en la que cita y aplica las leyes 26.378 y 26.657 (SCBA N.,N.E. s/insania del 17/08/2011, public. en ABELEDO PERROT Nº: 70071438).” (Causa "J. M. E. S/INSANIA Y CURATELA" JUZGADO DE FAMILIA Nº 1 – AZUL Causa Nº 1-56468-2012 – 22 de mayo de 2012) .



Al respecto, ha señalado el Supremo Tribunal Provincial, en un reciente fallo que: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado en el caso *Ximenes Lopes c. Brasil*, del 4-VII-2006, “la especial atención que los Estados deben a las personas que sufren discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad (...) 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 (...) 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. (...) En tal sentido, los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza; niños y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo para padecer discapacidades mentales, como era el caso del señor D. X.L. . Es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro. En razón de lo anterior, entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición (...) (SCBA, C 109819 S 17-8-2011 N.,N. s/ Insania-Curatela JUBA Sumario 166)

En busca de una solución que satisfaga los principios de justicia, igualdad y efectivo cumplimiento de los derechos y garantías que posee todo sujeto de derecho, me remito a nuestra Carta Magna, la que resulta la fuente legal que sirve de base a todo el sistema jurídico que regula a la sociedad argentina. De este modo, si se convalida la decisión que ha sido atacada, es decir, impedir al causante el acceso a una nueva revisión de los facultativos correspondientes, a los fines de determinar si se ha modificado su padecimiento y, de este modo, el grado de protección jurídica que requiere el mismo, no resulta de modo alguno acorde a los derechos humanos que le son inherentes.



La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, establece que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras que construyen la actitud y el entorno, lo que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. Luego remarca con preocupación, que pese a los diversos instrumentos y actividades que se están implementando, las personas con discapacidad siguen sufriendo la vulneración de sus derechos humanos en todas las partes del mundo, por lo que reconoce la importancia de la cooperación internacional para mejorar las condiciones de vida de las personas con discapacidad, en particular en los países en desarrollo.

De este modo, es que los cambios legislativos que se van implementando con miras a ir construyendo un mundo más equitativo e inclusivo de aquellos con capacidades diferentes a la media, necesita una especial y comprometida atención jurisprudencial, que tienda a lograr el efectivo cumplimiento de aquellos principios que consagran un cambio de paradigma a nivel estructural, único modo de penetrar en el complejo entramado social, para lograr un cambio que desnaturalice la exclusión de aquellos que padecen diversos tipos de discapacidades.

Continuando con el concepto de “discriminación por motivos de discapacidad” que emana de la Convención precitada, se establece que aquella se configurará cuando se incurra en cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;

El permitir el acceso a una revisión que determine el estado actual de salud psicofísica del causante, a la luz de los nuevos derechos y garantías que otorga la ley 26657, lejos está de atacar el fundamento con el cual ha sido dictado el art. 3 del código civil, es decir, aquel que vela por garantizar la seguridad jurídica, la que de ningún modo se vería atacada, ya que de haber sido modificados aquellos extremos que admitieron la restricción de la capacidad civil del causante con su consiguiente modificación en relación a su capacidad, aquella operaría a partir de su dictado y no modificaría relaciones jurídicas anteriores.



A mayor abundamiento y como colofón final de nuestro razonamiento, cabe puntualizar que como resulta sabido, el principio de irretroactividad de la ley, bebe su fundamento en el intento de impedir la vulneración de derechos adquiridos. En tal sentido, el pretorio ha dicho: “Las leyes, en nuestro ordenamiento, pueden -en ciertas hipótesis-tener efecto retroactivo bajo la condición obvia e inexcusable de que no violen garantías constitucionales. Si las afectan, la ley de que se trate es atacable, más no por su retroactividad sino por su inconstitucionalidad. Tal lo que sucede por ejemplo, cuando el efecto retroactivo de un dispositivo legislativo va contra los que suelen llamarse "derechos adquiridos", que son, por su naturaleza, inalterables y no pueden ser suprimidos por ley posterior sin agravio al derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Constitución Nacional” (SCBA, Ac 56457 S 20-2-1996, Río Paraná Cía. Financiera S.A. Quiebra s/ Incidente por reconocimiento de privilegio)

Ello así, aparece como disvalioso desde todo punto de vista que al impedir la aplicación de la nueva ley, el resultado final conduzca a que una persona resulte –en principio-condenada de por vida a ser considerada incapaz. Si alguna duda aún cupiere al respecto, viene a mi memoria la enseñanza por autorizada doctrina al puntualizarse que: “Existen en el ordenamiento argentino hipótesis en que las leyes pueden aplicarse retroactivamente, aún en ausencia de una disposición legal en tal sentido. Un ejemplo clásico es el de la aplicación retroactiva de la ley más benigna que rige en materia penal (art. 2º, Cod. Penal). En este caso, se aprecia con claridad que el fundamento de la retroactividad es la supuesta mayor justicia de la norma nueva” (pág. 10 Código Civil y normas complementarias, Análisis doctrinario y jurisprudencial, Alberto Bueres, Elena Highton, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Año 1995)

Convalidar una solución como la que ha recaído en el presente, contradeciría claramente todos los principios que se están gestando a nivel legislativo en el plano nacional e internacional.

Por las consideraciones expuestas, es que considero debe practicársele una nueva revisión acorde a los parámetros de la nueva legislación, los que de ningún modo atacan derechos adquiridos, sino que justamente, busca garantizar que la pérdida o restricción de ellos, en armonía



con el cambio de paradigma en clave de incapacidad, que se viene gestando en el plano internacional.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DOCTOR RAMÓN DOMINGO POSCA VOTA POR LA AFIRMATIVA.

Por fundamentos análogos, los doctores Alonso y Tarraborrelli votan en igual sentido.

Por las consideraciones ut supra mencionadas, este Tribunal RESUELVE:

- 1º) REVOCAR la resolución de fs. 359 por los argumentos vertidos precedentemente
- 2º) ORDENAR la realización de un nuevo informe interdisciplinario a la luz de lo normado por el art. 152 ter. C.C a los fines de determinar el estado actual de salud del causante a la luz de los parámetros de la nueva ley Nacional de Salud Mental Nº 26657.
- 3º) SIN COSTAS. REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVASE. Fdo.: Dr. José Nicolás Taraborrelli, Dr. Ramón Domingo Posca, Dr. Eduardo Angel R. Alonso – Jueces-Ante mi: Dra. Edith Irene Rota –Secretaria