PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

"S. V. A. N. S/ DETERMINACION DE LA CAPACIDAD JURIDICA"

CAUSA F8-12575-2018 R.I. /19

///rón, 19 de Marzo de 2019

AUTOS Y VISTOS: El recurso de apelación interpuesto contra el auto que luce copiado a fs. 141, que fuera concedido mediante la providencia de fecha 27 de Diciembre de 2018 y fundado con el memorial que obra en soporte papel a fs. 146/161, a cuyos términos cabe remitirse en homenaje a la brevedad

CONSIDERANDO:

I) Que, de todo comienzo y teniendo en cuenta lo expresado a fs. 146/vta. y lo indicado en el auto de fs. 162/vta., cabe realizar algunas reflexiones preliminares en lo que hace a la eventual reconstrucción de las presentes.-

En tal sentido, es de público y notorio conocimiento lo acontecido durante el transcurso de la feria estival en el ámbito del Juzgado de Familia nro. 8 Departamental, ante el cual tramita el expediente.-

Según se indica a fs. 162 no fue posible determinar si las actuaciones habían sido destruídas, o no, por el incendio.-

Descripta así la situación, cabe señalar que -si bien existen proyectos de reforma en análisis- nuestro CPCC -al regular el procedimiento de reconstrucción (art. 129)- aun no se adapta a la nueva situación existente en el ámbito jurisdiccional.-

De este modo, lo que hoy sucede es que tenemos el historial de la tramitación de los expedientes prácticamente completo (con algún faltante, en ciertos casos -como el presente, ver fs. 181-, derivado del incumplimiento de las pertinentes cargas reglamentariamente impuestas, cfe. Ac. 3886, SCBA).-

En tal sentido, tenemos -por un lado- que a raíz de las previsiones del Ac. 3886 de la Suprema Corte, la totalidad de las presentaciones deberían obrar en el sistema; y lo propio sucedería con el texto de los proveídos, de acuerdo con lo establecido por la Res. 860/01, aun cuando los mismos carecieran de firma digital.-

En este contexto, la situación de la reconstrucción de los expedientes -en un futuro- sería extremadamente mas sencilla o, directamente, desaparecería (en la medida en que se llegara a la implementación completa del expediente digital y siempre, claro está, que no se tuvieran que reconstruir estos últimos a raíz del borrado de los archivos).-

Muestra de esta situación de avance viene dada por el nuevo CPC mendocino (art. 58).-

Ahora bien, en nuestro ámbito sigue rigiendo el procedimiento del art. 129 del CPCC, en su versión originaria.-

Con todo, la situación que aquí se da es atípica, por cuanto no está en claro si el expediente se ha destruído o no; con lo cual desconocemos si habrá de acudirse en todo caso a algún procedimiento reconstructorio, porque no se ha "comprobado la pérdida del expediente" que requiere el ya nombrado art. 129.-

Sentado ello, y en orden a encontrar alguna respuesta (razonable) a esta situación, teniendo en cuenta la índole de la petición incoada y el tema traído a nuestro conocimiento y decisión (medida cautelar), el hecho de que -como ya lo veremos- se encuentra en juego el derecho a la salud de una persona en situación de vulnerabilidad (adulto mayor con una patología), que se trata de una circunstancia totalmente ajena a las partes (incendio del juzgado) la cual debemos procurar que incida o impacte en la menor

medida posible sobre la eficacia de la prestación jurisdiccional que están reclamando (art. 15 Const. Pcial.) y, computando, además que en este proceso no existe contraparte, considera el tribunal que teniendo en cuenta la naturaleza de las piezas recepcionadas y los datos existentes en el Sistema Augusta, no hay inconveniente alguno para tratar el recurso de apelación en estas condiciones, sin perjuicio de lo que luego se pudiera actuar -o decidir- en cuanto a la eventual reconstrucción de las actuaciones.-

II) Que, abordando los agravios, tenemos que -frente al pedido de medida cautelar instaurado (ver fs. 121vta. y sigtes.)- y previo dictamen favorable de la Asesoría (ver fs. 138) la Sra. Juez de Grado desestima la petición e indica que el mismo debe canalizarse por la vía y forma que corresponda, lo que agravia a la recurrente.-

Previo al análisis de los agravios, entiende el Tribunal que resulta menester situarnos debidamente en el componente subjetivo de la controversia.-

Así tenemos que la Sra. S. es una mujer, adulta mayor, a quien aqueja una patología mental, que le genera una discapacidad.-

Dicho esto, y para comenzar, es necesario tener presente que el colectivo de la ancianidad es uno de aquellos que, por imperio constitucional, resulta destinatario de una mayor protección (art. 75 inc. 23 Constitución Nacional).-

Este necesario respeto -y resguardo- de sus derechos no tiene como sujeto pasivo únicamente al Estado, sino a todas las personas integrantes del conglomerado social.-

En alguna ocasión anterior (causa 58.317 R.S. 82/11) desde esta Sala se ponía de manifiesto que cuando

la cuestión involucraba a niños, no era solo el Estado quien debía velar por sus derechos, sino todas las personas vinculadas a la cuestión.-

Pues bien, cuando se trata de adultos mayores (y mas aun cuando portan algún problema de salud) sucede exactamente lo mismo.-

El respeto hacia los mayores (los miembros mas antiguos de la comunidad) ha sido, a lo largo de los tiempos, una cuestión de relevancia en las sociedades; aunque, al parecer, en las épocas mas modernas (con todos los cambios que se han ido desarrollando) esto se ha ido diluyendo.-

No obstante ello, desde el orden normativo han aparecido diversas normas específicas, en las que necesariamente debemos abrevar.-

Fundamentalmente, la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (ley 27.360).-

Sobre el tema, la doctrina ha señalado que el derecho de la vejez, denominado también derecho de la ancianidad, es una nueva especialidad transversal destinada al estudio de la condición jurídica de las personas mayores, de 60 años de edad en adelante, en el derecho interno, regional e internacional. Este derecho se propone también el reconocimiento de las situaciones de aminoración, vulnerabilidad, discriminación, inestabilidad o abusos que puedan padecer estos sujetos, por el hecho de ser “viejos”. Pero además, aborda el análisis de las herramientas jurídicas que permiten legítimamente la intervención y restitución de la autonomía, la libertad, la igualdad, la participación o la dignidad dañada en el caso. Por ello, en este marco se consideran tanto los principios y reglas, institutos, relaciones jurídicas, derechos y

obligaciones, como los sistemas de protección y las garantías, en cuanto se vinculan con el fenómeno demográfico del envejecimiento y de la vejez de cada persona, en particular.

La ratificación de la ley 27360 constituye, en la actualidad, la culminación de todo un complejo movimiento de visibilización de los adultos mayores como sujetos de derechos y de búsqueda de una mayor protección de sus derechos, así como también se instituye en un instrumento que representa el punto de partida de un proceso de reformas normativas e institucionales orientadas a que este nuevo enfoque termine impactando en la realidad y la vida de las personas mayores (ROBINO, Alejandro D., *Análisis de la ley 27360. Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores*, Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, Erreius, Junio 2018, p. 397).-

También se ha dicho que en la sociedad actual los adultos mayores conforman un colectivo social vulnerable. Ello por cuanto el concepto de vulnerabilidad se refiere a las personas o grupos de personas que son más susceptibles de ser lastimadas o heridas, ya sea en lo físico, psicológico o económico, o de cualquier otra forma, o por cualquier otro medio. En el caso de las personas mayores, producto del proceso de envejecimiento, experimentan cambios biológicos, fisiológicos, psicosociales y funcionales que pueden ser de diferente intensidad. Es decir, es frecuente observar una disminución en las funciones físicas, psicológicas y sociales, lo que suele colocarlas en situación de mayor vulnerabilidad. En el Derecho Internacional se produjo el denominado proceso de especificación de los derechos humanos consistente en la elaboración de diferentes convenciones y tratados dirigidos

a los miembros de los considerados grupos vulnerables -v. gr., mujeres, niños, personas en situación de discapacidad-. Este proceso de especificación distingue grupos de personas a los que reconoce derechos especiales en función de su situación, cuando se detecta la inoperancia de los derechos generales. En síntesis, es un proceso que tiene por objeto paliar la situación de desventaja social que atraviesan estas personas y que no resulta reparable mediante la igualdad formal en derechos, requiriendo en consecuencia la afirmación de derechos de grupos como herramienta para la eficacia de los derechos individuales. Dentro de estos grupos de sujetos en situación de vulnerabilidad se incluyen los adultos mayores.

Agregando que, por ello, en el ámbito internacional se observó que la problemática de las personas mayores que determinaba que en muchas ocasiones que se encontraran en situación de vulnerabilidad era una problemática con causas y características propias, que por lo tanto requerían un marco normativo que diera soluciones adecuadas a una realidad específica de este grupo social.

Así, en el año 2015 se aprobó en el seno de la OEA la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, resultando este el primer instrumento internacional que regula sus derechos y que, conforme el artículo 75, inciso 22), de nuestra Constitución Nacional gozan de jerarquía superior a las leyes.

Lo importante, se dice, de esta Carta Internacional es que establece un marco regulatorio propio, tomando en cuenta la realidad particular de las personas mayores y proponiendo una nueva mirada sobre el proceso de envejecimiento.

Indicando que la aprobación de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores constituye un hito en la materia de tutela de los derechos de los adultos mayores, por cuanto antes de dicha Carta este colectivo social debía recurrir a la protección mediante las normas de carácter general para todas las personas, no teniéndose en cuenta los rasgos diferenciales de su realidad. Hoy con el instrumento internacional se cuenta con una herramienta específica que observa las diferentes problemáticas por las cuales se puedan ver vulnerados los derechos de las personas mayores, observando sus propias causas y por lo tanto promoviendo soluciones adecuadas (SANJUAN, Alejandro, *Tutela jurídica de los adultos mayores: vulnerabilidad y protección legal a partir de la convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores*, Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Erreius, Mayo 2018, Cita digital: IUSDC285846A).

Desde esta Sala, se ha puesto de manifiesto la necesidad de atender la particular situación de los adultos mayores.

Se decía en la causa N° MO-40548-2011 (R.S. 246/2017) que

"las situaciones de edad avanzada son presupuestas -en nuestro enconfrado constitucional- como desniveladoras respecto de las personas mas jóvenes (art. 75 inc. 23 Const. Nac., 36 Const. Pcial.).-

En efecto: los adultos mayores son, o deberían ser, en nuestro ámbito jurídico destinatarios de una especial protección estatal.-

Ello involucra todos sus estamentos (poderes administrador, legislativo y poder judicial); en lo específicamente jurisdiccional, ello se dará en los

diversos casos que el juzgador tenga para resolver y su materialización dependerá de cada cuestión que se presente y sus exigencias específicas.-

Quiero significar, con esto, que la especial protección a este particular grupo etáreo (al igual que acontece con niños, niñas y adolescentes) es obligación específica del Estado, impuesta por la Constitución, incluso ya antes de la suscripción de la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (y actualmente reforzada por dicha Convención).-

Ahora, cómo se la materialice, dependerá de las circunstancias del caso.-

En algunos supuestos, mediante tutelas diferenciadas (para hacer mas pronta o específica la prestación jurisdiccional); en otros, mediante los ajustes procedimentales razonables; y, finalmente, cuando se encuentren involucradas cuestiones de fondo como las que aquí se debaten, teniendo muy presentes -al juzgar- las puntuales circunstancias del caso en lo que hace a la subjetividad de las personas.-

Esto, en realidad, no es mas que la aplicación de la directriz del art. 171 in fine de la Constitución Provincial, en cuanto nos manda a aplicar la ley teniendo presente las concretas -y vivificantes- circunstancias del caso.-

¿Qué quiero significar con esto?

Que no puede tratarse (so pena de violentar el principio de igualdad) un caso que involucre a un adulto mayor sin tener presente tal circunstancia".-

Incluso, el Dr. de Lázzari en uno de sus votos ha expresado la necesidad de reconocer el valor intrínseco de todas las etapas vitales y auspiciar la contemplación de

los flancos vulnerables de los adultos mayores, su protagonismo e interacción en base a los derechos que, como ciudadanos plenos les asigna la Constitución (su voto en causa B 65072 fallo del 29/12/2008, "Rojas, Angel Gualberto c/Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones Policía Prov. Bs. As. s/Amparo").-

Sobre este piso de marcha, vayamos a la Convención aludida, trayendo a colación los puntos que pueden ser relevantes para el presente.-

Su art. 4 inc. c) determina que los Estados parte: "*c) Adoptarán y fortalecerán todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos*".-

Además se consagran derechos vinculados con su vida (art. 6), seguridad (art. 9), cuidados a largo plazo (art. 12) y salud (art. 19).-

Por otro lado, no puede dejar de advertirse que -portando una discapacidad- convergen también todas las normas protectorias de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad (ley 26.378).-

Ahora bien, explicitada la necesidad de una protección reforzada (que converge desde dos lugares: adulto mayor-discapacidad) todavía queda algo por señalar, ya que aquí no está en juego cualquier derecho, sino el derecho a la salud.-

Desde esta Sala (causa nro. 230372 R.S. 108/13) se tiene dicho que el derecho a ***la vida -comprensivo de la preservación de la salud- es el primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, ya que siendo el hombre el centro del sistema jurídico y en tanto en sí mismo, su personalidad es***

inviolable y constituye el valor fundamental respecto del cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (cfr. Morello, Augusto Mario - Morello, Guillermo Claudio "Los Derechos Fundamentales a la vida digna y a la salud", Librería Editora Platense, págs. 1/12 y 26/27) y memorábamos, además, que muy recientemente ha dicho la Corte suprema de Justicia de la Nación que, ***en cuestiones que involucran el derecho a la salud, las eventuales dudas han de solventarse en favor del paciente, nunca en su perjuicio, en tanto la materia que nos ocupa se encuentra gobernada por el principio pro homine*** (Corte Sup., 30/4/2013, "Tello María L. v. Obra social del Personal Auxiliar de Casas", Base de Datos Abeledo Perrot Doc. AP/JUR/575/2013).-

En correlato con ello, es del caso también señalar que –ante la entidad de los derechos en juego- la visión del caso a través de la mirilla procesal debe, necesariamente, elastizarse y ampliarse; no caben –a mi juicio- rigideces, dogmatismos ni –por cierto- excesos rituales cuando el derecho a la salud y la vida de una persona están en juego (ver, en tal sentido, Corte Suprema, Fallos 329:2179, entre otros).-

En estos casos es imprescindible, según lo veo, que entre en juego la justicia de acompañamiento o protección (de la que tantas veces nos ha hablado el maestro Morello) e ir siempre en procura, y resguardo, de la sustancia de los derechos en juego, con indudable prevalencia de lo fondal por sobre lo procesal.-

También recordamos que –desde esta misma Sala (causa nro. 53.747 R.S. 129/06)- se ha señalado que:

"*De todo comienzo debo reiterar que se halla en juego el derecho a la vida, la integridad física y la salud (artículos 33 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional,*

11 Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre; 36 inciso 8° Constitución Provincial y el rol que este último le asigna al medicamento).-

Dentro de la categoría de los derechos personalísimos y derivados del derecho a la vida se insertan el derecho a la salud, a la integridad física y psicológica, a su preservación y adecuado mantenimiento.-

Al respecto no puede menos que compartirse la interpretación que enfatiza que el derecho a la salud no puede quedar circunscripto a la mención hecha en el artículo 42 de los derechos de los consumidores y usuarios a la protección de la salud del citado ordenamiento, pues importa un aspecto parcial de tal garantía.-

El derecho a la vida -comprensivo de la preservación de la salud- es el primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, ya que siendo el hombre el centro del sistema jurídico y en tanto en sí mismo, su personalidad es inviolable y constituye el valor fundamental respecto del cual tiene siempre carácter instrumental (cfr. Morello, Augusto Mario - Morello, Guillermo Claudio "Los Derechos Fundamentales a la vida digna y a la salud", Librería Editora Platense, págs. 11/12 y 26/27).-

Pero, como antes se lo decía, aquí está en juego el derecho a la salud de un sujeto destinatario de una especial protección: una mujer, adulta mayor y con una situación de discapacidad.-

Emplazados así, y reseñada la cuestión, volvemos a la cuestión apelada; entonces es necesario poner de manifiesto que -indudablemente- si existe una cuestión vinculada con el derecho a la salud y resulta necesario entablar alguna discusión con la entidad de medicina prepaga acerca de la extensión de las prestaciones, ello

desborda los límites del proceso de restricción a la capacidad jurídica contemplado por los arts. 31 y sigtes. del CCyCN.-

En efecto: este proceso tiene un objeto específico, y el mismo se ve superado por planteamientos como el antedicho.-

Con lo cual, a juicio del tribunal, la vía para el análisis del tema no sería su introducción en el presente, sino la canalización de una pretensión autónoma (acción de amparo -arts. 43 Const. Nac., 20 Const. Pcial.) donde pudiera plantear lo que considerara menester y la entidad de medicina prepaga podría ejercer su defensa.-

De este modo es como se compatibilizan los derechos de todos los potenciales involucrados.-

Incluso, en dichas actuaciones es donde debería -por elementales razones- intentarse cualquier medida de naturaleza cautelar o anticipatoria.-

Es decir, lo que hubiera correspondido era la iniciación paralela de las presentes y una acción de amparo contra la entidad asistencial.-

Pero no es eso lo que se hizo y las actuaciones llegan a la Alzada en estas condiciones.-

Ahora bien, ya en este punto es necesario recordar también que el art. 34 del CCyCN establece que "***durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona***".-

E, indudablemente, el derecho a la salud de la persona en cuyo beneficio se tramita el proceso es uno de estos derechos.-

Y si el mismo se encuentra en juego, surge -a juicio del tribunal- la posibilidad (o, mejor dicho, el

deber) de que el órgano jurisdiccional dicte las medidas (provisionales y urgentes) que resulten menester.-

La doctrina especializada ha señalado que el art. 34 tiene por objetivo "garantizar los derechos personales y patrimoniales" del denunciado señalando que las medidas cautelares, por lo tanto, abarcan aspectos ajenos al ámbito patrimonial y, son por ello, de especial relevancia para la libertad, seguridad o salud física o mental del denunciado (por ejemplo, tratamientos médicos, personal de enfermería, asistentes sociales) (cfe. TOBIAS, José W. en AA.VV. *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, ALTERINI, Jorge Horacio (dir.) 2a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2016, T I, comentario al art. 34).-

No debemos olvidar que si bien el principio general es la inconveniencia de que un juez incompetente (como sería uno diverso de aquel ante quien tramita el amparo) emita una medida cautelar, tal inconveniencia no implica imposibilidad y la medida cautelar dictada por juez incompetente sería válida (cfe. art. 196 del CPCC; esta Sala en causa nro. 43.340 R.S. 458/00).-

Es mas, ante casos similares, la jurisprudencia ha entendido viable el dictado de estas medidas en procesos como el presente (C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2°, 5/8/2004, "S., V. ", La Ley Cita Online: 35000530) lo que ha merecido favorable comentario de parte de la doctrina (TOSELLI, Juan Carlos, *El reconocimiento de la dignidad de las personas con padecimientos mentales*, JA 2005-II-365 - Cita Online: 0003/011210).-

Consecuentemente, entiende el Tribunal que -no obstante el hecho de que la cuestión debería tramitarse por vía de amparo, que la actora debería instaurar respecto de la entidad de medicina prepaga- ello no configura una valla

para que -aquí- se analice la medida cautelar requerida, y se resuelva a su respecto lo que fuera menester; ello, claro está, con un límite temporal a fin de que la cautelar se extienda hasta el momento en que se instaure y tome intervención el juez de la acción de amparo.-

Entonces, no comparte el tribunal lo indicado en el tramo final del auto apelado.-

Ahora, queda por analizar lo indicado en el segundo párrafo, donde se decide no hacer lugar a la medida por considerar que el tratamiento a seguir depende de lo indicado por los facultativos médicos intervinientes.-

Y, en tal sentido, como bien se remarca en el memorial, conforme se desprende de las constancias que lucen copiadas a fs. 2/12, surge la necesidad de institucionalización de la Sra. S. y, en el contexto normativo descripto, configuran -con el grado de verosimilitud necesaria para el presente- elementos suficientes como para acceder a la cautelar pretendida, teniendo en cuenta la índole de la patología que aqueja a la nombrada y el hecho de tratarse de una persona adulta mayor, con discapacidad, lo que configura una clara situación de vulnerabilidad.-

Consecuentemente, entiende el Tribunal que -en los términos del art. 34 del CCyCN y 232 del CPCC- deberá accederse a la cautelar pretendida, debiendo -previa caución (que determinará el juzgado actuante)- ordenarse a la prepaga OSDE a cubrir el 100% de los gastos de internación y medicación de la Sra. S. en la institución en la que actualmente se encuentra residiendo o en otra con las características indicadas a fs. 121vta. último párrafo/122 primer párrafo.-

Asimismo, y dada la situación indicada en el presente, sin perder de vista incluso que se trata de una

medida decretada por la Cámara al revocar la desestimación en la instancia previa (lo que acota bastante las posibilidades defensivas de la cautelada) la medida aquí dispuesta se extenderá por el lapso improrrogable de cuatro meses a partir del día de la fecha (el que se juzga razonable para la preparación, presentación y proveimiento del proceso que en realidad corresponde), o hasta tanto el magistrado interviniente en la acción de amparo que la peticionante habrá de promover, se expida sobre el tema.-

Por ello, la Sala **RESUELVE:** ***REVOCAR*** la resolución apelada, admitiendo la cautelar pretendida, debiendo -previa caución (que determinará el juzgado actuante)- ordenarse a la prepaga OSDE a cubrir el 100% de los gastos de internación y medicación de la Sra. S. en la institución en la que actualmente se encuentra residiendo o en otra con las características indicadas a fs. 121vta. último párrafo/122 primer párrafo; dejando establecido que la medida aquí dispuesta se extenderá por el lapso improrrogable de cuatro meses a partir del día de la fecha (el que se juzga razonable para la preparación, presentación y proveimiento del proceso que en realidad corresponde), o hasta tanto el magistrado interviniente en la acción de amparo que la peticionante habrá de promover, se expida respecto del tema. La presente deberá comunicarse a la aludida entidad mediante cédula a librarse de manera urgente y con habilitación de días y horas inhábiles.-

REGISTRESE. DEVUELVASE, ENCOMENDANDOSE A LA INSTANCIA DE ORIGEN LAS PERTINENTES NOTIFICACIONES.-

Dr. JOSÉ LUIS GALLO
Juez

Dr. ROBERTO CAMILO JORDÁ
Juez

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Ante mí: Dr. GABRIEL HERNAN QUADRI
Secretario de la Sala Segunda de la
Excma. Cámara de Apelación en lo Civil
y Comercial del Departamento Judicial
de Morón