En la ciudad de Mar del Plata, a los 28 días del mes de DICIEMBRE de 2017, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados “G. R. Z. S/ DETERMINACION DE CAPACIDAD”, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Ricardo D. Monterisi y Roberto J. Loustaunau. El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes CUESTIONES

1ra.) ¿Es justa la sentencia de fs. 2506?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi dijo:

I. La decisión apelada. En la resolución atacada la Sra. Juez a quo, ante el requerimiento formulado por el Sr. Curador Oficial a fs. 2505/vta., dispone librar oficio a PAMI a fin que incremente los honorarios del acompañante socio terapéutico del causante -Lic. Francisco De Santi-, en virtud que el subsidio adicional que le brinda la obra social resulta insuficiente para cubrir sus ingresos.

II. El recurso de apelación interpuesto. Sustanciación. Contestación del traslado del memorial. A fs. 2784 obra oficio de notificación de dicha resolución al PAMI, la que es apelada por esa obra social a fs. 2778/vta. El recurso es concedido a fs. 2816 en relación, obrando a fs. 3111/3114 el pertinente memorial, proveyéndose este último a fs. 3133 (v. fs. 2830, 2831 y 3115).

Se agravia el recurrente por cuanto sostiene que la medida dispuesta excede largamente el menú prestacional y la capacidad de brindar servicios del Instituto. Alega que dicha institución por prescripción de la Resolución 1490/08 cubre los gastos por personal no domiciliario, que no es específicamente enfermería domiciliaria a través del subsidio para cuidador domiciliario modalidad programada.Señala que la correspondencia de tal prestación y el plan de tratamiento integral conformado por el plan de tareas y el tratamiento social pertinente, se evalúa en forma interdisciplinaria a través de la técnica de Cuadrivaloración Geriátrica Integral (VGI), teniéndose en cuenta para ello el grado de dependencia, la continencia sociofamiliar y la condición sanitaria, a efectos de determinar la ayuda terapéutica orientada en un plan de tareas de carácter doméstico, personal y de apoyo para mantener la inserción social. Que el monto de ese subsidio queda sujeto al resultado de la valoración geriátrica, al plan de tratamiento, a la evaluación socioeconómica del afiliado y su entorno.

Ello además de requerirse al afiliado la presentación de la documentación básica solicitada para prestaciones programadas, y otras específicas, tales como -entre otras-: informe del médico tratante, diagnóstico e indicación de cuidados domiciliarios no médicos específicos, así como de inserción y permanencia en el medio sociofamiliar, informe de enfermería con evaluación ambiental de autonomía funcional y horarios de atención que requiera, presupuesto del cuidador propuesto, cantidad de horas a cumplir, etc.

Alega que el sistema adoptado por su mandante para dar cobertura prestacional a sus beneficiarios se halla dentro de los llamados “sistemas solidarios”, esto es que a todas las personas que perciben haberes previsionales liquidados por ANSES se les retiene un porcentaje en concepto de obra social, y que esa alícuota es la misma para cualquier ciudadano, recibiendo todos los afiliados igual calidad prestacional. Sostiene que no deben otorgarse prestaciones innecesarias que afecten los intereses del resto de los afiliados, y que el otorgamiento de prestaciones diferenciadas en virtud de requerimientos arbitrarios no debe ser tenido en cuenta.Afirma que ” (.) aquí no hay ningún derecho en juego, porque no hay ningún derecho denegado, hay una normativa que resulta INEXORABLE acatar, porque es el sustento de la vida democrática y del estado de justicia que nos rige” (sic). Agrega que si los jueces otorgan determinado tipo de prestaciones especiales no contempladas a algunos afiliados en desmedro de otros, los magistrados se tornarían en administradores de las obras sociales. Cita jurisprudencia y por último refiere que su mandante nunca ha incumplido con los deberes impuestos por la normativa vigente, y que por tanto no se ha configurado acto lesivo ni arbitrario alguno imputables a su parte. A fs. 3128/3132 obra la contestación de dicho memorial efectuada por el Sr. Curador Oficial. Indica que la sentenciadora, al dictar la medida impugnada, actuó de acuerdo a derecho, resolviendo ante un grave e irreparable perjuicio que sufriría el causante a efectos de poder sostener su externación y evitar una institucionalización innecesaria.

Sostiene la inexistencia de gravamen, citando jurisprudencia de esta Sala que alude a que resultan inapelables las resoluciones que disponen intimaciones por cuanto ellas deben contestarse -cumpliéndolas o dando explicaciones por no acatárselas-, pero que no pueden recurrirse en tanto no causan agravio.

No obstante lo anterior, procede a contestar el memorial, señalando que respecto de la cobertura del servicio de acompañante terapéutico por parte del PAMI, surge del análisis de las constancias de la causa que se encuentra fundada y demostrada la imperiosa necesidad de que el Instituto cubra los gastos que irrogaría el incremento de las horas trabajadas por el acompañante terapéutico, a fin de cubrir eficazmente el rol que desempeña. Refiere que gracias al acompañamiento terapéutico el causante, que es una persona imposibilitada de valerse por sí mismo, sin continencia familiar (ya que sus padres han fallecido, y que no tiene otros parientes), ha logrado su revinculación con el afuera y una reactivación motivacional, y se instaló en un departamento.Que de esa manera pudo insertarse en la sociedad, a efectos que reciba de manera permanente la atención integral que necesita. Luego agrega que la normativa interna alegada por el apelante no puede ir en contra de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales incorporados al derecho interno, la Ley de salud mental y el nuevo Código Civil y Comercial; que lo pretendido por el apoderado del INSSJP implica una violación al derecho a la salud y a lo normado por la Ley 24.901 en torno al sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, cita toda la normativa aplicable de jerarquía constitucional y en base a ello sostiene que existe un deber de la administración de facilitar, y hacer accesibles los derechos que garantizan las leyes.

Por último, hace mención al derecho constitucional del acceso a la justicia de las personas con discapacidad amparado en el art. 75 inc. 23 de la Carta Magna, y cita otra normativa internacional. A fs. 3133 se tiene por contestado el traslado de la fundamentación y se confiere vista a la Sra. Asesora de Incapaces interviniente; quien a fs. 3134 adhiere a los fundamentos vertidos por el Sr. Curador Oficial a fs. 3128/3132 y solicita se eleven los autos a esta Alzada.

A fs. 3135 se ordena la pertinente elevación de las actuaciones a este Tribunal, disponiéndose a fs. 3136 la designación de esta Sala para intervenir y el llamado de autos para dictar sentencia.

III. El recurso debe ser desestimado.

IV. Tratamiento de los agravios.

Conforme lo ya sostenido en precedente de esta Sala, aclaro que “(.) resulta necesario efectuar una advertencia preliminar: en el estudio y análisis de los agravios he de seguir el rumbo de la Corte Federal y de la buena doctrina interpretativa.Éstas expresan que los jueces no están obligados a analizar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino tan sólo los que considere suficientes y decisivos para decidir el caso” (CSN, Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Loutayf Ranea Roberto G. “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, t. 2 págs.310/313, Astrea, 2ª ed. act. y amp., Bs. As., 2009) (.).” (Causa N° 143422, autos “Iormetti Silvia c/ Ferreyra Aníbal y ot. s/ Daños y Perjuicios”, 10/11/2009, Reg. 940, F. 5184/89). Y, por otro lado, es dable tener en consideración que en materia de técnica recursiva a la hora de expresar agravios, “(.) como todos los pedimentos que se llevan a cabo en el proceso el que argumenta este medio de embate debe ser concreto, preciso y claro, en una palabra suficiente, dado que en el sistema dispositivo que nos rige, esta pieza procesal se rige como la cuña que tiende a romper el fallo atacado; pero para ello, atento el adagio romano del tantum devolutum quantum apellatum, hace falta que el quejoso ponga de manifiesto los errores de la providencia impugnada (.) es el atacante quien a través de su expresión de agravios fija el ámbito funcional de la Alzada, la que no está facultada institucionalmente para suplir los déficit argumentales del recurrente, ni para ocuparse de las quejas que éste no dedujo” (Hitters, Juan Carlos, “Técnica de los recursos ordinarios”, 2da. Edición, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2014, p. 455). Sentado lo anterior, y previo a adentrarme al tratamiento de los agravios materia del recurso traído a conocimiento de este Tribunal, considero necesario efectuar algunas consideraciones:

1. Cuestión preliminar. Aplicación de la ley (art. 7 nuevo CCyC).

En primer lugar corresponde analizar si en el caso resulta de aplicación el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) -cuya entrada en vigencia operó en fecha 01 de agosto de 2015-, ello no obstante que la sentencia definitiva declarativa de la incapacidad del Sr. G.recaída en la causa de marras, fue dictada en fecha 07 de abril de 2000 (v. fs. 63/64vta.) en base a las directivas de las normas imperantes para esa época, esto es el Código Civil derogado. Ya nuestro Máximo Tribunal Provincial, previo a la modificación de dicho cuerpo norm ativo, ha expresado que “(.) son de aplicación inmediata las leyes que tienen por finalidad delimitar las aptitudes personales para la titularidad o el ejercicio de un derecho, establecer la condición jurídica o el régimen que corresponda a determinadas situaciones jurídicas. Así acontece con las normas que, como el presente caso, versan sobre el estado y capacidad de los personas (.)” (S.C.B.A., Ac. 116.954, S del 8/7/2014 in re “E., E.R.I. y c.”; Ac. 45.304 S del 10/03/1992. En igual sentido esta Alzada, Sala III, “D., J. S/ Insania y curatela”, Causa N° 159079, Reg. N° 283 (S), 22/12/2015). Siguiendo idéntico criterio la Dra. Kemelmajer de Carlucci explica que, en relación a la sujeción de las cuestiones de capacidad a las nuevas leyes, estas últimas “(.) tienen aplicación inmediata, porque hacen a las consecuencias del estado civil”. (Kemelmajer de Carlucci, Aida, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Primera parte, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, pág.120 y ssgtes.). También se ha señalado en forma categórica específicamente para supuestos como el caso bajo análisis, que “Si bien la sentencia de primera instancia se dictó estando vigente el CC (aunque modificado por la ley 26.657), resulta de aplicación el nuevo CCyC en razón de lo dispuesto por el artículo 7° (.)” (C1°CCPaz y Trib. San Rafael, 01/10/2015, AR/JUR/34913/2015, citado en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año VII, N° 11, diciembre de 2015, p. 219, con nota de Fornari, María J.”Una nueva mirada judicial sobre la eficacia temporal de la reforma del Código Civil y Comercial y sus implicancias en materia de capacidad”). Con igual postura ver Rivera, Julio, “El Código Civil y Comercial. Efectos sobre las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes, en elDial.com DC1F98, del 07/08/2015, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aida, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Segunda parte, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 77). Sentado ello, no cabe duda alguna que en este caso corresponde la aplicación de la normativa establecida por el nuevo CCyC en materia de discapacidad, ello en un juego armónico con todo el plexo normativo de jerarquía constitucional cuyo marco protectorio rige sobre dicha temática, conforme lo trataré infra.

2. Breve reseña de los antecedentes del caso.

Tal lo sostenido precedentemente, a fs. 63/64vta. en fecha 07/07/2000 se dicta sentencia definitiva mediante la cual se hace lugar a la acción promovida, declarándose ‘demente incapaz’ de administrar sus bienes y dirigir su persona al Sr. G.; y designándose como Curador Definitivo a la Curaduría Oficial de Alienados. Ello en base al diagnóstico de síndrome cerebral orgánico (de etiología incierta), demente en sentido jurídico, con pronóstico reservado, requiriendo contención institucional debido a su imposibilidad para trabajar y la inexistencia de continencia familiar ( v. fs. 40, pericia psiquiátrica de fecha 19/08/1998) . A fs. 257/vta. obra informe del primer acompañante terapéutico del causante de fecha 20/02/2008 -Lic. Martín Damiano-, que da cuenta de su intervención ya desde los últimos meses del año 2007 -v. fs. 257 in fine-. A fs. 319 el Sr.Curador Oficial informa el egreso del causante del Hogar Suizo Argentino (acontecido en fecha 01/12/2009), en el cual estuvo alojado durante el lapso de veinticinco años por falta de continencia familiar -dado el fallecimiento de sus progenitores y la inexistencia de otros parientes- y de autovalimiento, habiéndose logrado ello tras el valioso aporte del acompañamiento terapéutico, a través de un prolongado proceso de revinculación del causante con la comunidad (llevado a cabo mediante salidas coordinadas).

En dicha presentación se destaca la revinculación con el afuera y una reactivación motivacional por parte del causante. En fecha 25/02/2013, dados los incrementos en los honorarios de acompañante terapéutico, se redujo la frecuencia y extensión horaria de dicho dispositivo (v. fs. 1083).

A fs. 1287/8 obra glosado informe de fecha 21/10/2013, que da cuenta de la intervención de un nuevo acompañante terapéutico -Lic. Carlos Belza-; mientras que a fs. 1480 se agrega el primer informe del actual acompañante terapéutico de fecha 04/06/2014 -Lic. Francisco De Santi-. Por otro lado, a fs. 2495/2499 se encuentra agregado informe socioambiental de fecha 20/10/2016, elaborado por la perito trabajadora social de la Curaduría Oficial Lic. Giménez, en el cual la nombrada considera que el subsidio adicional otorgado por Pami en la suma de $ 900 en beneficio del causante para la cobertura de acompañante terapéutico resulta insuficiente. Ello por cuanto no solamente que dicho profesional lo supervisa en su hogar, sino que le brinda acompañamiento en todos los controles médicos necesarios debido a su enfermedad diagnosticada (Epoc severa), situación que ya fuera detectada por su médico psiquiatra tratante, quien indicara incremento de horas de trabajo (v. presupuesto de subsidio fijado en seis horas semanales a razón de $ 100 cada una, lo que hace un total mensual que asciende a la suma de $ 2.400 en el que se detalla el plan de trabajo, con diversas actividades y se fijan objetivos tendientes a mejorar la calidad de vida del Sr.G.: promoción de su desarrollo personal e igualdad de oportunidades, para permitirle crear y reforzar nuevos lazos socio-afectivos y evitar la cronificación y segregación social, como así también dar cumplimiento adecuado y contención en vector sanitario y socio-habitacional) y planillas de Pami (Escala de evaluación psiquiátrica de fs. 2501/2 y Disposición N° 7338/GPM-GPSyC-2014-Anexo IV de fs. 2503/4). A fs. 2797/2799 obra informe pericial de evaluación diagnóstica interdisciplinaria de fecha 17/04/2017, en el cual se concluye que el causante “Debe continuar con acompañamiento terapéutico, que le permita la organización de tareas diarias y lo acompañe en trámites simples y en todo aquello que implique temas de salud, así como también lo incentive a continuar tareas recreativas y de esparcimiento. Puede seguir viviendo solo con supervisión en las tareas cotidianas y asistencia en la administración de los recursos económicos” -el destacado me pertenece-. Por lo demás, se advierte de la compulsa de las constancias de la causa de marras, que no se ha culminado aún el trámite de revisión de la sentencia definitiva dictada a fs. 63/64vta., cuya revalidación y readecuación a la nueva normativa ha sido requerida por el Sr. Curador Oficial (art. 40 del CCyC) -v. fs. 2811/2813- (‘obiter dicta’ conf. SCBA LP C 118950 S 05/10/2016, Consorcio de Propietarios del Edificio calle 45 N° 867 de La Plata c/ Armendariz Ana María y ot. s/ Propiedad horizontal”, JUBA B 4201492).

3. Sistema de apoyo. Derecho comparado.

Vale señalar que la disposición atacada constituye una medida tendiente a garantizar al Sr. G. un sistema de apoyo que, conjuntamente con la designación del Sr. Curador Oficial, le permite hacer efectivo el ejercicio de sus derechos en todos los aspectos de su vida.Cabe tener en consideración en el caso particular, que el sistema de apoyo debe estar diseñado a partir de las reales necesidades del causante y las circunstancias que lo rodean, ello con la finalidad de que se materialice como interés jurídico protegido la autonomía y ejercicio de los derechos de la persona tutelada. Es que precisamente este tipo de sistemas -que se encuentran conceptualizados en el Plan Nacional de Salud Mental 2013-2018, aprobado por Resolución 2177/2013 del Ministerio de Salud de la Nación, publicada en el Boletín Oficial del 20/01/2013 -ver punto 13 “Glosario”-, consisten “(.) en la determinación de los elementos de ayuda, de colaboración, que se han de garantizar a cada persona para que se exprese, se identifique ante la sociedad y, pueda otorgar negocios jurídicos en la medida de sus posibilidades. Es lo que cada persona, según su situación, precisa para manifestar y cumplir su decisión. Tal vez necesite asistencia para completar su voluntad, en otros casos requiera que se integre una red mínima para lo diario, o alguna ONG para mejorar su calidad de vida, siempre, claro está, que los evaluadores de ello estén comprometidos a desentrañar cada necesidad y su equilibrada respuesta. Es la combinación de estrategias, metodologías y recursos provistos por instituciones especializadas y/o miembros de la red social más próxima cuyo objetivo es promover el desarrollo, la educación, la participación, el bienestar, la realización de aspiraciones y un desempeño con mayor grado de autonomía en entornos cotidianos garantizando un sistema que efectivamente respete la voluntad y la toma de decisiones de los usuarios de los servicios de salud mental.” (Jorge, Carina S., “Algunas consideraciones prácticas para la elaboración de un programa de apoyos en beneficio de la persona con padecimiento mental”, RCCyC 2015 (noviembre), 17/11/2015, 75, Cita Online:AR/DOC/3887/2015). En virtud de lo anterior, el sistema de apoyo puede conformarse por un asistente personal, un familiar, un allegado, o red de aquellos, una asociación, una institución oficial, o cualquier otra figura -como en el caso el acompañante terapéutico-, cuya función esté destinada a la promoción de la autonomía de la persona y la protección y el ejercicio de sus derechos. Por tanto pueden revestir distintas modalidades: asesoramiento, interpretación, contención, codecisión e inclusivo y para casos excepcionales, representación. Queda claro entonces que en este tipo de sistemas la finalidad es dotar a la persona tutelada de las herramientas y apoyos necesarios para que ella misma pueda lograr la toma de decisiones y de tal manera ejercer sus derechos desde parámetros propios. En el sentido expuesto ver Cuenca Gómez, Patricia, “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el artículo 12 de la Convención de la ONU y su im pacto en el ordenamiento jurídico español”, en Revista Derechos y Libertades, N° 24, Epoca II, enero de 2011, p. 221-255, citado por Lorenzetti, Ricardo Luis, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T. I, Arts. 1° a 256, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 248/9. A modo ilustrativo, vale traer a colación la figura de las fundaciones tutelares contempladas en el derecho español, que son personas jurídicas conformadas por un área de gestión y dirección, un área social y otra jurídica adaptada a cada persona.Por su parte, el referente tutelar tiene a su cargo el seguimiento de la persona tutelada, quien mantiene contacto con aquella y efectúa la coordinación con los diferentes recursos y servicios (administración, laboral, vivienda, tiempo libre, entre otros). También vela por las necesidades de la persona protegida y es el encargado de buscar la solución más adecuada en función de sus características y su situación particular; al tiempo que desarrolla funciones de contacto directo en situaciones de complejidad técnica o de difícil abordaje. Tales figuras se complementan con la del responsable económico y/o referente contable (que es el encargado de elaborar y fiscalizar la contabilidad del tutelado) y el abogado conjuntamente con los administradores que interactúan en el área jurídica (quienes velanpor todos los derechos e intereses de la persona prestando apoyo para su defensa y ejercicio, todo ello en coordinación con los juzgados, la Fiscalía y las familias; y asimismo realizan la gestión jurídica de los bienes). Por último, el auxiliar de tutela es la persona que tiene el contacto más directo y efectúa la supervisación de la situación actual y los cambios de la vida cotidiana de la persona, trasladando luego toda la información recabada de aquella como de los profesionales del recurso que visita al referente tutelar.

4. La mirada interdisciplinaria.

Resulta esencial la mirada interdisciplinaria -como ha acontecido en este caso-, donde se considera no solamente la situación personal, sino también el contexto social de la persona. Ello porque según el grado de afectación de los derechos, las medidas de apoyo podrán ser de diferente intensidad. Así, los informes interdisciplinarios de fs. 2495/2499 y fs.2797/2799, son el resultado de la actuación de profesionales de otras disciplinas -servicio social, psicología y psiquiatría-, que con una mirada distinta desde otros campos del saber, implica la llamada cooperación interdisciplinaria que aporta al juzgador mayores elementos necesarios para resolver el conflicto traído a decidir, con la finalidad de solucionar o prevenir el agravamiento de la problemática planteada, máxime dado la situación de vulnerabilidad de la persona a cuyo respecto se ha dispuesto la medida atacada (arts. 37, 43, 706 inc. b CCyC). En relación a ello Bueres sostiene “(.) la ‘interdisciplina’ (del latín inter, es decir, ‘entre’) alude a la cooperación entre varias disciplinas que aportan una visión integral de la problemática que afecta a la persona (.) entendido éste como un trabajo cooperativo y mancomunado entre las distintas disciplinas que deben intervenir en los procesos de familia (.). Legitima las importaciones de un campo a otro, la multirreferencialidad teórica en el abordaje de los problemas y la existencia de corrientes de pensamiento subterráneas atravesando distintos saberes disciplinarios. La actividad interdisciplinaria, sea de la índole que sea, se inscribe en la acción cooperativa de los sujetos” (Bueres, Alberto J., Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, t. 2 Arts. 401-723 Relaciones de familia, Hammurabi – José Luis Depalma editor, Bs. As., 2016, p. 930). Esta Sala, Cauna N° 162.703, “Rodriguez Mirta c/ Marchi Fernando Ariel s/ Régimen de visitas”, sent. del 13/06/2017, Reg. 145-S -F.740/64).

5. La garantía de la accesibilidad universal y los ajustes razonables.

Se advierte que con las diversas intervenciones efectivizadas (informes periciales psiquiátrico y socioambiental, indicación del médico tratante del causante, acompañamiento terapéutico sostenido en el tiempo desde el egreso del causante del hogar, etc.-ya aludidas precedentemente en forma detallada-) y la consecuente medida dispuesta por la colega de la instancia previa que fuera impugnada, se pretende ni más ni menos que garantizar al causante la accesibilidad universal y los ajustes razonables previstos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378) y en las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia. Ello por cuanto la voz del Ministerio Público en su faz de sistema de apoyo -esto es del Sr. Curador Oficial y la adhesión de la Sra. Asesora de Incapaces en actuación complementaria, v. fs. 3134-, con más el auxilio de la interdisciplina, permiten visualizar la cuestión en función de las reales necesidades de la persona del incapaz, las que hoy, en lo atinente al acompañamiento terapéutico por parte de su proveedor de servicio de salud, dada la insuficiencia del monto del subsidio adicional proporcionado por el INSSJP, se encuentran insatisfechas (arts. 31 inc. c, 32 2° párrafo y 43 del CCyC, 3 de la Ley 26.657). Sabido es que “Los ajustes razonables son aquellas medidas destinadas a adaptar el entorno a las necesidades específicas de ciertas personas, que, por diferentes causas, se encuentran en una situación especial, que no ha podido ser prevista a través del diseño universal. Estas medidas tienden a facilitar la participación en igualdad de condiciones.” (Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T. I, arts. 1 a 256, comentario al art. 35, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 169). Asimismo en esta instancia revisora se observa que, con la medida cuestionada, se ha dado cumplimiento con las prescripciones establecidas en el art. 25 de la CDPD en relación a la protección a la salud de las personas con discapacidad, en especial lo estipulado en los inc. e y f que establecen como principios rectores para los Estados Partes y que adhieran a aquella que:”(.) e ) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán porque esos seguros se presten de manera; justa y razonable; f ) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud (.) por motivos de discapacidad”. En tal sentido ver Palacios, Agustina – Bariffi, Francisco, “La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Grupo Editorial Circa, Madrid, 2007, p. 123 y 124. Como bien señala la citada especialista “(.) las principales consecuencias jurídicas de este cambio de paradigma hacia el modelo social, pueden ser relacionadas con la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Ello supone dejar de ver a las personas como problemas para pasar a considerarlas titulares de derechos, como asimismo significa situar muchos de los problemas fuera de la persona con discapacidad, y centrar la atención en el modo en que los diferentes procesos económicos, sociales y culturales tienen presente o no “la diferencia implícita en la discapacidad (.) los derechos humamos deben ser la referencia desde la cual abordar el tema de la discapacidad no solo desde la conciencia de que las actuales regulaciones jurídicas sobre la materia reflejan esta perspectiva sino porque los derechos humanos son una serie de instrumentos que manifiestan una determinada concepción de la moralidad pública, y que, en este sentido, constituyen un criterio de legitimación y de justificación (De Asis Roig R., “La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho y poder”, en Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas, Campoy Cervera, I. (coord.), Colección Debates del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” Nro 2, Dykinson, Madrid, 2004)” (Palacios, Agustina, “El modelo social de la discapacidad:orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Grupo Editorial Circa, Madrid, 2008, p. 155). Es que precisamente con este cambio de paradigma, al haberse desplazado el concepto netamente biologicista de la salud mental, “La manifestación del hacer humano se desplaza del diagnóstico de la enfermedad a la adquisición de habilidades, a partir de un abordaje terapéutico que sostenga la composición psíquica de la persona” (Cám. Apel. Civ. y Com. Lomas de Zamora, Sala I, Causa N° 73003, “Q. G. M. S/ Insania y curatela”, Reg. Sent. Def: 264 Folio Sent Def: 1798, 05/11/2015).

6. Los derechos en juego.

El derecho a la salud se encuentra reconocido en documentos internacionales que fueron ratificados por nuestro país (art. 75 inc. 22 C.N.; art. 11 Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; Art. 25.1 Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 29.c Convención Americana de Derechos Humanos; arts. 12.1 y 12.2 d Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ) y analizados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos fallos (323:3229, consid. 16 y sus citas -321:1684 y 323:1339- y 324:3569, consid. 11 y sus citas, entre muchos otros). Así la Corte Federal ha dicho que lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional reafirma el derecho a la preservación de la salud, comprendido dentro del derecho a la vida, destacando que se encuentra a cargo de la autoridad pública la obligación impostergable de garantizar ese derecho a través de acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir para su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la medicina prepaga (v. doctrina d e Fallos 321:1684; 323:1339, 3229, entre otros). Dicho criterio ha sido seguido por la SCJBA -entre muchos otros fallos-, en autos “B.R.J. c/ IOMA. Amparo.Recurso Extraordinario de inaplicabilidad de ley”, Causa A 73.575, 04/05/2016, JUBA 132904, en el que también se hace mención a que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires “(.) reconoce expresamente entre los derechos sociales los correspondientes a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos. Consagra, asimismo, el derecho de la persona con discapacidad a la protección integral del Estado, garantizando su rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales, como también la promoción de su inserción social y laboral (art. 36 inc. 5, Constitución provincial)”. El derecho humano a la salud en su concepto más amplio implica el derecho a una mejor calidad de vida y configura un derecho prestacional, un derecho de la población a servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de su salud. Un aspecto de suma relevancia que se encuentra directamente vinculado con este derecho es la temática de la discapacidad. Para ello debemos tener en consideración lo normado por el art. 1 de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley 25.280 que la define como “una 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 o social”. Cabe agregar que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378), en su art.1 establece que tiene por finalidad “(.) 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”; expresando además que “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Por su parte el art. 75 inc. 23 de nuestra Constitución Nacional dispone que deben legislarse y promoverse medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos. Así las cosas, con la sanción de la Ley 26.657 de Protección a la Salud Mental nuestro país se aggiornó a los principios establecidos en la referida convención -CDPD-, importando ello una plataforma ética y jurídica que revela un cambio legislativo estructural que se traduce en una nueva concepción de las personas con padecimientos mentales. Ese cambio de paradigma está orientado a considerar la dignidad intrínseca del paciente sufriente mental a efectos del pleno goce de sus derechos humanos (Garay, Oscar E., “El derecho a la salud de las poblaciones vulnerables en la legislación argentina”, La Ley 05/07/2017; Cita Online: AR/DOC/1688/2017). Sumado a lo anterior, no debe perderse de vista que la Ley 22.431 instituyó el Sistema de protección integral de las personas discapacitadas cuya finalidad -entre otras-, es asegurar a aquellas su atención médica, su educación y su seguridad social; mientras que la Ley 24.901 estableció un Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, a efectos de otorgarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. Esta ley en su art.2 dispone que la obligación de la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en ella se encuentra a cargo de las obras sociales enumeradas en el art. 1 de la ley 23.660, según las necesidades de los afiliados con discapacidad. Por otro lado, la Ley 23.661 creó el Sistema Nacional del Seguro de Salud con la finalidad de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país; y estableció que los agentes del seguro de salud deberán incluir obligatoriamente entre sus prestaciones, las que requieran la rehabilitación de las personas discapacitadas, debiendo asegurar la cobertura de medicamentos que tales prestaciones requieran (art. 28). Por su parte, la Ley provincial N° 10.592 modif. por Ley 14.968, en su art. 4 prescribe que el Estado Provincial brindará los siguientes servicios, beneficios y prestaciones destinados a eliminar factores limitantes: a) medios de recuperación y rehabilitación integral para lograr el desarrollo de sus capacidades. En cuanto al trato que debe dispensar las obras sociales a los incapaces se ha sostenido que “(.) los mecanismos implementados a los fines de brindar cobertura integral a la discapacidad deben responder a estándares de proporcionalidad y adecuación en pos del objetivo esencial de cobertura integral de la discapacidad, siempre que dichas modalidades permitan dar una diligente respuesta, en tiempo y modo, a las necesidades requeridas. (.) no es posible dispensar a las personas con discapacidad el mismo trato que al resto de los afiliados de la obra social, por cuanto éstos requieren de una mayor accesibilidad y disponibilidad de los mecanismos existentes a los fines de garantizarles una vía efectiva y conducente a una protección especial” (Junyent de Dutari, Patricia, “Algunos precedentes sobre salud y derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia”, LLC2015 (julio), 593, Cita Online:AR/DOC/1918/2015). Por ello, previo a decidir sobre la aplicación o no de normas que sean limitativas de derechos, debe primar una interpretación restrictiva de aquéllas, con un enfoque a la luz de los principios fundantes del sistema tuitivo de la discapacidad, en especial el principio pro homine o pro persona, en cuanto impone la defensa de la persona humana frente a disposiciones que le conciernen. Sabido es que el control de lo cotidiano por la persona con padecimientos mentales posee un papel preponderante para su bienestar emocional y autoestima. La percepción de control sobre el medio se efectiviza cuando la persona tiene la certeza de que sus acciones producen efectos en el medio que la rodea y principalmente cuando aquellas resultan eficaces para conseguir resultados positivos o logran modificar algo que le causa malestar o no le agrada. Resulta esencial considerar que la falla en el control de sí provoca indefensión en la persona y puede desencadenar reacciones intensas de malestar, tales como enojo, agresividad, apatía, abandono personal, depresión, etc. Por ello es imprescindible a la hora de buscar un sistema de apoyo, ser lo más precisos para que dichas personas desarrollen actuaciones competentes y adquieran el mayor control posible en sus quehaceres cotidianos. Vale recordar en el sentido expuesto, el pronunciamiento efectuado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Furlán y Familiares Vs. Argentina (sentencia del 31 de agosto de 2012, Consideraciones previas sobre los derechos de los niños y las niñas, y las personas con discapacidad), en el cual, en relación a los derechos en torno a la discapacidad, no solamente formula un raconto de los documentos internacionales que fueron reconociéndole derechos, sino que hace mención a la adopción del modelo social, a la tutela especial de las personas en dicha situación de vulnerabilidad y a las acciones positivas a cargo de los Estados parte y ratificantes de tales convenciones.Allí se ha enfatizado que “Desde los inicios del Sistema Interamericano, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en 1948, se han reivindicado los derechos de las personas con discapacidad (Párrafo N° 128). Posteriormente, en 1999 se adoptó la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (en adelante “CIADDIS”), la cual indica en su Preámbulo que los Estados Partes reafirman “que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas; y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en la discapacidad, dimanan de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano” (Párrafo N° 130). Por su parte, el 3 de mayo de 2008 entró en vigor, en el sistema universal, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante “CDPD”), la cual establece los siguientes principios rectores en la materia: i) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; ii) la no discriminación; iii) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; iv) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; v) la igualdad de oportunidades; vi) la accesibilidad; vii) la igualdad entre el hombre y la mujer, y viii) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.Dicha Convención fue ratificada por Argentina el 2 de septiembre de 2008″ (párrafo N° 131). Luego, en el párrafo 133 el Tribunal regional observa que “(.) en las mencionadas Convenciones se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer su s derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómica”. En igual precedente la Corte reitera 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. El Tribunal recuerda que no basta con 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. (.)” (párrafo N° 134). Pero además de lo anterior, en el caso bajo en estudio, por tratarse de una persona incapaz que también es adulta mayor, entran en juego los derechos humanos de este otro grupo vulnerable, que se encuentran expresamente reconocidos -entre otros- en los Principios de Naciones Unidas como: derechos de independencia, participación, dignidad, asistencia y realización de los propios deseos; y a la igualdad de oportunidades y de trato en todos los aspectos de la vida a medida que envejecen.En virtud de tales prerrogativas corresponde la utilización de dispositivos psicosociales para adultos mayores que garanticen dicho marco protectorio, con estrategias terapéuticas que además de abordar la discapacidad, traten las vicisitudes y efectúen un adecuado acompañamiento en el proceso de envejecimiento.

Ya se ha pronunciado la Organización Mundial de la Salud (OMS, 1946), en torno a las residencias de larga estadía, que son un último recurso terapéutico y una intervención de salud cuando todas las otras alternativas se han agotado. El modelo de atención gerontológica centrado en la propia persona está orientado hacia el bienestar cotidiano, con una atención que se dirige no sólo a dar respuestas a las necesidades derivadas de la dependencia sino que vela por los propios derechos, preferencias y deseos de la persona. Pretende contribuir a un necesario cambio en el enfoque de la intervención gerontológica, situando en el centro de atención a la persona adulta mayor, permitiendo su autonomía, potenciando su independencia y destacando el papel terapéutico de lo cotidiano y lo significativo para cada individuo. En tal sentido ver Fernández Ballesteros, R. “Gerontologia Social”, 1° edición, ediciones Pirámide, Madrid, España, 2000; Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), “Los Derechos de las Personas Mayores, Materiales de Estudio y Divulgación Módulo 1, Hacia un cambio de Paradigma sobre el Envejecimiento y la Vejez”, junio 2011, [https://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/2/43682/Módulo](https://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/2/43682/M%C3%B3dulo) \_1.pdf; Concha, Silva, “Modelo Psicosocial y Envejecimiento. Análisis, reflexividad y posibilidades en programas y políticas de la tercera edad”, Escuela de terapia ocupacional facultad de medicina Universidad de Chile, portada Nº4 2004. Es por ello, que teniendo en consideración cuestiones esenciales, tales como: a) que la medida atacada tiende a proteger una persona en extrema situación de vulnerabilidad:incapaz (que padece su enfermedad desde la adolescencia), adulto mayor (72 años de edad), con falta de continencia familiar (progenitores fallecidos -padre hace 32 años y madre hace 30 años- e inexistencia de otros parientes), con antecedentes de alcoholismo e institucionalización prolongada (por lapso de 25 años), y actualmente con epoc severa; b) la necesidad de incremento de horas de acompañamiento terapéutico indicado por su médico psiquiatra tratante (fs. 2500/2) a efectos del control de lo cotidiano; c) la contundencia de las conclusiones de los informes periciales (v. pericia psiquiátrica de fs. 2797/2799 e informe socioambiental de fs. 2495/2499) -apoyo interdisciplinario-; d) la notoria mejoría en la readaptación del Sr. G. a la vida comunitaria vivenciada (revinculación con el afuera y reactivación motivacional), gracias al acompañamiento terapéutico sostenido en el tiempo desde las intervenciones previas a su egreso del hogar donde estuviera alojado por el referido lapso de 25 años; e) que el abordaje terapéutico a través de tal acompañamiento resulta imprescindible para el desarrollo de sus habilidades con la necesaria supervisión en su hogar y el sostén y contención en su otra enfermedad (Epoc severa); f) que el rechazo del incremento del subsidio adicional para la cobertura de los honorarios del acompañante terapéutico por parte de la representada del apelante soslaya la índole y trascendencia de los derechos en juego y el espíritu de la legislación sobre la materia, vulnerándose de manera directa el derecho a la salud del causante, y consecuentemente su derecho a la vida, en franca violación de todo el marco protectorio legal supranacional que integra el bloque de constitucionalidad y que está muy por encima de la normativa reglamentaria interna del INSSJP citada por el recurrente. Entiendo -en consecuencia- que los agravios esgrimidos respecto al régimen de excepción del subsidio adicional, como al sistema solidario y a que no se encuentra en juego derecho alguno del causante, resultan inatendibles.En suma, por todo lo hasta aquí expuesto, citas legales, doctrina y jurisprudencia reseñada, considero que el recurso debe ser desestimado, con costas al apelante vencido (arts. 68, 272, 273 CPCC; 7, 31 inc. c, 32 2° párrafo, 40, 43, 706 inc b CCyC; 75 incs. 22 y 23 CN 36 inc., 5 Const. Pcia. Bs. As.; Res. 2177/2013 del Ministerio de Salud de la Nación; 25 CPDP (Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad); 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia; 11 Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 25.1 Declaración Universal de Derechos Humanos; 29.c Convención Americana de Derechos Humanos; 12.1 y 12.2 d Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Leyes Nacionales 22.431, 23.660, 23.661, 24.901, 25.280, 26.378, 26.657; Ley Provincial 10.592 modif. por Ley 14.968). Así lo voto.

El Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi dijo: Corresponde:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el INSSJP a fs. 2778; y en consecuencia confirmar la resolución de fs. 2506.

2) Imponer las costas de Alzada al apelante vencido.

3) Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 31 de la Ley 14967). Así lo voto. El Sr. Juez Dr. Roberto J. Loustaunau votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. En consecuencia se dicta la siguiente SENTENCIA:

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se resuelve:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el INSSJP a fs. 2778; y en consecuencia confirmar la resolución de fs. 2506.

2) Imponer las costas de Alzada al apelante vencido.

3) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14967). REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE (art. 135 del C.P.C.).

Confiérase vista a la Curaduría Oficial de Alienados y a la Asesoría e Incapaces N° 1 Departamental. DEVUÉLVASE. RICARDO D. MONTERISI

ROBERTO J. LOUSTAUNAU

Alexis A. Ferrairone

Secretario