

NUEVAS COMPLEJIDADES EN MATERIA DE SUJECCIÓN DE ADULTOS MAYORES EN RESIDENCIAS DE LARGA ESTADÍA


Por Dr. Bellotti, Lucas¹

El presente artículo se difunde con la autorización expresa de su autor y ha sido publicado en la RDF 2023-II, 24

“Yo también atado a mi pasado soy un barco que está anclado y siento en mi carne sus amarras como garfios, como garras”.

“Amarras”, Carlos MARCHISIO

SUMARIO

I. Introducción	02
II. Los hechos	02
III. Las resoluciones	03
IV. Nuestra opinión	04
IV.1. El proceso en la primera instancia	04
IV.2. El razonamiento de fondo de la primera instancia	06
IV.2.a. La justiciabilidad de la cuestión	06
IV.2.b. La cuestión a la luz de la ley sobre derechos del paciente y el precedente “D., M. A.” de la Corte Suprema	07
IV.2.c. La inaplicabilidad del art. 59 Cód. Civ. y Com.	10
IV.2.d. La construcción de una respuesta posible	11
IV.3. Proceso en segunda instancia	13
IV.4. El razonamiento de fondo de la segunda instancia y la condena a las prestadoras de servicios de salud	14
V. Conclusiones	19

¹ Abogado (UBA). Especialista en Derecho Constitucional (Universidad de Salamanca). Maestrando en Magisteratura y Derecho Judicial (en etapa de conclusión de tesis). Auxiliar letrado de la Cámara de Apelación en la Cámara Primera de Apelación Civil, Comercial y de Familia, Sala II de San Isidro, Provincia de Buenos Aires. Docente de grado y posgrado en materias de niñez y capacidad de las personas (UBA, UNNE). Autor de varias publicaciones en el ámbito de su especialidad.

I. INTRODUCCIÓN

El precedente que se comenta resuelve uno de los varios planteos sobre autorización para la sujeción física de personas mayores en residencias de larga estadía con los que tuvo que lidiar la Justicia Nacional en lo Civil.

En otro lado², nos hemos expedido extensamente sobre la dudosa constitucionalidad de una norma local que amplía la competencia de órganos jurisdiccionales nacionales, cuando esta está atribuida por leyes del congreso federal. También hemos reflexionado sobre la opinable plausibilidad de someter a contralor judicial en abstracto prácticas asistenciales o médicas, por opinables que sean sus méritos. No nos centraremos, entonces, en tales aspectos en esta ocasión, aunque diremos que no hemos variado en los puntos de vista allí expuestos y a los que remitimos.

Sin embargo, este caso presenta unos peculiares contornos que nos interesa explorar tanto desde el ángulo procesal como sustancial.

II. LOS HECHOS

La señora D. L. B. tiene 64 años. Está afectada por una severísima discapacidad mental que motivó, en el pasado, su declaración de incapacidad en los términos del art. 32 parte final del Cód. Civ. y Com. Según el informe más actual del que da cuenta el fallo padece una enfermedad neurodegenerativa, crónica y progresiva. Como producto de tal afección presenta dependencia para todas las actividades básicas de la vida diaria, alteración del lenguaje y de la movilidad severas, incontinencia doble y cuadriplejía.

En tal contexto, su hija y curadora definitiva solicitó en el expediente que se autorizara su sujeción física para evitarle caídas.

El pedido se sustanció con el defensor de incapaces quien, previo a formular requerimiento, solicitó que se diera intervención al Cuerpo Médico Forense para

2. NAVARRO LAHITTE SANTAMARÍA, A. y BELLOTTI SAN MARTÍN, Lucas, "Sujeciones en establecimientos residenciales para adultos mayores: cuestiones procesales y de fondo a propósito de la ley porteña 5670", *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, 2020 (marzo), p. 119.

que los expertos que allí se desempeñan se expidiesen sobre la adecuación y proporcionalidad de la medida; como así también su conformidad con las reglas del arte actuales. El juez interviniente admitió la producción de tal elemento y remitió los autos a la sede pericial en cuestión. Sin embargo, esta última rechazó el encargo por carecer de personal especializado para expedirse sobre el particular.

III. LAS RESOLUCIONES

Frente a la negativa del Cuerpo Médico, el magistrado de origen se expidió sobre la rogación de la curadora. Según se desprende de los considerandos del fallo, rechazó conocer del asunto en la comprensión de que se trataba de una cuestión que debía ser controlada por la autoridad de aplicación designada por la ley en la cual se basaba el pedido (la local 5670) y, en su caso, previa solicitud del consentimiento informado de la interesada en los términos del art. 59 del código de fondo.

Disconforme con tal decisión, se alzó en apelación el defensor de incapaces.

Se agravó el recurrente: i) De que se hubiera prescindido de su conformidad para avanzar con la sujeción física, lo cual en su concepto no era de recibo por imperio del art. 103 del código de fondo, que estatuye sus funciones representativas. ii) De que se hubiera negado justiciabilidad de la cuestión. iii) De que se le hubiera dado a la conformidad del apoyo o curador carácter suficiente para avanzar con una práctica fuertemente agresiva y, como tal, de aplicación restrictiva. iv) De la falta de producción de informes que pudiesen determinar con qué alcance podía, en su caso, autorizarse la práctica.

Recibidas las actuaciones, el tribunal de alzada decidió dar intervención a la Sociedad Argentina de Geriátría y Gerontología para que elaborase un informe con relación a la interesada en el caso y la viabilidad de la práctica pedida.

La entidad requerida, tras una profunda evaluación, sostuvo que la sujeción de la Sra. D. se hacía necesaria porque la silla de ruedas con la que contaba la institución donde permanecía era inadecuada para su cuadro y que podía prescindirse de tal medida si se le proveía otra silla junto con un almohadón ortopédico acordes a sus necesidades, cuyas características precisó.

La cámara finalmente hizo lugar al recurso del defensor de incapaces. En ajustada síntesis, afirmó que no era de aplicación al caso el art. 59 del Cód. Civ. y Com. al cual había aludido la jueza de grado, por cuanto la declaración de incapacidad de la Sra. D. tornaba imposible recabar su voluntad para el acto del que se trataba.

Como consecuencia de lo anterior quien, en el caso, debía prestar el consentimiento para la práctica era la curadora. Y si ello era así, sostuvo, la cuestión exigía revisión judicial, previa intervención del Ministerio Público especializado.

En el ámbito del derecho aplicable, afirmó que la autorización rogada debía proceder con criterio de excepción, en virtud de lo previsto por el art. 4.a de la Convención Interamericana de Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Desde otro ángulo, consideró que la provisión de prestaciones sugeridas para la Sra. D. como modo de evitar la contención mecánica debían encuadrarse como medidas de apoyo en los términos de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de jerarquía constitucional. A ello enlazó consideraciones relativas al derecho a la salud desde la óptica de las exigencias convencionales operativas en nuestro país.

Por ello, y en ejercicio de sus facultades oficiosas, ordenó a las prestadoras de servicios de salud de la interesada que le proveyesen la silla de ruedas y el almohadón especial sugeridos por los expertos actuantes para evitar la sujeción.

IV. NUESTRA OPINIÓN

IV.1. *El proceso en la primera instancia*

Hay muchos aspectos dignos de análisis en el caso. Primeramente, nos encontramos con el recorrido observado en la instancia originaria y su postrer pronunciamiento. Ambos son insatisfactorios desde nuestra perspectiva.

Desde una óptica formal, parece desprenderse del fallo de origen un poco plausible apartamiento de las exigencias del principio de la preclusión. La jurisprudencia

ha dicho con singular maestría que el límite impuesto por aquel principio “no solo representa una valla para la actuación de las partes, sino también para el magistrado —al que incluso le alcanza la doctrina de los propios actos— todo lo cual repercute, asimismo, en el resguardo del derecho constitucional del debido proceso por el que la jurisdicción debe velar y corresponde preservar en beneficio de ambas partes”³.

Sobre el punto, anotaba Chiappini⁴ la errada tendencia de pensar este principio más para las partes que para el tribunal, posiblemente basada en que cuantitativamente son más los supuestos disciplinados en las leyes donde el avance del proceso condiciona a los litigantes.

Si ello es así, hay vicio de proceso cuando el órgano jurisdiccional admite una prueba propuesta por una de las partes legitimadas y luego decide prescindiendo de ella. En el caso, el Ministerio Público requirió que se incorpore prueba pericial para fallar la incidencia y ello fue admitido por el primer juzgador, que remitió los obrados al Cuerpo Médico Forense para que se expida.

Aquello supuso, para el órgano jurisdiccional, el reconocimiento de que para decidir la cuestión resultaban necesarios ciertos saberes técnicos que resultaban ajenos a las personas del derecho (arg. art. 457 Cód. Proc. Civ. y Com. y 706 Cód. Civ. y Com.). Y para la parte, la admisión del medio probatorio comportó la incorporación a su patrimonio de un derecho a producir y controlar la producción del respectivo informe y a que este sea valorado por el juzgador al momento de resolver. Recuérdese que, conforme a una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los derechos nacidos de la preclusión son tan dignos de protección como los que genera la cosa juzgada⁵.

3. CNCiv., Sala G, “Díaz Zuleta, Ángel Daniel c. S.C. Johnson & Son de Argentina”, 10/10/2008, AR/JUR/9857/2008. En igual sentido: CNCom., Sala F, “Plan Ovalo SA de Ahorro p/f determinados c. Sánchez Jaimés, Néstor Javier s/ ejecución prendaria”, 09/08/2012, AR/JUR/49463/2012. CCont. Adm. Mar del Plata, “Piacentini, Pablo Daniel c. Municipalidad de Villa Gesell s/ pretensión anulatoria”, 13/10/2011, AR/JUR/99916/2011. CNCiv., Sala K, “Alsina, Marcos A. y otros c. Galería Da Vinci SACIFI y A”, 05/06/2003, AR/JUR/465/2003. Mismo tribunal, Sala I, “Peirano, Miguel Ángel y otros c. Fraguada, Gladis Teresa y otros”, 14/10/2010, AR/JUR/71172/2010.

4. CHIAPPINI, J., “Ciertos efectos de la preclusión”, LA LEY, 1990-B, 312.

5. CS, “Cacciatori, Enrique Armando c. ocupantes de la unidad funcional N° 5 de José María Moreno 75 y otro s/ interdicto”, 23/05/2020, AR/JUR/3121/2000.

IV.2. El razonamiento de fondo de la primera instancia

Desde el ángulo del derecho sustancial, el fallo que mereció recurso reposa sobre dos pilares. De un lado, parecería afirmar que la autorización para avanzar con la sujeción física de la persona incapaz es asunto ajeno a la tarea jurisdiccional y remite a las facultades de inspección propias de la policía sanitaria del ejecutivo local. De otro lado, sostiene que en todo caso el asunto debía resolverse por aplicación de las normas sobre consentimiento informado previstas por el art. 59 del Cód. Civ. y Com.

Por las razones que seguidamente expondremos, ambos fundamentos también nos parecen inexactos.

IV.2.a. La justiciabilidad de la cuestión

En el trabajo citado más arriba hemos planteado nuestras dudas respecto de la razonabilidad de la norma que exige conformidad judicial para todos los casos en que se busca dispensar una práctica asistencial respecto de personas civilmente capaces⁶. Pero aquí tales cavilaciones no parecen tener lugar, porque la incidencia no refiere a una autorización en abstracto para realizar una maniobra cuestionable desde el punto de vista sus consecuencias.

Se trata, en cambio, de un aspecto que hace a los derechos personalísimos de la interesada en el juicio de capacidad ya fallado, que ha sido llevado a conocimiento de sendas magistraturas que deben velar tanto por aquellos derechos como por los de corte patrimonial que titulariza el sujeto en cuestión.

No hay dudas de que el código actual aborda la cuestión de la restricción a la capacidad desde un punto de vista holístico, que no se limita al aspecto patrimonial del ser humano, sino que involucra especialmente sus aspectos personales. Los arts. 32, 34, y 43 y 138 del código, referidos a esta materia y aplicables al caso de la Sra. D., excluyen cualquier interrogante a poco que se tengan en cuenta sus reiteradas alusiones a la protección de los intereses que integran la esfera personal del sujeto.

6. Ver trabajo citado en la nota 1.

De allí que la proponibilidad de la cuestión, en particular a la luz del carácter restrictivo y los dudosos méritos terapéuticos de la práctica⁷, no es distinta a la de las otras varias que a veces se plantean en los juicios de capacidad por parte de los profesionales tratantes del interesado o sus familiares, que sugieren un curso de acción que aquel no puede consentir ni rechazar.

Frente a tales escenarios, la práctica usual y correcta es conocida: sustanciación con la persona de apoyo o curador (7)⁸, el Ministerio Público y el propio interesado en el proceso; producción de prueba; entrevista con el eventual destinatario de la práctica y por último el pronunciamiento que resuelve la cuestión.

El diseño encuentra su base legal más clara en el art. 175 Cód. Proc. Civ. y Com. y sus análogos locales, que establecen el modo en que deben ventilarse las cuestiones que, teniendo relación con el objeto central del proceso, no lo integran. Nos referimos al trámite de los incidentes que, como es sabido, satisface las exigencias del principio de bilateralidad (art. 180 Cód. Proc. Civ. y Com.) y prevé la producción de los elementos de convicción suficientes para fallar debidamente el art. (art. 181 y 185 Cód. Proc. Civ. y Com.).

Tal diseño permite a todos los sujetos concernidos ser oídos suficientemente en sus peticiones y oposiciones y basar la decisión en elementos objetivos y racionalmente controlables. Lamentablemente el recorrido procesal en primera instancia parece haber quedado trunco y realizó un salto desde la admisión de un medio probatorio al pronunciamiento que decidió el artículo.

IV.2.b. La cuestión a la luz de la ley sobre derechos del paciente y el precedente “D., M. A.” de la Corte Suprema

Podría afirmarse, sin embargo, que la tesis prescindente que subyace en el fallo de primera instancia encuentra en su apoyo en la Ley de Derechos del Pacien-

7. Ibidem

8. En el caso esta transmisión sería innecesaria porque fue la hija curadora quien formuló la solicitud de venia. Sin embargo, y como tendremos ocasión de expresarlo en las conclusiones, razones de prudencia pueden llevar a indagar por parte del Ministerio Público y el Juez cuáles son los motivos fundantes de la petición, no siempre expresados en los escritos introductorios. No cabe descartar que en estos casos los familiares actúen presionados por las propias instituciones de larga estadía o basados en premisas erradas acerca de lo que es mejor para su pariente enfermo.

te (26.529) según la interpretación sentada en el precedente “D., M. A.” por la Corte Suprema de Justicia⁹. Dicha ley establece en su artículo sexto que, frente a la incapacidad del paciente, o la imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, aquel podrá ser dado por las personas mencionadas en el art. 21 de la ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Aquí el eje se desplazaría y no se trataría ya de la inadecuación del pedido a la función del Poder Judicial sino de la voluntad del legislador de mantener ciertos aspectos de la vida del paciente en un ámbito de reserva propio de aquel y de sus afectos cercanos, quienes serían los más adecuados para dar testimonio juramentado de su voluntad. La Corte en el precedente citado hizo particular hincapié en que la tésis de la norma era mantener esta cuestión por fuera del ámbito de los tribunales y permitir su resolución en el marco de la esfera íntima del sujeto. Y lo dijo, nada menos, en un caso de retiro de las medidas de soporte vital de un paciente que conduciría presumiblemente a su muerte. © Thomson Reuters - La Ley Next 5 Las reglas del razonamiento *a fortiori* en su versión *a maiori ad minus* parecen sugerir, entonces, que si frente a tales trascendentalísimas decisiones se ha reconocido la potestad de los familiares de sellar la suerte del familiar incapaz dando testimonio jurado de la voluntad de este; con mayor razón cabe la abstención del poder público en estos supuestos de evidente menor carga existencial. Pero tal argumentación es solo aparente. Por comenzar, la propia corte al fallar la causa reivindicó como uno de sus méritos intrínsecos la amplitud de debate que se había desplegado en su seno. El tribunal valoró que se habían defendido los intereses del incapaz “por una persona especialmente designada a esos efectos y distinta de las curadoras nominadas en los términos de la legislación civil. De esta forma, se extremaron los cuidados destinados a asegurar que, en el marco de un profundo examen de las cuestiones médicas y éticas involucradas, todos los puntos de vista sobre la cuestión fueran expresados”. Pero, más generalmente y aun cuando se omita lo anterior, nos encontramos frente a otro problema de mayor importancia: la expulsión de lo judicial podrá tener relevancia en supuestos de concurso de intenciones expresadas en un único sentido. Parecería que, si los representantes del incapaz testimonian juradamente sobre la voluntad de aquel de aceptar o rechazar cierta práctica, el equipo médico no encuentra objeciones para ello y ningún legitimado

9. CS, “D., M. A. s/ declaración de incapacidad”, 07/07/2015, AR/JUR/24366/2015.

formula oposición, la cuestión habrá de resolverse privadamente. Lo que aparece excluido por la corte es la posibilidad de recurrir a un proceso voluntario para tomar este tipo de decisiones. Han quedado exiliados de lo justiciable, pues, los procedimientos que la mejor procesalística ha definido como actuaciones preventivas de la litis, ordenadas a regular con justicia y determinar con certeza las relaciones jurídicas en las que en que el peligro de injusticia o la falta de certeza es más grave¹⁰. Ahora bien, si se traba contienda, está a las claras que solo el juez puede resolverla. No hay otro vehículo para resolver la colisión de derechos o intereses en el ámbito de cualquier sociedad actual y la tesis contraria equivaldría a una denegación de jurisdicción, que prohíben tanto la constitución como las convenciones elevadas a su mismo nivel (art. 18 CN, 8.1. CADH, 13 CDPD). Y no se trata solamente de la deliberación acerca de la real voluntad del sujeto, sino también de la concurrencia de los supuestos de hecho que la normativa prevé para generar una u otra consecuencia jurídica. La disparidad de opiniones doctrinarias sobre la verificación en el citado caso “M. A. D.” de los presupuestos fácticos habilitantes de la solución legal aplicada por el tribunal son excelente testimonio de esta afirmación¹¹. Finalmente, interesa señalar que en el caso que aquí comentamos, es la propia ley porteña 5670 la que exigía esta autorización. A diferencia de lo que ocurría en el precedente citado más arriba, donde indudablemente el legislador intentó mantener ciertos aspectos de la salud en el ámbito de la privacidad; aquí la norma era de sentido contrario y exigía la aprobación judicial de la medida prescripta por la residencia de larga estadía en la que residía la Sra. D. Así —y aun con las reservas que nos genera este peculiar mecanismo jurisdiccional porteño— una cosa es segura: si la norma es considerada aplicable al caso por el magistrado, este no puede prescindir de ella mediante consideraciones sobre su acierto o conveniencia. La única alternativa para apartarse de sus preceptos es la

10. CARNELUTTI, Francesco, “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, EJE, 1959, t. I, p. 44.

11. Por caso, Sambrizzi afirma que la alimentación e hidratación artificiales no son actos médicos desproporcionados y que su retiro constituyó en el caso la autorización de una práctica eutanásica (“La supresión de la alimentación e hidratación constituye un acto de eutanasia”, LA LEY, 2015-D, 121). Lafferriere y Zabaleta señalan que en el caso no se corroboró el recaudo de terminalidad del cuadro previsto por la ley para habilitar el retiro de las medidas de soporte vital (LAFFERRIERE, Jorge y ZABALETA, Daniela, “Decisiones sobre el fin de la vida en una sentencia de la Corte Suprema”, DFyP, septiembre 2015, 251). Armando Andruet (h) realiza un análisis coincidente en su minucioso análisis de la sentencia dictada por la Corte en “Anatomía del fallo sobre muerte digna de la Corte Suprema: el caso “D., M. A.”, DFyP, 2015 (septiembre), p. 207. En cambio, Andrés Gil Domínguez consideró que el máximo tribunal realizó, en el caso, un adecuado ejercicio de subsunción de los hechos al derecho (v. “Reafirmación de la autonomía de la persona y la vida digna”, LA LEY, 2015-D, p. 112). Un muy agudo comentario de E. Zaffaroni, a su turno, aunque aprobatorio de la decisión adoptada, concedió que el tribunal cimero hizo una interpretación extensiva o analógica de la inflexión “estadio terminal” para arribar a la solución fallada y señaló las dificultades que habrán de abrirse en el plano probatorio en tales escenarios (“Muerte digna: una sentencia ejemplar” DPyC, septiembre 2015, p. 3).

declaración de inconstitucionalidad, que en el caso no se pronunció. Tiene dicho la Corte Suprema, en efecto, que el principio constitucional de la separación de poderes no otorga a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, sobre la base de su posible injusticia o desacierto ¹².

IV.2.c. La inaplicabilidad del art. 59 Cód. Civ. y Com.

El fallo apelado sostiene que, en todo caso, la cuestión deberá ser resuelta por aplicación del art. 59 Cód. Civ. y Com. No se dice en la sentencia a la que accedimos a cuál de sus partes refiere, dado que la cláusula regula dos hipótesis bien diferenciadas que podrían ser de aplicación al caso. Si se alude al segundo párrafo del artículo, la solución era de cumplimiento imposible porque lo drástico del cuadro de la interesada impedía que, aun con el más intenso de los apoyos, pudiera decidir por sí la cuestión. A la vista de este escenario la Cámara, con compartible contundencia, se ocupó de corregir tal error de subsunción. Por ello nos interesa detenernos con más detalle en una segunda posibilidad, que es el encuadre del caso en el último párrafo del artículo invocado, el cual refiere a los supuestos en los cuales es posible suplir o prescindir del consentimiento informado del paciente imposibilitado de expresar su voluntad. Tal parece que fue la interpretación del defensor de menores, pues se agravio de que se permitiera a la curadora, por sí, prestar el consentimiento para la práctica en debate. Esta manera de resolver similares complejidades planteadas en los juicios de capacidad se ha extendido bastante, pese a su visible inadecuación para supuestos donde no media urgencia. En efecto, la norma mencionada establece como norma general la prestación del consentimiento mediante apoyos en supuestos de personas con discapacidad. Para el caso en que la persona se encuentre imposibilitada de expresar su consentimiento (pensamos que tal es el caso de la Sra. D.) el artículo establece un orden de prelación respecto de quienes pueden sustituirlo y, en última instancia, autoriza al profesional a prescindir de él. Hasta este punto es correcta la remisión. Pero la habilitación dada a los allegados solo está prevista para cunado “medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud”. En defecto de estos se autoriza al médico a avanzar sin consentimiento alguno pero, nuevamente, siempre que se corrobore

12. CS, “Á., G. A. y otro s/ robo con armas”, 22/08/2019, AR/JUR/27270/2019 y sus abundantes citas.

un cuadro de necesidad de “actuación urgente [tendiente a] evitar un mal grave al paciente”. Ni lo uno ni lo otro se configura en este caso, como tampoco en los muchos similares planteados ante los jueces nacionales de familia. No se insinúan con tal alcance a la jurisdicción, en los que la práctica es sugerida sobre la base de nociones de conveniencia o prevención. Y tampoco es de recibo hacer tal inferencia, porque la propia ley porteña 5670 prevé que, ínterin se tramita la autorización, el residente puede ser sujetado físicamente; lo que permite actuar sin el apremio de la urgencia¹³. No se configura, entonces y como se ve, el cuadro de premura que activa las previsiones del art. 59 del código. De tal suerte que, si se pide autorización para practicar esta medida en personas con capacidad restringida para esta concreta clase de actos o incapaces, será necesario evaluarla en sus méritos y adecuación concreta a la voluntad y necesidades del adulto mayor del que se trate. Ello siempre que se admita la constitucionalidad del art. 33 de la ley 5670, lo que en el caso no fue controvertido.

IV.2.d. La construcción de una respuesta posible

Nos apartaremos aquí, por un instante, del basamento disciplinar que debió haber incorporado la solución del asunto que se comenta y que —como se verá— hubiera permitido prescindir de mayores elaboraciones. En materias que hacen tan hondamente a derechos inherentes a la persona, recabar su opinión aun con los mayores esfuerzos y ajustes que sean necesarios, resulta imprescindible. Sobre el punto, se recuerda un fallo de la Cámara de Familia de Mendoza en que la curadora avanzó con el proceso de divorcio de su hija declarada incapaz en el cual tal opinión no fue relevada, lo que obligó a la segunda instancia a sanear tal grave defecto, aunque en etapa de apelación¹⁴. La reconstrucción de la primera instancia del caso en comentario permite determinar que no se ha oído a la interesada en punto a la cuestión, lo cual podría ser razonable sobre la base de la imposibilidad de comunicación por cualquier formato de la que dan cuenta los informes merituados en la alzada. Ha de recordarse, no obstante, que la opinión del interesado para un concreto aspecto de su vida civil puede ser actual, pasada o presunta.

¹³. Dice el art. 33 de la norma porteña que transcurrido el plazo por el cual se autoriza la sujeción del residente sin intervención del juez “el plazo [de la contención] solo podrá ampliarse mediante orden judicial, sin perjuicio de lo cual se podrá continuar la medida hasta tanto se expida el juez interviniente” (énfasis agregado).

¹⁴. CFamilia Mendoza, “I., L. R. en representación de A., M. B. c. M. R. R. V. s/ divorcio vincular contencioso”, 19/02/2014, RDF 2014-IV, p. 167.

Sobre el punto, la Observación General 1 del Comité de expertos creado por la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad ha señalado que, si tras haber hecho esfuerzos considerables no es posible conocer las preferencias de la persona, debe recurrirse a la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de aquella¹⁵. En casos como el que comentamos, donde no es posible recabar directamente la voluntad de la persona; curador o apoyo, juez y Ministerio Público especializado se encontrarán en la tarea —a veces difícil— de construir una respuesta basada en elementos distintos. Claro está que no se trata de un ejercicio especulativo ni de hacer psicologismos de entrecasa. La tarea debida consiste en edificar una solución actual sobre la base de expresiones o conductas pasadas. El supuesto más sencillo es el de las directivas anticipadas, donde la manifestada voluntad de quien ahora no está en condiciones de plasmarla vinculará, en principio, a los integrantes del sistema con la salvedad del art. 60 penúltimo párrafo del Cód. Civ. y Com. En apoyo de tal interpretación parecen de cita obligada los sonados casos “Bahamondez”¹⁶ y “Albarracini Nieves”¹⁷, en los cuales la Corte Suprema (con distintas integraciones) reafirmó el deber de respetar las manifestaciones del paciente relativas al rechazo de ciertos tratamientos, aun cuando pongan en riesgo su vida, si aquellas fueron otorgadas por el paciente cuando contaba con lucidez. Más sutiles y complejas son las elaboraciones que deben hacerse cuando no se cuenta con instrumentos de aquel tenor. Se trata ya de reconstruir una narrativa de vida y evaluar su compatibilidad con las soluciones disponibles para, finalmente, optar por la más acorde. El ejercicio, por complejo que sea, no es del todo desconocido en el ámbito del derecho civil, tanto local como comparado. Un detenido comentario al fallo de la cámara mendocina que citamos más arriba puso tal pronunciamiento en línea con antecedentes de altos tribunales españoles e italianos. Y sobre tales bases aprobó el estándar de “reconstrucción de la voluntad” del interesado, pese a su falta de regulación legal, como modo de permitir que el sujeto interesado goce de protección frente a la posible necesidad de otorgar actos de este delicado tenor¹⁸. Otro comentario

15. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N° 1, adoptada en su 11° período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014; párr. 21.

16. CS, “Bahamondez Marcelo”, 06/04/1993, AR/JUR/1624/1993.

17. CS, “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias”, 01/06/2012, AR/JUR/21755/2012.

18. (17) RODRÍGUEZ ITURBURU, M., “El impacto del paradigma en salud mental en nuestro ordenamiento. La legitimación del curador para iniciar el divorcio vincular desde la mirada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, SJA, 30/04/2014, p. 37.

doctrinal —referido a un fallo diverso que lidió con la misma temática— consideró que la legitimación del curador para promover la acción de contenido personalísimo no era dudosa si se limitaba a poner en marcha la voluntad expresada por la persona con discapacidad mientras estaba en condiciones de manifestarla¹⁹.

IV.3. Proceso en segunda instancia

La Cámara, a su turno, escogió un rumbo bien diverso. Por comenzar, en inteligente y discreto uso de sus funciones instructorias, reparó por sí misma y antes de la sentencia el agravio esgrimido por el Ministerio Público relativo a la falta de producción de elementos de corroboración que permitiesen fallar debidamente el artículo. Así, el tribunal de impugnaciones ordenó la ya mencionada diligencia probatoria, consistente en la producción de la prueba de expertos pedida por el defensor al juez anterior en competencia. Es singularmente interesante que la medida haya sido despachada en la segunda instancia. En grado de apelación el ejercicio de esta facultad-deber es más modesto. Ello, por una parte, por la más restringida competencia del órgano revisor (arts. 271 parte final y 277 Cód. Proc. Civ. y Com.). Y por otra parte por el muy acotado procedimiento probatorio que prevén nuestras leyes en el ámbito de los recursos, propio del sistema revisionista y no renovador de raíz hispánica que siguen nuestros códigos procesales (arts. 260 y 275, 2º párr. Cód. Proc. Civ. y Com.). La sala actuante, pues, ha asumido cabalmente su rol no solo como tribunal de justicia sino como alzada en materia de familia, donde los alcances del principio dispositivo empalidecen y prima la búsqueda de soluciones que den respuestas robustas y duraderas a los problemas humanos que se ventilan. Su actuar, pues, recuerda al compromiso de la cámara especializada mendocina en el caso citado más arriba; que también advirtió el vicio con el que había llegado el expediente a sus estrados y lo purgó ante sí. Con ello evitó la siempre onerosa nulidad, que hubiera irrogado mayores esperas y costos para todos. El resultado de la prueba practicada a instancias del tribunal lo hemos expuesto más arriba. La Sra. D. no precisaba sujeciones físicas, pese a lo drástico de su cuadro, sino simplemente unas prestaciones concretas y adecuadas a su padecimiento (un almohadón y silla de rueda especiales, que la residencia que la alojaba no tenía).

19. MASSANO, M., "Legitimación del curador para promover la separación personal o el divorcio vincular de su representado", AR/DOC/7004/2012.

IV.4. El razonamiento de fondo de la segunda instancia y la condena a las prestadoras de servicios de salud

Claro que, frente a la contundente prueba rendida, unida al criterio excepcional con el que las normas aplicables consideran a esta práctica, la cámara no podía conceder la venia solicitada. Se trata de un obstáculo que no podía superarse porque previo a la consideración de la voluntad de cualquier paciente, la práctica sugerida debe contar con el aval científico o disciplinar de toda intervención propia del cuidado de la salud²⁰. Interessantemente, también, la cámara consideró que las prestaciones señaladas por los expertos para prevenir la sujeción podían ser consideradas apoyos, debidos en tanto que tales a la mujer adulta mayor con discapacidad. Esa interpretación supone un enfoque más bien novedoso, puesto que, en nuestra ley y jurisprudencia, los apoyos suelen pensarse para la colaboración con la persona en la toma de decisiones y la expresión de su voluntad (arts. 32 y 43 Cód. Civ. y Com.). De hecho, la propia sala cita en respaldo de esta lectura amplia de la noción de apoyo la Observación General N° 1 del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que refiere al art. 12 de la Convención homónima sobre ejercicio de la capacidad jurídica. Pero la novedad no le resta solvencia al encuadre, que puede invocar en su respaldo varios pasajes del texto convencional que aluden a los apoyos en un sentido muy amplio. Tal es el caso del art. 4° inc. g del instrumento cuando refiere a la obligación de los estados suscriptores de promover *tecnologías de apoyo* adecuadas para las personas con discapacidad. Parecidamente su inc. h alude al deber de proporcionar información accesible sobre “servicios e instalaciones de apoyo”. Con mayor cercanía a las cuestiones aquí debatidas, el art. 19 inc. b del pacto hace referencia al deber de proveer a las personas con discapacidad “otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de esta”. No hay que descartar, tampoco, la posibilidad de que consideraciones relativas a la eficacia de la

20. El art. 58 del código somete la procedencia de prácticas de eficacia o seguridad no comprobadas a un régimen mucho más severo y distinto que las que sí portan tales credenciales. A estas últimas alude el art. 59, y por ello es que se requiere únicamente el consentimiento informado del paciente. De su lado, el art. 20 inc. 7 de la ley nacional 17.132 (de Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas) prohíbe a esos profesionales de la salud aplicar en su práctica privada procedimientos que no hayan sido presentados o considerados o discutidos o aprobados en los centros universitarios o científicos reconocidos del país. Parecidamente, el art. 11 de la ley nacional 24.004, sobre ejercicio de la enfermería, prevé la interdicción para quienes practiquen de someter a las personas a procedimientos o técnicas que entrañen peligro para la salud.

tarea jurisdiccional hayan guiado a la cámara en este razonamiento. Y ello nos conduce al último punto que analizaremos del fallo en cuestión. En efecto, la cámara no se limitó a revocar la decisión del juzgado de primera instancia y disponer que la causa siguiera su trámite. Por el contrario, haciendo pie en los principios de oficiosidad y tutela judicial efectiva reglados por los arts. 706 y 709 del Cód. Civ. y Com., la alzada emplazó a las dos prestadoras de servicios de salud con las que la Sra. D. se encontraba vinculada a proveerle las prestaciones consideradas necesarias por los profesionales que la evaluaron para evitar la sujeción pedida. Decíamos párrafos más arriba que el valor eficacia de la tutela jurisdiccional puede haber tenido un rol de importancia en el razonamiento de la sede de impugnación porque parece más fácil argumentar que, si las prestaciones requeridas a las entidades proveedoras son formas de apoyo, estos deben ser asegurados por el juez del proceso de capacidad y aun dentro de este procedimiento. Tal es otro de los importantes debates en materia del juicio de capacidad de hogaño²¹. En otro lugar, hemos defendido la competencia del juez que conoce del proceso de capacidad para ordenar la provisión de esta clase de prestaciones²². Los valores que —según nuestra especulación— pueden haber influido en el fallo de cámara que se comenta, entre otros, nos llevaron a concluir allí que despojar al juicio de capacidad de su contenido protectorio en el ámbito personal era una buena medida privarlo de su alto cometido jurídico. Por lo que desde este ángulo el fallo no nos genera ninguna inquietud. Pero, en coherencia con lo que allí defendimos, pensamos que queda abierto el interrogante relativo a las garantías de las proveedoras de servicios de salud emplazadas. En efecto, el tribunal ha hecho nacer una obligación de dar respecto de dos sujetos de derecho que no han tenido parte en el debate, ni han podido dar sus explicaciones, ni controlar la prueba en la cual la cámara se basó para resolver como lo hizo. Es cierto que, en algún punto, la postergación o la restricción de la bilateralización hace en buena medida a la esencia del género de las providencias urgentes, como la que parecería haber interpretado la alzada que cabía dictar en favor de la Sra. D. Las escuelas procesales defensoras de un rol más comprometido del juez frente al proceso en el siglo XXI han admitido que la bilateralización previa es un recaudo prescindible en esta clase de asuntos; pero a

21. Ver por caso JNCiv. 87, “C., R. s/ determinación de la capacidad” (firme), 30/08/2019, AR/JUR/61324/2019; con nota aprobatoria de CHILLIER, M., “Afectación de derechos fundamentales y su tratamiento dentro del proceso de determinación de capacidad”, DFyP, agosto 2020, p. 178.

22. BELLOTTI SAN MARTÍN, L., “Las órdenes de cobertura de prestaciones de salud en los juicios de determinación de la capacidad”, DFyP, junio 2019, p. 203.

condición de que se garantice la apertura de un contradictorio suficiente en el marco de los recursos que puedan deducirse^{23 24}. Y ello no será posible en este caso que comentamos, porque solo se puede apelar de las sentencias de la Cámara Nacional en lo Civil por la vía del recurso extraordinario federal; singularmente restringido en cuanto a su admisibilidad y procedencia. Se trata de un supuesto de verdad delicado, con relación al cual han expresado sus reparos procesalistas de la talla de Enrique Falcón. El autor, incluso, se ocupó de apuntar que la solución que podría proveer el recurso de revocatoria (pasible de ser sustanciado según las normas de los incidentes) solo resultaba posible en primera instancia y no en la segunda, porque este remedio no es procedente ante los pronunciamientos de la alzada. De tal suerte que, en materia de recursos ordinarios, solo le queda al requerido intentar la vía menos segura, pretoriana, y excepcional de la reposición *in extremis*²⁵. Y ello sin entrar a considerar las preocupaciones de otras corrientes procesales —no menos valiosas y basadas en relevantes argumentos constitucionales— para las cuales derechamente dictar un pronunciamiento que concede un bien de la vida sin acordar audiencia a quien deberá proveerlo entraña violación a la garantía de defensa en juicio, aunque la parte pueda deducir ulteriores recursos. Con cita, nada menos, que de Bidart Campos se ha expresado que no es lo mismo contestar una demanda que impugnar una sentencia: en aquella se enfrenta una actuación de la contraparte y, en esta, una resolución jurisdiccional²⁶. La casación bonaerense se ha plegado a este criterio, aun en un supuesto de indisputada premura como era el de la cobertura de tratamientos de fertilización asistida, y declaró nulo todo lo actuado en una causa en la que la legitimada pasiva solo pudo defenderse al alzarse en apelación contra el pronunciamiento de mérito²⁷. Podrá decirse que el relativo bajo costo de las prestaciones cuya provisión se ordenó

23. GALDÓS, J., “Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva” LA LEY, 1997-F, 482. El autor mantendrá este punto de vista varios años después en su “El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas” TR LALEY AR/DOC/25256/2011. Y lo reafirmará en un completísimo trabajo de reciente aparición publicado en LA LEY del 27/10/2021 - 1.

24. LOUTAYF RANEA, R., “Principio de bilateralidad o contradicción”, LA LEY del 16/02/2011, p. 1. El autor afirma que ese principio no admite excepciones, sino solo postergaciones. Con referencia a las medidas autosatisfactivas sostiene que la realización del principio se difiere, justamente, para la etapa recursiva.

25. FALCÓN, E., “Sistemas cautelares y bilateralidad”, Acad. Nac. de Derecho, septiembre 2010, 5, AR/DOC/7063/2010. El autor propone la interesante salida del proceso monitorio para estas complejidades y rechaza que por vía de pronunciamiento autosatisfactivo pueda quedar definitivamente cerrada.

26. CALVINHO, G. y BORDENAVE, L., “Medidas cautelares, tutelas anticipadas y medidas autosatisfactivas. su diferenciación e impacto frente al derecho de defensa en juicio”, LA LEY del 08/04/2011, 1.

27. SCBA, “R. V. y T., L. s/ medida autosatisfactiva c. Poder Ejecutivo. Reclamo de actos particulares”, 19/05/2010, TR LALEY 70061243.

justifica que, en una ponderación razonable de los bienes involucrados, se sacrifique la defensa de las requeridas en procura de una solución rápida y acorde al tenor de los derechos de la Sra. D. involucrados en el debate. Es un argumento plausible que podría fundarse en la función preventiva de la responsabilidad civil, que debe operar justamente sobre las pautas de medio más idóneo para la protección del derecho amenazado y menor restricción posible para el derecho inhibido (arts. 1710 y 1713 Cód. Civ. y Com.). Pero desde nuestra perspectiva ello entraña una simplificación de la siempre difícil tarea jurisdiccional. En primer lugar, porque el derecho de defensa tiene un valor ontológico que supera el contenido económico comprometido en el proceso. El maestro Couture enseñaba que, si la acción era el sustituto civilizado de la venganza, la excepción (entendida como la contestación) era el sustituto civilizado de la defensa. La primera era —según enseñaban los franceses— el derecho armado en pie de guerra; la segunda el derecho que ha perdido la espada, pero aún conserva el escudo²⁸. La Corte Suprema ha consolidado en tiempo reciente una línea jurisprudencial en este ámbito, según la cual aún en supuestos de personas con discapacidad es necesario realizar un análisis serio de las obligaciones legales o contractuales de las prestadoras requeridas como previo a imponerle la cobertura de determinados bienes. Lo contrario se ha considerado un supuesto de sentencia arbitraria, violatoria de las garantías de defensa en juicio y propiedad de las proveedoras²⁹. Aquel análisis no parece posible si se les impide a estas últimas alegar y probar sobre el particular. En segundo lugar, porque en el ámbito de los derechos económicos sociales y culturales, y particularmente en cuestiones vinculadas al derecho a la salud, las decisiones de los jueces generan un singular efecto de réplica. No es dado negarle a uno lo que a otro se le dio en igualdad de circunstancias, por lo que fácil parece imaginar el carácter expansivo de esta clase de pronunciamientos. Más aún si se tiene en cuenta la gran cantidad de peticiones de igual tenor que se han planteado desde la sanción de la ley porteña a esta parte. En tal escenario, ya no será tan sencillo hablar de costos nimios para las requeridas y de marginal relevancia frente al derecho esgrimido por el afiliado. No es de recibo, tampoco, pensar el asunto desde una ética exclusivamente individual según la cual el juez resuelve el caso concreto y no la multiplicidad de

28. COUTURE, E., "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1958, 3ª ed., ps. 91 y 93.

29. Ver, entre otros, CS, "B., M. y otra en nombre y representación de su madre c. ACA Salud Cooperativa Prestaciones Servicios Médicos Asistenciales s/ ley de discapacidad", 25/10/2022, Fallos 345:1205. También del mismo tribunal, "V., D. c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ amparo", 16/07/2019, AR/JUR/23194/2019.

supuestos afines que podrían generarse. Se le debe a la pluma de Sebastián Soler el estándar jurisprudencial según el cual no es posible prescindir, al resolver las causas, de las consecuencias que naturalmente se derivarán del fallo: su consideración es uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la decisión adoptada y su congruencia con el resto del sistema al que habrá de incorporarse³⁰. En similar orientación, el art. 71 del Código Iberoamericano de Ética Judicial estatuye que una de las manifestaciones de la prudencia debida por los juzgadores es la valoración de las consecuencias que traerán aparejadas sus decisiones. Ello dialoga, indudablemente, con la noción de equidad que, tal como prescribe el art. 37 del mismo instrumento, exige que los magistrados resuelvan los casos de modo tal que su solución pueda extenderse a todos los otros sustancialmente semejantes. Pensamos que, en este aspecto, el fallo exhibe una arista perfectible. De otro costado, tampoco queda claro con qué encuadre la alzada dispuso el otorgamiento de las prestaciones en favor de la Sra. D. Estamos, sin dudas, frente a un pronunciamiento que busca proveer de manera urgente a la protección de un derecho que podría encontrarse lesionado. Pero tampoco es dudoso que en ello no se agota la cuestión, porque que son variadas las vías por las cuales puede lograrse una tutela pronta de las características apuntadas. ¿Se está acaso frente a una medida cautelar innovativa? ¿A una medida de tutela jurisdiccional anticipada? ¿A una medida autosatisfactiva? Cada una de aquellas especies del género de los procesos urgentes tiene su propia fisonomía y una disciplina peculiar (a veces legislativamente, a veces por vía doctrinaria y jurisprudencial). La diferencia no será baladí si las requeridas buscan interponer incidentes o recursos o bien si se plantea la discusión en punto a la necesidad de promover un proceso principal donde aquellas tengan oportunidad de alegar y probar sus defensas. Allí aparece otro aspecto que debería haber sido considerado por el tribunal, sobre todo, en un contexto de tan serio acotamiento de las posibilidades de defensa de las dos prestadoras de servicios de salud.

30. Dictamen del Procurador General que la CS hace suyo, "Grisolía, Francisco Mariano", 23/04/1956, AR/JUR/10/1956. El criterio fue seguido en innumerables pronunciamientos del tribunal, v. gr., los registrados en Fallos 315:992; 323:3139; 326:3593; 328:4818, 331:1262 y 344:3156.

V. CONCLUSIONES

La Sra D., que avanza por capítulos ya avanzados de su biografía con graves afecciones en su salud, encontró en su tribunal más próximo una respuesta demasiado prescindente y —en nuestro concepto— con falencias tanto sustanciales como procesales. Pero al final del día, y esto es lo que importa, halló una solución singularmente satisfactoria desde el punto de vista de sus derechos. Ello así merced a las destacables actuaciones de la magistratura especializada en su defensa (Ministerio Público) y del tribunal de apelaciones que intervino. Uno y otra han encarado la complejidad de la causa comprometidamente, tanto en su aspecto técnico como en el más relevante componente humano subyacente. Se le ha evitado a la Sra. D, pues, transcurrir sus horas propectas con las muy criticadas sujeciones físicas puestas sobre sí. Posiblemente, para su familiar —que seguramente formuló la petición movida por las mejores intenciones— el procedimiento haya significado el acceso a una información de la que tal vez carecía y que le permitirá ahora ejercer mejor su ministerio. No obstante, desde la perspectiva de los otros derechos concernidos, el fallo plantea sus problemas. Pensamos que valía la pena explorar soluciones que provean una protección similar, pero con menor restricción a las garantías procesales de los otros sujetos que quedarán alcanzados por la resolución. Podría haberse avanzado, pensamos, hacia la revocación del pronunciamiento de primera instancia (en cuanto decretó que el asunto era ajeno a la función judicial) y disponer que en la instancia de grado se determine con prontitud el modo en que habrían de proveerse a la interesada en la causa las prestaciones sugeridas por la entidad científica que intervino. Ello con citación a las proveedoras de servicios de salud y también a la curadora, que en el caso no solo tenía involucrados los deberes propios de tal función (art. 138, 2º párr. Cód. Civ. y Com.) sino también los nacidos de la obligación alimentaria hacia los ascendientes, que incluyen el cuidado de la salud (art. 537 inc. a y 541 cód. cit.). Nos apresuramos a decir que tal esquema no era incompatible con la urgencia que mediaba en el caso, a poco que se tenga en cuenta que el plazo concedido en el fallo a las proveedoras para brindar las cosas fue de quince días. Se trata de un período que, en primera instancia y con un compromiso similar al observado en la segunda, permitiría una comprimida sustanciación y el dictado de una nueva resolución capaz de tener en cuenta las alegaciones y derechos de todos los sujetos vinculados a la litis. El balance es positivo, aunque pensamos que, en futuros casos similares, las cuestiones puestas en el haber podrán ser más.