

Suprema Corte:

–I–

La Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la resolución de primera instancia que rechazó el pedido de rehabilitación de H. O. F. y mantuvo la declaración de incapacidad absoluta por demencia en los términos del artículo 141 del Código Civil. En ese marco, confirmó la denegatoria del pedido de ejercicio del derecho al voto (fs. 1348/1351 y 1375).

Sostuvo que la inhabilidad para votar del señor H. O. F. responde a lo previsto en el artículo 3, inciso a, del Código Electoral Nacional –ley 19.945– en tanto excluye expresamente del padrón electoral a “los dementes declarados tales en juicio”. Consideró que esta norma no fue derogada sino complementada por la Convención Americana de Derechos Humanos –aprobada por ley 23.054–, la Ley Derecho a la Protección de la Salud Mental –26.657– y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –aprobada por ley 26.378–. Adujo que, si bien el artículo 29 de ese último instrumento establece que los Estados parte deben asegurar el voto de las personas con discapacidad, dicha cláusula es aplicable a los diversos supuestos de discapacidad física y mental previstos en el artículo 1, párrafo 2º, de la convención, excluidos los supuestos de dementes declarados tales en juicio.

Concluyó que la capacidad del señor H. O. F. se restringe para todos los actos de la vida civil, sean actos de carácter personal o patrimonial, no pudiendo dirigir su persona, ni administrar o disponer de sus bienes.

–II–

Contra dicho pronunciamiento, la curadora pública interpuso recurso extraordinario que fue concedido por existir cuestión federal (fs. 1381/1395 y 1399/1400).

La recurrente relata que el 6 de octubre de 2011 promovió la rehabilitación de H. O. F. motivada por los resultados de diversos informes sociales

e interdisciplinarios que daban cuenta de los avances y mejoras en su salud psicofísica. De allí surgía que, si bien H. O. F. requiere supervisión, es una persona autónoma, que se hace entender, que podría prestar su consentimiento informado, que comprende situaciones cotidianas y que ha expresado su deseo de votar (fs. 1382 vta./1383).

Explica que, teniendo en cuenta la coexistencia del Código Civil, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley Derecho a la Protección de la Salud Mental, solicitó que se respetara la capacidad jurídica de H. O. F., se restringieran solo aquellos aspectos necesarios para asegurar el adecuado ejercicio de todos sus derechos y se implementara un sistema de apoyos.

Considera que la sentencia vulneró el plexo normativo en materia de salud mental y derechos humanos, en especial el derecho al voto, a la igualdad, a la autonomía personal (arts. 12 y 29, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; art. 23, Convención Americana de Derechos Humanos; art. 25, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 152 ter, Código Civil). Resalta que la privación del ejercicio del derecho al sufragio no guarda relación con los fines de la restricción de la capacidad ni con las necesidades de la organización del sistema electoral, por lo que la decisión no supera el test de proporcionalidad.

Plantea la inconstitucionalidad del artículo 3, inciso a, del Código Electoral Nacional por encontrarse en pugna con los derechos emanados de la Constitución Nacional y de diversos tratados internacionales de derechos humanos. Requiere que se reconozca la personalidad jurídica y el ejercicio pleno de la capacidad de H. O. F. y se lo autorice a emitir su voto.

En consonancia con lo expuesto, al contestar la vista que le fuera conferida, la Defensora General de la Nación afirma que no se respetaron

las pautas previstas por el artículo 152 ter del Código Civil –introducido por la ley 26.657 aludida– pues no se realizó un peritaje interdisciplinario y no se dispuso ningún medio de prueba tendiente a justificar la restricción a la capacidad respecto de determinados actos jurídicos, sino que se reprodujo el antiguo modelo de incapacitación general.

Aduce la arbitrariedad de la sentencia por haberse apartado de las constancias de la causa, pues la cámara mantuvo la incapacidad absoluta del señor H. O. F. a pesar de reconocer su notable mejoría. Resalta graves defectos de fundamentación que desconocen los principios que rigen la materia, confundiendo discapacidad con incapacidad. Señala que no se puede excluir a su representado del sistema electoral sin antes corroborar si cuenta o no con discernimiento para emitir su voto y que, en caso de detectarse alguna dificultad para el ejercicio autónomo de ese derecho, se debe implementar un sistema de apoyo de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Esgrime la inconstitucionalidad del artículo 3, inciso a, del Código Electoral Nacional (fs. 1421/1429).

–III–

El recurso extraordinario ha sido bien concedido en tanto, si bien la resolución apelada no configura sentencia definitiva en sentido estricto, su palmaria virtualidad para generar perjuicios de muy difícil o imposible reparación ulterior autoriza a reputarla como tal, en tanto cancela la posibilidad de que el señor H. O. F. pueda ejercer su derecho al voto (Fallos: 331:147, 331:941; entre muchos otros).

Asimismo, la recurrente puso en tela de juicio la inteligencia de normas de naturaleza federal (arts. 12 y 29, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; 23, Convención Americana de Derechos Humanos; 25, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y la decisión ha sido

contraria al derecho que fundó en ellas (art. 14, inc. 3, ley 48; Fallos: 327:3536, 330:3725).

-IV-

Ante todo, considero pertinente señalar que el señor H. O. F. tiene 72 años de edad y vive solo desde el fallecimiento de su madre en 1986 (fs. 26).

A raíz de una denuncia realizada por un centro de jubilados al que H. O. F. asistía, en la que se manifestó que este se encontraba en estado de abandono, en el año 1997, el Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados inició un proceso de estudio del caso (fs. 25/26). En ese marco se concluyó que H. O. F. padece una debilidad mental discreta y, como consecuencia, la Asesora de Menores e Incapaces promovió la declaración de incapacidad por demencia por considerar que no tenía aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes. Esta fue decretada el 16 de noviembre de 2000, designándose como curador a un vecino (fs. 16, 27, 219).

En el año 2003 ese curador fue removido de su cargo debido a la situación de riesgo en la que se encontraba H. O. F. No obstante, la medida recién se hizo efectiva cinco años después, momento en que se mantuvo la curaduría a cargo del Ministerio Público y se designó a una cuidadora (fs. 269, 418/419, 912/917, 922, 936/937).

Desde el año 2005 el señor H. O. F. expresa su decisión de votar, renovando esa manifestación en varias instancias evaluatorias (fs. 516, 1232, 1242, 1347). Esto condujo a que la Asesora de Menores e Incapaces en 2012, al momento de solicitar la revisión de su capacidad jurídica, requiriera específicamente que se le permitiera ejercer su derecho al voto.

–V–

Estimo que asiste razón a la recurrente al señalar que, para resolver el caso a estudio, se realizó una interpretación inadecuada del derecho federal.

En efecto, la capacidad de H. O. F. para ejercer su derecho al voto no debió determinarse en forma automática como consecuencia de su declaración general de incapacidad, en los términos del artículo 141 del Código Civil, y de la aplicación del artículo 3, inciso a, del Código Nacional Electoral, reproduciendo el viejo modelo de incapacitación. Por el contrario, debió decidirse a la luz de los principios y garantías inherentes al modelo social de la discapacidad adoptado por la Constitución Nacional y las normas legales reglamentarias que imponían realizar una evaluación pormenorizada y específica sobre la capacidad de H. O. F. para votar, y designarle apoyos en caso de concluir que presentaba alguna dificultad para el ejercicio autónomo de ese derecho.

En tal sentido, con la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad — dotada luego de jerarquía constitucional a través de la ley 27.044— se produjo un cambio profundo del enfoque acerca de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental. Se abandonó el sistema de sustitución y subrogación de la voluntad, y se lo reemplazó por un modelo social de la discapacidad que las concibe como titulares y sujetos plenos de derechos, reconociendo en el artículo 12 de ese instrumento internacional que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás y que se debe disponer un sistema de toma de decisiones con apoyos y salvaguardas proporcionales y revisables periódicamente (CSJ 698/2011 (47-P), “P. A. C. s/ insania”, sentencia del 11 de diciembre de 2014, por remisión al dictamen de esta Procuración).

Este modelo social fue receptado luego por la ley 26.657 de Derecho a la Protección de la Salud Mental, lo que originó, como se mencionó, el

pedido de rehabilitación de H. O. F. Según el artículo 42 de esa ley, las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Además, de acuerdo con el artículo 5 “la existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado”.

A su vez, este modelo ha sido consagrado con mayor amplitud en el Código Civil y Comercial de la Nación –ley 26.994–, que reconoce que la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume y que la limitación de la capacidad para realizar determinados actos jurídicos es de carácter excepcional y se impone en beneficio de la persona (arts. 31 y 32). Esta norma debe ser aplicada en la solución del presente caso conforme a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la *litis*, la decisión de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos (conf. Fallos: 318:2438; 325:28 y 2275; 331:2628; 333:1474; CSJ 118/2013 (49-V)/CS1, “V., C. G. c/ I.A.P.O.S. y otros s/ amparo”, sentencia del 27 de mayo de 2014, entre otros).

Estos principios deben aplicarse respecto de la restricción del derecho al voto de H. O. F., consagrado en los artículos 37 de la Constitución Nacional, 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, de manera específica, en el artículo 29 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Esta última norma estipula: "Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:

a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras formas mediante (...) iii) La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar".

De acuerdo con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la legislación nacional, H. O. F. es capaz para ejercer el derecho al voto y su restricción es de carácter excepcional. Para que dicha restricción, y su consecuente exclusión del padrón electoral, resultara válida, se debió concluir que carecía de capacidad para realizar ese acto político específico, a través de evaluaciones que brindaran las razones concretas por las cuales no se encontraba en condiciones de ejercer su derecho al sufragio de manera autónoma, y explicitar por qué esa restricción resultaba beneficiosa para su persona y para la protección de sus derechos. En ese supuesto, se debió disponer el acceso a los apoyos que se considerasen adecuados para que H. O. F. pudiera tomar decisiones con las salvaguardias apropiadas respetando su voluntad y sus preferencias, e incluso permitirle que una persona de su elección le prestara asistencia para votar (arts. 12, incs. 3 y 4, y 29, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CPRD), Observación General 1, 19 de mayo de 2014, párrs. 48 y 49 y art. 42, ley 26.657).

En el *sub lite*, ninguno de los informes obrantes en la causa abordó o aconsejó la limitación del derecho al sufragio. Por el contrario, frente al expreso deseo de H. O. F. de votar, en el marco de la evaluación interdisciplinaria ordenada por el magistrado de primera instancia, el informe cualitativo confeccionado por la profesional interviniente del PAMI sostuvo “que es una limitación excesiva a sus derechos la imposibilidad de emitir su voto” (fs. 1232).

Para más, la limitación del ejercicio del derecho al voto de las personas con discapacidad mental, por la índole del derecho en juego y por el sujeto involucrado, que requiere una protección preferente —artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional— debe estar sujeta a un examen estricto.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha subrayado la especial importancia del derecho al sufragio: “el derecho a votar libremente por un candidato de su propia elección es la esencia de una sociedad democrática, y toda restricción irrazonable de ese derecho golpea al corazón del gobierno representativo. En efecto, el sistema republicano exige por definición la participación del pueblo en la forma de gobierno; a su vez, el sistema representativo implica que esa participación se logra a través del sufragio”. (CSJ 1011/2013 [49-A]/CS1, “Alianza UNEN – CF c/ Estado Nacional Ministerio del Interior y Transporte s/ promueven acción de amparo”, sentencia del 14 de julio de 2015, considerando 11º). En igual sentido, en su voto del caso “Mignone” (Fallos: 325:524) el ministro Bossert expresó: “el derecho al sufragio tiene en el sistema democrático un carácter colectivo que se extiende más allá de la protección del derecho individual (...) pues todo el andamiaje institucional de la sociedad política se encuentra asentado en el efectivo ejercicio de ese derecho” (considerando 16º).

Además, se ha resaltado la evolución de la legislación argentina en pos de resguardar el sufragio universal como valor fundamental de todo el orden constitucional, evitando la exclusión sistemática de ciertos sectores

sociales del ejercicio de la ciudadanía política. Al respecto, los jueces Petracchi y Fayt afirmaron: "el sufragio universal hace a la substancia del Estado constitucional contemporáneo. Todo otro sistema electoral niega la igualdad de los ciudadanos y, a diferencia del sufragio restringido, que clausura el acceso al poder al pueblo, su función es hacer posible el gobierno del pueblo o de una de sus mayorías, aproximando el ideal democrático a la realidad de la vida. La historia, la de nuestro país y la de muchos otros, muestra la lucha por su consagración plena y el sucesivo abandono de clasificaciones que reparaban en el sexo, estado o condición del elector, tal como disponía el art. 2º de la ley 8871, conocida como Ley Sáenz Peña" (Fallos: 325: 524, "Mignone", considerando 10º).

Las personas con discapacidad mental han sido objeto de una exclusión sistemática del cuerpo electoral y la discapacidad mental ha sido considerada históricamente como un factor determinante para negar el ejercicio de la ciudadanía política. Esa exclusión, como otras que han sido referidas, tiene un doble aspecto pues afecta a quienes resultan marginados pero también al pueblo en su conjunto, debilitando la representación y el sistema democrático. De allí que el modelo social de la discapacidad que adopta la Constitución obliga a todo el aparato del Estado a avanzar gradualmente en la superación de las barreras sociales, culturales y jurídicas que impiden la plena participación de las personas con discapacidad mental en el proceso electoral. Bajo esa premisa, les corresponde en particular a los jueces realizar un examen estricto de las circunstancias que podrían fundar excepcionalmente una restricción en el ejercicio autónomo de sus derechos políticos.

En igual sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un caso sobre el derecho al voto de las personas con discapacidad mental, sostuvo que si la restricción de ese derecho se dispone respecto de un grupo en situación de vulnerabilidad, que ha sido objeto de discriminaciones históricas, el Estado debe esgrimir razones de mucho peso para disponerla. La razón de este enfoque, afirma

el tribunal, es que estos grupos han sido objeto de prejuicios con consecuencias duraderas, dando lugar a la exclusión social (TEDH, “Caso de Alajos Kiss v. Hungary”, sentencia del 20 de mayo de 2010., párr. 42). Por ende, afirmó: “una eliminación indiscriminada del derecho al voto, sin una evaluación judicial individualizada (...) no puede considerarse compatible con fundamentos legítimos para restringir el derecho al voto” (párr. 44).

Por su parte, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, órgano de interpretación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ha ido aún más allá pues consideró que el artículo 29 de dicho instrumento no prevé ninguna restricción razonable ni permite excepción alguna del derecho al voto respecto de ningún grupo de personas con discapacidad (CRPD, Comunicación 4/2011 CRPD/c/10/D/4/2011, apartados 9.4 y 9.6).

En suma, conforme los elementos obrantes en autos, H. O. F. fue privado del derecho a voto sin que se haya acreditado de manera adecuada su imposibilidad de ejercicio. En estas condiciones, hasta tanto se cumplan los parámetros enunciados, en virtud de que la capacidad de ejercicio se presume, de las solicitudes reiteradas de su curador y de los informes favorables obrantes en la causa, opino que H. O. F. debe ser incluido en el padrón electoral a los efectos de que pueda ejercer su derecho al sufragio.

–VI–

Sin perjuicio de que la solución que propicio me exige de tratar los restantes agravios, estimo que el artículo 3, inciso *a*, del Código Nacional Electoral ha quedado tácitamente derogado en virtud del nuevo régimen instituido por el Código Civil y Comercial de la Nación (Fallos: 322:1520).

Entiendo que el tratamiento del punto reviste indudable interés público, pues el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad le ha expresado su preocupación al Estado argentino por la privación

del derecho al voto de las personas declaradas incapaces por vía judicial y le ha recomendado revisar el Código Electoral y efectuar las modificaciones necesarias para alinearlos con los estándares de la Convención (Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, 19 de octubre de 2012, párrs. 47 y 48).

Tal como se señaló, el 1 de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación, que implementa de manera más clara y precisa el modelo social de la discapacidad, en consonancia con las directrices constitucionales. El actual sistema de capacidad regulado por este código genera consecuencias decisivas sobre la ley 19.945.

En efecto, en el ordenamiento jurídico argentino ya no existe la categoría jurídica de demente o la incapacidad tal como era concebida por el artículo 141 del Código Civil y sus concordantes.

El Código Civil y Comercial de la Nación prevé que el juez puede restringir la capacidad para determinados actos siempre que estime que puede resultar un daño a la persona o a sus bienes. En ese caso, debe designar los apoyos necesarios especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. Según el nuevo régimen: "Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyo resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador" (art.32). Finalmente, la sentencia de restricción de la capacidad se debe pronunciar, entre otros aspectos, sobre el régimen de protección, asistencia, y promoción de la mayor autonomía posible, determinar el alcance de la restricción, especificar las funciones y actos que se limitan y designar los apoyos (arts. 37 y 38).

Es decir, en la actualidad, el sistema legal concibe a las personas con discapacidad mental como titulares y sujetos plenos de derechos que ya no son dementes ni incapaces pues lo único que se puede limitar es la autonomía

para realizar determinados actos jurídicos. Inclusive el supuesto de restricción de la capacidad del artículo 32 —para el que se reserva el sistema de representación y curatela— exige la implementación de apoyos previos a la declaración de incapacidad y es de carácter estrictamente excepcional.

En este contexto, ya no es posible mantener la categoría jurídica de demente, en los términos del artículo 3, inciso a, del Código Electoral, puesto que el Código Civil y Comercial de la Nación, norma posterior específica de igual jerarquía, ha diseñado un sistema en el que no se admite la limitación de la capacidad de los sujetos sino únicamente de sus actos específicos.

—VII—

Más allá de la cuestión particular objeto de la vista, no puedo dejar de señalar que ha transcurrido el plazo previsto por la jueza de primera instancia para reevaluar de manera interdisciplinaria al señor H. O. F. (fs. 1351 vta.).

Finalmente, considero de mayor importancia que se lleve a cabo la revisión de la sentencia de incapacidad para adaptarla al nuevo régimen vigente en los términos del artículo 40 del Código Civil y Comercial de la Nación.

—VIII—

Por lo expuesto, estimo que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia recurrida.

Buenos Aires, 6 de abril de 2016.

ES COPIA

VÍCTOR ERNESTO ABRAMOVICH COSARÍN


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación