



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACION GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

"E.E.R.s/insania-Curatela"
Tribunal Colegiado de Instancia
Unica del Fuero de Familia N°2
Morón
C.116.954.

Suprema Corte:

I- El Tribunal Colegiado de Instancia Unica del Fuero de Familia N° 2 del Departamento Judicial Morón, dictó pronunciamiento confirmando la sentencia dictada por el Sr. Juez de trámite que declaró incapaz por demencia a E.E.R., y declaró la Inconstitucionalidad del art. 152 ter del Código Civil, rechazando de tal modo el pedido de reevaluación efectuado por la Sra. Asesora de Incapaces.-v.fs.54/56 y fs. 60/62-

Disconforme con el decisorio, la representante del Ministerio Público, Dra. Roitman interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. -v. fs.65/68-

En lo sustancial de su libelo recursivo, sostiene que los Sres Jueces del Tribunal, aplican erróneamente, al caso que se ventila en el presente expediente, lo dispuesto por el artículo 152 ter del Código Civil. Transcribe el artículo 152 ter del Código Civil y resalta del texto "deberá fundarse en examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias ", y en autos sólo se ha expedido a fs. 59 vta. sobre la irreversibilidad de la patología del causante con los tratamientos médicos actuales, un sólo profesional la Dra. Mónica P. Spurr. La citada norma también alude al "exámen de facultativos", agregando, sin embargo que aquel debe estar "conformado por evaluaciones interdisciplinarias".Observa que el término facultativo tiene un amplio significado. El Diccionario de la Real Academia Español "facultativo...5)

especializado, técnico". Interdisciplinariedad" impone concluir, por lo tanto que habría de partirse, ahora, de una acepción del término facultativo más amplia que la del médico, comprensiva de otras ramas del saber. También establece el artículo 152 ter que la sentencia de interdicción como la de inhabilitación, tienen ahora un término "ad quem". Tendrá efectos por un plazo no mayor de tres años, y a su vencimiento de pleno derecho cesan todas las limitaciones impuestas a dichos procesos -salvo que con anterioridad alguno de los sujetos legitimados peticione y pruebe la subsistencia de los presupuestos que condujeron a su declaración- primero, porque la ley no impone esa suerte de reconducción y segundo, porque es principio cardinal de esta ley, -artículo 7 inc. n) el reconocimiento a las personas con padecimientos mental a que su estado no sea considerado inmodificable, a lo que se agrega el denominado principio de capacidad, con lo cual vencido el plazo establecido, el demente o inhabilitado recobrará todos sus derechos y facultades. Se refiere a la capacidad jurídica y a las medidas que deben asegurar que en su ejercicio se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos, respeten los derechos, la voluntad, y las preferencias de la persona proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la personas, se apliquen por el plazo mas corto posible y que esten sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial..las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas, teniendo fundamentalmente en cuenta que las medidas efectivas para lograr que las personas con discapacidad puedan lograr y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACION GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

mantener la máxima independencia,. Ante la jeraquía constitucional que posee la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -Ley 26678-, la interpretación de cualquier reglamentación vigente que involucre a una persona con problemas mentales como el Sr. E.E.R, debe realizarse con la amplitud que exige el marco normativo internacional por ser esta una responsabilidad insoslayable del Estado Argentino. Finalmente concluye por lo dicho que el fallo atacado ha aplicado erróneamente la normativa legal vigente.-

II- El recurso debe prosperar.

El tribunal, por voto de la mayoría, sostuvo que "En atención a la reforma que efectuara la Ley 26.657 al Código Civil, corresponde en primer término analizar su aplicación a los autos de marras, a efectos de determinar la extensión del derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado irreversible, y permanente. En ese sentido, entiendo que la técnica legislativa utilizada en el artículo 152 ter del Código Civil atenta contra el derecho humano de la causante de recibir asistencia, y la tutela efectiva del Estado sin necesidad de demostrar periódicamente su patología, por lo menos a los fines asistenciales y de la seguridad social. Pues, así en la presente causa, la aplicación literal del artículo en análisis, donde es improbable la existencia de remisión de la enfermedad, obligaríamos a la causante a que cada tres años promoviera y acreditara la necesidad de contar con dicha asistencia. En consecuencia, entiendo que la norma en cuestión actúa en detrimento de los principios de la Normativa Internacional que aseguran la operatividad de los Derechos Humanos en lo pertinente, arts. 8 y 25 de la Convención Americana

sobre Derechos Humanos, artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículos 9 y 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales....es doctrina de nuestro más Alto Tribunal que todos los Jueces tienen la potestad y el deber de declarar la Inconstitucionalidad de oficio en los casos concretos que se le someten, es que entiendo que ante el informe de los Peritos Psiquiatras, (obrante a fs. 27/28), es mi deber expedirme sobre la cuestión asegurando en el caso la tutela judicial efectiva del justificable, para hacer valer su derecho a la salud, de base constitucional....y con el fin de tutelar los derechos de la causante es que entiendo que el art. 152 ter del C.C. resulta inconstitucional en cuanto al plazo de validez que fija, "3" años, a las declaraciones judiciales de incapacidad; lo que así declaro. Por todo lo expuesto, corresponde declarar la Inconstitucionalidad del art. 152 ter del Código Civil...y rechazar el pedido de reevaluación solicitado por la Sra. Asesora de Incapaces...por tratarse el caso que padece la causante de autos de una incapacidad por demencia a causa de un Retraso Mental Moderado". -

Tales afirmaciones merecen varias observaciones. Pero previamente y como introducción a las mismas, es de destacar que el respeto de los derechos fundamentales de la personas dentro de procesos como el que nos ocupa, importa que el Juez en ejercicio de sus facultades debe aplicar el derecho vigente conforme las circunstancias de cada caso que se presenta ante sus estrados, interpretando la normativa en el marco del derecho internacional de los tratados -artículo 27 Convención de Viena-, que ha tenido acogida en nuestra



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACION GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Carta Magna nacional -artículo 75 inc.22 y 23- . Siendo los órganos de los tratados reconocidos como únicos intérpretes autorizados de los tratados y de las observaciones generales, a cuya interpretación los tribunales locales deben adecuarse (SCJ "Maldonado" fallos 328:3677 y "Torrillo" fallos 332:709), amerita consignar lo plasmado en la Opinión Consultiva CIDH 18/3 de fecha 17/09/2003 Secc A, que expresa "171...el Estado no solo debe adecuar toda normativa interna al respectivo tratado, sino que además, las prácticas estatales relativas a su aplicación deberán adecuarse al derecho internacional. Es decir, no basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al derecho internacional, sino que es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal sea ejecutivo, legislativo o judicial ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable" . En dicho contexto la vigencia de las Leyes 26.678 y 25.280- con jerarquía supra legal, que incorporan a nuestra legislación, respectivamente la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discapacidad, han venido a marcar un nuevo rumbo respecto a la concepción que existía sobre la persona con discapacidad. La CDPD si bien no reconoce nuevos derechos humanos (art.75 inc 22 C.N.) "aclara la aplicación de los derechos existentes a la situación específica de las personas con discapacidad" (A/HRC/10/48 pag. 12 punto 33). La CDPD Tiene como propósito y fundamento promover, proteger y asegurar el goce pleno, en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las

personas con discapacidad, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, la no discriminación, la participación, e inclusión plena y efectivas en la sociedad, respeto por la diferencia, por la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad, de la igualdad de oportunidades, de la igualdad entre el hombre y la mujer y la accesibilidad (artículos 1 y 3), se reafirma el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los ámbitos en que desenvuelva su vida, derecho al sistema de apoyos con salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica, adecuadas y que aseguren se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la personas, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la personas, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona.(artículo 12 CDPD.). En su preámbulo se patentiza el modelo social de la discapacidad, como nuevo paradigma -donde la autonomía y dignidad de las personas resultan ser sus pilares. Sobre la CDPD se afirma que "...sus normas integran el ordenamiento jurídico interno vigente en materia de discapacidad, y sus obligaciones se proyectan al ámbito local en virtud de la expresa directiva contenida en el artículo 4.5 de la Convención, en cuanto prescribe que sus disposiciones se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones "(SCBA A 69412 S 18-02-2010, SCBA



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACION GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

A 70197 S 4-5-2011, SCBA. A 691164 S 1-6-2011). En el Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el Conocimiento y la Comprensión de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se sostiene: "Para la aplicación plena y efectiva de la Convención es fundamental que en la definición de discapacidad en las legislaciones nacionales se considere la discapacidad como un fenómeno social. Ello exige que se abandonen las definiciones de carácter médico, articuladas según el tipo de deficiencia, así como las basadas en la noción de actividades de la vida cotidiana, en las que la incapacidad para llevar a cabo esas actividades esta asociada a la deficiencia. Asimismo, las leyes nacionales sobre discapacidad deben proteger de manera inequívoca a todas las personas con discapacidad, incluidas las discapacidades intelectuales y mentales."(A/HRC/10/48 26/01/2009).-

En esta misma línea se ha enrolado la ley 26.657. Asi los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental Principio 1.7. A.G. Res.46/119.46 UN GAOR SUPP. (NO.49 P.189.ONU DOC A/46, que la integra, se estipula "Cuando una corte u otro tribunal competente determine que una persona que padece una enfermedad mental no puede ocuparse de su propios asuntos, se adoptarán medidas, hasta donde sea necesario y apropiado a la condición de esa persona, para asegurar la protección de sus intereses". Asimismo, antes del dictado de la precitada ley los Principios fueron reconocidos como un catálogo de derechos mínimos específico para quienes padezcan trastornos psíquicos que deben ser respetados

rigurosamente (Competencia N° 1195. XLII. R., M. J. s/ insania).-

Luego de tales conceptos queda expuesto, a mi modo de ver, el error en que ha incurrido el iudicante. La razón principal en la que funda la declaración de inconstitucionalidad del artículo 152 ter en cuanto al plazo de validez que fija "3" años a las declaraciones judiciales de incapacidad", es que E.E.R resulta portador de un Retraso Mental Moderado -siendo improbable la existencia de remisión de la enfermedad.-

Necesariamente para exponer correctamente el análisis debo referirme a la sentencia que declaró incapaz a E.E.R.. -v.fs 54/55. A la fecha de su dictado -19/8/2011-, se encontraba vigente la ley 26.657 de Salud Mental (sancionada el 25/11/2010 y publicada en el B.O. El 3/12/2010)), que incorpora al Código Civil el artículo 152 ter, no obstante, no tuvo en cuenta la norma el Magistrado a cargo del trámite, ni requerida su aplicación por ninguna de las partes. Amén de esta cuestión, el fallo basa la declaración de incapacidad de E.E.R. en la pericia de fs. 27/28, de la que ..."se desprende que el causante padece de retraso mental moderado, debiéndose considerar demente en sentido jurídico (arg.art.141 del Código Civil), toda vez que el mismo carece de aptitud para dirigir su persona, siendo absolutamente dependiente del cuidado familiar". **La pericia aludida por S.S, califica jurídicamente a E.E.R. "demente en sentido jurídico", con lo cual excede su cometido -de verificar la existencia de un padecimiento mental (artículo 625 C.P.C.C.)-, e invade la esfera estrictamente jurisdiccional, cuyo objeto de pronunciamiento en los procesos sobre la determinación de capacidad civil de un adulto a causa de un padecimiento**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACION GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

mental, es su calificación jurídica (artículo 141 y 152 bis C.C.). Desde la reforma de la ley 17.711, la existencia de un diagnóstico médico sobre la salud mental de una persona, no es condición suficiente para declarar su incapacidad, sino que además la enfermedad debe tener incidencia en la vida de relación de la persona y en la administración de sus bienes, de modo tal de establecer si es necesaria la restricción de la capacidad y la designación de un representante legal (criterio biológico-jurídico, sistema de sustitución de la voluntad -art.141- y de asistencia -art. 152 bis- CC).-

En el sub lite, la anamnesis de la pericia aludida de ninguno modo suple la inexistencia del relevamiento social y ambiental donde se desenvuelve el causante y que ilustrará a S.S. respecto a las capacidades sociales, familiares, laborales, etc. que posee la persona, así como las estrategias posibles para mejorar las eventuales dificultades que tenga en su vida de relación, entre otras temas, aportándole, además, elementos de convicción para determinar la protección debida a la persona. Con lo cual, según el razonamiento plasmado en la sentencia E.E.R carece de aptitud para dirigir su persona y bienes por el solo hecho de ser portador de un retraso mental moderado.-

Ello aclarado, y respecto a los considerandos del fallo atacado, su análisis merece abordar los tópicos que plantea el propio artículo 152 ter.

En efecto la primer parte del artículo establece "Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias..."-.

Su efectivación permitirá conocer a SS. sobre la extensión y límites en el desenvolvimiento, y autodeterminación en la vida cotidiana, diagnóstico y sus implicancias en el desenvolvimiento, y autonomía personal para la celebración de diferentes clases de actos jurídicos, situación económica, existencia de grupo familiar continente, y/o comunitario donde vive, rastreo de personas vinculadas afectivamente, acceso a terapias rehabilitadoras, capacidades preservadas, habilidades, potencialidades, etc.-

Sobre la base de la información interdisciplinaria estará el Magistrado en condiciones de establecer la necesidad de representación y/o elaborar el sistema de apoyo en la toma de decisiones y salvaguardias, proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses inherentes. .Ya que "...toda limitación o restricción a la capacidad de una persona, que es lo que está en juego en el proceso de incapacitación, afectan a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como el libre desarrollo de la personalidad (art.10.1CE)". STC 007/211 WWW.Tribunalconstitucional.es"

La segunda parte, primer apartado del artículo 152 ter reza: "No podrán extenderse por más de tres años ". En relación a lo argumentado por el Magistrado, **entiendo que no toma en cuenta el nuevo paradigma donde las revisiones periódicas persiguen que las declaraciones judiciales de restricción a la capacidad se mantengan actualizadas, respecto a la evolución, involución o estancamiento en las facultades mentales, cuando se trata de patologías psiquiátricas-neurológicas y de las habilidades,**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACION GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

potencialidades y capacidades, siendo estas últimas, las que se verifican en los supuestos de dolencias congénitas irreversibles, como lo son las debilidades mentales, todo dependerá del caso por caso. Por otro lado no considero que se deba realizar una hermenéutica literal de la norma, respecto a los fines asistenciales y de la seguridad social, sino que prima el principio pro personae (CIDH Gonzales y otras ("Campo Algodonero") vs. México). Deben privilegiarse los valores y objetivos fijados por la legislación nacional e internacional en favor de los derechos de las personas con discapacidad.-

En consonancia con la CDPD (art.12) y demás documentos internacionales, ya referenciados, en su última parte este artículo expresa"... deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Aquí me aparto de los argumentos sostenidos por la Sra.. Asesora, **No considero que los tres años signifiquen "que al vencimiento del plazo establecido en la sentencia el anterior demente o inhabilitado recobrará todos sus derechos y facultades", si así fuera se desdibuja la finalidad protectoria que justifica la declaración de incapacidad en la medida que la persona lo necesite. A mi modo de ver los tres años funcionan como limite temporal máximo para la revisión del estado de la persona, es un plazo que permite regularidad en el control y que obliga los operadores a no olvidar a estos vulnerables.-**

A modo de síntesis, y como lo expresara en el dictamen emitido en AC 115.091 "...se ha reconocido expresamente que las limitaciones de la persona

con discapacidad mental coexisten, frecuentemente con habilidades y capacidades. Con lo cual la determinación de la capacidad no tiene límites fijos, la proporcionalidad y razonabilidad se instauran como principios informadores de la actividad jurídica, siendo la singularidad de cada persona con discapacidad mental, su situación personal, entorno social y familiar, variables cuyo análisis es ineludible en caso por caso. La finalidad de las decisiones judiciales en tal tópico siempre debe ser protectora, en la medida que la persona lo necesita, es decir de acuerdo a sus capacidades conservadas, de eso se trata.-"

III- Por los argumentos expuestos, propicio se remitan estos obrados a la instancia de origen para que se proceda de conformidad a lo normado en el artículo 152 ter del Código Civil y de acuerdo a lo establecido en la Resolución SCJ N° 3196/11.-

Tal es mi dictamen.-

Juan Ángel de Oliveira, Agosto 7 de 2012.-

JUAN ANGEL DE OLIVEIRA
Subprocurador General
Suprema Corte de Justicia