



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACION GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

“S.S.J. S/insania y curatela”

C 119.274

Suprema Corte:

I- La Sala Primera de la Excma Cámara de Apelación Civil y Comercial del Departamento Judicial de Bahía Blanca confirmó la sentencia dictada por el Magistrado a cargo del Juzgado de Familia número dos del mismo Departamento Judicial, que declaró incapaz por demencia al causante de autos, y dispuso que no podría realizar actos de disposición de su patrimonio, cumplir con las indicaciones terapéuticas ni prestar consentimiento informado para el suministro de medicamentos y o tratamientos, nombrando a su progenitora, curadora definitiva. (fs.162/167).-

Contra dicha forma de resolver se alza el Sr. S.G.J en su carácter de progenitor, mediante el recurso de inaplicabilidad de ley que luce en fs. fs.178/196.-

II- Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.

Principia el recurrente afirmando *“que la sentencia se ha dictado en base a una absurda valoración de la prueba pericial producida en abierta contradicción a los arts. 9, 12 y 13 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 14 y 18 y concordantes de la Constitución Nacional, 15, 36 inc.°2 y 8 , 161 inc 3, 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, así como a los arts. 474, 384 y*

627 del código procesal local, los arts. 3, 5 y cc. de la ley 26657, y los art 152 ter y 478 del Código Civil. Tampoco se expidió sobre la inconstitucionalidad de los arts.386 y 475 del Código Civil," ni dio cumplimiento al art. 627 del CPCC .-

Luego de exponer una síntesis de los antecedentes del caso, puntualizando lo resuelto en la sentencia de primera instancia y en el decisorio atacado, se explaya sobre los agravios y sus fundamentos.

Argumenta en lo sustancial de su queja, que la declaración de demencia del causante se basa en la absurda valoración realizada respecto a las diversas pericias médicas y psiquiátricas producidas en autos. Las pericia de fs. 45 y su ampliación de fs. 89/90 no son interdisciplinarias, por lo cual no son fundamento válido para la resolución judicial del caso, (conforme el art. 152 ter Código Civil). La sentencia recurrida se fundamenta en la conclusión de la pericia de fs. 99/100, es decir que S. es demente en sentido jurídico. Esta calificación corresponde al Juez y es ajena a la función de aquellos. En dicha línea argumental trae a colación doctrina de esa Suprema Corte, (A.R.I s/insania.Curatela C.117.244 sentencia del 9/10/2013) y de otros precedentes de instancias inferiores.

Entiende que ninguna de las sentencias dictadas en autos han tenido en consideración las modificaciones legales y los derechos constitucionales y convencionales implicados. El problema radica en las consecuencias jurídicas que injustificada e inconstitucionalmente se le han



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACION GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

asignado a las dificultades madurativas de S, en contravención del art. 5 de la Ley de Salud Mental 26. 657. Sobre la base de las Convenciones ratificadas por nuestro país (Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la OEA - y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -C.D.P.D-, transcribe criterios de interpretación de toda normativa y de las prácticas judiciales y administrativas referidas a las restricciones a la capacidad de las personas que emergen de la Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, -CEDDIS- sobre la necesidad de interpretar el artículo 1.2 Inc.B In fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

USO OFICIAL - MINISTERIO PUBLICO

Expone la concepción doctrinaria sobre la aplicación del sistema creado a partir de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, explicando, además en qué consiste el cambio de paradigma .

También señala que se aparta el decisorio del art 12 de la C.D.P.D y de su preámbulo, como del artículo 152 ter del Código Civil. No proporciona salvaguardias adecuadas y efectivas, ni asegura el respeto de los derechos, voluntad y preferencia de S, ya que por la designación de un curador que lo represente, sustituye su voluntad. Se pregunta si siendo incapaz su hijo, podrá

recibir y administrar el dinero por desempeñar tareas labores, si podrá casarse, votar, o reconocer hijos. A su vez no determina respecto al plazo de duración de la restricción total que impone a S. respecto al ejercicio de sus derechos. Fundamenta por qué considera que la sentencia ha incurrido en contradicción al disponer que S. no pueda realizar determinados actos "sin la asistencia o representación de su curador" y entiende que si S. requiere apoyo para la toma de algunas decisiones no necesariamente debe ser declarado incapaz. Señala además que quien ejerce las funciones de asistencia no es un curador, por lo que al asignar de forma indiscriminada las funciones mencionadas las trata como si fueran idénticas y no lo son, por las consecuencias jurídicas que provoca. La C.D.P.D se aparta de un sistema tutelar sustitutivo (propio de la curatela tradicional) para instaurar un sistema de apoyo, de acompañamiento, que fomente la autovalidación.

Por último señala su disconformidad respecto de la designación de la madre de su hijo como curadora, dado que la sentencia se basó únicamente en el informe socio ambiental, en el cual se concluye que se la estima idónea sin manifestar cuáles son los elementos objetivos que determinan tal idoneidad. Asimismo, entiende que la curatela de los padres resulta una suerte de sustitución o prolongación de la patria postestad, y en autos no se cuenta con ningún elemento que lo excluya de la posibilidad para asistir a su hijo. Sostiene de esta manera, que es insuficiente el argumento que sustenta la Cámara para no hacer lugar a su pretensión, de ejercer conjuntamente con la progenitora la curatela de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACION GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

S., medida que otorgaría un mayor apoyo en el ejercicio de los derechos del mismo. Menciona doctrina, jurisprudencia, y el proyecto de reforma del Código Civil que contempla la posibilidad de la designación múltiple conforme el mejor interés de quien requiera la protección emergente da la tutela o curatela. Afirma que ha quedado excluido en términos jurídicos respecto a las decisiones relativas a su hijo. Por el artículo 478 ambos padres están en pie de igualdad para ejercer el rol de curadores existiendo por tanto una presuncion legal respecto a la idoneidad de cualquiera de los dos.

III- Considero que el recurso debe prosperar.

El propósito de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, la autonomía individual, la libertad de tomar las propias decisiones, la no discriminación, participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, respeto a la diferencia y el derecho a la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y condición humana; y a la dignidad inherente (artículo 1 y artículo 3 de la C.D.P.D), sólo es posible de alcanzar si los jueces aplican el derecho interno de manera que sea compatible con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (“Estudio Temático de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el Conocimiento y la Comprensión de la Convención” A/HRC/10/48, OC CIDH 18/3 Secc A 17/09/2003, 171).

Ello, además, en concordancia con el principio de derecho

internacional del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados. (ley 19.865), con la ley 26.378 que incorpora a nuestro plexo normativo la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, (SCBA A 69412 Sent. 18-II-2010, SCBA A 70197 Sent. 4-V-2011, SCBA. A69164 Sent. 1-VI-2011), y con la ley 25.280 que ratifica la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad .-

En cuanto al fallo impugnado, he de referirme a continuación a las razones por las cuales merece, de esta parte, una mirada crítica.-

Los sentenciantes abordaron los agravios introduciendo expresamente la incorporación del artículo 152 ter al Código Civil, -al que aluden- y considerando plenamente vigente los artículos . 141 y 142 del mismo cuerpo legal, afirmando *“que el fundamento de la interdicción es la necesidad de asegurar la protección del sujeto presuntamente inhábil para le gobierno de su persona o sus bienes...”* *“...En el sublite, con las pericias de fs. 45, la de fs. 89/90 y la de fs. 99/100, las que no fueron cuestionadas por ninguno de los litigantes de autos, se dio cumplimiento a lo prescripto en los arts. 140, 142 y 152 ter, coincidiéndose en ellas que la patología que afecta a S. lo coloca en situación de demente en sentido jurídico. No excediendo por ello los profesionales que suscriben los dictámenes su incumbencia..... pues en definitiva ello no es más que su opinión científicamente fundada cumpliendo con ello con los dispuesto en el art. 143 del Código Civil y el art. 625 del*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACION GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

procesal...la opinión expresada por el padre del causante sobre las consecuencias y característica de la enfermedad que este padece, no encuentra andamio probatorio en ninguno de las constancias reunidas en la causa.”

En cuanto al primero de los aspectos que señalan, -vigencia del artículo 141 y del artículo 142 del Código Civil-, considero que no es posible de sostener a partir de la vigencia del artículo 42 de la ley 26.657, que incorpora el artículo 152 ter en el Código Civil. A su respecto esa Suprema Corte ha expresado que *“La modificación legislativa implica la adopción de un régimen gradual de la capacidad, partiendo de la capacidad plena del individuo.(S.C.J. B.A.C.115.091 Sent.3-IV-2014)-*

Se advierte a simple vista que lo afirmado por el Tribunal “ad quem” implica mantener, sin más, la concepción cercenatoria absoluta de la capacidad civil, y por ende de la sustitución de la voluntad, que deviene del artículo 141 del Código de fondo.-

El artículo 152 ter estipula que *“Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.”*

En línea con el tratamiento que ha dado el fallo a las cuestiones sobre el dictamen de facultativos, - artículo 142 del Código Civil- , entiendo que se trata de una condición para dar curso a la denuncia, y sólo indica la

necesidad que el Magistrado se pronuncie, habiendo necesariamente valorado ese medio probatorio. Sin embargo, lo expuesto no significa que un diagnóstico funcione como un factor de atribución objetivo, pues no es una prueba legal, es una prueba que se valora en un contexto (art.626 C.P.C.C).

Asimismo, coincido con el recurrente cuando afirma que "...la calificación de "demente en sentido jurídico" que realizan los peritos integrantes del Equipo Técnico resulta ajena a su función, pues toda calificación jurídica corresponde al Juez y no a los peritos..." (del mismo modo lo ha entendido esa Suprema Corte y esta Procuración General en C.117.244 "A.R.I s/insania curatela. Sent. 9-X-2013)

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, enfáticamente proclama "2. *Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida.* 3. *Los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar accesos a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*"

Sobre el particular, resulta esclarecer lo dicho por el *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Observación General N° 1 (2014)* "Artículo 12: *Igual reconocimiento como persona ante la ley*" ... "13.... *la capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos....El artículo 12 de la Convención, deja en claro que el*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACION GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

desequilibrio mental y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar)...los déficits en la capacidad mental... no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica...” “14....La capacidad mental no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico, y natural, sino que depende de los contextos sociales y políticos, al igual que las disciplinas, profesiones y prácticas que desempeñan un papel predominante en su evaluación” 15. En la mayoría de los informes de los Estados partes que el Comité ha examinado hasta la fecha se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta.”

En el mismo sendero argumental, el *Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad* afirma que, “No debe confundirse el régimen de capacidad/incapacidad de ejercicio de los derechos en determinadas circunstancias, con la búsqueda de un modo de representación distinto de las personas con discapacidad que sostenga la autonomía de las mismas, reconozca su plena capacidad jurídica y personalidad jurídica, y proponga un modo de apoyos y salvaguardias, solo en los casos donde ello sea necesario. Es decir, partir de las capacidades de las personas, de aquello que pueden hacer por sí mismas, para luego determinar

aquellas circunstancias que requieren de apoyos con salvaguardias”.

CEDDIS/RES. 1 (I-E/11).-

Tampoco considero que los informes sobre los que basa su decisión el fallo tengan el carácter de interdisciplinarios .

En efecto, a mi ver, la exigencia legal puede considerarse cumplida cuando la evaluación sea realizada por personas cuyas profesiones sean las que se han fijado para conformar el Equipo Técnico Auxiliar del Juzgado de Familia, es decir un psiquiatra, un psicólogo y un asistente social (v. artículo 12 Ley 13.634 y RC 3196/11), e incluso, podría integrarse por otras áreas (artículo 8° de la ley 26.657).-

Reunir la mayor cantidad de elementos probatorios que demuestren las capacidades existentes en una persona con discapacidad, permitirá visualizar a los Magistrados si puede ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas, y para ello pueden valerse de las facultades que le otorga la ley (art 36 CPCC).

Un aporte fundamental, lo constituye el resultado de las indagaciones que se realicen en los ámbitos que conforman la realidad en la cual se desarrolla la vida de cada persona -laboral, comunitario-vecinal, familiar, educativos, cultural, etc,- ya que tales elementos posibilitarán -en el caso por caso – determinar que actos jurídicos requieren apoyo, el grado y la proporción de los mismos, como las salvaguardas que deberán fijarse.-

Sobre el sistema de apoyos en la Observación general N° 1 (2014)



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACION GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

CRPD/c/GC/1, se advierte que “ 17. ...En el Artículo 12, párrafo 3, no se especifica cómo debe ser el apoyo. “Apoyo” es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades... 18. El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad ...” ...20 ...El artículo 12, párrafo 4, debe interpretarse en conjunción con el resto del artículo 12 y con toda la Convención....el objetivo principal de esas salvaguardias debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona....22....hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación ...”

En el sub lite se está tratando la capacidad jurídica de un joven de 27 años, quien según su madre, “... concurre a la empresa del padre ... de lunes a viernes de 7.30 a 13.30 hs. Allí no realiza actividades puntuales pero percibe \$ 1000 dichos ingresos son administrados por S. y no contemplados por C. como parte de los ingresos para hacer frente a la economía del hogar.” (fs. 43/44). Por su parte el progenitor expresó “ ...S.J.. cuenta con estudios secundarios y actualmente, trabaja en relación de dependencia.....S. nació con ciertas dificultades madurativas y debido a ello fue atendido y tratado por diversos profesionales.....S. pudo terminar sus estudios secundarios, ...y comenzó a trabajar en mi empresa, modalidad que encontré para seguir teniéndolo cerca.... Mensualmente percibe una suma que ronda los pesos dos mil doscientos

(§ 2200) *cumpliendo una jornada laboral completa de ocho horas diarias de lunes a viernes.. ...estoy convencido tal como siempre compartimos con su madre, que en la medida en que procuremos tratar con la mayor normalidad posible a S, el mismo podrá maximizar sus capacidades. En lugar de poner énfasis en sus dificultades, he decidido incrementar sus capacidades. Y ello le ha permitido insertarse laboralmente*". (v.fs.53 vta. y 54/55).

En tal contexto es pertinente reiterar lo expresado en C 116.497, en cuanto que si bien *"nuestro ordenamiento civil todavía no ha regulado institutos y mecanismo acordes a las precisiones del artículo 12 de la Convención, ello no obsta a que deben cumplirse las normas convencionales.- y en esta instancia la labor del juez resulta fundamental porque debe establecerlos de modo proporcional y adaptados a las circunstancias de la persona, determinará los actos en que deberá prestar su asistencia y no podrá limitar derechos fundamentales"*.

Como se ha expresado *"... la pregunta ya no puede ser si la persona tiene la capacidad para ejercitar su capacidad jurídica. Sino más bien, la pregunta debe centrarse en qué requiere la persona para el ejercicio de su capacidad jurídica..."* (Agustina Palacios Francisco Bariffi. "Capacidad Jurídica y Derechos Humanos". Ediar. cit a pag 232). De modo tal, que una persona puede requerir sólo asistencia para la toma de decisiones, sólo representación (para casos excepcionales) o una combinación de ambas posibilidades.

Otra cuestión que no puede soslayarse, es la relativa a la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACION GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

inexistencia del contacto personal que los Sres. Jueces debieron mantener con S.J. antes de pronunciar su sentencia. Sin duda que el diálogo y la escucha que deben mantener con el mismo, constituirá un elemento muy importante, que enriquecerá la valoración de las pruebas en este proceso. (artículo 627 C.P.C.C -t.o ley 14363- , Ley 26.657 Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental. Principio 1.6, y Ley 14.580)

Bien ha dicho el Dr. Lorenzetti, “ *...lo que hay que entender es que la protección de situaciones de vulnerabilidad son decisiones de orden público que deben estar fundadas en valores específicos. Pero tiene que ser constatada una situación de vulnerabilidad muy clara para que podamos sostener, en términos constitucionales, un avance sobre la autonomía de la persona....* ” (“Acceso a la Justicia de los sectores vulnerables “. Publicación de AIDEF pag. 40)

En el ámbito del Poder Judicial, es necesario insistir en que los presupuestos fundamentales del paradigma social de la discapacidad radican en que sus causas “*son sociales o al menos, preponderantemente sociales, ... no son individuales -de la persona afectada-. Se considera que las personas con discapacidad tienen mucho que aportar a la sociedad, o que, al menos, la contribución será en la misma medida que el resto de personas sin discapacidad. De este modo, partiendo de la premisa de que toda vida humana es igualmente digna, desde el modelo social se sostiene que lo que puedan*

aportar a la sociedad las personas con discapacidad se encuentra íntimamente relacionado con la inclusión y la aceptación de la diferencia. El objetivo que se encuentra reflejado en este paradigma es rescatar las capacidades en vez de acentuar las discapacidades... (Agustina Palacios. "El modelo social de discapacidad: orígenes, característica, y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad." Comité Cermi Edic 208 Pag.103 y ss.)

El servicio de justicia acorde a lo postulado, no admite pasar por alto las obligaciones asumidas internacionalmente por nuestro país, y para cumplirlas deberán promoverse las adecuaciones normativas-ajustes razonables- (art 4 CDPD) que sean necesarias, al efecto.-.

En lo que respecta a la última parte del artículo 152 ter del Código Civil y la importancia de su cumplimiento, cabe recordar lo manifestado por V.E.: *"...concretamente, aún frente a pacientes con pronósticos médicos irreversibles, como en el caso ..., la periodicidad de su reexaminación se justifica en el carácter evolutivo y circunstanciado de su más amplia concepción como persona discapacitada..."* (SCJ C.116.954.Sent.8-VII-2014).-

IV- Tomando en cuenta los argumentos esgrimidos se concluye, que procedería retornar estos obrados a la instancia de origen, para que: 1) Se cumpla con el examen en los términos del artículo 152 ter; 2) Tome contacto S.S, con S.J.S., a fin de que este último ejerza su derecho a ser oído (artículo 627 C.P.C.C t.o Ley 14.363 y Ley 26.657 Principios para la Protección de los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACION GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud
Mental. Principio 1.6); 4) Si corresponde, se determine, que actos requieren de un sistema de apoyos y que actos, -con carácter de excepción- requieren de representación. Asimismo deberá establecer las funciones y responsabilidades pertinentes, como las salvaguardas atinentes.-

Tal es mi dictamen.-

La Plata, *Septiembre 2* de 2014.-

JUAN ANGEL DE OLIVEIRA
Subprocurador General
Suprema Corte de Justicia