

Dictámen de la Procuración General:

El Tribunal de Familia número dos de Quilmes revocó parcialmente la sentencia dictada por el juez de trámite en virtud de la cual se declaró la restricción de la capacidad de la Sra. A. M. G. en los términos de los artículos 152 bis y 152 ter del Código Civil y 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en cuanto a la posibilidad de la Sra. G. de contraer matrimonio y confirmó la sentencia en cuanto suspende el ejercicio de la responsabilidad parental de la Sra. G. respecto de sus hijos en virtud de lo establecido en los artículos 152 bis inc.2, 309 Código Civil, 23 ley 26378 y arts.3,9 y ccs ley 23849 (fs. 123/6).

Contra dicho resolutorio se alza la Sra. G. a través de un Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley obrante a fs. 146/54, que a continuación paso a examinar.

I. El recurso extraordinario de Inaplicabilidad de Ley obrante a fs. 146/54.

Denuncia la quejosa errónea aplicación de los artículos 152 ter, 264 y 309 del Código Civil, 16 de la Constitución Nacional, 11, 36 incs. 1 y 5 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, los

artículos 1, 3, 4 b., 5, 6, 8.c, 12.2, 12.3, 12.4, 23.1, 23.2, 23.4 y 26.1, y acápites c), e), h) y j) del preámbulo y concordantes de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En particular alega que la sentencia en crisis vulnera su su derecho a ejercer la patria potestad respecto de sus hijos menores, dentro de las posibilidades actuales y reales con debida asistencia y apoyo. "El hecho de disponer la suspensión del ejercicio de la patria potestad, *per se*, y sin salvedad o aclaración alguna, me generaría la imposibilidad de ejercer todos y a cada uno de los derechos emergentes de tal instituto (art. 264 Código Civil), los que me encuentro capacitada para a ejercer, en todo caso, con la debida asistencia (respecto de la cual ya se ha expedido el Exmo. Tribunal en cuanto a su designación" (fs.151)

Al respecto aclara que si bien el artículo 309 del Código Civil establece la regla general según la cual dada la declaración de inhabilitación corresponde la suspensión del ejercicio de la patria potestad, no debemos soslayar el hecho de que el artículo 152 ter Código civil (incorporado por ley 26657) establece expresamente que

"...deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía

personal sea la menor posible". En este sentido sostiene que el artículo 102 ter debe interpretarse como complemento del artículo 309, al flexibilizar la norma en el sentido de pretender salvaguardar en su máxima expresión los derechos de una persona con una capacidad limitada o restringida, en especial cuando tal limitación pudiera implicar vulneración de sus más fundamentales derechos (fs.151).

Agrega a lo dicho que " todas y cada una de las probanzas arrojadas a la causa, expresamente nos dicen, sin lugar a dudas, que la limitación en mi capacidad, se vé estrictamente direccionada a su ejercicio en formar autónoma, atento la carencia actual de familiares y/o referentes continente que pueden coadyuvar con la suscripta en el ejercicio de tales derechos" (fs. 150 y 151 vta.)

En tal sentido afirma que la suspensión del ejercicio de la patria potestad (sin la aclaración de que tal limitación solamente se refiere a su ejercicio en forma autónoma) cercena los derechos establecidos en el artículos 152 ter del Código Civil, sumados a todos los derechos y principios que reconocen la normas específicas vigentes en salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad, y que de ningún modo la jurisdicción

puede avalar tal vulneración de derechos (fs. 151 vta.)

En suma sostiene que el *a quo* ha aplicado erróneamente el artículo 309 del Código Civil, al concluir que no aplicarlo al caso resultaría potencialmente perjudicial para los niños, sin analizar su contenido en forma conjunta con el artículo 152 ter Código Civil en el sentido de procurar que la afectación de la autonomía personal de la suscripta sea la menor posible, lo que motiva el gravamen irreparable que genera el presente agravio (fs. 149 vta. y 151 vta).

Asimismo se agravia por considerar que la suspensión del ejercicio de la patria potestad le impediría petitionar la restitución de sus hijas o un régimen de comunicación, en cambio si tal limitación se direccionaría únicamente a suspender su ejercicio en forma autónoma, se encontraría legitimada para petitionar con la debida asistencia de la persona designada a tal efecto -curador oficial- (fs 152).

Alega también que la sentencia violó los artículos 152 ter del Código Civil y 162 inc.6 del Código de Procedimiento al suspenderla en el ejercicio de su responsabilidad parental como una consecuencia directa de las constancias obrantes en los expedientes de abrigos de sus hijos.

Al respecto afirma que la sentencia efectúa un razonamiento inverso al que hubiera resultado adecuado al suspender el ejercicio de la patria potestad en función de constancias ajenas a las presentes actuaciones, omitiendo valorar todas y cada una de las constancias glosadas en autos. Agrega que la sentencia debió evaluar únicamente, de modo exclusivo y excluyente, la capacidad de la suscripta en función de elevar a la máxima expresión su autonomía personal (152 ter C. Civil). Sin embargo se ha aniquilado un derecho del que indudablemente goza en virtud del supuesto interés superior de sus hijos, tornando la conclusión incongruente y violatoria de sus derechos fundamentales (fs.153).

Al respecto sostiene que "los derechos de los que resultan titulares los niños, en modo alguno deben verse efectivamente afectados o vulnerados por derechos reconocidos a la suscripta y, viceversa, en nombre de los derechos que asisten a los niños no deben vulnerarse derechos que me asisten, cuando en modo alguno pondrían en riesgo ninguno de los aspectos de su vida" (fs 153).

II. En mi opinión el remedio debe prosperar.

Considero, junto con la quejosa, que la sentencia de grado ha incurrido en un vicio grosero al afirmar que la Sra. G. no se encuentra en condiciones de ejercer *por*

sí la responsabilidad parental, y luego, disponer la suspensión de su ejercicio materno en virtud de constatar la ausencia de familiares capaces de prestarle apoyo y asistencia, sin intentar ninguna instancia de apoyo institucional por parte del Estado obligado a proporcionarlo (artículos 2,12, 23 y ccs. de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

Es decir, en mi criterio, si el *a quo* valoró, sobre la base de los elementos de juicio obrantes en la causa, que la Sra. G. no podía ejercer su responsabilidad parental *de manera autónoma* (fs.104 vta. con fundamento en fs. 68 y 69),no pudo luego concluir la suspensión del ejercicio en virtud del artículo 309 del Código Civil sin antes constatar el fracaso de las instancias de apoyo institucionales previstas en las leyes específicas a fin de colaborar con la Sra. G. en el ejercicio de su rol materno (fs 106 y 124/25).

Pues, en mi opinión, una vez advertida la falta de familiares capaces de contribuir con ella en el ejercicio del rol materno, debió haberse acreditado el fracaso de las instancias institucionales de apoyo para poder concluir con suficiencia sobre la necesidad de suspender el ejercicio de la responsabilidad parental, máxime cuando de conformidad con las normas aplicables, la afectación de

la capacidad debe evaluarse con un criterio restrictivo (fs. 103 vta).

Por ello considero que la sentencia impugnada no se encuentra debidamente justificada a la luz de las normas vigentes - que fueran invocadas por los judicantes en oportunidad de sentenciar (fs 103 y 104)-que procuran la protección de las personas con padecimientos mentales mediante la inclusión y la igualdad *asistida* (artículos 14, 16 y 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional; 36 de la Constitución Provincial, los artículos 2, 12, 22, 23 y 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; en el Preámbulo y en los artículos 5, 8 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño; en los artículos 4,5 y 7 de la ley 26061; 3, 7, 9 y ccs. Ley 13298; en los artículos 7,8,9 y 11 de la ley 26657 - y en los artículos 8, 11 y ccs. de su decreto reglamentario 603/137-)

En efecto, considero que de la omisión señalada en el razonamiento inicial se desprende el yerro de la decisión del tribunal de grado de proveer a la Sra G. de medidas de apoyo y salvaguarda para el ejercicio de los derechos que se le reconocen con asistencia, a través de la figura del curador oficial designado y de un órgano local denominado Centro Integral de Prevención y de

Asistencia de la Violencia Familiar (CIPAVF) (fs. 105 vta y 106), sin extender estos apoyos para la asistencia en el ejercicio del rol materno.

En otras palabras, considero que en función de los elementos de juicio obrantes (en especial, fs 68/9), avalados por la jurisdicción (fs. 104), el Tribunal de origen debió arbitrar a través del Curador y del órgano local citados medidas tendientes a brindar apoyo a la Sra. G. para ejercer el cuidado y crianza de sus hijos, justificadas en su imposibilidad de ejercerlo de manera autónoma, en la circunstancia de no contar con familiares capaces de brindarles tal ayuda y en la acreditación del fuerte vínculo afectivo que une a esta madre con sus hijos, y a ellos son su madre, como surge de la compulsión de las causas conexas sobre abrigos, y como lo manifiesta a fs. 80 el curador provisorio.

En esta línea, diré también que según mi modo de ver yerra el *a quo* cuando sostiene que la decisión recaída respecto del derecho de la progenitora a ejercer la responsabilidad de sus hijos implica afirmar una interpretación armónica del artículo 309 del Código Civil con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (fs. 125 y vta)

Al respecto considero, en sentido contrario, que la

aplicación conjunta de los artículos 152 ter y 309 evidencia una interpretación incompatible con los principios emanados de la Convención sobre las Personas con Discapacidad y de la ley de Salud Mental. Pues mientras el primero de los artículos citados reconoce su fundamento en la necesidad de respetar en la mayor medida posible la autonomía personal de las personas con padecimientos mentales, basado en un régimen que parte de la plena capacidad y establece un sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica - de conformidad con los mandatos establecidos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en la ley nacional de Salud Mental (nro 26.657)-; el artículo 309, por el contrario, establece un régimen de suspensión basado en la incapacidad, que suspende el ejercicio de su capacidad jurídica desplazando a un otro o al Estado el ejercicio deber de cuidado (310, 264 inc 3 y ccs CC). En rigor, mientras el régimen de apoyos opera con el objeto de promover el ejercicio de los derechos, la suspensión de un derecho implica lisa y llanamente su cercenamiento. El régimen de apoyos, aun en los apoyos más intensos, toma como base el ejercicio del derecho de la persona, mientras que el artículo 309 recurre a una lógica de sustitución.

La aplicación del artículo 309 implica asumir, en

palabras de la Dra. Silvia Fernández, que la declaración de inhabilitación funciona como una "veda automática" que elimina el ejercicio del derecho a ejercer la parentalidad para la persona sometida a proceso. Esta "veda automática" colisiona con el artículo 152 ter, que postula un principio de capacidad, que exige al juez la tarea de justificar la necesidad y procedencia de las limitaciones de derechos que se especifican, con un criterio de interpretación estricto.

Por último me permito señalar que en mi opinión la afirmación sostenida por el tribunal de grado en relación con la necesidad de aplicar el artículo 309 en virtud de la necesidad de velar por el interés superior de los tres menores (fs.124 y 125) también carece de asidero de conformidad con los estándares de protección aplicables a las personas con padecimientos mentales y a los niños y con las constancias de la causa.

En efecto las normas aplicables a la materia nos dicen que en ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de unos de ellos" y que, en todo caso "La separación ha de barajarse solo en los casos en que la asistencia que la familia requiere para preservar la

unidad familiar no es suficientemente eficaz para evitar el riesgo del descuido o abandono del niño o un riesgo para la seguridad del niño" (artículo 23.4 *in fine* Convención sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad, Observación General sobre los derechos del Niño nro 14/2013 *sobre el derecho del niño a que su superior interés sea una consideración primordial*, párrafo 63, y las Directrices sobre las modalidades alternativas de Cuidado de los niños aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2010 bajo el número 64/142, en especial, en sus artículos I.8.a. y 9, IV.33.b).

En relación con los elementos recolectados en la causa tampoco surge que el obrar de la progenitora resulte nocivo para los niños. En efecto, el diagnóstico que se le atribuye a la Sra. G. es un retraso mental moderado y epilepsia que, de acuerdo con la opinión de los profesionales (fs. 18/19, 35/6, 58/60, 68 y 69), sólo le impide contraer matrimonio, pudiendo realizar todo el resto de los actos (entre los que destacamos el derecho a ejercer su responsabilidad parental) de manera autónoma o con supervisión y asistencia (fs.68/9).

De ello se advierte, en mi criterio, que ni el diagnóstico de su enfermedad ni las limitaciones al

ejercicio de sus derechos recomendados por los profesionales evidencian la comprobación de un obrar capaz de poner en riesgo la vida de sus hijos.

Incluso, se concluye en su aptitud para el ejercicio *pero de manera asistida*, al señalar que la Sra G. "no puede ejercer *por sí* la patria potestad de sus hijos menores de edad o incapaces" y que "la causante por carecer de una familia contenedora no se encuentra en *condiciones propias* de ejercer apropiada mente el rol materno" (fs 68.destacado propio)

En suma considero que no surge acreditado en autos ningún elemento relevante que permita suponer que la Sra.G. , en virtud de su patología, vaya a exponer a sus hijos a maltratos o descuidos.

Al respecto, es preciso recordar que el inicio de las presentes actuaciones tuvo su origen, en rigor, en las causas de abrigo iniciadas a raíz de la denuncia que efectúa la asistente social del Hospital Evita Pueblo al que asiste la Sra. G. con su niño con el objeto de que lo atiendan por una cuadro de bronquiolitis, oportunidad en la que se toma conocimiento que que la Sra. G. había sido abusada por su progenitor, y se la acompaña a radicar la correspondiente denuncia. Se destaca a su vez que la orientadora social de la escuela a la que asisten las

niñas M. y R. también había radicado la correspondiente denuncia penal a raíz de los mismos hechos (fs 8, 14 y 15 y fs. 1/4 de expediente C118473 y 1/5 del expediente C 118474). La conducta que puso en peligro la integridad psicofísica de estos niños no resulta imputable a la progenitora, sino a su progenitor -abuelo de los niños-, respecto de quien la Sra G. también resulto víctima y contra quien la Sra G. radicó denuncia penal por abuso sexual con acceso carnal y lesiones leves (cuyas copias obran agregadas a la causa de abrigo C118474). Adviértase que hasta el momento el Sr.G. , imputado de tales delitos, continúa habitando en su hogar lindero con el de la Sra.G. (fs. 89), en virtud de que el juez penal interviniente denegara la medida de exclusión solicitada oportunamente por el Fiscal en sede penal (fs. 180 del anexo del expediente C118474).

Sobre este punto nos remitimos a lo expuesto en oportunidad de dictaminar en las medidas de abrigo respecto de los niños en las que consideramos que no corresponde excluir a los niños del hogar, sino al presunto agresor, de conformidad con los mandatos establecidos en las leyes 12569, 24417, 26485 y, en particular, en la recientemente sancionada ley 14537 modificatoria de la ley 13298.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, considero preciso propiciar a VE que se haga lugar al recurso interpuesto.

Tal es mi dictamen,

La Plata, 8 mayo de 2014 - **Juan Angel de
Oliveira**