



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

expte. A-52422

CARATULA "A. G. A. S/GUARDA DE PERSONAS "

Mar del Plata, --5- de Agosto del 2013

AUTOS Y VISTOS:

I) A fs. 16/20 se presenta la Dra. Silvia Fernández, titular de la Asesoría de Incapaces Nro. 1 iniciando el presente proceso de Guarda de Persona en relación al Sr. A, DNI 26.002.881, en virtud de la legitimación otorgada por el art. 144 inc. 3 del Código Civil y el art. 234 inc. 3 del CPCC.

II) Surge de la demanda incoada que el Sr. Arriola se presenta espontáneamente en la sede de la Asesoría de Incapaces, acompañado por la Lic. Marina Paola Carimatti, Trabajadora Social de Caritas manifestando su preocupación respecto a la necesidad de iniciar acciones legales a los fines de mejorar su calidad de vida en lo que respecta a su situación particular social y asistencial dado que se encuentra en situación de calle.

Que conforme surge de la constancia de fs. 55, a los fines mencionados en el párrafo anterior, desde el Hogar Nazaret se le ha gestionado una pensión ante la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales, del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, habiéndose iniciado al respecto un expediente administrativo (Expte. Nro. 041-20-26002881-3-55-1, Pensión Nacional No Contributiva a la Invalidez, Ley 18910).

III) A fs. 59/65 la Sra. Asesora de Incapaces, Dra. Silvia Fernández, solicita se ordene en carácter de medida cautelar y de medida en representación de intereses colectivos y en virtud de las facultades que le conceden el art. 59 del Código Civil y el art. 38 de la ley 14442, que se ordene al Ministerio de Desarrollo Social (Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales), adecuar el certificado de discapacidad a las normas legales y constitucionales (ley 26657 y ley 26378), eliminando la determinación médica acerca de la necesidad de la curatela consignada en el punto VII)



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

respecto a la evaluación médico profesional, y por consiguiente que la Suscripta determine el marco de apoyo y salvaguarda (art. 12 CDPD) necesario a la persona del Sr. Gabriel Arriola ordenando asimismo a la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales el otorgamiento inmediato del beneficio de pensión autorizándolo al cobro personal de dicho beneficio.

CONSIDERANDO:

I) Legitimación del Ministerio Público:

Atento el dictamen de la Sra. Asesora que una vez puesta en situación del requerimiento del Sr. Arriola en cuanto a la percepción del beneficio previsional y la exigencia para ello del certificado de discapacidad, la Sra. Asesora dictamina en relación al tipo de acción que alcanza un decisorio en la situación del Sr. Arriola puesto que si el efecto del mismo responde a un derecho subjetivo o con efectos "erga omnes".

En este sentido la Dra. Fernández asume la legitimación (arts. 59 y 144 inc. del Código Civil) ante la inacción familiar, pero en lugar de iniciar una acción relativa a la capacidad jurídica del Sr. Arriola, promueve un proceso de Guarda de Persona. El propio dictamen deja a salvo que la intención en dicha promoción fue mantener la capacidad jurídica del Sr. Arriola, y a su vez "llamar a la jurisdicción estatal frente a sus derechos a la seguridad social".

II) Requisitos para el otorgamiento del beneficio previsional:

Ahora bien, comienza aquí el mismo derrotero que sufren todas las personas con discapacidad que necesitan "de un beneficio previsional traducido en la titularidad de una pensión no contributiva a la invalidez por la ley 18910 o en cualquiera de las demás formas de acceso que trae la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

seguridad social". En todas ellas y específicamente en el caso particular del Sr. Arriola se solicita de manera previa en la documentación requerida el inicio del trámite de curatela.

Esto, trae dos matices de complejidad enfrentado al paradigma actual de derechos que reúne a las personas con discapacidad y es si el beneficio de pensión se otorga por derecho propio o si resulta inescindible de la condición de ser incapaz.

Hasta la sanción de la Ley 26657 y la ratificación por parte del Estado argentino de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad por la ley 26378, el derecho que actuaba como paraguas en relación a la capacidad o incapacidad de las personas estaba representado por el Código Civil a partir del art. 140 en adelante y ello traía un modelo de actuación sostenido en la protección y en la incapacidad de las personas.

A partir de 1990 con la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los sistemas Locales de Salud , 1991 con los 21 Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Res. 46/119, la Declaración de Hawai 1977/1982, la Declaración de Luxor de los Derechos Humanos de los Enfermos Mentales de 1982, Declaración de Montreal de 2004 (Conferencia OPS/OMS, Montreal 5 y 6 de octubre, 2004), hasta llegar a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad sumado al eje de derechos humanos incorporado en la Constitución argentina en el art. 75 inc. 22 con convenciones, pactos y tratados se conformó el paradigma actual de derechos de personas con padecimiento psíquico que irrumpió con este nuevo paradigma que instaló a la persona como eje y movimiento de las prácticas y del modelo de atención que requiere; y lo más importante es el cambio conceptual con un pasaje de la presunción de incapacidad a la capacidad plena.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Esta transición en el paradigma de la incapacidad a la capacidad de las personas es la que debo analizar en la presente resolución con el dictamen interpuesto por la Sra. Asesora de Incapaces, Dra. Silvia Fernández.

Tal como lo plantea de la Sra. Asesora de Incapaces en cuanto a la reglamentación y actuación administrativa para el acceso a la pensión por invalidez. Tal como lo dictamina el Ministerio Público, la Ley 18910 establece porcentajes para el otorgamiento de la pensión graciable de conformidad con la disminución en la capacidad que detente el sujeto. De la misma forma el Decreto Reglamentario de dicha ley Nro. 432/97 que exige que sea visible la limitación que incapacita a la persona y que se encuentre expedido el certificado de discapacidad.

III) Certificado de discapacidad:

El certificado de discapacidad: es un instrumento cuestionado y cuestionable frente a la normativa vigente de no discriminación (Convención sobre la Eliminación de toda forma de discriminación a las personas con discapacidad, Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Normas Uniformes de Igualdad de Oportunidades de 1993 de Naciones Unidas).

El certificado de discapacidad ha sido "aceptado por las personas con discapacidad" como una herramienta para el logro y realización del principio de accesibilidad en el derecho del que son titulares. De ninguna manera como un documento administrativo que refuerce la discriminación a la que aún hoy se encuentran expuestas las personas con discapacidad. Si bien, trae aparejado cuestiones que deberán estar bajo los ajustes razonables que la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad dispone en su art. 2. De todas formas el certificado para acreditar la discapacidad como refiere la Sra. Asesora en su dictamen, tiene



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

que contener el tipo y grado de discapacidad, resumen de historia clínica, sello del establecimiento sanitario, firma del médico que lo atiende y determinarse en los mismos la necesidad de designar un curador en cuyo caso hay que acompañar la constancia de inicio del trámite de curatela.

Va de suyo que la exigencia administrativa se contradice con el plexo normativo que se encuentra en la cúspide de la pirámide jurídica argentina. El Estado argentino debe comenzar a revisar legislación, procedimientos y prácticas que se opongan al principio de autonomía, de igualdad y no discriminación. Hemos referido en resoluciones anteriores que ante la contradicción de una norma interna y un derecho humano enlazado en la Constitución Nacional, la norma administrativa debe ceder de manera completa (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, art. 27 de la Convención de Viena de 1970, ratificada por la Ley 19865).

Por otra parte la autoridad que puede calificar la necesidad de la designación de un representante legal no está en cabeza de la autoridad administrativa; ni mucho menos puede ser delegada a un profesional médico. La calificación legal es propia de la jurisdicción y así lo hemos resuelto en numerosas oportunidades. En este mismo sentido los doctrinarios Santos Cifuentes, Andres Rivas Molina y Bartolome Tiscornia afirman que ..." no se puede, de ningún modo, fundándose en la gravedad del tema y en el temor de afectar las libertades individuales , vulnerar el principio de la sana crítica sustituyendo al verdadero magistrado que represente al poder judicial ,por el criterio de un perito" ("Juicio de Insania: dementes, sordomudos e inhabilitados" Santos Cifuentes, Andres Rivas Molina Bartolome Tiscornia. Ed. Hammurabi, 1997).

IV) El Beneficio previsional y los derechos:

Considero asimismo que debe decidirse respecto si el beneficio previsional representa un derecho que nutre a la subjetividad de la persona



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

en carácter de derecho propio y entonces es una obligación del Estado, el otorgarlo. Es decir, valorar este concepto de subjetividad en relación a la autonomía de la persona y tal como lo expone el Dr. Emiliano Galende es "entender al paciente como un semejante y considerar esta doble relación del hombre entre su libertad y la determinación de la vida".

Quien tiene la autoridad para decidir respecto de los derechos de la seguridad social y quienes son las personas beneficiarias de la misma tiene también la responsabilidad de derribar las barreras que impidan que por expresión de un sufrimiento mental la persona quede categorizada o atrapada en rótulos que se naturalizan contradiciendo la política pública que el Estado adoptó para garantizar los derechos de la persona.

Sintetizo el pensamiento citando nuevamente al Dr. Emiliano Galende cuando escribió: "la exigencia ética consiste en que entre lo que sentimos, lo que pensamos, lo que decimos, o teorizamos y lo que finalmente hacemos con el otro debe responder a la coherencia de una relación con nuestro semejante a quien tratamos de ayudar con su sufrimiento mental" ("Consideración de la subjetividad en salud mental", Emiliano Galende, Texto de la Conferencia pronunciada en el Congreso Catalan de Salud Menta, Barcelona, febrero del 2006, publicado en Revista Salud Mental y Comunidad, Universidad Nacional de Lanús, Departamento de Salud Mental Comunitaria Ediciones de la UNLA, P. 29).

La obligación del Estado en cuanto al reconocimiento de la mayor expresión de autonomía de las personas con padecimiento psíquico se condice con el principio de la justicia distributiva a la que le es aplicable las "Reglas de Rawls" . Para Rawls la justicia social se basa en una adecuada distribución de derechos y deberes por parte de las instituciones que conforman la estructura básica de la sociedad. Se podría sintetizar en relación a los principios de Rawls "a todas las personas una misma cosa, y a cada una una cosa diferente", es decir, acentuar la diferencia para obtener el mayor grado de igualdad y maximización de las libertades máximas. Según



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Rawls las personas en la posición original podrían optar por una distribución desigual de los otros bienes primarios como es la riqueza, la autoridad y el ingreso si esta distribución desigual fuera para mejorar a los menos favorecidos, al otorgar mayor bienestar que el que tendrían con una distribución equitativa. En resumen la desigualdad se justifica si incide a favor de los peores situados. Esto implica un ajuste de igualdad de oportunidades basados en el principio de la diferencia pues se trata de volcar la mirada hacia aquellos que tienen menores posibilidades (Teoría de la Justicia -traducción de María Dolores González-, Ed.Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993) .

Desde este concepto el otorgamiento de un beneficio previsional resulta proporcional al derecho a la igualdad y no discriminación que tienen las personas con discapacidad.

Ahora bien, de acuerdo a este fundamento ¿es proporcional la exigencia de determinar un proceso de incapacidad nombrando un curador en todos los casos y que la necesidad de la curatela la determine un profesional médico? La respuesta a este interrogante la otorga la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y el basamento filosófico de ésta, dentro del modelo social que impone un nuevo concepto de capacidad jurídica, que torna innecesario que se exija la designación de un curador como efecto propio de una declaración de insania (art. 2, 3,9, 12 y concordantes de la Convención de los Derchos de las Personas con Discapacidad)

La titularidad del derecho de pensión del Sr. Arriola Gabriel debe conducirse a si es en razón de su discapacidad la oportunidad de un derecho de pensión o si el subsidio tiene como causa fundante el principio de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. El principio de igualdad de oportunidades propone mitigar, aliviar y derogar las desventajas que presenta una persona con discapacidad, tanto respecto de las dificultades personales como de los obstáculos y condiciones limitativas



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

que existen en la sociedad, que impiden la plena participación de los ciudadanos con discapacidad. El fundamento de la igualdad de oportunidades implica la lucha contra la discriminación y la superación hacia el principio de accesibilidad universal y vida independiente. Para ello, entre otros impone principios tales como la normalización legislativa. Es decir, establecer acciones y medidas positivas a los fines del acceso "normal" de las personas con discapacidad a través de medidas donde la diferencia por el límite de la discapacidad se resuelva en una efectiva garantía de igualdad de oportunidades. En la legislación que contiene las medidas de acción positiva, como la Ley Española, Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, en su art. 9 establece que *"...las medidas de acción positiva podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables...que el particular, las administraciones públicas garantizarán que las ayudas y las subvenciones públicas promuevan la efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad..."*(Fuente:<http://www.boe.es/boe/dias/2003/12/03/pdfs/A43187-43195.pdf>).

Lo precedentemente expuesto implica, según mi criterio, que el derecho puesto en cabeza del Sr. Arriola se autoabastece en sí mismo y no requiere de trámite alguno para su reconocimiento. Este derecho a un beneficio de pensión no debe resultar ni antecedente ni consecuente de un proceso de incapacidad puesto que el Sr. Arriola Gabriel resulta titular de dicho beneficio atento la normativa constitucional (art. 75 inc. 22 y 23) y suprallegal de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

V) Circular 35/08 del Ministerio de Trabajo, empleo y Seguridad Social:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

En el mismo sentido debe entenderse la circular N°35/08 de tramitación de los beneficios de pensión para personas con discapacidad del Ministerio de Trabajo, empleo y Seguridad Social; que con fecha 08 de Junio de 2008 a través del servicio jurídico ha dictaminado que no existe un impedimento legal que se presente como un obstáculo para que el pago de la prestación pueda ser efectuado al propio solicitante. En este sentido dice que " no cabe resumir siquiera en todos los casos en que se detecte algún n tipo de déficit intelectual, un incapacidad absoluta y para tipo de acto de administración de la persona y de sus bienes , sino antes bien procurar un estricto equilibrio entre lo que es la protección jurídica y fáctica a la que tiene derecho la persona con discapacidad y la posibilidad en el desarrollo personal en el marco de la autodeterminación a la que también tiene derecho por su condición humana y de ciudadano...". Cita el propio dictamen el antecedente del fallo de la Excma Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en autos "Cal Herberst , Maria de las Dolores c/ Provincia de Buenos Aires " Causa B. 58854 del 16 de Agosto de 2000. **En dicho fallo la Excma Suprema Corte de BS As se ha pronunciado en el siguiente sentido "...En la interpretación de las normas constitucionales deben primar los fines tuitivos que las animan, de tal modo que el sentido que aquella se asigne no conduzca a desnaturalizarlas o a la perdida o desconocimiento de los beneficios por ellas reconocidos. En virtud del principio de prevalencia en favor de la interpretación más favorable al administrado consagrado en la Const Pcial en materia de Seguridad Social (art 39 inc 3 inc. fine) debe soslayarse cualquier interpretación desfavorable de la norma aplicable a la situación en la que se encuentran los destinatarios de la seguridad social..."**

A mayor abundamiento, el dictamen N °37012 señala que si el discapacitado se presenta en forma personal sin la ayuda de familiares, dándose a entender en forma verbal y /o por escrito se recibirá la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

documentación proporcionada por éste y con ajuste a las normas detalladas en la página web de ANSES (<http://www.anses.gov.ar>). Ello según lo dispuesto por el art 12 de la Convención sobre los derechos de la Personas con Discapacidad aprobado por ley 26378 . Las pautas aplicables del dictamen de referencia se especifican con la debida intervención de la Sra Asesora de Incapaces de la Jurisdicción que corresponda al domicilio del discapacitado. Finalmente establece que se abonará el beneficio al discapacitado sin perjuicio que este Designe un apoderado para percibir según la circular GP N° 42/04.

Por otro lado la calificación de la pensión en graciable o por discapacidad no empece al supuesto de autos. Es decir, sin importar la clase de beneficio, en ambos y como consecuencia natural del reconocimiento de la personalidad jurídica del Sr. Arriola Gabriel, no es posible requerir un trámite de insania con el efecto propio de la misma para la obtención de un beneficio que el estado ha garantizado en el art 75 inc 22 de la Constitución Nacional en la legislación dispuesta para la discapacidad dentro del sistema de salud, obras sociales y estado nacional, ley 24901 y demás complementarias (ver Rosales Pablo Oscar serie de legislación comentada . Ed Lexis Nexis "La discapacidad en el sistema de salud argentino: Obras sociales, prepaga y estado nacional) y en las normas superiores, así el principio de personalidad jurídica consagrado en el art 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto San Jose de Costa Rica, art 16 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el art 9 del pacto Internacional de Derechos , económicos , sociales y culturales (reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social), y receptado especialmente en los art 12 y 36 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

En ese mismo marco, este Juzgado oportunamente ha resuelto en los autos "L. L. A. s/ Insania y Curatela" Expte.- 36.203, donde el proceso de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

insania fue promovido al exclusivo fin de obtener un beneficio previsional y el cual fue rechazado, estableciéndose un sistema de apoyo en el marco de lo previsto por el art. 12 de la ley 26.378 para celebrar los actos necesarios en forma alternada, indistinta y/o conjunta para la tramitación del beneficio previsional.

En definitiva el Sr. Arriola Gabriel es titular de la protección integral que implica el otorgamiento de una pensión en los términos en que se expusiera.

VI) La medida innovativa:

Por lo expuesto en los considerandos precedentes, considero que es indispensable el dictado por parte de la Suscripta de una medida de carácter urgente, por la que se garantice el derecho a la seguridad social del Sr. Arriola Gabriel.

La medida Innovativa: los autores de la nueva doctrina procesal han analizado la necesidad de regulación específica de la misma, si la medida innovativa es un desprendimiento de la medida cautelar genérica, si debe existir el perjuicio irreparable para su procedencia o la difícil reparación; hasta que la Corte Suprema de Justicia de La Nación se expidió sin dejar lugar a duda en el caso: Bulacio Malmierca y otros c/ Banco Nación 24-8-93: "... **Siendo la medida cautelar innovativa de carácter excepcional, ya que altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, configurando un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, se justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión...**"Del mismo modo la sentencia define a la medida como un derecho excepcional, diferenciado de la medida de no innovar, sin que su dictado implique prejuzgamiento y que si signifique una tutela de urgencia cautelar que requieren de los jueces una mirada estricta. Así se debe



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

observar el "fumus bonis" iuris, esto es la apariencia del derecho invocado; el riesgo en demorar la decisión jurisdiccional, contracautela como los caracteres esenciales sin descuidar la provisionalidad de la medida, su dictado inaudita parte, la flexibilidad o posibilidad de asegurar el derecho mediante otra cautelar si la medida dispuesta causare daño irreparable.-

El leading Case Camacho Acosta M. c/ Grafi Graf S.R.L. y otros del 7-8-97; cuyo texto en E.D. del día 5.2.98 fue comentado por el doctor Augusto Morello contiene el fundamento de la necesidad de la decisión jurisdiccional para hacer efectivo el derecho como su carácter excepcional. En esa Ocasión el alto Tribunal dijo: "...el anticipo de la jurisdicción que incumbe a los Tribunales en el exámen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie-según el grado de verosimilitud-los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado.

"Debe apreciarse si, de resultar sentencia favorable a las pretensiones del peticionario el transcurso del tiempo necesario para llegar a ella puede tornar inoperantes sus efectos. Así, si los perjuicios invocados son fundamentalmente económicos no se configura peligro en la demora pues los mismo pueden encontrar satisfacción en un adecuado resarcimiento" Cava Claudia Alejandra .Sentencia anticipatoria. En Sentencia anticipada Jorge W. Peyrano. Carbone Carlos A. Editorial rubinzal Culzoni Editores pág. 728.-Es decir campea la fuerte probabilidad del derecho que invoca para su otorgamiento. La certeza que el derecho existe y debe ser otorgado.

La medida innovativa entonces asegura el principio de la jurisdicción oportuna que esencialmente significa la decisión impregnada del espíritu de dar a cada uno lo suyo en el tiempo que le corresponde.-



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Así ha dicho la jurisprudencia : " **La medida cautelar innovativa no afecta la libre disponibilidad de bienes ni impone que se mantenga el status existente al trabarse la litis. Su finalidad es establecer, sin que medie sentencia firme, que alguien haga o deje de hacer algo contrario a la situación existente.-CC DO 66232-241-90 I 13-9-90 Carátula Gianini c/ Tenaglia s / Daños y Perjuicios Eyherabide-Pegenaute- Fontana.-**

Entre los requisitos deviene "insoslayable la exigencia de que se compruebe "prima facie" el riesgo del perjuicio irreparable, el que debe ser analizado desde un ángulo estrictamente realista CC0102MP 99880 RSI-486-97-97 I 3-5-997 Yakin Carlos A. s/ Apelación art. 64 de la ley 24452 Mag. Oteriño -Zampini

Encontrándose acreditado en autos la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora que tornan dicho derecho con una fuerte probabilidad de perjuicio al Sr Arriola en el caso de no hacerse efectivo.

VII) Control de Convencionalidad (Ley 26378)

Para concluir y sistematizar lo dictaminado por la Sra. Asesora de Incapaces y que desde ya coincido ampliamente podemos puntualizarlo en :

- 1) No resulta proporcional ni razonable la exigencia de designar un curador cuando dicha exigencia está contenida en un certificado médico, por todas las razones expuestas "ut supra".
- 2) Tampoco responde a los principios enunciados de razonabilidad y proporcionalidad exigir en todos los casos el inicio de un proceso de incapacidad y posterior designación de un curador por los fundamentos expuestos.
- 3) No resiste el control de convencionalidad a la luz de la Ley 26.378 y la responsabilidad del Estado argentino en su ratificación. Así lo demuestra el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Furlan vs. Argentina" (31 de agosto de 2012), donde la Corte Interamericana sanciona



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

al Estado argentino y funda su sentencia en la Convención de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y especialmente refiere que el estado argentino no se ajustó a los presupuestos de la Convención los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La situación en análisis coloca en anticonvencional la exigencia del certificado de discapacidad requiriendo la curatela de la persona firmado por un profesional médico

Ha quedado dicho en este decisorio que el marco legal que impera en la actualidad en el Estado argentino impone que las eventuales restricciones a la capacidad solo pueden ser determinadas por la autoridad judicial y destaco en este sentido que el Proyecto de Modificación al Código civil establece que cualquier intervención estatal en materia de salud mental se debe realizar en forma interdisciplinaria, trayendo el modelo que impuso la Ley Nacional de Salud Mental 26657, en cuanto a establecer el estado de salud mental de una persona (arts.1, 3, 7, 8 y concordantes de la Ley 26657). Es decir, otra coincidencia con lo dictaminado por la Sra. Asesora de Incapaces, Dra. Silvia Fernandez.

VIII) Acción de clase: art. 43 de la Constitución Nacional . Intereses colectivos:

En cuanto a la legitimación de la representante del Ministerio Público respecto a la representación de intereses colectivos considero desde ya que se deben efectuar los ajustes razonables dentro de la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales adecuando el certificado de discapacidad a las normas mencionadas y eliminar la determinación médica acerca de la necesidad de la curatela. Esto surge como hemos venido diciendo del art. 2 y 12 de la Convención de las Personas con Discapacidad. El art. 2 establece por ajuste razonable "la modificación y adaptación necesaria y adecuada que no imponga una carga desproporcionada o indebida, cuando se requiera en un caso particular, para garantizar a las personas con



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

discapacidad el goce o el ejercicio en igualdad de condiciones con los demás de todos los derechos humanos y libertades fundamentales". Es decir, que esto implica derogar leyes, transformar prácticas, adecuar sistemas y superar complejidades que se puedan presentar como excusa para oponer un límite al ejercicio de derechos de las personas con discapacidad (ver cuadernos electrónicos de filosofía del derecho . Derecho e integración, el acomodo razonable como instrumento para la igualdad material).

Considero plausible lo solicitado en el dictamen por la Sra. Asesora pues es la Constitución Nacional la que otorga la respuesta en el segundo párrafo del art. 43 cuando refiere a los derechos de incidencia colectivos referente a intereses individuales homogéneos.

Ya que la legitimidad de lo solicitado tiene un alcance general cuyo ejercicio no es ajeno al bienestar común, acomodar como ajuste razonable la exigencia del certificado de discapacidad representa un interés colectivo, representando una categoría de derecho de incidencia colectivo que refiere a intereses individuales homogéneos. Así quedó establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "H.270, XLII Halabi Ernesto c/ Poder Ejecutivo de la Nación Ley 25873 dto. 1563/04 s/ Amparo Ley 16986, 24 de febrero de 2009) : "que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por las circunstancias de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien de una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable"



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Tal como lo dice la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado fallo , lo solicitado por el Ministerio Público por el Sr. Arriola reúne los tres elementos requeridos que son brevemente: la verificación de una causa fáctica común, que la pretensión esté concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, y como tercer elemento es que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia, sino que la acción resulta procedente en los supuestos que cobra preeminencia en materias tales como el ambiente, el consumo, o la salud o afecten grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos

IX) Competencia:

El principio de justicia oportuna legitima la presente resolución en el que confluyen una significativa cantidad de situaciones idénticas que padecen las personas que en razón de una discapacidad requieren de la seguridad social y les es exigido para su otorgamiento el trámite de insania y la consecuente curatela. Quien tiene el conocimiento a tiempo de la situación es el juez que resulta del trabajo en la inmediatez con las personas y donde estas acuden a la jurisdicción las más de las veces sin saber, sin conocer el derecho por el cual solicitan dicho trámite convencidos que es el modo natural de obtener un beneficio de pensión. Esta razón que hace a un interés individual homogéneo legitima que un juez con competencia en familia reúna los requisitos insoslayable del interés del Sr. Arriola y resuelva con un efecto "erga omnes" comprendido en la operatividad que impone el art. 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional. Este es la doctrina emanada de la causa "Halabi" tomando como argumento lo dicho por el más Alto Tribunal en cuanto a la legitimación y competencia de la Suscripta para el dicta de la presente.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

X) Sistema de apoyo:

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto por el art.12 de la Convención de los derechos de las Personas con Discapacidad, corresponde establecer para el Sr. Arriola Gabriel un sistema de apoyo conformado por los efectores que están trabajando socialmente en la actualidad teniendo a Cáritas en la Comisión Diocesana como eje del sistema de apoyo (ver fs. 2/9), el sistema sanitaria conformado por el I.R.E.M.I. el Hospital Interzonal General de Agudos "Dr. Oscar Alende" de esta ciudad, que se complementará con la acción de la Dirección de Discapacidad y Secretaría de Desarrollo Social de la Municipalidad de General Pueyrredón.

XI) Salvaguarda:

El Ministerio Público y este Juzgado deberán integrar el sistema de salvaguarda que impone el art. . 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad realizando el seguimiento oportuno a los efectos de que lo aquí resuelto se traduzca en un efectivo real acceso a la justicia para el Sr. Arriola (los 100 Principios de Brasilia para el Acceso a la Justicia de los colectivos vulnerables, art. 25 de la Convención de Derechos Humanos, art. 75 inc. 22 de la CN y art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Por todo los fundamentos de hecho y de derecho, doctrinarios y jurisprudenciales, y lo dispuestos en los arts. 34, 36, 232, 838 y concordantes del CPCC, **RESUELVO: I)** Hacer lugar a lo solicitado por la Sra. Asesora de Incapaces en representación de intereses colectivos de conformidad con lo dispuesto por el art. 43 parrafo segundo de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Constitución Nacional; **II)** Declarar que no se ajusta a los presupuestos de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad la exigencia establecida por el Decreto Ley 432/97, art. 5 inc. f); **III)** Ordenar al Ministerio de Desarrollo Social, Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales que adecue el certificado de discapacidad de conformidad a las leyes 26378 y 26657. **IV)** Ordenar la eliminación de la determinación médica para establecer si la persona requiere curador en el certificado de discapacidad; **V)** Hacer saber al Ministerio de Desarrollo Social, Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales, que deberá realizar el ajuste razonable a los efectos ordenados anteriormente, en el art. 5 inc. f) del Capítulo II del Decreto Reglamentario 432/97; **VI)** Hacer saber que en caso de incumplimiento quedará sujeto al control de constitucionalidad (arts. 31, 33, 75 inc. 22 y 23, concordantes de la Constitución Nacional); **VII)** Ordenar como medida cautelar innovativa el otorgamiento y/o mantenimiento del beneficio previsional, sin la exigencia de la designación del curador por los motivos expuestos en los considerandos de la presente en favor del Sr. A. G. A.DNI 26.002.881; **VIII)** Ordenar que dicho trámite debe ser otorgado de conformidad con los considerandos precedentes, sin exigencia de declaración de insania y curador al efecto de su cobro; **IX)** Hacer saber a dicho organismo que el mismo tramitará personalmente o a través de quien este designe, de conformidad a las condiciones de práctica administrativa; **X)** Establecer de conformidad con lo dispuesto por el art.12 de la Convención de los derechos de las Personas con Discapacidad, para el Sr Arriola Gabriel, un sistema de apoyo conformado por los efectores que están trabajando socialmente en la actualidad teniendo a Cáritas en la Comisión Diocesana como eje del sistema de apoyo (ver fs. 2/9), el sistema sanitaria conformado por el I.R.E.M.I. el Hospital Interzonal General de Agudos "Dr. Oscar Alende" de esta ciudad, que se complementará con la acción de la Dirección de Discapacidad y Secretaría de Desarrollo Social de la Municipalidad e General Pueyrredón.; **XI)** Hacer saber que el Ministerio



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Público y este Juzgado deberán integrar el sistema de salvaguarda que impone el art. . 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad realizando el seguimiento oportuno a los efectos de que lo aquí resuelto se traduzca en un efectivo real acceso a la justicia para el Sr. Arriola; **XII)** Atento como ha sido resuelta la presente sin imposición en costas (art 68 del CPCC) **XIII)** Librese oficio de estilo. Expídase testimonio. REGISTRESE. NOTIFIQUESE.-

MARIA GRACIELA IGLESIAS
JUEZ DE FAMILIA