

## DE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y VULNERABILIDADES SOCIALES: DIFERENCIAS E INTERSECCIONES



Por la Dra. Marianela Calabrese Gilardo<sup>1</sup> y el Dr. Hugo Andrés Llugdar<sup>2</sup>

El presente artículo fue publicado en Temas de Derecho procesal de Editorial Erreius, mayo de 2021. Se reproduce con la expresa autorización de sus autores y sin fines comerciales.

### ¿Hasta dónde, por quienes y de qué modo interviene la Asesoría de Incapaces?

Comentario a fallo “F. M. D. C. s/ Internación”

### SUMARIO

A. Introducción .....	01
B. El caso .....	02
C. Análisis del fallo .....	03

### A. INTRODUCCIÓN

Con el discurrir del nuevo milenio, la estructura antropológico-jurídica que la ley tenía establecida se vio disruptivamente alterada por el cimbronazo que significó la incorporación específica de múltiples instrumentos internacionales de derechos subjetivos basales; que durante años fueron ingresando de modo gradual al plexo normativo: primero al constitucional, para llegar luego a las bases mismas de nuestras leyes del derecho común.

Tan profundo fue el cambio que aún hoy seguimos viendo la dificultad de su asimilación y de su compatibilización jurídica. Categorías estáticas, con bases en

1. Abogada por la Universidad Nacional de Mar del Plata. Auxiliar Letrada de la Asesoría de Incapaces n°2 del Dpto. Judicial de Mar del Plata. Diplomada en Derecho Procesal por la Universidad Notarial Argentina. Diplomada en Derecho Procesal de Familia por la Universidad Nacional de Mar del Plata. Cursando la carrera de Especialización en Derecho Procesal Civil de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Asistencia y aprobación de diversos cursos. Autora de diversos artículos en El Derecho, Erreius (“Temas de Derecho Procesal”) y La Ley. Coautora en la obra “Procesos de Familia” de editorial La Ley, año 2019. Miembro académico del foro “e-procesal”.

2. Abogado (UFASTA). Especialista en derecho de Familia (UBA). Asesor de Incapaces, Asesoría n° 2, Mar del Plata. Profesor adjunto de Filosofía del Derecho (UFASTA). Profesor adjunto de Derecho de Familia y Sucesiones (UAA Mar del Plata – Mar de Ajó – Dolores). Profesor adjunto de Derecho Civil Uno (UAA Mar del Plata). Investigador universitario (UAA).

presunciones *iure et de iure*, como “capaz jurídico vs. enfermedad mental=incapaz” (aún con la atemperación del art. 152 bis de Vélez-Borda), o “menor de edad-mayor de edad” (aún con la flexibilización de la categoría del “púber” o “menor adulto”); se vieron elastizadas, desestructuradas y reconstruidas bajo conceptos de constatación individual no apriorística, adaptadas a cada sujeto en particular, atendiendo a sus necesidades específicas.

Dicha modificación se imprimió también en el lenguaje utilizado y a utilizar. Si bien en sus orígenes (siglo XIX) está claro que los *nomen iuris* relativos a la capacidad de las personas no tenían por fin afectar negativamente y/o estigmatizar a las personas o a sus colectivos en cuestión, dos siglos después resuenan descalificadores o al menos, poco felices en su empleo (vgr. “Asesoría de Incapaces”, “mentecato”, “loco furioso”, “incapaz”, “menor”, “disminuidos”, entre otras), por lo que debieron ser readecuados.

Con la aparición en particular de las 100 *Reglas de Brasilia*, sumado a las regulaciones propias de cada colectivo particular: Convención de Derechos del Niño, Convención de Derechos de Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aparece otro vocablo: el de “persona vulnerable”.

Frente a tantas e importantes variantes, entendemos que resulta necesario precisar, escindir y delimitar cada figura; con su particular alcance; a fin de no caer en actuaciones redundantes, perjudiciales, o sencillamente, fuera de la ley. A dicho fin, es que resulta analizable este fallo.

## B. EL CASO

### 1. Hechos<sup>3</sup>

Las actuaciones judiciales se iniciaron en el año 2009 y tramitaron como internación en el Departamento Judicial de Lomas de Zamora, por requerimiento del Centro

---

3. La mayor parte de ellos fueron obtenidos del dictamen del Área Jurisdiccional – Sala Especial de Relatoría en Materia de Menores e Incapaces de la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires-, de fecha 30/10/2020, al que se hará especial referencia *infra*. Ello dada la imposibilidad de acceder al trámite a través de la Mesa de Entradas Virtual que aporta la página de la Suprema Corte de Justicia Bonaerense.

de Estudios Psiquiátricos de Avellaneda, el que comunicó que la Sra. M. d. C. F. fue dada de alta y trasladada al geriátrico Hogar Gallego Doomselaar de San Vicente (en el mes de setiembre de ese año).

En esa oportunidad intervinieron la Defensa Oficial n° 4 y n° 21 –art. 11 Ac. 1990/81 y art. 22 ley 26657- y la Asesoría n° 4; y se le había diagnosticado “síndrome demencial”, del que se encontraba “compensada”.

Su grupo familiar fue catalogado como muy contenedor, ejercían funciones de asistencia y visitas regulares.

En lo relacionado a sus ingresos, se informó (año 2010) que recibía trescientos euros de la Ayuda Asistencial Española, suma que percibía la administradora del Hogar Gallego.

La Asesoría interviniente expresó que intentaría tomar contacto con el familiar responsable de la internación a los fines de iniciar el trámite correspondiente a la determinación de la capacidad de ejercicio de la señora (el que nunca se decidió iniciar). En el mes de mayo de 2014 peticionó que el Hogar Gallego remitiera informe en los términos de la ley 26657, solicitó pronta vista al defensor que corresponda y acompañó informe actuarial sobre el contacto telefónico que se mantuviera con la institución.

A su turno, la Defensoría n° 21 continuó con la intervención como defensor provisorio en los términos del art. 22 de la ley 26657.

Se entrevistó a la Sra. F. en el año 2015. De allí se extrajeron datos relacionados a la identidad de aquella y de sus dos sobrinos (teléfonos y domicilios), el tratamiento indicado, la integración del equipo que la trataba, las visitas que recibía. Se recalcó que la entrevistada contaba con muy buena contención familiar.

La señora jueza que hasta entonces intervenía, se inhibió, disponiendo la remisión de las actuaciones al Juzgado de Familia en turno de La Plata (en razón de la ubicación de la institución), la que se efectivizó en febrero del año 2020<sup>4</sup>.

---

4. Lamentablemente, por: 1. ser ajeno al objeto principal, 2. su extensión y 3. por la carencia de conocimiento

Aceptada la competencia la Sra. Jueza Titular del Juzgado de Familia n° 7 de la capital provincial dispuso requerir al Hogar Gallego que realice y remita en 48 h evaluación interdisciplinaria ilustrativa de la problemática que afectaba a la accionada con fundamento en lo normado por los arts. 31, 32, 41 y cctes. Del CCyC, ley 26657 y 630 del CPCC.

El Ministerio Público Tutelar y la Defensa asumieron la representación y el cargo, quedando a la espera del cumplimiento de la medida ordenada.

La Juez decretó dar intervención al equipo técnico del juzgado –psiquiatra y trabajadora social- para que se constituyan en el Hogar Gallego a fin de tomar contacto con la Sra. y procedan a evaluarla.

La Defensoría n° 13 agregó un amplio informe social del cual se extrae un panorama de la vida personal, familiar y patrimonial, así como de la evolución de la condición de salud física y mental de la señora F., solicitando la habilitación de los términos suspendidos en virtud de la pandemia del sars-covid19.

La Asesoría se anotició de la anterior presentación y manifestó que aguardaba el resultado del informe psiquiátrico ordenado, hasta que sea posible su realización.

La señora jueza dispuso una audiencia por la situación sanitaria existente (ASPO Covid- 19), llevándose a cabo de manera telemática, con el objeto de conocer el estado actual y tratamiento de la causante. De dicha reunión participaron la psiquiatra del cuerpo técnico auxiliar y dos profesionales de la institución – médico y trabajadora social-.

Deviene del acta que F se encontraba en buen estado. La médica del hogar señaló que se encontraba “lúcida” y que la razón de su estadía era meramente “asistencial”, toda vez que para las actividades de la vida cotidiana requería colaboración física. En virtud de ello, la Sra. Asesora dictaminó: “previo al cese de intervención... aguardo la realización de las entrevistas/pericias pendientes...”.

---

total de las actuaciones; no abordaremos la ganancia del tiempo razonable; que a simple lectura del resumen del caso, impresión afectada.

La jueza argumentando haberse dado cumplimiento con las entrevistas fijadas en autos, ordenó correr una nueva vista al Ministerio Tutelar.

Con los elementos mencionados la Asesora consideró que no estando efectuada la pericia interdisciplinaria (amén del informe social que acompañó la Defensoría) resultaba improcedente su intervención, por tratarse la Sra. F. de una persona capaz en los términos del art. 31 del CCyC cesando, finalmente, su intervención.

## **2. La resolución**

Frente al último dictamen, la Sra. Jueza dictó el pronunciamiento objeto del presente en fecha 08/10/2020.

En la parte dispositiva dispuso “rechazar el cese de intervención de la Sra. Asesora de Incapaces en el caso de autos”.

## **3. Argumentos**

Aquí entendemos que está el *quid* de nuestro análisis.

El fundamento central utilizado por la Sra. Juez está comprendido por una base normativa principal: la Convención Interamericana sobre la Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores. De este instrumento remarca que la persona mayor tiene “derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda; promoviendo que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía”.

A su vez, la magistrada cita el fallo de la Corte IDH “Vilches vs. Chile” en tanto refiere que “las personas mayores tienen derecho a una protección reforzada y, por ende, exige la adopción de medidas diferenciadas. Respecto al derecho a la salud, sea en la esfera privada como en la pública el Estado tiene el deber de asegurar todas las medidas necesarias a su alcance, a fin de garantizar el mayor nivel de salud posible, sin discriminación (...)”.

Desde el punto de vista fáctico, si bien aclara expresamente que “el hecho de envejecer no se constituye como una situación de vulnerabilidad *per se*, sino que deben ser tenidas en cuenta las capacidades funcionales de la persona para ejercer sus derechos ante el sistema de justicia” (...) “en el caso de autos nos encontramos con la Sra. F de 95 años de edad que se encuentra alojada en un hogar para personas adultas desde hace 11 años” y “dada su edad se encuentra comprendida dentro del plus de derechos que el Corpus Iuris internacional le otorga a las personas adultas mayores y que efectivamente requiere de especial protección para poder ejercer en términos de igualdad y con eficacia sus derechos ante el sistema judicial”.

Por último, adujo que la causante no se encuentra inmersa dentro de los supuestos de la ley de salud mental (relativa a internaciones involuntarias). Sin embargo, por considerarla “vulnerable” (pese a haber remarcado que la mayor edad *per se* no generaba vulnerabilidad), y catalogar a las Asesorías de Incapaces como organismos “que principalmente están vinculados con velar por los derechos e intereses de las personas que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad”; dispuso que correspondía continuar su intervención, desestimando –en consecuencia– el cese dictaminado por la Asesora.

## C. ANÁLISIS DEL FALLO

### 1. Precizando términos

De proponernos seleccionar los principales institutos que se vieron alterados en su configuración esencial a raíz de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, claramente la cuestión de la capacidad de las personas es uno de ellos.

Si bien la normativa aglutinada en el CCC es fruto de diversas tendencias ya consagradas con anterioridad en el derecho positivo vernáculo e internacional (vgr. ley 26.061, CDN o CDPD), así como en doctrina y jurisprudencia, lo cierto es que si hacemos un comparativo de Códigos (Vélez - nuevo CCC) las diferencias devienen fundamentales; puesto que la nueva normativa fondal pretendió receptor todos y cada uno de los parámetros superadores.

Recordamos que la noción de “persona”, jurídicamente considerada, implica la máxima investidura a la que puede aspirar un sujeto de derecho<sup>5</sup>. Si bien a lo largo de la historia de los diversos regímenes jurídicos es común encontrar gradaciones de personería, lo cierto es que en nuestro derecho, se ha vuelto una noción que se asemeja a la de ser humano<sup>6</sup>.

Anejo al ropaje jurídico de “persona”, se encuentran sus atributos, los que se estiman impensables sin un adosamiento a un determinado sujeto y viceversa (se hace impensable una persona sin un lugar, una denominación, un modo de desenvolverse en sociedad, etc.). Entre estos atributos, tenemos el de la capacidad; que ha sido definida como la “aptitud que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas para ser titulares de derechos y deberes jurídicos y para el ejercicio de las facultades que emanan de estos derechos o el cumplimiento de las obligaciones que implican los mencionados deberes”<sup>7</sup>.

En lo que hace a las modificaciones introducidas en la materia, el término que en su funcionalidad mejor las describe, es el de flexibilidad. La nueva regulación civil marca la cuestión de la capacidad (de ejercicio) con limitaciones finales no rígidas, ni apriorísticas, sino adaptadas y personalizadas. Los límites al ejercicio de la capacidad, si bien los hay genéricos; estarán determinados finalmente por las especificaciones propias de tal o cual persona, en tal o cual contexto, para tal o cual acto.

Obviando los temas de la “capacidad de derecho”, y de la “capacidad de ejercicio de los NNA”; en materia de salud mental, el límite subjetivo entre “capaz” e “incapaz”, desde el inicio del movimiento codificador, fue establecido de modo tajante e inflexible a través del condicionante “enfermedad mental”, tal como era de uso en la época. Sin embargo, el aditamento de las nuevas nociones a las que hicimos referencia, ha producido el reblandecimiento de tal línea divisoria; teniendo actualmente como principios capitales en la materia: 1. el de la capacidad presumida (aun cuando la persona estuviere internada); 2. de la

---

5. Ver al respecto las consideraciones sobre el tópico en causa “Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica”, Corte IDH, 2012.

6. Con cuestiones excepcionales, como la del conocido fallo relativo a la orangutana Sandra o ley 27.610.

7. Rivera, Julio César y Crovi, Luis Daniel; *Derecho Civil. Parte General*; editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2018, p. 237.

capacidad restringida (supone que se conserva toda capacidad que no haya sido específicamente restringida por ley); 3. de la interdisciplinariedad (no basta una padecimiento psiquiátrico para que su consecuencia jurídica sea la restricción); 4. del análisis concreto del modelo social de discapacidad (entendido este cómo el resultado de la interacción entre la persona y su entorno); 5. de la revisión periódica de la sentencia que restringe.

Ya no atendemos a una tasa generalizada que es consecuencia directa y exclusiva de determinada patología; sino que las resultas de la restricción de la capacidad serán consecuencia del estudio de la concreta aptitud de la persona para la realización de tal o cual acto, con o sin apoyos, en atención a los probables perjuicios para sí o para sus bienes (principio de beneficio: solo puede restringirse la capacidad jurídica en tanto lo sea para el bien propio en su concreta historia personal).

Bajo esta tesitura, resulta necesario precisar distintos términos que en otro tiempo resultaban confusos, con intersecciones superpuestas, o para ser más precisos, sin que se profundizaran sus distintas consecuencias jurídicas, por el simple hecho de no tenerlas.

**a. Discapacidad:** “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (art. 1 de la CDPD)<sup>8</sup>.

**b. Salud Mental:** Según el art. 3 de la LSM, se trata de “un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona (...)”. Sería entonces en su esencial legal, un proceso multicompuesto, vinculado a la satisfacción de derechos subjetivos fundamentales

---

8. La regla 7 de las *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad* dice que: “se entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

**c. Afección a la Salud Mental:** El art. 1 del dec. reg. 603/2013 entiende “por padecimiento mental a todo tipo de sufrimiento psíquico de las personas y/o grupos humanos, vinculables a distintos tipos de crisis previsibles o imprevistas, así como a situaciones más prolongadas de padecimientos, incluyendo trastornos y/o enfermedades, como proceso complejo determinado por múltiples, componentes, de conformidad con lo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 26.657”.

Dentro de una afección a la salud mental, se hablará de **discapacidad mental** cuando el padecimiento o afección cumpla tres condiciones: 1. que la deficiencia sea mental, 2. que sea sostenida en el tiempo (temporal o crónica), 3. que impida una plena participación social en igualdad de condiciones (consecuencia del modelo social de discapacidad)<sup>9</sup>.

**d. Persona vulnerable:** entendemos como tal a “aquel que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente” (RAE). Etimológicamente proviene del latín, y nos da una idea clara de su concepto castellano: *vulnus* (herida) y el subfijo *abilis* (indica posibilidad). Socialmente nos marca un colectivo de personas que por determinadas condiciones se ven *ab-initio* e involuntariamente en posibilidad de recibir daño, sea por acción o por. Así se considera jurídicamente en condición de vulnerabilidad a “aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (cfr. 100 Reglas).

**e. Persona mayor:** La ley 27.360 incorpora la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada el 15 de junio de 2015 en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (OEA); y en su art. 2, entre sus varias definiciones detalla:

-“Persona mayor”: Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor.

---

9. Se incorporan legislativamente dentro de ellas a las adicciones (art. 4 LSM)

-“Persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo”: Aquella que reside temporal o permanentemente en un establecimiento regulado sea público, privado o mixto, en el que recibe servicios socio-sanitarios integrales de calidad, incluidas las residencias de larga estadía, que brindan estos servicios de atención por tiempo prolongado a la persona mayor, con dependencia moderada o severa que no pueda recibir cuidados en su domicilio.

-“Servicios socio-sanitarios integrados”: Beneficios y prestaciones institucionales para responder a las necesidades de tipo sanitario y social de la persona mayor, con el objetivo de garantizar su dignidad y bienestar y promover su independencia y autonomía<sup>10</sup>.

#### **f. Restricción a la capacidad**

La capacidad jurídica se nos presenta como el atributo más representativo de la faz práctica de la persona. Es el “título habilitante” para ejercer de ciudadano; para que los actos voluntarios lícitos que tengan como fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas, causen efecto.

Ninguno de todos los conceptos aludidos anteriormente implican per se una restricción al ejercicio de la capacidad de la persona: ni discapacidad, ni afección a la salud mental, ni vulnerable, ni persona mayor. Podrán superponerse en un sujeto, pero cada una de dichas nociones jamás podrá por si sola asimilarse a restricción de la capacidad.

Más allá del claro texto del Código Civil y Comercial de la Nación, distintos cuerpos normativos hacen énfasis en ello. “La existencia de diagnóstico en el campo de la

---

10. A los que se les suman entre otros: a. “Envejecimiento”: Proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psico-sociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio. b. “Envejecimiento activo y saludable”: Proceso por el cual se optimizan las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones. El concepto de envejecimiento activo y saludable se aplica tanto a individuos como a grupos de población. c. “Discriminación por edad en la vejez”: Cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.

salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, la que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado” (art. 5 LSM). La CIDPM consagra como esencial “El respeto a la autonomía de la persona mayor en la toma de sus decisiones, así como a su independencia en la realización de sus actos” (art. 7 CIDPM); marcando el art. 16 del mismo cuerpo, el derecho a la ausencia de injerencias arbitrarias en su vida; así como el art., 31 el derecho de acceso a la justicia a través de los ajustes de procedimiento necesarios (similar al art. 13 de la CDPD). La CDPD en su art. 12 enuncia que: “los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”.

En cualquiera de los casos en que la persona se vea atravesada por alguno de los términos anteriormente conceptualizados, de por sí, no alcanza para restringirla en su capacidad jurídica. Así, la doctrina, interpretando el CCC tiene dicho que “La presunción de capacidad desde una perspectiva de derechos humanos se traduce así en una garantía mediante la cual se prioriza que la persona pueda ejercer sus derechos por encima de cualquier otra circunstancia que no sean las expresas y precisas condiciones legales que el Código habilita para la restricción de la capacidad (art. 32). Consecuentemente, ante la duda, se debe estar siempre por el reconocimiento de la capacidad de la persona”<sup>11</sup>.

En suma, solo habrá restricción a la capacidad de ejercicio cuando se den los dos presupuestos tipificados por nuestro CCC (conf. Art. 32 del CCyC):

- a. presupuesto subjetivo: “adicción o alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad”;
- b. presupuesto social o de posible perjuicio: que se “estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o sus bienes”.

Corroborado ello mediante la evaluación de las particulares circunstancias que rodean al sujeto, se resolverá la pertinente restricción, con la delimitación

---

<sup>11</sup> Alfredo Kraut y Agustina Palacios en *Código Civil y Comercial de la Nación*. Comentado. Dirigido por Ricardo Luis Lorenzet. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014. Tomo 1, p. 128.

precisa de cuales serán los actos cuya realización deberá ser acompañada, asistida, supervisada y/o representada, y el modo de funcionamiento del sistema de apoyo/s, a fin de suplir las contingencias necesarias para poder ejercer en un plano de igualdad fáctico, sus derechos y cumplir sus obligaciones. En el excepcional caso de que “la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de apoyo resulte ineficaz”, podrá decretarse su incapacidad (art. 32 in fine CCC). Todo ello sucede a partir de los 13 años (adolescente), momento en que la ley presume la aptitud de conocimiento de actos lícitos (art. 261 inc. c del CCC) y desde el cual podrá evaluarse la capacidad de los NNyA.

## 2. Competencia del Ministerio Público Tutelar

Hasta aquí hemos analizado el caso, sus hechos y la decisión; luego precisamos términos que la juzgadora ha empleado y que están en juego para la toma de la decisión. Mas ahora, nos toca analizar cuál es el rol de Asesor de Incapaces, del Ministerio Público en su faz tutelar.

Constitucionalmente el Ministerio Público ha adquirido su máxima consagración en el art. 120 de la CN, luego de la reforma de 1994. En el ámbito de la provincia de Buenos Aires se encuentra escuetamente mencionado en el art. 189 de su Constitución, y orgánicamente desarrollado en la ley 14.442.

Esta última norma en su primer armculo enuncia que el Ministerio Público es el cuerpo de Fiscales, Defensores Oficiales y Asesores de Incapaces que, encabezado por el Procurador General, actúa con legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales.

Sin llegar a ser un órgano extra poder como en el nivel federal, no es menos cierto que se encuentra fuera de la administración de justicia en sentido lato (arts. 1 y 2 ley 5827), y en igual sintonía que su par nacional, el armculo 3 de la ley 14.442 consagra que sus integrantes gozan de la autonomía e independencia que les otorga la Constitución para el debido cumplimiento de sus funciones.

En suma, el Ministerio Público es el órgano creado por la ley suprema que cuenta con la competencia y atribuciones legales para canalizar y velar por la tutela de los derechos fundamentales de los grupos, intereses y misiones a los que representa (cada rama en el ámbito de su competencia).

En lo que aquí concierne, el Ministerio Público Tutelar, se encuentra normado en el Código Civil y Comercial en el artículo 103 que establece: “La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal.

Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.

Es principal: i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.”

En la Provincia de Buenos Aires, las “Asesorías de Incapaces” si bien integran la estructura jerárquica del Poder Judicial (siendo una de las tres ramas del Ministerio Público de la Provincia, a cargo de la Procuración Gral. de la Sup. Corte Bs. As.) de acuerdo con la ley orgánica provincial n° 14.442, en sus funciones no cuentan con el *imperium* propio del poder jurisdiccional, y alternan en su cotidiana labor, entre la faz judicial y extrajudicial, haciendo las veces de nexo entre ambas, sea entre particulares y el juez, o entre la Administración Pública y aquél; siendo esenciales a su función, las facultades de independencia y autonomía.

Resulta contradictorio a su esencia, una dependencia jurisdiccional o administrativa, cuando es a los órganos de tales poderes a quienes en más de una ocasión debe

controlar o requerir en pos de los intereses basales de la comunidad que pretende resguardar o reconocer.

De los preceptos citados se desprende que su intervención es **oficiosa**, con independencia de la voluntad y/o presencia de las partes, y puede ser de tres modos, siendo su omisión pasible de nulidad (relativa y confirmable)<sup>12</sup>: 1. como parte en todo juicio en que intervenga un niño, adolescente, o persona con restricción a su capacidad (posible o actual – cfr. arts. 32 y ss. del CCC-), de modo complementario, cuando concurre en principio con los representantes necesarios, asistiendo y controlando su actuación de modo promiscuo, pudiendo contrariar a los representantes e incluso suplirlos (llegado el caso); 2. debiendo actuar en forma principal, ni bien advierta deficiencias en, o inexistencia (temporal o permanente) de representación y/o apoyo necesaria/o, o perjuicios para su asistido, dejando su intervención de ser coadyuvante, para transformarse en principal y directa. 3. Existen roles específicos, que si bien no dejan de encuadrar en el armcuro genérico 103 del CCC, demarcan un actuar tasado y concreto, como por ejemplo los arts. 33, 35, 40 segundo párrafo y 583 del CCC, ley 13.298, etc.

### 3. Nuestra opinión

Hasta acá tenemos clarificados los conceptos jurídicos de salud mental, afección a la salud mental, discapacidad mental, persona mayor, restricción a la capacidad, vulnerabilidad; así como la delimitación de la intervención del Asesor en los procesos a los que es llamado a ejercer su función, de modo autónomo e independiente; quien además de no integrar la administración de justicia, no es tampoco un auxiliar de ella.

Vinculemos todo esto entonces, con la decisión de la Juez.

#### a. Al momento de decidir la situación era la siguiente:

- La causante se encontraba alojada en una institución de manera asistencial, mas no en los términos de internación involuntaria de la ley 26657.

---

12. Paricipación consagrada jurisdiccionalmente como integrante del debido proceso de los niños, a nivel internacional, por la CIDH a través de la causa “Furlán vs. Argentina” de 2012.

- No había una afección a la salud mental actualmente constatada.
- De la videollamada mantenida con F. surgía que se encontraba “lúcida”, de acuerdo a los técnicos participantes.
- No se contaba hasta ese momento con el informe interdisciplinario encomendado al equipo técnico del juzgado; el que conforme la CDPD y art. 31 y cctes. del CCC resulta esencial a fin de clarificar la posible existencia de una afección que encuadre en el art. 32 y cctes. del CCC.
- La Sra. F. contaba con una red familiar de apoyo que la visitaba, contenía y aportaba regularmente.
- Si bien la Asesoría había asumido intervención, frente a ese panorama, cesó hasta tanto se obtengan los informes profesionales correspondientes.

#### **b. Análisis refutativo de los argumentos decisorios**

Con tales hechos, para decidir negando el cese de una magistrada del Ministerio Público:

1. Se describe someramente lo que sería la CDPM, haciendo hincapié en “la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria” entre otras, derechos que en nada aluden al ejercicio de la capacidad jurídica, y por ende a la intervención de un Asesor de Incapaces tal como lo enuncia el art. 103 del CCyC.
2. Se cita el caso “Poblete Vilches vs. Chile” (2018) en tanto que “las personas mayores tienen derecho a una protección reforzada y por ende, exige la adopción de medidas diferenciadas”. Tal prerrogativa en momento alguno hace alusión a la capacidad jurídica, punto de conexión con la labor del Ministerio Público Tutelar. Dicha “protección reforzada” nunca podría entenderse como la que brinda un Ministerio a personas que necesitan de representación y/o asistencia para efectuar manifestaciones de voluntad en el ámbito jurídico; si partimos de la base de que las personas mayores son capaces. Surge de las

constancias a la vista que no se trata de una persona desprotegida (ni social, ni familiar, ni económicamente), ni con riesgos en el ejercicio de su autonomía (derecho sí defendido enfáticamente por la CIDPM); por lo que la “especial protección” legal de F. en modo alguno es, ni puede ser, la asistencia de un órgano del estado destinado a intervenir por personas con afecciones en el ejercicio de su capacidad. Más aun si F. fuera sumamente vulnerable, tampoco es la Asesoría de Incapaces la llamada a suplir y/o asistir vulnerabilidades per se; salvo encuadre subjetivamente en los arts. 103, 32, o 25 y 26 del CCC (que como se ve, no es el caso).

3. Se aclara que “la Sra. M no se encuentra comprendida dentro de los supuestos de la ley de salud mental, siendo que su alojamiento no es una internación involuntaria”; con lo que la posible intervención de la Asesoría en virtud de la ley 26.657 ante la posible configuración del tipo del art. 32 CCC resulta carente de sentido o inocua por no encontrar basamento circunstancial ni legal alguno.
4. Pese a decir expresamente que “el solo hecho de envejecer no se constituye como una situación de vulnerabilidad per se”, no se entiende como luego la califica de persona en situación especial de vulnerabilidad, consignando solo que se trata de una señora de 95 años.
5. Lo que es más, confunde el rol del Ministerio Público Tutelar cuando refiere que “cabe resaltar que las funciones que se le otorga a las Asesorías de Incapaces, que principalmente están vinculadas con velar por los derechos e intereses de las personas que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad”.
6. Reiteramos aquí que tanto de la ley como de los términos de la sentencia surge que la sola edad no es causa de vulnerabilidad; así como que las circunstancias que rodean a la Sra. F tampoco clarifican tal condición. Empero, aún si lo fuera, el Ministerio Público Tutelar es un órgano judicial, que no cumple funciones de apoyo, sino de carácter eminentemente jurídicas relativas al ejercicio de la capacidad de las personas. Y si bien, sujetos con restricciones al ejercicio de su capacidad pueden ser vulnerables, no se da viceversa. Ser una persona “vulnerable” no habilita de suyo la intervención del MPT si no está en juego el

ejercicio de su capacidad. Caso contrario, siguiendo por ejemplo las 100 reglas de Brasilia, en toda causa en donde haya una mujer, un migrante, una persona de etnia minoritaria, una víctima, entre otras, debería intervenir el Asesor de Incapaces; lo cual contraviene toda la profusa, clara y delimitada normativa vigente, con sus consecuentes interpretaciones jurisprudenciales.

Frente a ese panorama, coincidimos con la postura de la Asesora, puesto que no se advierte motivo alguno que amerite la continuidad de su intervención, con los elementos obrantes hasta ese entonces.

El hecho de la que M. d. C. F. sea una persona longeva no la coloca de por sí en una situación de vulnerabilidad y, mucho menos, que encuadre en uno de los supuestos que enuncia el artículo 103 del CCyC por el que merezca ser asistida por el Ministerio Público Tutelar (sea de modo complementario o principal).

Como dijimos, esta rama del Ministerio no es llamada a intervenir por el género “vulnerable”, en el que entran otros colectivos de personas; vgr. mujeres, víctimas, migrantes, adultos mayores, etc. (cfr. Ac. 5/2009 CSJN), sino que su actuación se encuentra claramente demarcada por el art. 103 del Código Civil y Comercial.

Las personas que han arribado a la vejez son un grupo que se encuentra atravesando una etapa de vivencia natural, que suele ser descalificada socialmente por estereotipos vigentes en la sociedad (uno de ellos: vejez es igual a afección mental), sumado a las implicancias propias del transcurso del tiempo que producen cambios físicos, psíquicos y sociales en la persona. A este contexto se agrega –en ocasiones– la institucionalización que, conforme se ha investigado, da lugar a la aparición de factores que favorecen los cuadros depresivos, como sentimientos de abandono, aislamiento y alejamiento de su ambiente habitual, cambios significativos en el estilo de vida con incremento del estrés, pérdida de libertad, falta de objetivos y actividades<sup>13</sup>.

Si bien no desconocemos la posible vulnerabilidad concreta a la que pueda estar sujeta, ella no surge acreditada en el decisorio. Pero, si aún lo fuera, el caso

---

13. Folgar, María Laura - Oliveri, Agustina, “Personas mayores alojadas en residencias de larga estadía (geriátricos)”, RDF 95, 06/07/2020, 45, AR/DOC/1857/2020.

particular claramente no se trata de ninguno de los supuestos del art. 103 del CCyC o 38 de la ley 14442 que mande la intervención de la Asesoría.

A su vez tampoco se advierte que la intervención del MP requerida por la Jueza tenga carácter “preventivo” como suele suceder cuando se observa una especial situación de desprotección de personas con afección en su salud mental, pues la Sra. F. impresiona encontrarse debidamente acompañada y contenida por su familia, en buen estado de salud y “lúcida”, resultando –por lo tanto– su estadía de carácter meramente asistencial dado que únicamente necesitaba colaboración para determinadas actividades de la vida diaria (no habiéndose acreditado lo contrario en las consideraciones jurisdiccionales).

Ahora bien, todo lo dicho no obsta a que cuando se cuente con el resultado de la pericia interdisciplinaria pendiente (conf. art. 37 del CCyC), la Asesoría finalmente deba asumir intervención por subsumirse el caso en el tipo del art. 32 del CCC la cual debería darse incluso, si aún previo al informe interdisciplinario<sup>14</sup>, se aprecia de otras pruebas (no concluyentes) que podría tratarse de tal subsunción.

Fuera de ello, no deben, ni pueden, considerarse a las personas mayores, por tal sola condición como restringidas en su capacidad, o próximas a serlo. Muy por el contrario, la condición de persona mayor los coloca en una situación que amerita el activismo estatal a través del diseño de especiales políticas de sostenimiento y promoción de derechos, tendientes a mantener la autonomía, dignidad, independencia y acceso a los servicios básicos, en pos de asegurar el ejercicio de su capacidad jurídica. Es el poder administrador el encargado, y la omisión de ello de manera alguna puede ser cubierta mediante la exigencia al Ministerio Público a través de su actuación.

Así lo entendió la Corte de la Provincial de Buenos Aires al resolver que “las políticas públicas deberán insistir en ese sentido promover y proteger los derechos de las personas adultas mayores a fin de que éstas puedan superar las situaciones desventajosas que padecen, así como las discriminaciones y segregaciones que ellas conllevan], pues las representaciones sociales negativas operan en contra

---

14. Merecen un tratamiento aparte las demoras relativas a las pericias interdisciplinarias en materia de salud mental.

de la verdadera inclusión social de los mayores e impiden, en la generalidad de los casos, la valoración de la experiencia y la plena participación de este grupo etario en las decisiones sociales, en la formulación de políticas públicas y en todas las actividades relevantes de la vida pública. Esto es así porque la sociedad está impregnada de estereotipos, mitos y prejuicios contrarios a la vejez” (Pochtar, Nora; Pszemirower, Santiago; Bogun, Gustavo, “Recorrido de los derechos humanos de las personas adultas mayores en la Argentina y el mundo”, en Pochtar, Nora y Pszemirower, Santiago: coords., Cuaderno “Personas adultas mayores y derechos humanos”, Coord., Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Secretaría de Derechos Humanos, 2011, pág. 11)<sup>15</sup>.

Entonces, tenemos hasta aquí que **la mayor edad no constituye una afección en la salud mental, no refiere una discapacidad mental y menos se trata de una alteración de las facultades que encuadre en el art. 32 del CCC**. Ello no quita reconocer que, en algunos casos, la edad puede venir acompañada de padecimientos particulares (vgr. falta de fuerza física) que pueden provocar cierta desventaja en la persona para afrontar situaciones de la vida cotidiana; o de segregaciones y/o discriminaciones; pero que en modo alguno mandan una restricción a la capacidad jurídica, requiriendo para ello un exhaustivo estudio interdisciplinario particular (cuestión de la que se adolecía en autos hasta ese momento).

Paradójicamente, la resolución que aquí se comenta, so pretexto de actuar el plus de protección convencional, cercena el derecho a la dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor (art. 3 inc. a CDPM), afectando el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de la edad (art. 5 mismo cuerpo normativo, 6 y 7) dado que se la observó que se encontraba -en principio- en pleno ejercicio de su capacidad (arg. Art. 31 del CCyC) y no se hallaba expuesta a una situación particular que requiriera la interención jurídica por parte del órgano tutelar.

**El solo hecho de tener 95 años no la convierte en una persona incapaz, ni pone en duda su capacidad de ejercicio (único motivo que justificaría la intervención**

---

15. “Guevara, Andrea Mariel contra Tebes, Abel Esteban y otros. Daños y perjuicios” C 119623 S 25/04/2018, Juba sumario B4204627.

### **de la Asesoría de Incapaces).**

Y ello resulta así, al punto de que la Procuración General dictaminó en el caso (frente al oficio remitido por la Sra. Juez) que obrando del modo en que lo hizo, esto es, desestimando el cese de la intervención de la Asesoría se podría producir “una injerencia arbitraria del Estado, una intromisión indebida en la intimidad de las personas y una afectación de derechos personalísimos”.

El énfasis que hace la jueza en el derecho a la salud y en la plusprotección a través de los extractos que de la Convención Interamericana cita, hacen referencia más bien a la ejecución de políticas públicas, propias del poder administrador del Estado, mas nunca a la actividad de un órgano jurisdiccional como el de la Asesoría de Incapaces que -de manera alguna- viene a cumplir tal función.

### **C. Independencia del MPBA**

Por último, no deja de llamar la atención el tajante rechazo al cese que dispuso en la parte final del resolutorio bajo estudio en tanto interfiere abiertamente en la libertad de acción que gozan los integrantes del Ministerio Público, de conformidad con lo normado por el artículo 120 de la Constitución Nacional. La Procuración, en el conteste a la Sra. Juez, le refiere claramente que “corresponde recordar que los magistrados integrantes del Ministerio Público gozan de independencia funcional y responden por sus actos. Por ello no resulta plausible impartirles instrucciones particulares, como resulta ser solicitado por la señora jueza, ya que ello implicaría desconocer la independencia de aquellos quienes responden en forma directa por sus actos, ni tampoco procede abrir juicio en punto al acierto o desacierto de los criterios

jurídicos de actuación. Todo ello sin perjuicio de los planteos que pudieran presentarse ante otra órbita, ajena a la jurisdiccional”.

De allí que si la Asesora interviniente consideró que con los elementos con los que contaba, su intervención ya no resultaba pertinente, tal proceder no podía ser “rechazado” jurisdiccionalmente. La asunción o el cese de la intervención de un Asesor no es una decisión que se encuentre sujeta al análisis o a la aceptación

del juez interviniente. Los miembros del MPT no son un grupo que actúa bajo las directivas del servicio de administración de justicia (aun cuando orgánicamente integren la estructura del Poder Judicial Bonaerense), tienen otro rol, que se caracteriza por la defensa de los intereses vitales de la sociedad; como tales, tienen la capacidad de decidir sobre el alcance de su actuación sin que sea viable la imposición de directivas o instrucciones por parte de la judicatura, así como la resolución del acierto o desacierto de la manera de obrar pues, para ello, existen las sanciones disciplinarias correspondientes.

No resulta posible jurídicamente, mediante un acto jurisdiccional, invadir la esfera de competencia propia del Ministerio Público Tutelar, ordenándole continuar (o no) con su actuación como si fuera un auxiliar de justicia, pues se estaría desconociendo el contenido de las normas que regulan su ejercicio, las cuales consagran –claramente– la independencia y autonomía de sus miembros.