

Título: Discapacidad, medidas de apoyo y cambios receptados desde el ámbito jurisdiccional

Autores: Navarro Lahitte Santamaría, Adelina - Pinto Kramer, Pilar María

Publicado en: DFyP 2013 (septiembre), 04/09/2013, 169

Cita Online: AR/DOC/1699/2013

Sumario: I. Introducción. II. Paradigma social de la Discapacidad. III. Las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica - marco legal actualmente vigente. IV. Servicios de apoyo de la comunidad. V. Proyecto de reforma del Código Civil. VI. Conclusión.

"El art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reafirma el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida, debiendo adoptar las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan acceder al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica."

I. Introducción

Mediante la Resolución D.G.N. 1045/12, la Sra. Defensora General de la Nación resolvió, a partir del 1º de octubre del año 2012, designar a cuatro de los 18 Curadores Públicos para ejercer el cargo de curadoras definitivas de apoyo, previsto en el art. 152 bis del Código Civil, "a la luz del art. 152 ter y el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", entre ellos a quienes suscribimos el presente artículo, Adelina Navarro Lahitte y Pilar Pinto Kramer.

Tal resolución ha generado confusión y también preocupación tanto en el ámbito jurisdiccional como en el ámbito sanitario y social (equipos interdisciplinarios de salud; obras sociales, organismos de desarrollo social, entre otros), pero muy especialmente en nuestros asistidos y sus referentes afectivos ya que, como todo cambio, genera temor y resistencia.

Ahora bien, para explicar el alcance de nuestra labor como "curadoras definitivas de apoyo", resulta en primer término importante explicar el paradigma sobre el que se erige la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

II. Paradigma social de la Discapacidad

Tal como lo expone el Dr. Pablo O. Rosales [\(1\)](#), se pueden distinguir tres modelos de abordaje de la discapacidad, dados en tres momentos históricos diferentes: el primero denominado "de prescindencia"; el segundo llamado "médico-rehabilitador" y un tercero, sobre el que se funda la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que es el "social".

El modelo de prescindencia, puede ubicarse en la Antigüedad Clásica como en la Edad Media, donde las causas que originaban la discapacidad tenían su origen en razones de índole religiosas (enojo de los dioses; mensajes diabólicos) y se consideraba que las personas con discapacidad nada tenían para aportar a la sociedad. Por ello, se los apartaba de la sociedad o directamente se los mataba.

El modelo "médico-rehabilitador", en tanto, consideraba que eran científicas las causas que generaban la discapacidad. Este modelo surge en la Edad Moderna pero llegó a su máxima expresión luego de las Dos Guerras Mundiales, donde se pretendía rehabilitar a la persona que sufría una enfermedad y, para ello, se desarrolló legislación y políticas públicas dirigidas a las capacidades residuales de las personas (empleo protegido; institucionalización; escuelas de educación especial; pensiones; subsidios). Es decir, "el pasaporte de la integración, pasa a ser de este modo la desaparición, o mejor dicho el ocultamiento de la diferencia". [\(2\)](#)

Finalmente, a partir de la década del 60, se viene desarrollando el modelo "social" de la discapacidad, por el cual se pretende reconocer y respetar la autonomía de las personas con discapacidad, propiciando su plena y efectiva inclusión en la sociedad mediante la eliminación de todas aquellas barreras que les impidan desarrollar su proyecto de vida.

Es así que "el tratamiento social del que son objeto las personas con discapacidad se basa en la búsqueda de la inclusión a través de la igualdad y "equiparación" de oportunidades. A dichos fines se presentan una serie de medidas, entre las que se destacan la accesibilidad universal, el diseño para todos, la transversalidad de las

políticas en materia de discapacidad, los ajustes razonables, entre otros". (3)

III. Las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica - marco legal actualmente vigente

El art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reafirma el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida, debiendo adoptar las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan acceder al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

A tal efecto, se deben proporcionar salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos, las cuales deberán ser -sobre la base del respeto, la voluntad y las preferencias de la persona- proporcionales y adaptadas a sus circunstancias, en el plazo más corto posible y sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Es indudable que este artículo, al igual que todo el resto del articulado, reposa en los principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, enunciados en su artículo 3º: respeto a la dignidad inherente; autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; la igualdad entre el hombre y la mujer y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Se aprecia entonces que "... el artículo 12 (de la Convención) cristaliza de manera especial el profundo cambio de paradigma que la Convención ha traído consigo, constituyendo todo un salto cualitativo: deja atrás un modelo que prescinde de cualquier consideración hacia la voluntad de la persona con discapacidad, a la que considera como mero objeto de asistencia (reminiscencia de la *capitis diminutio romana*), y proclama un sistema que considera a aquélla como sujeto de derecho y que concentra en su formulación los principios de igualdad, plena integración y reconocimiento de la autonomía de las personas con discapacidad, inspiradores entre otros de la Convención". (4)

Por lo tanto y citando textualmente los argumentos expresados por la Dra. Xenia Baluk (Curadora definitiva de apoyo) en el memorial de "M., L A. s/artículo 152 ter" (inédito), cuando se analizan los artículos 141, 152 bis y 152 ter del Código Civil a la luz del art. 12 de la Convención, entendemos que nos encontramos frente a dos tipos de sistemas de apoyo: uno que no importa restricción alguna a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y otro que restringe esta capacidad para uno o muchos actos jurídicos determinados. Y adviértase que la restricción es para el ejercicio de actos jurídicos, no para actos de la vida cotidiana que no califican estrictamente como jurídicos (como ser, realizar las actividades de la vida diaria -vestido, alimentación- o desplazarse solo en la vía pública, etc.). En este caso, la incapacidad no será ya de la persona en sí, sino de ésta con relación a determinado acto jurídico, como una suerte de regulación del ámbito de incompetencia dentro del cual la persona no puede manejarse por su cuenta (confr. CNCiv., Sala C, 28/06/2012, autos "T., J. J. s/inhabilitación", r. 519.925)

Repárese que el modelo estipulado por la Convención "parte de la premisa de que la persona no necesita una medida de protección que la prive del ejercicio de su capacidad jurídica, sino que las medidas de protección estén destinadas a proporcionar los apoyos necesarios para poner a la persona con discapacidad en un pie de igualdad con los demás. Ello supone crear o adaptar herramientas que garanticen la accesibilidad universal da personas con discapacidad intelectual o psicosocial el ejercicio de la capacidad jurídica, es decir, a la toma de decisiones en nombre propio con los apoyos necesarios para cada persona". (5)

Por lo tanto, en coincidencia con la línea argumental expresada por la Dra. Xenia Baluk, advertimos que a la luz de la interpretación sistemática de la legislación actualmente vigente, nos encontraríamos frente a dos sistemas de apoyo diferentes. El primero de ellos, el que podría denominarse "apoyo voluntario", no implica restricción alguna a la capacidad jurídica de la persona. Este tipo de apoyo es voluntariamente elegido por la persona y para uno o varios actos determinados. Se sustenta en la confianza, se proporciona con respeto y nunca en contra de la voluntad de la persona que lo elige. Es el apoyo que la persona busca por sí misma cuando advierte la necesidad

del auxilio de un tercero para la concreción de un negocio o acto jurídico determinado. Así, para cada acto o negocio elegirá a la persona o sistema que entienda más idóneo, conservando el derecho de asumir sus propios riesgos.

Se advierte que esta necesidad de ser asistido por un tercero no se limita a un acto concreto y determinado, podrá entonces emplazar a este "apoyo" en apoderado para muchos o todos los actos que determine. Elegirá entonces a personas de su confianza o profesionales matriculados según el negocio jurídico en cuestión y, dado que éstos han sido emplazados como su apoyo en forma voluntaria, podrá del mismo modo revocar estas designaciones o poderes cuando lo estime pertinente.

Para estos casos, entendemos que la intervención de los Tribunales resulta superflua e innecesaria, dado que la persona con discapacidad ejerce su derecho a ser asistido o representado por quien considere idóneo, en pleno ejercicio de su capacidad jurídica, en igualdad de condiciones con personas sin discapacidad. Eventualmente deberá instrumentar alguno de estos apoyos, para lo cual podrán suscribirse contratos o poderes ante escribanos públicos, por citar algún ejemplo.

En estos casos, operarán como salvaguardias los códigos de ética profesional para el caso que el "apoyo" designado fuere un profesional y la mirada atenta de la sociedad, que ante la sospecha de la vulneración de un derecho de la persona con discapacidad por parte de su apoyo podrá dar intervención al Ministerio Público Pupilar, único legitimado para entablar acciones judiciales o extrajudiciales en defensa y resguardo de esta población (arts. 59 y 144 Código Civil).

El otro tipo de apoyo que distinguimos surge de esta interpretación es el impuesto por sentencia judicial, que implica una restricción a la capacidad y que podría calificarse como "involuntario".

Esta calificación de "involuntario" obedece a que, aún cuando también deba basarse en la confianza, proporcionarse con respeto y procurar que no se ejerza en contra de la voluntad de la persona que lo elige, y aún cuando la persona que recibe el apoyo pueda consentirlo y hasta elegir a la persona que lo ejercerá, lo cierto es que, impuesto por resolución judicial, no puede ser revocado, removido o modificado por la manifestación de la persona que lo recibe sino que requiere de un nuevo acto jurisdiccional. Asimismo, que el acto para el cual se le designa un apoyo, no podría ser válidamente ejecutado sin este apoyo, con la posibilidad de ser declararse eventualmente su nulidad.

Y en esto reside el carácter de involuntario y la forma en que la capacidad resulta restringida.

Entendemos entonces que este tipo de apoyos operará exclusivamente en supuestos en que resulta imposible recabar la voluntad o deseos de la persona (estados de coma profundo, discapacidad mental severa, etc.) o en los casos en que la persona no pueda por sí misma advertir la necesidad de contar con un apoyo, y la falta de éste la coloque en situaciones de riesgo cierto para su integridad física, psíquica o patrimonial.

Actuarán en estos supuestos como salvaguardias las ya existentes en la legislación nacional: la supervisión y vigilancia del Ministerio Público Pupilar (arts. 381 y 475 CC), de aplicación analógica por tratarse el apoyo de una figura que cumple con alguna o todas las funciones del curador, según el alcance de la sentencia.

De lo expuesto se aprecia entonces que las salvaguardias son el control a la asistencia y no una modalidad de asistencia en sí misma y eventualmente previenen abusos con relación al régimen de apoyos.

En tal sentido, se ha dicho que "Las salvaguardias dispuestas en el marco de un proceso de insania y que determinan cuáles actos requerirán, además de la actuación del curador, la autorización judicial, operan como una garantía para evitar que la implementación del apoyo redunde en la vulneración de los derechos fundamentales de la persona y procuran delimitar el contenido y los alcances de los apoyos -en el sentido de su proporcionalidad y adecuación-, y su duración en el tiempo, así como también controlar la existencia de conflictos de intereses entre la persona y quien presta su apoyo... Quien resulta curador en un proceso donde se dispone la incapacidad de la persona tutelada, conforme al nuevo régimen dispuesto por el art. 152 ter. del Cód. Civil, no reemplazará sin más la voluntad de la persona con padecimiento mental, y por tanto no actuará siempre en su nombre y representación, sino que sólo lo hará para los actos que expresamente se señalan, y para los que se lo declara incapaz, y lo apoyará y asistirá en la toma de decisiones, en razón al principio de reconocimiento de la personalidad jurídica y de la

capacidad jurídica y de obrar" (Juzgado de Familia de Puerto Madryn N° 2, 11/9/2012, Abeledo Perrot n° AP/JUR/3064/2012).

A su vez, las previsiones mencionadas guardan relación con lo establecido en las "Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad", aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que tuvo lugar en Brasilia entre los días 4 y 6 de marzo de 2008, normativa a la cual adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante la Acordada 5/2009. Vale mencionar que la Sra. Defensora General de la Nación, Dra. Stella Maris Martínez, por Resolución DGN 1353/11 recomendó a los Sres./as. Defensores/as. Públicos/as Oficiales y Funcionarios/as del Ministerio Público de la Defensa que, en el marco de los procesos en los cuales tomen intervención, y cuando ello resulte pertinente, invoquen las "Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de Vulnerabilidad" a efectos de garantizar la plena efectividad de los derechos de sus asistidos.

Las reglas de Brasilia prevén un estándar de atención, actuación y colaboración específica para que "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" y "tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial".

IV. Servicios de apoyo de la comunidad

Hasta aquí hemos explicado el sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica, el cual no debe ser confundido -aunque la jurisprudencia muchas veces indique lo contrario- con los servicios de apoyo de la comunidad enunciados en el art. 19 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El citado artículo reconoce el derecho de las personas con discapacidad a vivir en forma independiente y a ser incluido en la comunidad (derecho a elegir su lugar de residencia, sin verse obligados a vivir con arreglo a un sistema de vida específico), derecho que lógicamente se encuentra íntimamente relacionado con el ejercicio de la capacidad jurídica, cual es el derecho a tomar sus propias decisiones.

En tal sentido, para que la persona pueda llevar a cabo su proyecto de vida debe garantizársele el derecho a acceder a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su inclusión en la comunidad, evitando, de tal modo, su aislamiento.

Ello, sin perjuicio de las medidas de accesibilidad y ajuste razonable que debe proveérseles, conforme lo estatuido en el artículo 9° de la Convención.

De lo expuesto se sigue entonces que no necesariamente el servicio de apoyo brindado por una persona deba serlo también para el ejercicio de su capacidad jurídica ni viceversa.

Esta distinción que aquí marcamos entre las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de los servicios de apoyo de la comunidad resulta elemental, por cuanto recientemente se han dictado una serie de pronunciamientos donde se ha designado al Curador Público como "co administrador de apoyo" (a los fines de controlar al curador designado en la administración del dinero de una persona declarada incapaz en los términos del art. 141 del Código Civil) o como sistema de apoyo a los fines de facilitarle el cobro de la pensión de una persona que fue planamente rehabilitada pero se encuentra internado en el hospital Borda y no tiene ninguna persona de su entorno que lo pueda acompañar a una entidad bancaria para percibir su haber y, de hacerlo solo en su silla de ruedas, podría ser víctima de un robo.

V. Proyecto de reforma del Código Civil

Como es de público conocimiento actualmente se encuentra en tratamiento en la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación la "Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación".

En el capítulo dedicado a las restricciones a la capacidad, y como primer punto a destacar se establece en el art. 31, "a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en

un establecimiento asistencial; b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona...". Como puede verse, se recepta en primer término la presunción de capacidad de todas las personas conforme lo ya establecido en los arts. 52, 53, 54 y 140 del Código Civil; en el art. 3º de la Ley Nacional de de Salud Mental 26.657, y el principio pro hómine, criterio hermenéutico de interpretación y aplicación del derecho.

Seguidamente, fijada dicha base, se legisla respecto del modo y los efectos de la restricción a la capacidad y específicamente recepta en los arts. 32, 34, 38 y 43 el sistema de apoyos previsto en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ley 26.378.

El proyecto define como sistema de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica a "cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de la voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses e influencias indebidas. La resolución debe establecer la condición y calidad de las medidas y, de ser necesario, ser inscripta en Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas" (art. 43). Todo ello partiendo de la base que las limitaciones a la capacidad jurídica son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona (art. 31, inc. b).

Cabe destacar que en el art. 34, se asocia la intervención de los apoyos a la asistencia, distinguiéndola de la representación, al igual que en el art. 38, y a su vez se especifica la posibilidad de designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas según el caso.

Seguidamente, en el art. 38 se estipula que la sentencia debe determinar la extensión y alcance de la incapacidad y designar representantes o apoyos. A su vez, y en consonancia con lo actualmente previsto en el art. 152 ter del Código Civil (conf. art. 42 de la ley 26.657), si la persona está en situación de conservar su capacidad con limitaciones o restricciones, el juez declarará los límites o restricciones a la capacidad y señalará los actos y funciones que la persona no puede realizar por sí misma y a fin de que tome las decisiones pertinentes le designará los apoyos necesarios.

De lo expuesto se desprende que el sistema de apoyos se prevé para el ejercicio de la capacidad (título del párrafo), en orden a la toma de decisiones jurídicas: No se trata de un sistema de asistencia social, sino jurídico. Distinción elemental a tener en cuenta a la hora de dictar sentencia.

Por último cabe recordar que el concepto de asistencia asociado al sistema de apoyos ya fue expuesto en una reciente y fundada sentencia de los Tribunales del Mar del Plata en la cual se expuso que "El ejercicio de la capacidad jurídica con apoyo no importa una restricción a la capacidad de la persona con discapacidad, por carecer la figura de apoyo de representación, limitándose su actuación a brindar un mecanismo de asistencia y cooperación". (Abeledo Perrot n°: AP/JUR/2594/2012, Tribunal de Familia nro. 1 de Mar del Plata, 2.10.2012).

VI. Conclusión

Sin lugar a dudas nos honra que la Sra. Defensora General de la Nación -como precursora y garante del sistema convencional de apoyos previsto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad- nos designara para ejercer el cargo de curadoras definitivas de apoyo.

Es así que habiendo transcurrido escasos seis meses desde tal designación junto a nuestros defendidos, Magistrados, Funcionarios y demás operadores del sistema judicial como extrajudicial, hemos ido construyendo el alcance de nuestra función y sobre todo el alcance y delimitación de lo que implica establecer una medida de apoyo en los términos previstos en la Convención ya citada, valorando enormemente que muchos Juzgados del Fuero de Familia de la Capital Federal ya hayan dictado pronunciamientos judiciales en tal sentido, aun cuando -en algunos casos- diferimos de la interpretación dada a las medidas de apoyo.

En este corto análisis pretendimos explicar el marco convencional y normativo de jerarquía inferior actualmente vigente con el objetivo de señalar que los apoyos previstos en el art. 12 de la CIDPD se corresponden

con el ejercicio de la capacidad jurídica (y en ese sentido fue receptado en la Resolución DGN 1045/12), y no con la asistencia de la persona para el desempeño de las actividades de la vida diaria, cuestión contemplada en el art. 19 de la Convención, y que llegado el caso ello puede quedar cubierto a través de las prestaciones que brindan las obras sociales, o los programas de gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de las Provincias o incluso del Gobierno Nacional. Téngase al respecto en cuenta que la falta de atención médico-sanitaria y social comprometen la responsabilidad del Estado en virtud de las obligaciones internacionales asumidas (conf. sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Furlan y familiares c. Argentina del 31.8.2012)".

Va de suyo entonces que cuando se analizan los artículos 141, 152 bis y 152 ter del Código Civil a la luz del art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad corresponde ser cuidadosos en la valoración de las circunstancias de cada individuo a efectos de no exponerlo a un sistema que en definitiva lo deje indefenso o termine siendo solamente una ficción en pos de no herir susceptibilidades.

A modo de cierre y citando al distinguido Dr. Rosales podemos decir que la observancia de las cuestiones señaladas exigirá una "importante dosis de creatividad judicial, pero tampoco ello debe provocar una parálisis en el abordaje del nuevo modelo de reconocimiento de la capacidad amplia...". [\(6\)](#)

(*) Con la colaboración de Damián Lembergier.

(1) ROSALES, Pablo O., Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Buenos Aires, Abeledo Perrot; 2012; pp. 149/189.

(2) ROSALES, Pablo O., op. cit., p. 155.

(3) ROSALES, Pablo O., op. cit., p. 159.

(4) PALACIOS, Agustina - BARIFFI, Francisco, coordinadores, Capacidad Jurídica, discapacidad y derechos humanos, Ediar, Buenos Aires, 2012, p. 8.

(5) PALACIOS Agustina, Género, discapacidad y acceso a la justicia, "Discapacidad, Justicia y Estado - Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad", Infojus, Buenos Aires, 2012, p. 50.

(6) ROSALES, Pablo O., op. cit., p. 185.