

LA RECEPCIÓN DEL SISTEMA DE APOYOS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

MAGDALENA BEATRIZ GIAVARINO

I. LA DIMENSIÓN HUMANISTA DEL TEMA

Los últimos años, han presenciado un intenso movimiento del mundo jurídico, traducido no solamente en múltiples publicaciones sino también en centro de debates doctrinarios mucho materializados en su doctrina, en fallos judiciales enrolados en el principio *pro homine*, que evidencia la preocupación del pensamiento especializado por la tutela de la persona considerada en sí misma, en tanto ser individual y social.

Si bien conceptualmente, el ser humano ha sido siempre el destinatario del ordenamiento jurídico en tanto constituye la razón de su existencia, lo cierto es que la consagración normativa de los *derechos humanos* tanto a nivel supranacional como local, supuso la revalorización jurídica de bases morales reconocibles a todos los humanos bajo ciertos condicionantes¹.

Estas bases, suponen principios tales como el de inviolabilidad, el de autonomía y el de dignidad de las personas², todos los cuales se vinculan sin duda al ejercicio pleno de la aptitud volitiva del sujeto y con ello, de su autonomía privada a partir del reconocimiento de su capacidad para la dinamización de sus derechos civiles, económicos, sociales y culturales, lo cual ha despertado la preocupación no solo de la moderna doctrina y jurisprudencia, sino también de los legisladores que han ido generando o adoptando progresivamente, sistemas que permitan un efectivo afianzamiento de tales derechos fundamentales del individuo.

Desde esta óptica humanista y aproximándonos al tema que motiva esta reflexión, la salud del sujeto –considerada desde una perspectiva

¹ NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, 2ª edición ampliada y revisada, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 40.

² NINO, op. cit., p. 46.

socio-médica, superadora del clásico concepto dado por la OMS³– se ha convertido en un bien merecedor de tutela jurídica en sí misma, desde que traduce la aptitud del individuo para adaptarse al medio y autogestionarse, en función de sus circunstancias personales y su capacidad para interactuar con el entorno que lo rodea⁴.

Tal la filosofía inspiradora de los acuerdos internacionales que han reconocido el “derecho a la salud” de los individuos como fundamental e impuesto a los Estados Partes, la obligación de implementar políticas públicas tendientes a su preservación y resguardo de todo desconocimiento⁵.

Desde que la reforma constitucional de 1994 incorporara en el bloque constitucional los tratados que enuncia en su art. 75 inc. 22 y previsto el mismo rango para aquéllos que se aprobaran con posterioridad y versaran sobre *derechos humanos* (párrafo tercero, inc. 22), podríamos decir que la “salud” se ha convertido en un megabien cuya tutela resulta prioritaria por ser de raíz constitucional y por lo tanto, todos los recursos legales, judiciales y administrativos deben estar orientados a su protección.

³ La Constitución de la Organización Mundial de la Salud, define al salud, como “...un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (1948).

⁴ HUBER, M. - KNOTTNERUS, J. A. - GREEN, L., “Cuál debería ser la definición de salud”, *British Medical Journal*, 25/7/2011-BMJ 2011,343:d4163.

⁵ Así solo para mencionar algunos: “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948 “*Artículo XI Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad*”; “Convención Americana sobre los Derechos Humanos”, suscripta en San José de Costa Rica el 22/11/1969. Ratificada por la Rep. Argentina por ley 23.054 “*Artículo 4^a.1 Toda persona tiene derecho a que se respete su vida...*” “*Artículo 5^o. 1: Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral...*”; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, suscripto en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América el 19/12/1966 y ratificado por la Rep. Argentina por ley 23.313 “*Artículo 12.1: Los Estados partes en el presente Pacto, reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental...*”; “Protocolo de San Salvador” Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Adoptado en San Salvador, El Salvador – 17/11/1988 “*Artículo 10: Derecho a la salud: 1.- Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social...*” “*Artículo 18: Protección de los minusválidos: Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad*”.

II. EL PLANO NORMATIVO

En esta línea, se sancionó en su momento, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo⁶ (en adelante CDPD), incorporada a nuestro derecho interno por la ley 26.378⁷ sobre cuyos lineamientos se sancionara la ley 26.657⁸ y cuyos principios básicos en la materia, podemos decir que hoy aparecen incorporados en el nuevo Código Civil y Comercial.

Conceptualmente, la CDPD –al igual que los ordenamientos citados, vigentes al tiempo de la sanción del nuevo Código–, alude a la idea de “salud” en términos socio-médicos, proclamando iguales derechos y garantía en su titularidad y goce, de quienes por las limitaciones a sus capacidades físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, se ven impedidos de desplegar su autonomía en sentido pleno.

La eliminación de los obstáculos que no permiten a este colectivo humano interactuar en sociedad en igualdad de condiciones, es el objetivo de esta regulación que, reitero, tiene jerarquía constitucional.

A tal fin, la norma obliga a los Estados a efectuar *ajustes razonables* superadores de tales barreras (art. 2)⁹. Sin perjuicio de que volveremos sobre este concepto, vemos que el mismo se yergue como una directiva clara, generosa en su contenido pero al mismo tiempo precisa, enderezada a los autores de las políticas públicas en la materia y se complementa –entre otras– con previsiones tales como las que informan el art. 4 inc. a) y b) y el art. 12.

Hay por un lado, un escenario fáctico que comprende la situación de seres deficitarios en su relación con el mundo que los rodea, por la falta de aptitudes suficientes para el pleno goce de sus derechos y por el otro, una estructura normativa cuya esencia debe ser facilitadora de la superación de tales minusvalías.

Se enfrentan así dos planos a compatibilizar en torno de un objetivo único y aglutinador: asegurar al sujeto afectado, el ejercicio de sus derechos

⁶ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su sesión del 13 de diciembre de 2006,

⁷ Aprobada por ley 26.378 del 21 de mayo de 2008 (BO 9/6/2008).

⁸ Sancionada el 21 de mayo de 2008.

⁹ “Por ‘ajustes razonables’ se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

en paridad de condiciones con sus semejantes. De allí, esta directiva –convertida en obligación para el Estado que adhiere desde el momento que suscribe su integración a la CDPD– de realizar los *ajustes razonables* tanto en el diseño como en la implementación de sus políticas, de modo que las prácticas consecuentes, le permitan cumplir el antedicho objetivo.

Estos dos datos que nos aporta la CDPD: el perfil del sujeto amparado y su correspondencia con los *ajustes razonables* que requiere el abordaje de su problemática, son los que cobran importancia a la hora de buscar soluciones prácticas aún ante situaciones que no se encuentren previstas expresamente en el resto de la legislación vigente.

En este marco, otros dos conceptos aparecen como vitales en la realización de tal objetivo; éstos son el de los *apoyos* y el de las *salvaguardas*, que intrínsecamente, guardan estrecha correspondencia. Si bien en este caso, la CDPD no da un contenido a dichos términos, los ubica en un contexto que nos permite una comprensión de los mismos desde una perspectiva finalista.

En oportunidad de reflexionar sobre el entonces Proyecto de Unificación¹⁰, destacaba el hecho que asignar una significación concreta a tales términos, si bien podía parecer una cuestión menor, “... *resulta de relevancia a poco que se observa que no tienen una acepción jurídica en nuestro derecho interno, por su poca frecuente utilización*¹¹ *y las dificultades que acarrea la atribución de un sentido técnico preciso*”.

Así que mientras por *apoyo* entendemos protección, auxilio o favor¹², ayuda o confianza¹³ y que si buscamos sinónimos, ellos los encontramos en los términos: amparo, defensa, patrocinio, protección, socorro, aliento, aval¹⁴, por *salvaguardia* o *salvaguarda*, entendemos custodia, amparo o garantía¹⁵, defensa o protección de una cosa o persona¹⁶, siendo sus

¹⁰ GIAVARINO, Magdalena Beatriz, “La implementación de los sistemas de apoyo en la falta de capacidad y el Proyecto de Reforma”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Año 5, N° 10, noviembre de 2013.

¹¹ Ello, no obstante, su utilización en diversos instrumentos internacionales. Se puede consultar al respecto, un muy interesante trabajo de OLMO, Juan Pablo y MARTÍNEZ ALCORTA, Julio, titulado “Art. 12. Medidas de apoyo y de salvaguardia. Propuestas para su implementación en el Régimen Jurídico Argentino”, merecedor de la 1ª Mención en la Comisión II del I Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos”, celebrado en Buenos Aires, el 10 y 11 de junio de 2010. (<http://www.articulo12.org.ar>).

¹² *Diccionario de la Real Academia Española*, 2 acepción.

¹³ *Diccionario Manual de la lengua Española*, Vox, Larousse, 2007.

¹⁴ *Diccionario de Sinónimos y Antónimos*, Espasa Calpe, 2005.

¹⁵ *Diccionario de la Real Academia Española*, 4 acepción.

¹⁶ Ob. cit. en referencia 4.

sinónimos: aseguramiento, guardia, vigilancia, cuidado, seguridad, defensa, custodia¹⁷.

Vemos entonces que si bien ambos términos podrían operar como sinónimos, en aras de una mejor conceptualización jurídica, si hemos de encontrar un denominador común para internalizar qué entendemos por *apoyo* lo hallaríamos en la idea de “ayuda”, “socorro”, podríamos decir con el aditamento de la “confianza” y si quisiéramos hacer lo propio respecto del término *salvaguardia*, el común denominador lo encontraríamos en la idea de “garantía”, “defensa”.

Tales disquisiciones, llevaron a la conclusión que ambos conceptos, debían “...representarse en los hechos, como acciones –positivas o negativas– enderezadas a superar las condiciones deficitarias del individuo en vista del goce pleno de sus derechos, sin merma de su dignidad personal”.

Frente a este panorama normativo, el Código Civil y Comercial recientemente sancionado, consagra a nivel nacional interno y ya sin lugar a dudas, lo que denomina “*Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad*” con el evidente propósito de instituirlo como recurso eficaz en el resguardo de los disminuidos en su capacidad de obrar.

III. LOS SUJETOS TUTELADOS

Líneas arriba, destacábamos que en el nuevo paradigma de tutela de las personas con capacidades diferentes, es el sistema el que debe estar al servicio del colectivo tutelado y, en este marco, hemos de dedicar unas breves reflexiones al mismo.

En este sentido, la CDPD es más que clara en orden al universo de situaciones contempladas en su normativa. Partiendo de la base de igualdad de todos los sujetos en el goce de sus derechos y garantías fundamentales, protege especialmente a quienes se encuentran en inferioridad de condiciones para interactuar con sus semejantes a raíz de “...deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo...” para que puedan superar los obstáculos en que se traducen, dichas minusvalías funcionales (art. 1, párrafo segundo).

Desde este enfoque conceptual, vemos que todo el sistema de protección se centra en el sujeto en tanto ser deficitario, condicionado por mermas en sus capacidades naturales para desarrollarse dentro de parámetros previsible en su ciclo vital. Es evidente que las causas que habilitan

¹⁷ Ob. cit. en referencia 5.

la protección y el factor tiempo, aparecen como datos relevantes a la hora de decidir medidas que suponen, en el fondo, una intromisión en la vida privada del sujeto y que por tal razón, deben ser adoptadas, interpretadas y ejecutadas priorizando su dignidad personal.

Las causas que la CDPD toma en cuenta, configuran en sí mismas, otras tantas situaciones que deben ser atendidas por la legislación interna en todos los ámbitos y circunstancias consideradas por aquélla.

Dentro de esta perspectiva, el reconocimiento de su “personalidad jurídica” –lo que implica reafirmar la regla de la capacidad de ejercicio (art. 12)– y la garantía plena del “acceso a la justicia” en igualdad de condiciones “...*incluso mediante ajustes de procedimiento*” (art. 13), no deja lugar a dudas sobre la necesidad de arbitrar los mecanismos necesarios para cumplir con las obligaciones asumidas por el Estado al ratificar la Convención.

La operatividad de dichos principios, no puede buscarse sino en la legislación civil de fondo, desde que todo lo atinente a la afectación de derechos esenciales de las personas, es materia de alcance nacional. En este sentido, no podemos menos que reparar en el que fuera durante más de un siglo, nuestro añejo pero sabio Código Civil que, con las modificaciones que fue recibiendo en la última década, podemos decir que lentamente incorporó este nuevo ideario en materia de tutela a grupos vulnerables.

Así, del tradicional y rígido sistema de “incapacitación absoluta” que preveía VÉLEZ SANSFIELD para quienes padecieran algunas de las enfermedades mentales que enumeraba en el art. 141, pasamos a la reforma de la ley 17.711 donde ya no se catalogan patologías, sino que se abre la posibilidad de incluir en dicho estatus, a los que padezcan “enfermedades mentales” en general y además, ello los afecte personalmente o en su vida de relación. Si bien se impuso así el llamado criterio mixto para determinar el presupuesto normativo, lo cierto es que no hubo modificación alguna en orden al estatus jurídico de los amparados. Pero la reforma de 1968 avanzó aún más en los reclamos de la doctrina incorporando como art. 152 bis. otras situaciones fácticas merecedoras de tutela y así al caso extremo del art. 141 sumó a los adictos al alcohol y a las drogas y a los “disminuidos en sus facultades” –interpretadas como “mentales”– en tanto estuvieran expuestos a perjudicarse personal o patrimonialmente, con el libre ejercicio de su capacidad de obrar y amplio.

Resumiendo el punto, podemos decir que al tiempo de entrada en vigencia de la CDPD nuestro sistema jurídico reconocía una protección especial a quienes afectados por una disminución síquica orgánica o funcional o producto de una adicción, aparecían como seres vulnerables,

susceptibles de ser avasallados en sus derechos y en inferioridad de condiciones frente a su prójimo a la hora de hacer valer aquéllos. La causa disparadora de la tutela era entonces la alteración síquica, el presupuesto biológico, la consecuencia variaba entre el desconocimiento de su capacidad de ejercicio –con la consecuente validación del obrar de un tercero en su reemplazo– y un reconocimiento limitado de dicha aptitud, desde que con la “inhabilitación” si bien el sujeto en principio la conservaba, tenía una fuerte restricción para disponer de su patrimonio y a veces para administrarlo, lo que podía hacer con asistencia de un tercero.

No había otras causas que las afecciones de la mente –aún derivadas de conductas desarregladas– ni otra solución que colocarlos en un estatus jurídico rígido, estructurado *a priori*, más allá de cuál sea la real situación del sujeto involucrado.

Vale en este punto hacer un alto para dos apreciaciones. En primer lugar, al tiempo de la sanción de la reforma del año 1968, la necesidad de interpretar el art. 152 *bis*, inc. 2, llevó a la doctrina a dividirse en cuanto a los alcances que cabía darle a la expresión “disminuidos en sus facultades” pretendiendo que la locución contemplara igualmente a los deficitarios físicos que por tal motivo, se vieran impedidos de expresar su voluntad a pesar de contar con pleno discernimiento¹⁸. La postura triunfante los consideró excluidos.

Sin embargo, los proyectos de unificación de las legislaciones civil y comercial, han retomado el punto y así, el Proyecto de 1998 preveía la inhabilitación de los “*disminuidos en sus facultades físicas*” (art. 42) y en una versión que circulara en el año 2012 del entonces Anteproyecto de Código Civil y Comercial Unificado, no solo se contemplaba la incapacidad por “*causa de enfermedad mental*” y la restricción a la capacidad de obrar, por “*causa de adicción o alteración funcional permanente o prolongada*” (art. 32), sino que se incluía la posibilidad de recortar la capacidad del sujeto “*por razones de salud*” (art. 31). Vemos que el tema de la aptitud física deficitaria que supone obstáculos en el despliegue de la plena autonomía del sujeto, no está sepultado

Por otro lado, a pesar de la rigidez normativa, lo cierto es que no solo la doctrina, sino fundamentalmente la jurisprudencia comenzó a flexibilizarse en cuanto al decreto de la incapacidad. Así, se fueron abriendo brechas en forma progresiva para dar cabida a las nuevas tendencias

¹⁸ TOBIAS, José W., *La inhabilitación en el derecho civil*, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 90 y ss. El autor explica las posturas doctrinarias y las razones por las cuales terminó imponiéndose la que excluía a los deficitarios físicos.

en materia de revalorización del individuo en situación de vulnerabilidad como merecedor de una consideración igualitaria en todos los órdenes de su vida personal y social. Los cambios entraron fundamentalmente por un redimensionamiento de las funciones propias de la “curatela” o por el cuestionamiento de la constitucionalidad de los arts. 141 o 152 *bis* del Cód. Civil¹⁹.

Lo expuesto precedentemente, implicó un abrirse camino en la revalorización del individuo en cuanto ser demandante de determinada tutela; el centro neurálgico fue pasando progresivamente del “sistema” al “sujeto”.

Así llegamos a dos puntos de inflexión del sistema, muy importantes: la aprobación de la CDPD en el año 2008 y la sanción de la ley 26.657 en el año 2010. La primera, amplió el espectro de sujetos tutelables en razón de su “discapacidad”, la segunda operativizó dicha tutela parcialmente, solo respecto de los padecientes mentales y los adictos, estableciendo un catálogo de derechos en su relación con el “sistema de salud mental”, es decir, como pacientes.

Esta última norma, adoptó así un régimen de protección en la misma línea contemplada por el entonces vigente Código Civil al que de hecho, modificó agregándole el art. 152 *ter* y reformulando el art. 482.

Cabe destacar a esta altura que, más allá de las modificaciones introducidas al sistema por entonces vigente –por cierto, muy positivas–, en orden a los sujetos tutelados, el universo de situaciones consideradas no fue alterado. Es que el mismo, sigue asociando la protección judicial a la revisión de la capacidad de hecho del individuo y ésta a su vez, condicionada por la debilidad mental en sus distintos grados más la vulnerabilidad decisoria en que se puede encontrar el adicto a raíz de su dependencia tóxica. Las distintas legislaciones procesales, se encolumnan en igual línea de actuación.

Sin embargo, con la vigencia de la CDPD no podemos decir que otras situaciones donde el sujeto está en inferioridad de condiciones para ejercer plenamente sus derechos, puedan quedar fuera del amparo judicial desde

¹⁹ Así es ya famoso la sentencia de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del año 1985, en autos “V., J.L”, LL 1985-E:47. También misma Sala y año, autos “E.de C., M. C.”, LL 1986-B:273. RIVERA, Julio C., en *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*, director BELLUSCIO, Augusto, t. I:153; MAZZINGHI, Jorge A. (h), “Dementes, sordomudos, inhabilitados y enfermos internados”, ED, t. 59:768; ver el fallo dictado por el Tribunal de Familia N° 1 de Mar del Plata, en autos “D., E s/insania y curatela” del 22/10/2009, declarando la inconstitucionalidad del art. 141 y designando un representante especial en la persona del Curador Zonal (LLOnline: AR/JUR/46054/2009-RDFyP-2010(enero); 268),

que están alcanzados por el reconocimiento igualitario de su capacidad jurídica y el sistema que ella establece para superar las restricciones a este ejercicio (art. 12)²⁰.

El tema, es cómo acceder al mismo, máxime teniendo en cuenta garantías establecidas puntualmente por la propia CDPD (art. 13) y por las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, a las que adhiriera la Corte Suprema de Justicia por Acordada N5/2009²¹.

III. LOS NECESARIOS “AJUSTES RAZONABLES”

Así ubicados frente al espectro de situaciones alcanzadas y la anomia respecto de otras, me habré de referir ahora a lo que la CDPD denomina, tal el título del presente capítulo, *ajustes razonables* y que ella misma se ocupa de conceptualizar en su art. 2²² lo que nos permite tomar a dicha locución como una directiva de actuación impuesta a los Poderes públicos, organizaciones, personas, entes en definitiva, operadores del nuevo sistema. Y esta directiva, cabe sea interpretada en un doble sentido: positivo, en tanto obligación de los Estados de modificar y/o implementar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de cualquier índole que asegure

²⁰ Es de destacar al respecto, que la proyectada reforma a la legislación civil y comercial sigue en este aspecto, iguales lineamientos en general (arts. 23, 24 inc. *b*) y *c*), 32, 37 y coinc.), a pesar que –como se expondrá en el texto, más adelante, deja abierta una puerta a otras situaciones que, sin definir las por su causa, les da un contexto desde una solución jurídica.

²¹ Las Reglas son muy claras en el punto, en cuanto establecen que “...*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....*” (Capítulo I-Preeliminar-Sección 1ª: Finalidad); consideran beneficiarios de ellas a los sujetos en condición de vulnerabilidad, dentro de lo cual considera a los que padecen discapacidad (Sección 2ª –Beneficiarios de las Reglas–1.(3)-(4)) y define la discapacidad como: “...*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....*” (Sección citada, 4.).

²² “...*se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular; para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales...*”.

la viabilización de los objetivos de la CDPD y negativo, en tanto cualquier mecanismo que se implemente y que redunde en la afectación del estándar de “capacidad plena”, debe respetar un criterio de “razonabilidad”, compatible con las necesidades que imponen las circunstancias personales del sujeto y la preservación de su autonomía.

Este tema se impone como un condicionante del actuar de los distintos estamentos a quienes le cabe la responsabilidad de la operatoria en estas situaciones y viene a integrar la base legitimante del sistema de *apoyos* que es motivo de la presente reflexión.

En este contexto, si nos trasladamos a la aptitud del sujeto para ejercer por sí sus derechos y pensamos en las restricciones prácticas que pueden derivar de su minusvalía, forzoso es centrarnos en la pauta contenida en el art. 12 de la CDPD, a la luz de la cual se redactara el art. 152 *ter* del anterior Código Civil que no obstante su altísimo valor en el plano fáctico, podemos decir que quedó a mitad de camino.

Repasemos cuál es el panorama a la hora de articular medidas de tipo judicial para proteger a quien carece de la cabal comprensión de sus actos.

Como mencionáramos líneas arriba, si bien la reforma que supuso la sanción de la ley 26.657, con su propio texto y los cambios introducidos en el Código Civil de VÉLEZ implicaron un sustancial avance en el tema, no superó el hecho de necesitar cuestionar la capacidad jurídica para habilitar el mecanismo judicial.

Si bien se aprecia, la nueva legislación consagró la coexistencia del viejo sistema de VÉLEZ reformado por la ley 17.711, de “incapacitación” e “inhabilitación”, agregándole la posibilidad expresa que el juez interviniente gradúe la limitación a la capacidad en función de las circunstancias personales del sujeto. Pero todo ello, en el marco de un proceso judicial, en el mejor de los casos, de “restricciones a la capacidad” que se mueve dentro de los legislados procesalmente, como de “Incapacidad” e “inhabilitación”.

Por otro lado, como objeto de intervención judicial autónoma, teníamos el consagrado en el art. 482 del Cód. Civil en tanto permitía habilitar la instancia con la internación del sujeto y de allí, controlar sus posibilidades de ejercicio pleno de sus derechos, pero la nueva redacción dada a la norma le cambió el sentido, haciendo desaparecer dicha posibilidad.

En la legislación adjetiva nacional, nos queda el recurso del art. 234 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación según texto dado por la ley 26.061, que valida como medida cautelar sobre protección de personas, la “guarda” de los “incapaces” mayores de edad, cuando mediara abandono, falta de representación suficiente o conflicto con sus

representantes con relación a la curatela Siempre seguimos requiriendo la condición de “incapaz”.

Frente a este panorama antecedente al nuevo Código Civil y Comercial, nos encontramos con el art. 12 de la CDPD, cuyo inc. 3 establece que “*Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*”. Como sabemos, la CDPD no parte de la “incapacidad” como regla, por el contrario, su regulación se asienta en la capacidad jurídica de todos en igualdad de condiciones, por lo tanto para alcanzar dicho estándar fáctico y jurídico y superar las desigualdades provocadas por las minusvalías aptitudinales de ciertos individuos, impone a los Estados la obligación de concretar –en todos los niveles– los *ajustes* que *razonablemente* los lleve a la materialización de tal objetivo.

En este marco se inserta la idea de *apoyos*, a modo de solución genérica superadora desde lo conceptual, de los estados deficitarios que obstan al pleno ejercicio de los derechos de los individuos.

IV. LOS APOYOS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Como se apuntara líneas arriba, la legislación previa a la actual codificación nos ofrecía –y la ley procesal lo sigue haciendo– recursos diagramados para personas que ingresan en el sistema a raíz de una deficiencia síquica que jaquea su estatus jurídico, quedando fuera del mismo –por lo menos, *a priori*– aquéllas situaciones de vulnerabilidad jurídica originada en la ineptitud del sujeto para autogestionarse en alguno de sus derechos, pero que no aparecían con una entidad tal, que justificara un cambio de estatus.

Si bien un enunciado como el contenido en el transcripto art. 12, inc. 3 es lo suficientemente amplio para encuadrar medidas de distinto tipo –asistenciales, culturales, laborales, económicas, etc.–, lo cierto es que compatibilizando el punto con las garantías consagradas en los ya citados art. 13 de la CDPD y en la Reglas de Brasilia, la exigencia de realizar *ajustes razonables* suponía la necesidad de implementar recursos judiciales no solo que invistan el carácter de instrumentos idóneos en la consecución del objetivo prioritario de respetar al máximo el margen de autonomía del sujeto, sino que den marco y operen como *salvaguarda* del objetivo que se persigue.

De este último aspecto de la CDPD –que reitero, es derecho vigente con rango constitucional–, no se hizo eco en su momento, la sancionada

ley 26.657 pero sí fue acertadamente consagrado en el nuevo Código Civil y Comercial. No obstante cabe destacar que aún con una insuficiente regulación de los *apoyos* y *salvaguarda* en la legislación civil, los mandatos en este sentido, impuestos por la CDPD generaron la positiva conciencia que debían ser observados por ser éstos atinentes a los más excelsos derechos de los individuos.

El Código Civil y Comercial se dedica al punto en varios de sus artículos. El núcleo central, está contenido en el art. 43 donde se expone sobre el *concepto, función, designación* de lo que titulariza “*Sistema(s) de apoyo al ejercicio de la capacidad*”. Si hemos de recurrir al Diccionario de la Real Academia Española, el término *sistema* nos conecta con la idea de articulación de principios, reglas o cosas, que se ordenan racionalmente entre sí y en torno de un objeto²³.

El Código se refiere al punto, como *sistemas*, en plural, lo cual parece indicar que hay más de un plano en el cual se pueden articular los mentados *apoyos*. Tal enfoque resulta pertinente, si apreciamos el contenido con que el mismo artículo, dota a la idea de *apoyos*.

En tres párrafos, cumple acabadamente el cometido con que se lo titulara. En cuanto al concepto, repárese que alude a *cualquier medida judicial o extrajudicial* que sea *necesaria* para que el afectado tome decisiones respecto de su persona y bienes.

En este punto, forzoso es hacer una referencia al universo de sujetos respecto de los cuales el nuevo Código admite revisar su capacidad jurídica por ser ellos, aquéllos a los que –en principio– estarían destinados estos *apoyos*.

La generalidad con que el primer párrafo del art. 43 conceptualiza estos *sistemas*, se puede decir que contrasta con lo normado en los arts. 23 y 24 inc. *b)* y *c)*, 32, 34, 38 o 47, en tanto vinculan dicha solución superadora, al cuestionamiento de la aptitud mental del sujeto y consecuente intervención sobre su capacidad por tal causa. Pero la CDPD tutela a un colectivo mucho más amplio.

Sobre este último aspecto, me permito considerar que la CDPD es plenamente operativa y que de ser requerido por un sujeto “discapacitado no mental” alguna medida de apoyo para el ejercicio pleno de alguno de sus derechos, cabe la intervención de la justicia.

Y aquí es donde cabe la conexión con la generalidad y abstracción con que se definen los *sistemas de apoyo* en el art. 43.

²³ Ver Diccionario RAE, 1ª y 2ª acepción de la palabra *sistema*.

Pensemos el punto desde otro ángulo. Si se está cuestionando judicialmente la capacidad jurídica de un individuo, si ese es el objeto del proceso, la medida necesaria que le permita interactuar en un negocio jurídico u operativizar un derecho del que se ve privado, se dispondrá en dicho marco dentro de la variedad e informalidad propia de un proceso de esta naturaleza.

Si se trata de la imposibilidad de ejercicio por causa de una negativa que obliga a controvertir un acto de una autoridad pública o un particular que desconoce su derecho, podrá recurrir a la vía de amparo (art. 43 CN), Si el sujeto se ve privado compulsivamente de su libertad personal, tiene abierta una vía judicial autónoma de control de su internación, con abogado que verifique el alcance de la restricción.

Pero qué pasa si el sujeto jurídicamente capaz, por ejemplo, tiene comportamientos erráticos en la atención de su salud cuidado personal que lo colocan en riesgo sanitario o si es una persona semianalfabeta o un deficiente sensorial que está en inferioridad de condiciones para negociar ciertos actos patrimoniales. No son merecedoras de alguna instancia autónoma que les satisfaga?, a veces el hecho que en lo patrimonial, se prevea la institución de la “lesión” (art. 332) para revisar negocios cerrados en desigualdad de condiciones por situaciones deficitarias del sujeto lesionado, llega tarde.

Se podría pensar que podemos resolver el tema, por vía de las llamadas medidas “autosatisfactivas” no reguladas legalmente a nivel nacional, pero que, conceptualmente responderían a este tipo de planteos²⁴. Sin embargo la jurisdicción no se habilita a base de un conflicto, como podría dirimirse de modo urgente en una cautelar o una autosatisfactiva, sino a partir de una pretensión tutelar que facilite la remoción de obstáculos que afectan al pleno ejercicio de los derechos. Quizás cabría recurrir a la vía de la información sumaria –que obviamente será condición para fundar

²⁴ Refiriéndose a las medidas de tutela urgente, leemos que “*En un cuarto estadio, aparecen aquéllos casos en que la situación transcurre por la evidencia de la situación de hecho invocada, así como por la frustración del Derecho en caso de no proveerse a la medida que se requiere. A tales modalidades en la convicción del juez se adiciona la circunstancia de que la finalidad perseguida con la medida se agota en sí misma. No siendo necesaria ninguna otra actividad procesal, y mucho menos una sentencia en juicio de conocimiento para la satisfacción del interés comprometido. En estos casos es tan evidente la situación fáctica y el riesgo de frustración del Derecho que, aunado a las especiales características (excepcionales) de la situación, tornando innecesario un litigio ulterior...*”, ARAZI, Roland - KAMINKER, Mario en la obra *Medidas autosatisfactivas*, PEYRANO, Jorge –director–, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 37 y ss.

la intromisión del Estado en la vida privada del sujeto involucrado—, pero ocurre que la medida apetejada puede no agotarse en un solo acto, puede diferirse o dilatarse en el tiempo y todo ello, requerir una supervisión del tribunal que la dicta.

Este panorama muy sucintamente reseñado, nos pone frente a la necesidad de repensar o rediseñar no ya los marcos procesales, hoy obsoletos, sino el alcance con que deben considerarse estos *apoyos*.

Repárese por un lado, que el art. 48 al regular la institución de la *inhabilitación* que se reserva solamente al caso de la prodigalidad, también recurre a un *apoyo* con la interpretación que asignáramos a este término de *ayuda*, *auxilio*, *protección* y, por otro lado, que el segundo párrafo del art. 43 es bastante ilustrativo en tanto nos marca cuál es el contenido de la función para el cual se decide un *apoyo* o una *red de apoyos*.

Entendida la *función* como tarea que debe realizar el agente ejecutor de la decisión judicial, en realidad el artículo se refiere al objetivo que debe perseguir esa tarea debiéndose recurrir para dar un contenido semántico al término, a la conjugación —principalmente—, de los arts.32, 34, 48, 101 inc. c), 102 y 103.

De la armonización de todos ellos —fundamentalmente, del art. 32— surge que la medida de *apoyo* supone en quien la realiza, una tarea de *asistente*, mientras que cuando no es posible hablar de restricción a la capacidad de obrar y proceda la interdicción del sujeto, entonces la institución pasa a ser la *curatela*, donde quien personifica la ayuda, el auxilio en realidad tiene una tarea que es sustitutiva de la voluntad del sujeto, es de *representación*.

Esto quiere decir, que en el nuevo Código Civil y Comercial, las medidas de *apoyo* estarían reservadas solamente para los supuestos de restricción a la capacidad jurídica por razones de adicciones y alteraciones mentales (art. 32, 34, 38 y conc.), pero el art. 43, regula los “*sistema de apoyo para el ejercicio de la capacidad*” como una institución autónoma, con una finalidad propia, lo cual permitiría deducir que vale para todo tipo de situación donde esté comprometido el ejercicio de la capacidad plena (repárese, fundamentalmente, en el segundo párrafo)²⁵.

²⁵ GIAVARINO, Magdalena B., “La implementación de los sistemas de apoyo en la falta de capacidad y el Proyecto de Reforma”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Año V, Nº 10, noviembre de 2013, ps. 201 y ss.; NAVARRO LAHITTE SANTAMARÍA, Adelina - PINTO KRAMER, Pilar María, “Discapacidad, medidas de apoyo y cambios receptados desde el ámbito jurisdiccional”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Año V, Nº 8, setiembre de 2013, ps. 169 y siguientes.

Me permito reflexionar que esta idea, encuentra abono en la redacción dada al art. 103 referido a la competencia del Ministerio Público, en tanto establece que su actuación procede “...*respecto de personas... incapaces y con capacidad restringida y, de aquéllas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos...* tanto en el ámbito judicial como extrajudicial.

Por último, el párrafo tercero del art. 43 se dedica a fijar una serie de pautas para la designación de quienes han de materializar la o las respectivas medidas de *apoyo*. Se trata de reglas de contenido pragmático que apuntan, obviamente, a evitar el avasallamiento del sujeto protegido sea directamente o por vía de las tan frecuentes rencillas familiares o afectivas.

V. PARA CONCLUIR

Toda esta temática, por lo moderna desde el punto de vista de su regulación y lo compleja, desde lo sustancial y lo operativo, lleva a la necesidad y conveniencia de reflexionar por un lado, sobre la necesidad de consolidar algún tipo de recurso procesal sistematizado, estandarizado, que no dependa exclusivamente de la discrecionalidad del juez interviniente, de carácter tutelar, urgente y autónomo cuyo objeto sea la decisión de una o varias medidas de *apoyo* concreto y su control —a modo de *salvaguarda*— y por el otro lado, sobre la inclusión bajo su amparo, del resto de las situaciones deficitarias tuteladas por la CDPD, cuando dichas minusvalías, se traduzcan en vallas para el pleno y regular ejercicio de los derechos del sujeto deficitario.

En este sentido, parece imperioso modernizar las estructuras procesales, reforzando el empoderamiento que consagra el nuevo Código Civil y Comercial respecto del magistrado interviniente, principalmente en lo que hace al alcance sustancial de las decisiones que supongan los *apoyos* y las *salvaguardas* que debe instituir en supervisión de efectivo cumplimiento de aquéllos.

De todos modos, se ha dado un paso muy importante que obliga también a los operadores jurídicos en todos los estamentos, a una concientización en sus prácticas y a un abordaje de la tutela de los deficitarios desde un ángulo integrador, intersectorial, sin disputas por los roles que cada sector debe asumir y centrando la decisión judicial respecto del ejercicio pleno de sus derechos, en la dignificación del sujeto.

ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO

su visión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Dirección

GRACIELA CRISTINA WÜST

Autores

VIRGINIA ABELENDA - LILIANA ABREUT DE BEGHER

JUAN M. ALTERINI - ALEJANDRA CHINCHILLA

JOSÉ M. GASTALDI - MAGDALENA B. GIAVARINO

MARTA DEL ROSARIO MATTERA - NORY B. MARTÍNEZ CHIALVO

JUAN A. STUPENENGO - BEATRIZ A. VERÓN - GRACIELA C. WÜST



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Abril de 2016

Estudios de Derecho Privado : comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación / LILIANA ABREUT DE BEGHER ... [et al.] ; compilado por GRACIELA C. WÜST. - 1a ed adaptada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

240 págs. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-8-9

1. Derecho. 2. Código Civil y Comercial. I. ABREUT DE BEGHER, LILIANA II. WÜST, GRACIELA C., comp.

CDD 346

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina