

Comisión nº 1: Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”

LA AUTONOMIA DE LAS MEDIDAS DE APOYO

Autoras: Magdalena Beatríz Giavarino y Mónica Patricia Balmaceda*

Resumen.

El presente trabajo tiene por objeto aportar algunas reflexiones vinculadas a la institución del “apoyo” en el marco de la legislación vigente.

La figura, incorporada en nuestro sistema jurídico a partir del año 2008 con la aprobación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aparece consagrada en el art. 43 del Código Civil y Comercial como propia de un sistema de asistencia a los sujetos que lo requieren para el “...ejercicio de la capacidad”.

Sin perjuicio de ello, entendemos que el recurso del “apoyo” se presenta como idóneo y legalmente aplicable, también a situaciones que exceden las previstas por el nuevo Código como causa determinante de las restricciones a la capacidad de ejercicio.

Postulamos así su autonomía conceptual en el marco del nuevo paradigma tutelar.

1. Introducción.

Sabido es, que entre las muchas modificaciones que informan el nuevo Código Civil y Comercial Unificado, destacan las vinculadas a la persona humana en tanto sujeto de derechos con pleno reconocimiento de su autonomía personal y libertad para autodeterminarse; así lo vemos respecto de temas tan sensibles como los vinculados a los derechos sobre sí mismo o sus atributos en tanto personas o a instituciones tan caras a su vida privada y de relación, como las atinentes a su posicionamiento familiar y parental.

Dentro de este plexo de normas y principios, el presente trabajo hemos de dedicarlo a aportar algunas breves reflexiones en torno de un capítulo muy puntual de los derechos del sujeto, cual es el que se refiere a su protección en circunstancias de vulnerabilidad que lo colocan en desigualdad de condiciones respecto de sus semejantes, para ejercerlos en plenitud por sus propios medios.

Sostenido en principios tales como la autonomía, la inviolabilidad y la dignidad de la persona humana ínsitos expresa o implícitamente, en distintos preceptos del nuevo Código, se instituye un sistema de regulación del pleno ejercicio de los derechos que le asisten en situaciones donde causas naturales obstan a la comprensión de sus actos.

* Magdalena Beatríz Giavarino, Profesora Adjunta-Fac. Derecho-UBA. Mónica Patricia Balmaceda, Profesora Adjunta-Fac.Derecho-UBA.

No cabe duda que congruente con el principio *pro homine* asentado entre otros valores, en el respeto a la autonomía del sujeto, la sustitución de su voluntad por un tercero, por más buenas intenciones que lo inspiren, no deja de ser una invasión a la personalidad del sujeto que, naturalizada, llega a su cosificación.

Ello así, el Código Civil y Comercial Unificado adopta en el tema que nos ocupa, dos principios liminares: a) la interferencia en la capacidad de ejercicio cuando se trata de una persona básicamente capaz, solo procede por causas de “alteración mental” o “adicciones”³ y b) el margen de aptitud natural conservada, debe complementarse con otra voluntad que acompañe, ayude, facilite pero nunca excluya. Aquí aparece el sistema del o los apoyos y su contracara, las salvaguardas o salvaguardias, término éste no incorporado en la nueva legislación civil.

Pero volviendo al tema del estatus jurídico del sujeto cuando se ha visto sometido a un cuestionamiento de su capacidad, advertimos que el art. 32 que conceptualmente engloba los dos supuestos de excepción, definen la situación jurídica del causante –y así lo expresa su propio título- como “persona con capacidad restringida y con incapacidad”.

Más allá de la amplitud de criterio y los principios humanísticos que han de ponderarse en todas las instancias de determinación de la aptitud jurídica de obrar, lo cierto es que tenemos entonces tres estatus que suponen categorías jurídicas: el sujeto es “capaz”, “capaz restringido” o “incapaz”.

Estas categorías se reflejan en distintos artículos del nuevo Código. Así vemos el artículo 59 en relación al consentimiento informado, establece que ninguna persona con discapacidad (lo cual supone una persona capaz) puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite. El artículo 110 excluye a las personas *inhabilitadas, incapaces o con capacidad restringida* para ser tutores. El artículo 603 establece la posibilidad de que la adopción sea unipersonal por parte de personas casadas o en unión convivencial, si el cónyuge o conviviente ha sido declarado persona incapaz o de capacidad restringida, y la sentencia le impide prestar consentimiento válido para este acto. El artículo 1195 establece la nulidad de la cláusula que impide el ingreso o excluye del inmueble alquilado, a una persona incapaz o con capacidad restringida. En relación a la mandato el artículo 1333 establece las obligaciones de los terceros cuando sobreviene la incapacidad del mandatario o del mandatario, y el artículo 1535 prohíbe celebrar contrato de comodato a los curadores y apoyos, respecto de los bienes de las personas incapaces o con capacidad restringida, bajo su representación. En el ámbito sucesorio los artículos 2297 y 2331 establecen limitaciones o requisitos cuando el heredero sea persona una persona incapaz o con capacidad restringida. El artículo 2543, en relación a la prescripción, suspende su curso entre las personas incapaces y con capacidad restringida, durante la curatela o la medida de apoyo.

Por otra parte y ya desde un ángulo procesal, dentro de la preceptiva del Código que contiene normas adjetivas, nos encontramos que la sentencia “...*determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitany señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción*” (art. 38) y “...*debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las*

³Omitimos aquí referirnos a la “inhabilitación” reservado en el nuevo Código al pródigo como único supuesto, desde que no lo incluye expresamente como “incapaz restringido”, a pesar que como “adicto” al gasto compulsivo termina teniendo restringida su capacidad patrimonial, si bien con ciertas particularidades.

Personas...” (art. 39), procediéndose a la “...*inmediata cancelación registral...*” cuando desaparecen las restricciones (art. 39 in fine)-

Los apuntes que informan estos últimos párrafos, remarcan el hecho que la sentencia que determine la relación capacidad-incapacidad en el sujeto, lo coloca en un determinado estado frente al derecho, con todas las consecuencias que ello trae aparejada, inclusive para el ejercicio de otros derechos no cercenados en la sentencia.

Como contrapartida a estos cambios de estatus, la normativa prevé, como recordáramos, un recurso facilitador: el o los apoyos, cuyo objetivo existencial, es proveer a que el sujeto “apoyado” pueda tomar sus decisiones y obrar en consecuencia sobre la base de la comprensión de las circunstancias que requieren de su decisión u obrar.

Esta idea de la ayuda, el complemento, la asistencia surge del art. 12 de la Convención Sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad que, en definitiva, compele a los Estados Partes a adoptar todas las medidas, de cualquier naturaleza, a fin de permitir la superación de las desventajas producto de discapacidades naturales y aparece consagrada en el art. 43 del nuevo Código.

3. Los “apoyos” o “medidas de apoyo”.

No vamos a extendernos sobre la identidad conceptual de este término por cuanto se han expresado muchos autores al respecto⁴. Sí, en cambio, nos interesa plantear la posibilidad que pueda ser considerado como un recurso autónomo dentro de nuestro sistema jurídico, aplicable a otras situaciones de discapacidad y no necesariamente una consecuencia de la sentencia sobre la capacidad del sujeto.

En primer lugar vemos que la conceptualización contenida en el mentado art. 43 –si bien esta norma está incluida en la Sección de “restricciones a la capacidad” y el título del párrafo que lo incluye, reza “sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad”-, está formulada en términos genéricos; define la figura, le dá un contenido y preve la posibilidad que el sujeto a tutelar, pueda proponer en quién se personificará dicha o dichas medidas.

En segundo lugar, luego de esta formulación general, el Código recurre a otras situaciones donde no requiere una decisión judicial sobre el estatus del sujeto como condición necesaria para la designación de un “apoyo”; por ejemplo, cuando se requiere el consentimiento informado del paciente con discapacidad, para un acto médico o investigación en salud (art. 59)⁵

Repárese que estamos en presencia de una norma de carácter general, no referida a la persona con capacidad restringida o incapaz, sino a cualquier persona con discapacidad.

Otro supuesto resulta de la conjunción de los arts. 403 inc. G), 405 y 411 a 415. El dato que impide la celebración del matrimonio es la falta de salud mental permanente o

⁴Palacios, A.-Bariffi, F. obra citada en nota 1., Martínez Alcorta, J.-“Ejercicio de la capacidad jurídica en el Proyecto de Código”-Revista de Derecho de Familia y de las Personas-La Ley-Año V-Nº 1;93; Giavarino, M.-“La implementación de las medidas 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: 201y “La búsqueda de un espacio judicial para los apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica”-Publicación digital Errenews-Novedades Nº 2073 del 26.01.15; Navarro LahitteSantamaria, A.-Pinto Kramer, P.-“Discapacidad, medidas de apoyo y cambios receptados desde el ámbito jurisdiccional”-Revista Derecho de Familia y de las Personas-La Ley- AñoV-Nº8:169.

⁵“...Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite...”

transitoria que obsta el discernimiento, no la capacidad restringida o incapacidad. No sería impensable que se deduzca oposición respecto del matrimonio a celebrar por un contrayente afectado en su salud mental. ¿habría que iniciar un juicio por determinación de la capacidad o bastaría, además de una evaluación interdisciplinaria, con designarle un apoyo para que lo ayude a comprender y tomar la decisión?.

Otro supuesto nos lo ofrece la institución de la “inhabilitación civil” mantenida en el Código como aplicable a un único supuesto: el pródigo (arts. 48 a 50).

Se trata, según surge de la remisión a otros artículos del Código (arts 102, 110) de una categoría independiente, donde habría una limitación a la capacidad patrimonial por razones ajenas a la alteración mental. El recurso aplicable al inhabilitado para paliar su desorden conductual, es un “apoyo” que –más allá de la necesidad de precisar sus reales funciones en la práctica- lo cierto es que tiene asignada la tarea de “asistencia” propia de esta figura (art. 102).

Vemos también que dentro de las normas procesales incluidas en el nuevo Código, se impone al juez el dictar, con carácter de cautelares, todas las medidas necesarias para resguardar los derechos personales y patrimoniales del sujeto (art. 34) incluyendo la designación de “apoyos”, con lo cual esta figura adquiere valor en sí misma.

Las situaciones precedentemente enunciadas, encuadran con las competencias asignadas al Ministerio Público por el art. 103 cuando en su primer párrafo, claramente preceptúa que cabe 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...”. Ello permite interpretar que hay situaciones donde solo se meritúa la aptitud de ejercicio de los derechos y no la necesidad de ubicar al sujeto en un estatus jurídico distinto.

4. El contenido de la propuesta.

No se nos escapa que el hecho de designar un “apoyo” a una persona para que lo asista en la realización de un determinado acto o le posibilite el ejercicio de un derecho, supone en términos latos una limitación a su autonomía y con ello, a su capacidad en tanto aptitud material de obrar libremente. Pero entendemos que es una situación diferente a decidir sobre su estándar de capacidad jurídica.

Una decisión de ese tipo, supone un nuevo posicionamiento ante el derecho. Supone una calificación jurídica; ya no se es “capaz” para la generalidad de los actos de su vida civil, se pasa a ser un “capaz restringido” o según el caso, un “incapaz”. Así queda registrado en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y obviamente, en todos los registros vinculados a cuestiones patrimoniales que lo requieran. Ello además de quedarle vedado un sinnúmero de actos adicionales por el hecho de estar excluido de la plena capacidad. Veamos solamente, a título de ejemplo, el caso de las directivas médicas anticipadas (art 11 de la ley N° 26529 s/texto ley N° 26742) o la posibilidad de ejercer la tutela (art. 110, inc. j) la que también cesa con “...declaración de capacidad restringida...” (art. 135 inc. b.).

Sin embargo, pueden darse situaciones donde el sujeto requiera asistencia ante un acto puntual o limitado en el tiempo, aún de carácter personal y no por ello, es necesario someterlo a un proceso de determinación de su capacidad con la consiguiente sentencia definitoria al respecto. Sostener lo contrario, avasallaría los principios que informan los incs. a) y b) del art. 31.

Hay otro aspecto que no podemos dejar pasar. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un instrumento de carácter constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, último párrafo (jerarquía que alcanzara con el dictado de la ley N° 27044), por lo tanto está por encima del Código Civil y Comercial.

Según su propia definición en cuanto al ámbito de aplicación (art.2ª) comprende la situación de personas que se encuentren en desigualdad de condiciones con su prójimo para interactuar en sociedad, por causa de disminución física, mental, sensorial e intelectual. Pone en cabeza de los Estados Parte, la obligación de proveer los medios, los recursos tendientes a ayudar a la superación de tales déficits, a partir de la implementación de los “apoyos” y “salvaguardas” que resulten necesarios.

Nuestro Código reserva a quien padece una discapacidad de origen mental circunscripta a la “alteración mental permanente o prolongada” o a la “adicción”, un régimen de tutela para la limitación de su capacidad jurídica en la medida que sea más beneficioso para el sujeto. Pero nada dice respecto de otras discapacidades cuando ellas obstan al ejercicio de los derechos.

Entendemos que siendo prioritario el resguardo de la persona en tanto sujeto de derechos, cualquier minusvalía en su capacidad de ejercicio puede ser superada mediante la designación de una medida de “apoyo” y a ello no obsta la aparente limitación contenida en el Código Civil y Comercial Unificado.

De lege lata:

- a) La institución del “apoyo” en nuestro sistema jurídico, constituye un recurso autónomo para la superación de las desigualdades derivadas de minusvalías de cualquier origen, en la medida que ello impida al sujeto el pleno ejercicio de los derechos que goza.
- b) La designación de un “apoyo” o la decisión sobre una medida de este tipo, no lleva necesariamente a una sentencia sobre la determinación de la capacidad. No requiere definir el estatus del sujeto como persona “incapaz” o con “capacidad restringida”.