

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO CIVIL
TRABAJO FINAL INTEGRADOR

**LOS DERECHOS PERSONALISIMOS Y SU RECEPCION
EN LOS PROCESOS DE DETERMINACION DE LA
CAPACIDAD JURIDICA**

Abog. Leandro Andrés Epeloa

Director: Abog. Carlos E. Camps

INDICE

INTRODUCCIÓN

PRIMER EJE TEMATICO

I.- CONCEPTO DE DERECHOS PERSONALÍSMOS. ANTECEDENTES.-

I.- 1 DIGNIDAD E IGUALDAD HUMANA.-

II.- BREVE EVOLUCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD.-

II.- 1 CÓDIGO CIVIL ARGENTINO – TEXTO SEGÚN LEY 17.711.-

II.- 2 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD – NACIONES UNIDAS.-

II.- 3 LOS AJUSTES RAZONABLES COMO GARANTÍA DE IGUALDAD.-

II.- 4 EL ART. 12 DE LA CDPD. LA PRESUNCION DE CAPACIDAD. LAS MEDIDAS DE APOYO

III.- LEY NACIONAL DE SALUD MENTAL (LEY 26.657).

IV.- EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION (LEY 26.994)

IV.- 1 PRINCIPIO GENERAL EN CUANTO A CAPACIDAD. RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD DE EJERCICIO; SU CRÍTICA.

IV.- 2 APOYOS JUDICIALES, EXTRAJUDICIALES. MODALIDAD

V.- BREVE MENCIÓN A LAS NORMAS PROCESALES

SEGUNDO EJE TEMATICO

I.- ANÁLISIS DE CASOS. PRINCIPIOS GENERALES

II.- DERECHO A SER OIDO. ACCESO A LA JUSTICIA

II.- 1 CAUSA "P.D.M S/ DETERMINACION DE LA CAPACIDAD JURIDICA"

II.- 2 CAUSA "G.F.C. S/ DETERMINACION DE LA CAPACIDAD JURÍDICA"

II.- 3 CAUSA "P.A.J S/ DETERMINACION DE LA CAPACIDAD JURIDICA"

II.- 4 CAUSA "L. P. M. C. D. P. S/ DETERMINACION DE LA CAPACIDAD"

III.- IGUALDAD ANTE LA LEY. DIGNIDAD HUMANA

III.- 1 CAUSA "S.O.S. S/ INSANIA"

III.- 2 CAUSA "C. A. R.. INSANIA Y CURATELA"

IV.- DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. CONSENTIMIENTO INFORMADO.

IV.- 1 CAUSA "R. L. S. D. s/ PROCESO DE RESTRICCIÓN A LA CAPACIDAD"

CONCLUSION

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

El tema propuesto del presente Trabajo Final Integrador de la Especialización en Derecho Civil, tiene como objetivo el realizar un acabado análisis normativo y jurisprudencial sobre la situación actual de aquellas personas que, por padecer algún tipo de discapacidad vinculada a su salud mental, ven afectados el ejercicio de sus derechos y por lo tanto requieren de la implementación de diversas medidas por parte del Estado para que puedan desarrollar una vida autónoma y en igualdad de condiciones.

En tal orden de ideas, si bien ciertos aspectos de la investigación que a continuación se realiza resultan aplicables a todos los derechos que pueda gozar una persona con discapacidad, por una cuestión netamente metodológica el objeto de estudio se centrará en los derechos personalísimos, su funcionamiento y recepción en el marco de un proceso judicial de determinación de la capacidad jurídica. Así las cosas, se indicará específicamente si a lo largo del mismo se respeta la voluntad y preferencias de la persona o si, por el contrario, los rigorismos formales propios de todo proceso terminan afectando a estos derechos tan trascendentales.

En virtud de lo expuesto y a modo de estructurar los diversos puntos que integran el presente TFI, se hace saber que el mismo se ha organizado contemplando dos momentos o ejes temáticos distintos pero interrelacionados:

- a) En primer lugar se indagará sobre el concepto de Derechos Personalísimos y su íntima vinculación con el concepto de igualdad y dignidad humana, analizándose a su vez el paradigma vigente en materia de discapacidad con motivo de algún padecimiento vinculado a la salud mental. Tal análisis destacará los aspectos principales de las normas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, para así determinar el marco teórico aplicable a las diversas situaciones particulares que se plantearán en el segundo eje temático.

- b) En segundo lugar se hará una selección de ciertos casos relevantes en donde se han encontrado en juego estos derechos tan esenciales, ello a los fines de determinar cuál ha sido la decisión adoptada por los operadores de la justicia y si la misma ha repercutido en un reconocimiento o vulneración de un derecho de la personalidad.-

Luego del análisis de las diversas causas judiciales que a tal efecto se han seleccionado, se realizará una conclusión del estado actual de la materia, indicando expresamente los inconvenientes que surgen cuando se debe tomar una decisión que afecta derechos tan intrínsecos de la persona con discapacidad, como resultan ser los personalísimos.-

PRIMER EJE TEMÁTICO

I.- CONCEPTO DE DERECHOS PERSONALÍSIMOS. ANTECEDENTES.

A los fines indicados resulta imprescindible, entonces, el poder definir adecuadamente el concepto de Derechos Personalísimos, como así también hacer expresa mención a su evolución normativa y el estado actual de la materia en nuestro ordenamiento jurídico.

En tal sentido, cabe decir que este tipo de derechos si bien no eran desconocidos para Velez Sarsfield¹, dicho jurista optó por no regularlos específicamente al momento de redactar el Código Civil de la Nación Argentina. Sin perjuicio de ello, puede inferirse la relevancia que los mismos tenían en su cuerpo normativo, toda vez que fueron mencionados en los artículos 498, 1075 y 1196 y en particular en la nota al artículo 2312 en donde se establece que *“Hay derechos, y los más importantes, que no son bienes, tales como ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituye un bien, jurídicamente hablando”*. Claramente estas referencias y la nota puesta por Velez en el artículo aludido de su Código Civil, permitía avizorar la existencia de otro tipo de derechos que son inherentes a la personalidad humana, y que son incluso susceptibles de reparación en el caso de que se produzca una lesión a los mismos (siendo esta la base jurídica muchas veces mencionada por letrados y jueces para dar fundamento a las indemnizaciones por daño moral, por ejemplo).-

En relación a este tipo de derechos la doctrina se ha pronunciado estableciendo que *“Los derechos de la personalidad son los derechos supremos*

¹ Gran jurista argentino nacido el 18 de febrero de 1801 en Calamuchita, Córdoba. Entre otras grandes obras, fue el autor del Código Civil argentino, aprobado por Ley 340 del 29 de Septiembre de 1869, entrando en vigencia a partir del 1 de enero de 1871. Fallece el 30 de Junio de 1875 en Buenos Aires.-

del hombre, aquellos que le garantizan el goce de sus bienes personales. Frente a los derechos de los bienes externos, los derechos de la personalidad nos garantizan el goce de nosotros mismos, asegurando en particular el señorío de su persona, la actuación de sus propias fuerzas físicas y espirituales”².

Con los derechos de la personalidad entonces, se hace referencia a todo un conjunto de bienes –espirituales o inmateriales, que pertenecen a todas las personas por igual, sin importar su condición- que por ser tan propios del individuo se llegan a confundir con él y que constituyen las manifestaciones de la personalidad del propio sujeto. Doctrina nacional autorizada, a su vez, los ha considerado como *“derechos subjetivos que le pertenecen al individuo por su condición humana y que se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral”³.*

De las distintas definiciones aludidas podemos concluir que, este tipo de derechos, son una institución puesta al servicio de la persona con el único objetivo de hacer valer su dignidad como tal. La dignidad humana adquiere relevancia particular al momento de definir los derechos de la personalidad y se convierte en el pilar de los mismos, configurándose como aquel valor jurídico supremo de todo ordenamiento constitucional alrededor del cual gira el contexto de protección de los derechos de la persona.

Como puede observarse, la teoría de los derechos personalísimos o de la personalidad, así como su necesidad de reconocerlos y resarcirlos si así correspondiese, resultan ser un principio jurídico fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que su regulación no fue incorporada de forma específica en el Código Civil de la Nación Argentina.

²Lete Del Río, José Manuel, Derecho de la personalidad, Ed. Tecnos, Madrid, 1986. Cfr además, serrano ruiz, YaimaAnays, Los derechos inherentes a la personalidad en la esfera moral. Ponencia III Encuentro Internacional Justicia y Derecho, 2006.

³ Rivera, Julio C., Instituciones de Derecho Civil. Parte General, 5° Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, T° I, p. 681.-

Tal premisa se vio reforzada a partir de la reforma constitucional del año 1994, dado que comienza a formarse el concepto de un derecho privado constitucional o derecho privado constitucionalizado o, aún más, una idea de la constitucionalización del derecho civil o privado, remarcándose la fuerte influencia que ejerce la Constitución, las reglas supranacionales y la interpretación judicial proactiva, por la operatividad directa de los derechos que se tutelan⁴, ello sin importar si los mismos se encuentran o no expresamente legislados en la normativa de fondo –tal y como sucedía con los derechos de la personalidad o personalísimos previa sanción del CCyCN-.

Sin lugar a dudas, todo lo expuesto ha sido la causa principal que motivara la incorporación dentro del Libro Primero, Título 1 del hoy vigente Código Civil y Comercial de la Nación⁵ de un capítulo especial, donde finalmente se habla de los “Derechos y Actos Personalísimos” (Capítulo 3, arts. 51 a 61). Ha sido un acierto legislativo el incluir un apartado especial dentro de nuestra ley de fondo que se dedique a regular estos derechos. No obstante ello, no podemos dejar de señalar que se ha omitido la oportunidad de definirlos, por lo que continuamos a nivel legislativo sin un concepto claro de los mismos.

Pero hagamos una pausa en el análisis planteado y volvamos al objetivo del presente trabajo. A esta altura de nuestra introducción, el lector debe estar preguntándose, qué relación posee la definición y caracterización de “derechos personalísimos” que se ha realizado, su necesidad de reconocerlos e indemnizarlos, respecto de aquel vinculado a las personas que, por su situación particular, poseen algún tipo de restricción a su capacidad jurídica de ejercicio - conforme la terminología empleada por el Código Civil y Comercial de la Nación-. Explicaremos ahora que tal conexión existe y que justamente tiene su fundamento

⁴ LORENZETTI R.L., Fundamento constitucional de la reparación de daños, La Ley, 2003-C, pp. 1185 y ss.. RIVERA J.C., El Derecho Privado Constitucional en Rev. Der. Priv. y Comun., Rubinzal-Culzoni ed., Santa Fe, nº 7, p. 52 y ss.; id., Estudios de Derecho Privado (1984-2005), Rubinzal-Culzoni ed., Santa Fe, 2006, pp. 275 y ss.; id., Globalización y derecho. Las fuentes del derecho de los contratos comerciales, La Ley, 2005-F, pp. 1105 y ss..

⁵Promulgado por Ley 26.994, en vigencia desde el 1 de agosto de 2015 por ley 27.077.-

en el concepto de dignidad humana antes establecido, por lo cual volveremos brevemente a analizarlo.

I.- 1 DIGNIDAD E IGUALDAD HUMANA

Si bien hemos definido a la dignidad humana como un pilar básico sobre el que se sustenta la teoría de los derechos personalísimos –reconocida a su vez por todo estado de derecho-, también cabe destacar que ha sido considerada por algunos doctrinarios como una calidad “inherente” o “intrínseca” al hombre, cuyo reconocimiento exige la **igualdad** de todos ellos a través de un **igual** reconocimiento de derechos fundamentales inalienables⁶. Esta conceptualización del derecho a la dignidad humana tuvo su mayor expansión en el derecho internacional a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial⁷, y ha sido consignado por el derecho comparado europeo en distintas Constituciones; así podemos mencionar el art. 1 de la Constitución Alemana el cual dice *“La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”*⁸ y el artículo 10 de la Constitución Española de 1978 *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*, además de lo establecido en el art. 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁹, que textualmente dice *“La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”*.-

⁶Zatti, Paolo, *Maschere del diritto* voltidelle vita, Giuffrè, Milano, pp. 32 y ss. Citado por, Alterini, Jorge H, “Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético”, Ed. La Ley, Tomo I, pag. 445 y sgtes.-

⁷ Conflicto bélico entre la coalición denominada EJE (formada por Alemania (Tercer Reich), Italia y el Imperio del Japón) y las potencias ALIADOS, constituidas por Francia, Gran Bretaña y URSS (antiguo imperio Ruso) que tuvo su desarrollo entre los años 1.939 a 1.945.-

⁸ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, promulgada el 23 de mayo de 1949.-

⁹ Carta Fundamental de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Niza, 7 de Diciembre de 2000.-

Asimismo, y en nuestro ordenamiento jurídico, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial –de rango constitucional (art. 75 inc. 22, Constitución Nacional)- repite la fórmula de otro instrumento que también posee rango constitucional, como es el art. 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derecho”*¹⁰, además de la cita expresa realizada por el actual artículo 51 del CCyC, el cual resalta la importancia del concepto de dignidad humana, al determinar que *“La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”*

Como puede advertirse todos los artículos señalados establecen que para poder hablar de una verdadera dignidad humana, entendida ésta como un concepto esencial, intangible y fundamental de cualquier ordenamiento jurídico, la misma debe tener una íntima relación con otro concepto esencial: **“todos los seres humanos nacen libres e iguales”**. La igualdad se convierte entonces en otro pilar fundamental, por lo que es obligación de los Estados el promover todo tipo de medidas que la resguarden como tal, articulando las herramientas necesarias para evitar todo tipo de discriminación que pueda llegar a existir, siempre utilizando para ello un juicio de relevancia y razonabilidad.-

En este marco conceptual es que aparece la conexión que venimos mencionando, al vincular el concepto de dignidad e igualdad humana enarbolado con las distintas normas que a nivel legislativo se han dictado, ello con el único fin de proteger a ciertos grupos que históricamente han sido tratados diferentes ante circunstancias iguales¹¹. Dichas normas, en materia de discapacidad, tienen su

¹⁰ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de Diciembre de 1948, Resolución 217 A (III), su Preámbulo a la vez establece *“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (...)”*(el resaltado de la palabra “iguales” es nuestro)

¹¹A nivel global, a este tipo de medidas se las define como aquellas que fomentan una **diferenciación positiva** y se traduce en *“leyes concretas pensadas para igualar las oportunidades de trabajo, voto y acceso a la educación de las minorías raciales, los grupos étnicos y las mujeres. Es el resultado de años de movilizaciones y reivindicaciones de estos grupos discriminados por la sociedad”*. Velasco, Juan Carlos: «Discriminación positiva, diversidad cultural y justicia.» 'Daimon. Revista de Filosofía, nº 41, 2007

máximo exponente en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sancionada por la ONU el 13 de diciembre de 2006, ratificada por el Estado Argentino por ley 26.378; la Ley 26.657 (Ley Nacional de Salud Mental) y el Código Civil y Comercial Argentino (ley 26.994), en vigencia desde el 1 de agosto de 2015 (cabe citar también, como otros importantes exponentes legislativos en este aspecto a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscripta en la República de Guatemala el 8 de Junio de 1999, aprobada por el Estado Argentino por ley 25.280¹² y a las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo del 2008, entre otros) .-

Los tratados y leyes aludidos son sumamente importantes, toda vez que han establecido un sistema amplio de protección para las personas con discapacidad, cuyo fin último es siempre la asistencia de tales individuos en el ejercicio de sus derechos, evitando así cualquier tipo de desigualdad y promoviendo por sobre todas las cosas, su autonomía en el desenvolvimiento de su vida diaria.

II.- BREVE EVOLUCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

La capacidad, en términos generales, es la aptitud de la persona para ser titular de derechos, adquirir obligaciones y ejercerlos por sí misma. Es tradicionalmente definida como un “atributo” de la persona (tales como el nombre, domicilio, estado, etc.). De este concepto de capacidad, se pueden advertir las dos acepciones que tiene el mismo, hoy consagradas en el articulado del Código Civil y Comercial de la Nación; por un lado la capacidad de derecho *“Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley*

¹² Sancionada: Julio 6 de 2000. Promulgada de Hecho: Julio 31 de 2000.

puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados”, y por otro la capacidad de ejercicio o de goce “Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.”(arts. 22 y 23 del CCyC).-

A los efectos del presente capítulo, se analiza la evolución normativa de la llamada capacidad de ejercicio, toda vez que no existe discusión en cuanto a que la “capacidad de derecho” se presume y la poseen todas las personas por igual.-

II.- 1 CÓDIGO CIVIL ARGENTINO – TEXTO SEGÚN LEY 17.711

Como primer antecedente normativo, resulta inevitable hacer mención a las normas relativas a capacidad que establecía el Código de Velez Sarsfield, contemplando en tal análisis a la reforma establecida por la ley 17.711¹³. El art. 54 del CC establecía *“Tienen incapacidad absoluta: (...) 3° Los dementes (...)”* y por otro lado, el art. 140 determinaba que *“Ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente”* el cual se correlacionaba con el art. 141 *“Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”*. Claramente lo que primaba en las normas del Código Civil originario era un criterio biológico/jurídico como único fundamento para requerir la incapacidad de una persona, prevaleciendo entonces la opinión de los facultativos médicos como requisito para la declaración de su “demencia”.

El correlato de lo expuesto tenía como consecuencia la designación de un curador definitivo, el cual haciendo las veces de un apoderado omnipotente, reemplazaba al “demente” en todos los actos de la vida civil, no siendo requisito

¹³B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.

consultar la voluntad de la persona en ningún aspecto. Así entraban en juego los artículos 468 y 469 del Código de Velez, los cuales rezaban respectivamente “*Se da curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes*” y “*Son incapaces de administrar sus bienes, el demente aunque tenga intervalos lúcidos, y el sordomudo que no sabe leer ni escribir.*”

La única excepción que se admitía a este binomio entre capacidad/incapacidad, se vio recién en el texto del art. 152 bis, incorporado por la ley 17.711. Este artículo creaba la figura del inhabilitado como una posición intermedia entre el insano o “demente” y la persona plenamente capaz y en su redacción original consignaba “*Art. 152 bis: Podrá inhabilitarse judicialmente: (...) 2° A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio. Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación. Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos. Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso*”¹⁴

Como puede advertirse, sin perjuicio de la excepción que llegó con la reforma de la ley 17.711, el sistema establecido por el Código de Velez Sarsfield resultaba ser netamente paternalista y con un basamento en el criterio médico psiquiátrico por sobre todas las cosas; en este sentido, “si bien estaba previsto el proceso de rehabilitación, esta vía no constituía una flexibilización importante del sistema, ya que de prosperar tal pretensión –en los escasísimos casos en los que se la planteaba-, la sentencia tenía por objeto –como regla- revertir la declaración

¹⁴Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.-

de insania. Se pasaba de la incapacidad total de hecho a la total capacidad. Como se ve, un sistema estricto y sin lugar para los matices”¹⁵.

Sin perjuicio de lo expuesto, a partir del siglo XXI, el concepto de discapacidad ha venido experimentando cambios, entendiéndose ahora como una cuestión de derechos humanos. Así, la discapacidad es abordada desde la dignidad intrínseca de todo ser humano, y la valoración y el respeto de las diferencias. El problema entonces, “ya no se sitúa en las personas con discapacidad, sino en la sociedad que no considera ni tiene presente sus necesidades”¹⁶; comienza aquí a surgir como exponente novedoso el entender a la discapacidad desde un modelo social, y no bajo el clásico modelo médico/rehabilitador, cuyo único objetivo era centrarse en la individualidad de la persona que sufre algún tipo de discapacidad.

En virtud de esta nueva concepción, es que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba, el 13 de diciembre de 2006, la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –de ahora en más CDPD- y su Protocolo Facultativo, convirtiéndola en el octavo tratado de derechos humanos de las Naciones Unidas.-

II.- 2 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD – NACIONES UNIDAS

Respecto de la CDPD (aprobada por el Estado Argentino por ley 26.378¹⁷, e incorporada a los tratados del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional desde el 22 de diciembre de 2014 en virtud de la ley 27.044), cabe destacar que el principal

¹⁵Camps, Carlos E, “La capacidad de ejercicio de derechos en el proceso civil”, Publicado en RCCyC 2016 (marzo), 07/03/2016,3 – DJ22/06/2016, 1”.-

¹⁶ Palacios, Agustina y Bariffi Francisco. “La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. Cinca: Madrid, 2007.-

¹⁷ Sancionada: Mayo 21 de 2008. Promulgada: Junio 6 de 2008

fundamento para su promulgación, fue la falta de protección que en los hechos padecían las personas con discapacidad, viendo vulnerados sus derechos de forma cotidiana. Tal situación fue incluso reconocida por Naciones Unidas, de forma previa al dictado de la Convención aludida, y quedó consignado en diversos informes que se realizaron para poder tener un acabado conocimiento sobre el estado de la materia a esa fecha. Mediante tales documentos se buscaba comprender la razón por la cual no eran totalmente operativos a este grupo de personas, todos los demás Tratados de Derechos Humanos aplicables a cualquier individuo, sin importar si los mismos resultan ser niños, mujeres o discapacitados.-

De los tres informes elaborados, resalta aquel realizado por Gerard Quinn y Theresia Degener, titulado *“Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la Discapacidad”*¹⁸. Entre otras cuestiones, el informe llegó a la conclusión que las personas con discapacidad eran de algún modo “invisibles” dentro del sistema de Derechos Humanos de la ONU¹⁹. Concluye además que, a diferencia de otros grupos, las personas con discapacidad no contaban con un instrumento jurídicamente vinculante, ni con un Comité que velara por la protección de sus derechos de manera expresa, por lo que la sanción de una Convención específica que los abarque resultaba ser una necesidad.

Cabe destacar que la CDPD en sí no ha creado nuevos derechos; a lo largo de su articulado se ha buscado adaptar las normas ya existentes en materia de derechos humanos al contexto específico de la discapacidad, generando así diversos mecanismos para evitar cualquier tipo de discriminación, además de generar diversas obligaciones en los Estados Parte, y que en Argentina, por ejemplo, ha tenido consecuencias directas a nivel legislativo.

¹⁸ HR/PUB/02/1, año 2002.-

¹⁹ Cit. por. Palacios, Agustina y Bariffi Francisco. “La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. Cinca: Madrid, 2007.-

En este marco, la promulgación de la CDPD representa un cambio histórico para las mujeres y hombres con discapacidad en todo el mundo. Su propósito principal está claramente enunciado y consiste en *“promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. 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”*²⁰.

A su vez, este artículo debe entenderse de forma armónica con lo consignado en el Preámbulo de la Convención, el cual reza *“(…) la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*²¹.

Como puede advertirse, la CDPD trajo como novedad la derogación del llamado modelo médico/rehabilitador imperante hasta la fecha de su sanción. Como ya hemos mencionado, tal modelo se focalizaba en la persona –en sus limitaciones-, considerando imprescindible su rehabilitación, incluso si eso conllevaba la desaparición o el ocultamiento de la diferencia que la misma discapacidad representa. Su objetivo principal consistía, entonces, en normalizar a aquellas personas que se desviaban de un supuesto “estándar de normalidad”²².

²⁰ Art. 1, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Naciones Unidas, 13/12/2006.

²¹ Preámbulo, inc. e, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Naciones Unidas, 13/12/2006.

²²Palacios, Agustina y Bariffi Francisco. “La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. Cinca: Madrid, 2007, pag. 15/16.-

El modelo social en cambio, constituye una respuesta directa a los modelos previos y cambia el enfoque que se le daba a la discapacidad. Las características individuales ya no son las raíces del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y asegurar adecuadamente que las necesidades de todos sean tenidas en cuenta.

La causa de la discapacidad no está en la persona o sus características físicas o mentales sino en la sociedad, por ello, los problemas que deben enfrentar son la consecuencia de las barreras existentes en la sociedad, las cuales pueden ser físicas, de actitud, jurídicas, informativas, o de cualquier otro tipo que provenga de la falla de una sociedad o cultura en darle cabida a una persona que por el motivo que sea, resulta distinta a los demás.

Bajo este cambio de paradigma, la CDPD se convierte en un tratado de derechos humanos de carácter netamente operativo (en contraposición a aquellos que únicamente establecen cláusulas programáticas y que por ello, requieren de una reglamentación para su puesta en vigor), por lo que su aplicación resulta ser inmediata para los Estados Parte que lo suscriban. Su artículo 3 consigna de forma expresa los principios generales que deben respetarse:

a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;

b) La no discriminación;

c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;

d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;

e) La igualdad de oportunidades;

f) La accesibilidad;

g) La igualdad entre el hombre y la mujer;

h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Estos principios generales, a su vez, se ven reproducidos en los diversos artículos de la CDPD donde se ha hecho mención a los derechos que poseen las personas con discapacidad (en especial resaltan los artículos 5 y 9, referidos a la “igualdad y no discriminación” y a la “accesibilidad”). Claramente hacer un análisis tan exhaustivo del articulado de este Tratado excedería los límites y objetivos de este trabajo. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que el espíritu de la Convención está vinculado al concepto de dignidad e igualdad humana, los cuáles constituyen la base del presente trabajo de investigación.

En este sentido, una de las premisas fundamentales del modelo social se basa no sólo en que todas las personas poseen un valor intrínseco inestimable, sino también en que son intrínsecamente iguales en lo que refiere a su valor, más allá de cualquier diferencia física, mental, intelectual o sensorial. Ello no equivale a decir que no existan diferencias entre las personas, sino más bien que una sociedad que respeta auténticamente el principio de igualdad es aquella que adopta un criterio inclusivo respecto de las diferencias humanas y las tiene en cuenta en forma positiva.

Bajo este criterio, la igualdad y dignidad humana es entendida desde una visión amplia, es decir, no limitada a un mero reconocimiento de la misma desde lo formal. La Convención entonces genera obligaciones a los Estados parte para que apliquen medidas activas que permitan un verdadero derecho de accesibilidad universal de todas las personas (art. 9 CDPD), lo que no resulta ser otra cosa más que la conceptualización del derecho a la “igualdad de oportunidades”, tantas veces mencionado en nuestro ordenamiento jurídico.

II.- 3 LOS AJUSTES RAZONABLES COMO GARANTÍA DE IGUALDAD

Del desarrollo que hemos realizado en relación a la CDPD, podría entenderse que a partir de su ratificación por parte de los Estados que la incorporen a su ordenamiento jurídico, desaparecerían las situaciones en las cuales las personas con discapacidad vieran mermados sus derechos.

Claramente, tal hipótesis resulta desmedida y es por ello que ante las diversas situaciones que en los hechos se generan –principalmente como consecuencia de las distintas formas en las que se manifiesta la discapacidad-, la CDPD ha otorgado una herramienta fundamental para garantizar que sus disposiciones no se vuelvan una mera expresión de deseo. En ese marco, surge el concepto de ajustes razonables como una garantía al derecho de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Tan importante resulta ser este concepto, que ha quedado expresamente consignado en el articulado del tratado aludido: *“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 las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”*.²³

Para realizar un análisis del artículo aludido, debe entenderse el mismo de forma armónica con las demás disposiciones que ha establecido la CDPD. En tal sentido la regla debe ser la generación de una regulación que contemple el máximo número de condiciones de no discriminación, aplicando únicamente ciertos ajustes en aquellas situaciones particulares que, por su excepcionalidad, no se encuentren específicamente previstas.

Esta interpretación es la que ha dado doctrina autorizada, consignando que *“en el esquema general de la igualdad de derechos de las personas con discapacidad, los ajustes razonables son subsidiarios, operan en defecto de la*

²³ Art. 2, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Naciones Unidas, 13/12/2006.

accesibilidad universal y sus correlatos, que representarían la garantía reforzada o de primer grado. Los ajustes razonables, garantía menos plena o de segundo grado, están concebidos para ofrecer aseguramientos del derecho a la igualdad en casos particulares cuando los mecanismos reforzados no resultan eficaces”²⁴

A modo de conclusión debe mencionarse que, la institución de los ajustes razonables plasmada en la CDPD lleva en sí misma su propia limitación. No todos los ajustes resultan ser *obligatorios* para las partes, sino sólo aquellos que resulten ser *razonables* para la situación particular, evitando a su vez generar una carga desproporcionada o indebida al momento de su implementación. La razonabilidad de estas medidas deberá analizarse en cada caso, y permite cierto margen de acción a los Estados que suscriban la CDPD, teniendo siempre como objetivo el contemplar una sociedad donde la discriminación no sea la regla, sino la excepción.

Un ejemplo concreto de ajuste razonable que se está desarrollando actualmente en Argentina, es la desaparición progresiva de los clásicos hospitales neuropsiquiátricos. La razonabilidad de esta medida se ve reflejada en el reconocimiento de que no existen los recursos suficientes para que dichos nosocomios dejen de funcionar de forma inmediata. En consecuencia deberán plantearse estrategias legislativas e institucionales que si bien tomarán años en implementarse, tienen como objetivo eliminar estas instituciones de salud, las cuales siempre se asociaron con la estigmatización de las personas que sufrían algún padecimiento vinculado a su salud mental.

Habiendo definido el concepto novedoso de ajuste razonable incorporado por la CDPD, debemos hacer ahora un correlato de dicho instituto con otro de igual importancia, como resulta ser el de la figura del APOYO y su significado en cuanto a la presunción de capacidad de todas las personas, sin importar sus particularidades personales.

²⁴ Pérez Bueno, Luis Cayo, “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, pag. 5.

II.- 4 EL ART. 12 DE LA CDPD. LA PRESUNCION DE CAPACIDAD. LAS MEDIDAS DE APOYO

En virtud del desarrollo hasta aquí expuesto, nos encontramos en condiciones de decir que la CDPD como tratado de Derechos Humanos, no sólo ha consagrado el modelo social de discapacidad -en reemplazo de aquel conocido como médico/rehabilitador- e implementado los ajustes razonables, entendiendo a los mismos como todas las medidas que deben efectivizar los Estados Parte para garantizar la accesibilidad universal de todas las personas, sino que también ha establecido expresamente en su art. 12 la plena capacidad jurídica de todas las personas, la cual siempre se presume incluso cuando se ejerce con la asistencia de un apoyo.

En tal sentido, mediante dichas disposiciones, la CDPD realizó un cambio de paradigma en la materia, pasando de un sistema de sustitución en la adopción de decisiones a uno basado en la libertad e independencia de las personas. Lo expuesto se avizora claramente en el derecho al reconocimiento de la *“personalidad jurídica”* de las personas con discapacidad, su *“capacidad jurídica en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida”* y en que *“Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”*²⁵.

Los apoyos se convierten en uno de los ejes fundamentales de la CDPD, por lo que debemos otorgarles un marco conceptual que los defina. En este aspecto, resulta muy clara la definición realizada por la International Disability Alliance (IDA) *“apoyo significa desarrollar una relación y formas de trabajar con otra u otras personas, hacer posible que una persona se exprese por sí misma y*

²⁵Art. 12, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Naciones Unidas, 13/12/2006, incisos 1, 2 y 3.

*comunique sus deseos, en el marco de un acuerdo de confianza y respeto de la voluntad de esa persona*²⁶. Podemos concluir entonces que, las medidas de apoyo se convierten en uno de los más importantes ajustes razonables a implementarse para asistir a la persona en el ejercicio de sus derechos, como si de una relación de género a especie se tratase.

Asimismo no debe olvidarse que los apoyos se encuentran íntimamente vinculados a los demás principios de la Convención. En este sentido, el apoyo debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas²⁷. No se coloca por sobre o encima de la persona, sino que la acompaña para que ésta pueda ejercer sus derechos, actuando a lo largo de todo el proceso de la toma de decisión y no sólo en las fases propias de celebración de un acto jurídico en particular.

Por último, no existen restricciones para que las medidas de apoyo sean una, dos, o varias. Que recaigan sobre una persona, profesional, una institución, etc. A su vez, pueden adoptar distintos tipos y modalidades. A riesgo de adelantarnos a lo que oportunamente se desarrollará en cuanto al estado actual de la materia en nuestro ordenamiento jurídico, transcribimos a continuación un párrafo de una sentencia de la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, que resulta muy útil en cuanto a la definición que le ha otorgado a este instituto *“el sistema de apoyo puede conformarse por un asistente personal, un familiar, un allegado, o red de aquellos, una asociación, una institución oficial, o cualquier otra figura –como en el caso el acompañante terapéutico-, cuya función esté destinada a la promoción de la autonomía de la persona y la protección y el ejercicio de sus derechos. Por tanto pueden revestir distintas modalidades: asesoramiento, interpretación, contención, codecisión e incluso y paracasos excepcionales, representación. Queda claro entonces que en*

²⁶ International Disability Alliance (IDA), Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD, Ppio 4. <http://www.internationaldisabilityalliance.org>

²⁷ Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/11/4, punto N° 15.

*este tipo de sistemas la finalidad es dotar a la persona tutelada de las herramientas y apoyos necesarios para que ella misma pueda lograr la toma de decisiones y de tal manera ejercer sus derechos desde parámetros propios”.*²⁸

III.- LEY NACIONAL DE SALUD MENTAL (LEY 26.657).

La recepción legislativa de la CDPD en la Argentina recién sucedió dos años después de su entrada en vigencia a nivel internacional, dictándose en el año 2008 la ley 26.378²⁹.

A partir de ese momento se generaron diversas obligaciones en cabeza del Estado Argentino, todo ello como consecuencia de las normas operativas que específicamente establece la CDPD. Dentro de tales obligaciones, sin lugar a dudas la que más resaltaba era aquella vinculada a la modificación inmediata de las normas específicas que hasta esa fecha regulaban la materia relativa a capacidad jurídica y salud mental. Las mismas no se adecuaban al cambio de paradigma vigente y eran el reflejo de un enfoque ya superado (ver el análisis oportunamente realizado de nuestro Código Civil, texto según reforma ley 17.711). Bajo ese contexto entonces, se deroga la ley 22.914³⁰ y se aprueba la Ley Nacional de Salud Mental³¹.

A diferencia de la norma que derogaba, la ley 26.657 no se limitó a reglamentar todo lo relativo al control de una internación en una institución pública

²⁸ Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, autos “G. R. Z. S/ DETERMINACION DE CAPACIDAD”, sentencia del 28 de Diciembre de 2017, Registro N° 308-S.

²⁹ Sancionada: Mayo 21 de 2008. Promulgada: Junio 6 de 2008.

³⁰ Ley de Salud Pública, Sancionada el 15 de septiembre de 1983; promulgada el 20 de Septiembre de 1983; Esta ley regulaba la internación de personas en establecimientos de salud mental, públicos o privados, y de alcohólicos crónicos y toxicómanos en establecimientos adecuados, también públicos o privados. Uno de los aspectos más relevantes que disponía esta norma, y que fue derogado por la ley 26.657, era aquel establecido en su art. 5, mediante el cual se establecía que se “requerirá de autorización judicial para disponer el alta provisoria, la transferencia del internado a otro establecimiento o su externación definitiva”.

³¹ Ley 26.657. Derecho a la Protección de la Salud Mental. Sancionada: Noviembre 25 de 2010. Promulgada: Diciembre 2 de 2010.

o privada³², sino que a su vez, en sus artículos 1 a 13, consignó expresamente normas acordes a los principios enarbolados por la CDPD, convirtiéndose entonces en el primer intento normativo de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a lo establecido por dicho tratado internacional.

Así puede destacarse lo previsto por el art. 3 *“En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como 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. Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas (...).”* y por el art. 5 *“La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado.”*

En los artículos transcritos puede advertirse que se ha plasmado la idea de que la discapacidad debe ser siempre vista desde un enfoque interdisciplinario, y que la existencia de diagnóstico médico en el campo de la salud mental, no autoriza en ningún caso a presumir incapacidad (derogación explícita del modelo médico/rehabilitador). A su vez se establece que la capacidad **siempre** se presume.

Asimismo se crea el Órgano de Revisión de la Ley de Salud Mental³³, el cual a la fecha ha sido un factor determinante en el control y modificación de normas que no se adecúen a los nuevos paradigmas en materia de salud mental. Dicho organismo también fue constituido en los diversos estados provinciales,

³² Sin perjuicio de que el análisis de estas normas exceden el tema de este trabajo, cabe destacar que en sus arts. 14 a 29 se estableció que las internaciones pueden ser voluntarias o involuntarias, que siempre deben ser consideradas como un recurso terapéutico y no deben prolongarse en el tiempo, y que su culminación o continuación es potestad exclusiva del equipo tratante, el cual debe tener siempre un enfoque interdisciplinario.

³³ Ley 26.657, arts. 38 a 40.

todo ello como consecuencia de la adhesión por parte de las provincias a la ley 26.657³⁴.

Conforme lo expuesto, no caben dudas de que la Ley de Salud Mental fue un intento sustancial de modificar la normativa vigente hasta su sanción, todo ello en pos de la adecuación de nuestra legislación interna a las disposiciones de la CDPD. No obstante ello, lo previsto en el artículo 42 limitó sus alcances al no contemplar una reforma integral del Código Civil. Así dispuso que *“Incorpórese como artículo 152 ter del Código Civil: Artículo 152 ter: Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.”*

La ley 26.657 entonces, no introdujo cambios en las categorías de insano e inhabilitado previstas por los arts. 141 y 152 bis del Código Civil de Velez Sarsfield; sólo se limitó a imponer como carga la especificación en las sentencias judiciales de los actos jurídicos que la persona no puede por sí realizar, y la revisión de dichas resoluciones en plazos no mayores a los 3 años, previa evaluación interdisciplinaria. En la práctica, esto conllevó al dictado de sentencias que continuaban incapacitando a la persona, a quien se seguía denominando insano, y únicamente enumeraban los actos jurídicos que no podía realizar por sí. Asimismo, la voluntad de la persona se sustituía en un todo y recaía en la figura del curador, quien continuaba siendo el encargado de velar por el “interés superior” de su curado.

³⁴ La Provincia de Buenos Aires adhirió a la ley 26.657 mediante ley 14.580 de fecha 27 de noviembre de 2013. El Órgano de Revisión local funciona bajo la órbita de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires (creado por art. 55, Constitución de la Provincia de Buenos Aires y por ley 13.834 del 18 de Julio de 2008).

IV.- EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION (Ley 26.994³⁵)

Luego de diversos debates parlamentarios, en fecha 1 de agosto de 2015 entró en vigencia este nuevo cuerpo normativo que no sólo derogó al Código Civil de Velez Sarsfield sino que a su vez unificó las disposiciones pertinentes al Código de Comercio³⁶, convirtiéndose en un marco regulador de todas aquellas relaciones vinculadas al derecho privado en nuestro territorio.

En lo relativo a la materia que venimos desarrollando, el Código receptó el cambio de paradigma en materia de salud mental y discapacidad, alineándose con las disposiciones de la CDPD. De esta forma, finalmente se adecuó nuestro derecho interno con los diversos tratados de derechos humanos suscriptos por el Estado Argentino, lo que permitió que se eviten planteos de inconstitucionalidad con motivo de no pasar las normas hasta entonces vigentes con el llamado “control de convencionalidad”³⁷, entendido este como aquel control que deben efectuar de oficio los jueces al momento de aplicar las leyes para verificar si, las normas internas, son coherentes con las de los tratados internacionales-.

IV.- 1 PRINCIPIO GENERAL EN CUANTO A CAPACIDAD. RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD DE EJERCICIO; SU CRÍTICA.

³⁵ Publicada en el Boletín Oficial el 8 de Octubre de 2014. Su aplicación temporal se difirió hasta el 1 de agosto de 2015, todo ello según Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014.-

³⁶ Ley 2637, en vigencia desde el 5 de octubre de 1889.-

³⁷ Resulta interesante el análisis realizado por un reconocido jurista argentino, como lo es Nestor Sagües, quien en cuanto al control de convencionalidad en el sistema interamericano ha dicho que *“El control de convencionalidad desempeña un doble papel: por el primero, obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas al referido Pacto (o Convención Americana sobre los Derechos del Hombre), y a la interpretación que sobre dicho Pacto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el segundo, también los obliga a interpretar al derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana. Es la interpretación “armonizante” o “adaptativa” del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte Interamericana. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido Pacto y/o a la manera en que fue entendido por la Corte Interamericana.”*(Sagües, Néstor P., *“Dificultades operativas del ‘Control de Convencionalidad’ en el sistema interamericano”*, artículo de doctrina publicado en La Ley, 2009-B, P. 1)

Como oportunamente expusimos al definir al concepto de capacidad jurídica, el CCyC mantiene la tradicional distinción entre capacidad de derecho y de hecho/ejercicio, y en lo relativo a esta última establece en su artículo 23 *“Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”*, vinculado a su vez con lo previsto por el art. 24, inc. C *“Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio: c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.”*

De una lectura rápida de estos artículos, parecería que se ha repetido la fórmula anteriormente utilizada en cuanto a capacidad/incapacidad. Sin embargo, las normas referidas deben interpretarse a la luz de lo que plasmado en el art. 31, inc. a y b y 32 del CCyC:

“ARTÍCULO 31.- Reglas generales. La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales:

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;(…)

ARTICULO 32.- Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Por excepción, cuando 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 apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

No caben dudas de que el enfoque ha cambiado significativamente y se ha receptado el principio general de que **la capacidad de ejercicio de la persona siempre se presume** y que las limitaciones para ciertos actos determinados siempre resultan ser en su beneficio y nunca con motivo de su discapacidad. Así lo ha establecido el art. 32, el cual pone en cabeza del juez del proceso el determinar aquellas situaciones en las cuáles, la persona con **plena capacidad**, pueda sufrir un daño a su persona o a sus bienes al momento de ejercer sus derechos.

A su vez, se legisla finalmente en nuestro derecho interno a la figura del apoyo, debiendo entenderse que los mismos consisten en todos aquellos mecanismos y/o medidas tendientes a favorecer el ejercicio de la capacidad de la persona en la toma de decisión, siempre respecto de aquellos actos con relevancia jurídica y para los cuales se ha determinado por pericia –evaluación interdisciplinaria- que requiere de una especial asistencia. Ya analizaremos a continuación su función y alcances.

En último término se establece como situación completamente excepcional, la posibilidad de declarar la incapacidad de una persona, con la consecuente designación de un curador, pero sólo si se configuran dos supuestos extremos los cuales son específicamente determinados por la misma norma 1) cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado; y 2) el sistema de apoyos debe resultar ineficaz para el caso particular.

Cabe destacar que, la interpretación que ha realizado el nuevo Código en materia de capacidad y sus excepciones, no ha salido completamente libre de críticas e incluso fue motivo de un dictamen por parte del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad³⁸. Si bien tal dictamen fue en relación al Anteproyecto de Código Civil y Comercial, y el mismo se vio modificado en el trámite legislativo posterior, las observaciones que se realizaron iban dirigidas a que un texto acorde a la CDPD, no podía tomar como principio la posibilidad de restringir la capacidad de la persona, parcial o totalmente, toda vez que la misma siempre se presume. Es decir, según esta postura, lo importante es identificar aquellas situaciones donde la persona plenamente capaz requiera de asistencia y limitar la actuación estatal a realizar los ajustes razonables y/o medidas de apoyo que la misma requiera para tales aspectos.

Tal crítica fue rebatida por una de las autoras del Código Civil y Comercial de la Nación, la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci, quien en un interesante artículo de doctrina dio fundamentos sobre estas disposiciones y la razón de su legalidad. Así entendió que *“la presunción de capacidad de toda persona (con o sin discapacidad) es de carácter iuris tantum y, por esta razón, dadas las situaciones previstas en la ley, reconoce excepciones Por lo tanto, la persona con discapacidad puede sufrir eventuales restricciones a la capacidad jurídica fundadas en: (i) la literalidad del art. 12, que no lo prohíbe expresamente; las normas prohibitivas internacionales son muy precisas y más bien escasas; (ii) el amplio abanico de discapacidades y situaciones particulares que requieren una solución jurídica, que evidencia la necesidad de seguir contando, en ciertas y específicas situaciones, con mecanismos de sustitución en la toma de decisiones, si bien excepcionales; (iii) la aceptación del principio de igualdad y no discriminación en el ejercicio de la capacidad jurídica, que supone la garantía de*

³⁸ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, octavo período de sesiones, Ginebra, 17 a 28 de septiembre de 2012, “Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del art. 35 de la Convención, Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Argentina, CRPD/C/ARG/CO/1.-

tratamiento equitativo en igualdad de condiciones, no tratándose de una garantía absoluta y abstracta de ejercicio de la capacidad jurídica por cualquier persona y en cualquier circunstancia. (...) En esta misma línea, el CCyC argentino establece expresamente que la restricción a la capacidad solo puede ser en beneficio de la persona (art. 31 inc. b). Esta regla-límite del "beneficio de la persona" debe verse sometida a un estricto test de proporcionalidad, que descarte los eventuales abusos en el marco de un paternalismo estatal injustificado cuyo resultado es la violación de los derechos de las personas. Por ello, cuando el Código habla del "beneficio de la persona" no lo está haciendo desde la postura tutelar-paternalista tradicional fundada en la concepción médica, sino desde la interpretación integral, sistemática y coherente del código, es decir, debiéndose leer a la luz de los arts. 1 y 2 que imponen como pauta de interpretación los principios fundamentales y los tratados de derechos humanos. En ese contexto, hablar de "beneficio de la persona" importa una concepción del beneficio fundado en el objetivo central del ordenamiento: la protección de la persona humana, alejada del paternalismo sustitutivo violatorio de los derechos inherentes a su situación."³⁹

Esta opinión es a su vez compartida por Bariffi⁴⁰ quien entiende que la CDPD no prohíbe a los Estados limitar la capacidad jurídica de las personas, siempre que esa limitación supere los test de legitimidad, proporcionalidad y no discriminación.

A nuestro entender, una recepción legislativa más acorde a los términos de la CDPD, hubiera sido aquella que únicamente identifique en el marco de un proceso judicial determinado, cuáles son los actos que la persona objetivamente no puede realizar por sí, sin hacer referencia a eventuales restricciones a la capacidad para ese acto. De esta manera, la sentencia a dictarse se abocaría sólo a establecer un sistema de apoyos, sin necesidad de meritar sobre la capacidad

³⁹Kemelmajer de Carlucci, Aída Fernández, Silvia E. Herrera, Marisa, *"Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código"*, LA LEY 18/08/2015, 18/08/2015, 1.

⁴⁰Bariffi, Francisco, *"El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad"*, Colección Convención ONU, Madrid, 2014.-

jurídica de una persona, trabajando exclusivamente sobre la presunción de plena capacidad que ha establecido el derecho internacional.

No obstante ello, el Código ha sido un avance fundamental en la materia, receptando no sólo el modelo social de la discapacidad, sino también reconociendo que toda sentencia judicial no debe basarse únicamente en el diagnóstico y pronóstico y la época en que la situación se manifestó la enfermedad, sino que también considerar los recursos personales, familiares y sociales existentes, establecer un régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible, todo ello basado en una dictamen expedido por un equipo interdisciplinario (art. 37 del CCyC).

IV.- 2 APOYOS JUDICIALES, EXTRAJUDICIALES. MODALIDAD

La modificación sustancial que introdujo el Código también contempló a las medidas de apoyo previstas por la CDPD en su art. 12, actual art. 43 del CCyC; tal instituto fue receptado en los términos establecidos por la Convención, y es consecuencia directa de la eliminación del viejo modelo de sustitución de la voluntad de la persona a través de un representante, por otro que sea respetuoso de la opinión del interesado promoviendo su autonomía y preferencias **durante todo el proceso**⁴¹ de la toma de decisión en el ejercicio de sus derechos.

A los fines de entender los alcances y la forma en que desenvolverán su rol los apoyos, resulta sumamente importante entender las normas que regulan su funcionamiento y que han quedado plasmadas en los arts. 38 y 43 del CCyC. En tal sentido, el primero de los artículos aludidos reza *“Alcances de la sentencia. La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía*

⁴¹ El modelo de apoyos no solo se centra en los momentos o fases propias a la celebración de los actos jurídicos, sino que además se proyecta sobre el "proceso de la toma de decisiones" Kemelmajer de Carlucci, Aída Fernández, Silvia E. Herrera, Marisa, "Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código", LA LEY 18/08/2015, 18/08/2015, 1.

personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación” y el segundo “Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo 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 voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al juez 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 o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo”

Los artículos transcritos no sólo han establecido la diversidad de formas que pueden adoptar los apoyos (cualquier medida judicial o extrajudicial que facilite a la persona la toma de decisión), sino que también han hecho referencia a la eficacia de los actos jurídicos que celebre una persona que requiera de la asistencia de un apoyo para ejercer sus derechos.

En este aspecto, corresponde al juez el evaluar las condiciones de validez de los actos y los alcances de la designación. Esto significa que específicamente deberá detallarse como se implementará el apoyo en la toma de decisión. De esta forma el apoyo puede consistir en una mera asistencia, consejo, asesoramiento, o puede excepcionalmente implicar que sea el apoyo quien suscriba algún documento en favor del interesado, siempre respetando su autonomía y voluntad en cada situación particular.

Delimitar correctamente el marco de actuación del apoyo se vuelve un tema esencial y que muchas veces no se termina de percibir en los hechos. Ejemplifiquemos la problemática con dos casos concretos, entendiendo que los mismos deben ser analizados a la luz de la presunción de capacidad que rige en la materia:

a) Por sentencia se ha determinado que una persona requiere de apoyo que lo **aconseje** para realizar actos de disposición patrimoniales (comúnmente se utiliza esta terminología para identificar a la compraventa de bienes registrables). En tal contexto, el interesado manifiesta su voluntad de realizar la venta de un bien inmueble de su titularidad, realizando todos los trámites procesales en la causa de determinación de la capacidad jurídica para poder disponer del mismo. Sin perjuicio de ello, al momento de autorizarse la escritura traslativa de dominio el escribano interviniente interpreta que por los alcances de la sentencia que se ha dictado, es el apoyo quien únicamente debe firmar dicho instrumento, asimilándolo a una situación donde exista entre ambos una representación legal.

El interrogante que aquí se genera es el siguiente ¿Es nulo el acto jurídico únicamente suscripto por el interesado?; ¿Deben firmar ambos o sólo el apoyo en los términos aludidos? Si bien cada caso puede poseer sus aristas, planteado como se describe, el escribano solo debería dejar constancia en la escritura que el apoyo comparece “aconsejando” a quien asiste y firmar en tal carácter; la firma del apoyo en carácter de “representante” excede el marco de actuación que le ha otorgado la sentencia y a su vez, es contrario a la presunción de capacidad establecida por el art. 31 del CCyC.-

b) Por sentencia se ha determinado que, por las características particulares de la persona, requiere de un apoyo que lo **asesore** al momento de realizarse una práctica médica que requiera la firma de un consentimiento informado⁴². No

⁴² Hoy definido por el ARTICULO 59 del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) .- Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e

obstante ello, al momento de realizarse una cirugía programada, los médicos que atienden al paciente exigen la firma del consentimiento por parte del apoyo judicial designado. ¿Puede suplirse la voluntad de la persona en este aspecto, o únicamente se debe contar con el consentimiento del interesado?. En lo relativo a este supuesto, el art. 59 del CCyC ha establecido específicamente las condiciones de validez de estos actos, los cuales se encuentran vinculados a dos derechos personalísimos como son el derecho a la salud y a la disposición del propio cuerpo. Allí se ha consignado que sólo “si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo (...)”.

La modalidad o intensidad de los apoyos designados, en los términos de la sentencia dictada, se vuelven entonces en un aspecto fundamental en el nuevo régimen de capacidad actualmente vigente. El no respeto a estas pautas, trae como consecuencia la ineficacia de los actos jurídicos en cuestión. Sin perjuicio de ello, habrá que analizar cada caso en particular y siempre evaluar si el acto jurídico en cuestión es susceptible de convalidación posterior –en los términos previstos por el artículo 388-, siempre y cuando así sea la voluntad de la persona interesada.

V.- BREVE MENCIÓN A LAS NORMAS PROCESALES

Hasta aquí hemos hecho mención a la normativa vigente en la materia, pero desde un punto de vista del derecho de fondo únicamente, detallando en lo particular como se ha adecuado nuestro ordenamiento jurídico a los principios de la CDPD. En dicho análisis sin embargo, se ha obviado hacer mención de cuáles son las disposiciones que rigen la materia en los Códigos Procesales Provinciales,

investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada (...)

aspecto fundamental toda vez que los mismos resultan ser las herramientas que debe utilizar el juez en los procesos de determinación de la capacidad jurídica.

En este aspecto, tomaremos como exponente la normativa establecida en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires⁴³, el cual es muy similar a las disposiciones del Código Procesal de la Nación, adelantando desde ya que ambos cuerpos normativos se encuentran desfasados en cuanto a sus disposiciones y no se adecúan ni a las disposiciones de la CDPD, ni a nuestro Código Civil y Comercial de la Nación.

Transcribimos a continuación algunos artículos donde se advierte el contraste aludido:

“ARTÍCULO 618 Requisitos. Las personas que pueden pedir la declaración de demencia se presentarán ante el juez competente exponiendo los hechos y acompañando certificados de dos médicos, relativos al estado mental del presunto incapaz y su peligrosidad actual.”

“ARTÍCULO 621°: Prueba. El denunciante únicamente podrá aportar pruebas que acrediten los hechos que hubiese invocado; y el presunto insano las que hagan a la defensa de su capacidad. Las pruebas que aquéllos o las demás partes ofrecieren, se producirán en el plazo previsto en el inciso 2) del artículo anterior.”

“ARTÍCULO 623: Medidas precautorias. Internación. Cuando la demencia apareciere notoria e indudable, el juez de oficio, adoptará las medidas establecidas en el artículo 148° del Código Civil, decretará la inhibición general de bienes y las providencias que crea convenientes para asegurar la indisponibilidad de los bienes muebles y valores.

Si se tratase de un presunto demente que ofreciese peligro para sí o para terceros, el juez ordenará su internación en un establecimiento público o privado.”

⁴³ DECRETO-LEY 7425/68 y sus modificatorias.

“ARTÍCULO 625°: Calificación médica. Los médicos, al informar sobre la enfermedad, deberán expedirse con la mayor precisión posible, sobre los siguientes puntos:

1°) Diagnóstico

2°) Fecha aproximada en que la enfermedad se manifestó.

3°) Pronóstico.

4°) Régimen aconsejado para la protección y asistencia del presunto insano.

5°) Necesidad de su internación”

A modo de breve síntesis, puede advertirse que el Código Procesal de la Provincia (y sus artículos homónimos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) establecía disposiciones acordes al régimen legal previsto por el Código Civil argentino, no así con aquellas consignadas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En tal sentido, los principales contrastes surgen de hacer prevalecer el criterio médico para determinar *“la incapacidad”* de una persona, las limitaciones a la intervención del interesado en el proceso, la potestad del juez de disponer o no la internación de la persona, como así también el ejercicio abusivo de ciertas medidas cautelares, bajo el argumento del *“interés superior”* de la persona.

No obstante ello, cabe destacar que el Código Civil y Comercial ha establecido normas procesales que les otorgan herramientas a los jueces al momento de la tramitación de un proceso, siendo las mismas de aplicación directa, por encima de las disposiciones del CPCC. Así las cosas, puede mencionarse que la pericia interdisciplinaria es requerida en todos los casos previo al dictado de sentencia (conf. arts. 31 inc. c y 37 del CCyC) y que el carácter de parte resulta ser indubitable y ha sido especialmente consignado en el art. 36 al establecer que *“la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa. (...) si la persona en*

cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio (...)”

Estas normas a su vez, han plasmado en nuestro ordenamiento jurídico lo consignado en el artículo 13, primer párrafo de la CDPD, en cuanto a que debe asegurarse *“que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento”*, y resultan ser respetuosas con las recomendaciones emitidas por el Órgano que supervisa la aplicación de la Convención de la ONU, quien en la Observación General N° 1 sobre el artículo 12 consignó *“las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica para determinados tipos de decisiones (...)*”⁴⁴

Teniendo en cuenta lo expuesto, estamos en condiciones de decir que estas normas procesales que el legislador ha incorporado en el Libro Primero, Título Primero del Código Civil y Comercial de la Nación, han derogado tácitamente muchas de las normas previstas en el sistema normativo establecido por el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación.

Destáquese en tal sentido que, ambos Códigos Procesales mantienen terminología que no sólo deviene inconstitucional, sino que a su vez genera responsabilidad convencional al Estado Argentino; a modo de ejemplo, se considera a la persona como “insana”; se permite su intervención sólo para aportar pruebas en defensa de su capacidad (art. 621 CPCCBA y 627 del CPCCN), sin reconocérsele el carácter de parte; y, la intermediación con el juez se limita a una única audiencia de toma de contacto, a celebrarse de forma previa al dictado de sentencia de “insanía” (art. 627 CPCCBA y 630 CPCCN).

⁴⁴ CRPD/C/GC/ Observación General N° 1 sobre el artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley”.

Los fundamentos para entender la aplicación directa de estas normas procesales establecidas en el Código Civil y Comercial de la Nación, tienen su base principal en la Reforma Constitucional de 1994, donde surge el concepto de un derecho privado constitucional, resaltándose la fuerte influencia que ejerce la Constitución, las reglas supranacionales y la interpretación judicial proactiva, por la operatividad directa de los derechos que se tutelan. Toma fuerza entonces, la idea de que la incorporación de los tratados y convenciones humanitarias en el nivel constitucional, ha venido a incidir directa o indirectamente en el equilibrio y distribución de los poderes que corresponden a la Nación y a las Provincias en cuestión, ello con el objetivo de garantizar un estándar de igualdad ante la ley.

Así las cosas, se vuelve a las viejas concepciones procesalistas de la unidad del ordenamiento jurídico que consistían en validar las atribuciones concurrentes del Congreso con fundamento en la observancia de la garantía fundamental de la igualdad ante la ley, para edictar directivas mínimas, estándares o principios necesarios o útiles para asegurar la efectiva virtualidad de los derechos de fondo.⁴⁵

Esta idea de unificar la legislación en ciertos aspectos fundamentales, también se ha visto reflejada en distintos pronunciamientos de la Corte IDH. Tal Tribunal ha consignado que la adopción de medidas de unificación legislativa opera en dos vertientes, a saber: I) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas por la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y II) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías⁴⁶.

Misma tesitura tomó la CSJN, al decir que *“si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimiento, ello es sin perjuicio de las disposiciones*

⁴⁵ MERCADER A., Poderes de la Nación y de las Provincias para instituir normas de procedimiento, Ed. Jurid. Arg., Bs. As., 1939, passim; id., Unificación de la legislación procesal en la Argentina en Estudios de Derecho Procesal, Ed. Platense, La Plata, 1964, pp. 69 y ss.

⁴⁶ Corte IDH, caso “Barreto Leiva c. Venezuela”, sentencia 17-11-2009 (Fondo, reparaciones y costas).

reglamentarias que dicte el Congreso cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos estableciéndolas en los códigos fundamentales que le incumbe dictar” (Fallos 138:157; 136:154, entre otros).

En consecuencia, existen fundamentos suficientes para defender la postura de que el Congreso de la Nación puede dictar normas procesales aplicables a todo el territorio, incluso a pesar de lo establecido en los arts. 75 inc. 12 y 121 de la Constitución Nacional, siempre y cuando tal facultad legislativa se circunscriba al establecimiento de contenidos mínimos, bases, pautas o estándares orientadores para guiar la fiel interpretación y aplicación de los principios y valores supremos de ciertos derechos fundamentales, especialmente respecto de aquellos reconocidos en los diversos Tratados de Derechos Humanos, ratificados por nuestro país bajo los términos previstos en el art. 75 inc. 22 de la Constitución.-

En consecuencia, debe entenderse que las normas procesales incorporadas por el Código Civil y Comercial de la Nación, resultan de aplicación directa a aquel proceso comprendido en los artículos 618 a 630 del CPCCBA y sus homónimos del CPCCN complementándolos en aquellos aspectos donde su aplicación ha devenido inconstitucional y a la vez derogando normas que, hasta tanto no sean debidamente adecuadas, no resisten un control de constitucionalidad ni de convencionalidad por parte de cualquier magistrado.

SEGUNDO EJE TEMÁTICO

I.- ANALISIS DE CASOS. PRINCIPIOS GENERALES

Veremos a continuación, en el análisis de ciertos casos emblemáticos, como los jueces y los diversos operadores del sistema de justicia (Asesores de Incapaces, Curador Oficial, Peritos Oficiales, etc) han actuado en situaciones particulares y como se han tratado de resolver los inconvenientes procesales que se generan en la práctica judicial. Ya hemos dicho que el análisis a realizar se limitará a los derechos más esenciales o personalísimos, aunque consideramos que lo aquí planteado resulta ser aplicable a todos los demás derechos de los cuales pueda resultar ser titular una persona.

A modo de aclaración y sin perjuicio de las consideraciones que se consignaran al momento de analizar cada situación en particular, resulta importante destacar que la aplicación del nuevo paradigma en materia de salud mental, ha tenido como consecuencia que se reconozca la existencia de ciertos principios rectores –los que se han ido delimitando jurisprudencial y doctrinariamente-, cuyo objetivo primordial es el respeto de los derechos de la persona con discapacidad. A continuación se hace una breve mención a tales principios, con expresa cita de sus fuentes :

- a) La CSJN ha consignado en diversas oportunidades que *(...)Es criterio reiterado del Tribunal que el respeto de la regla del debido proceso debe ser observado con mayor razón en el caso de quienes padecen un sufrimiento mental debido al estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el que se encuentran frecuentemente estas personas, lo que reafirma el principio constitucional a una tutela judicial efectiva (conf. arg Fallos: 328:4832; 331:1859).(...)*” (Conf. CSJN, 22 de diciembre de 2015 CSJ 334/2012 (48-T)/CS1, CSJ 77/2014 (50-T)/CS1,

RECURSOS DE HECHO, Terrulli, Jorge Miguel c/ González, Manuel Enrique y otros s/ ejecución hipotecaria.)

- b) *"el sistema judicial se debe configurar para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder en forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho".* Exposición de motivos de las "100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad" (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, a las cuales adhirió la C.S., Acordada 5/2009, 24-II-2009):
- c) *"El respeto del modelo social implica que no debe privarse a la persona de su posibilidad de elegir y actuar. La aplicación del sistema creado a partir de la Convención de la ONU para Personas con Discapacidad debe guiarse por el principio de la 'dignidad del riesgo', es decir, el derecho a transitar y vivir en el mundo, con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse"⁴⁷*

II.- DERECHO A SER OIDO. ACCESO A LA JUSTICIA

Conforme lo previsto en las diversas disposiciones establecidas por el CCyC, hoy resulta ser un requisito imprescindible el escuchar a la persona con discapacidad, tomar contacto personal con la misma previo a la resolución de actos trascendentales que modifiquen su vida diaria, garantizarle el derecho al acceso a la justicia mediante la exigencia de que siempre cuenten con un patrocinante letrado y permitir que a través de su voluntad puedan elegir a su

⁴⁷ Kraut, Alfredo J.; Diana, Nicolás, *"Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria"*, LL 2011-C-1039).

apoyo, incluso si el mismo no se presenta en juicio con el debido patrocinio letrado (arts. 31, 32, 36 y 43 del CCyC sgtes. y ccdtes del CCyC).

En la enumeración indicada puede advertirse que se encuentran en juego derechos esenciales de la persona, como es el derecho a ser oído, a tener representación legal y a privilegiar su voluntad por sobre todas las cosas. Si bien en la teoría estos conceptos son sumamente claros y debería ser práctica usual en todas las causas judiciales respetarlos, se generan muchos problemas durante el desarrollo del proceso, que finalmente culminan en una vulneración de los derechos de la persona con discapacidad.

A continuación se mencionan causas judiciales donde se han visto en juego estos derechos, indicando en caso de corresponder la solución que podría implementarse.

II.- 1 CAUSA “P.D.M S/ DETERMINACION DE LA CAPACIDAD JURIDICA”

La causa aludida, en trámite por ante el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 20 del Departamento Judicial La Plata, tuvo como inicio el control judicial de la internación psiquiátrica que tuvo la accionada en el Hospital Dr. Alejandro Korn de Melchor Romero, todo ello como consecuencia de su enfermedad (diagnóstico según pericia “esquizofrenia afectiva”; además de haber padecido un tumor en la cabeza, por lo que tuvo diversas operaciones quirúrgicas)

Eventualmente y como sucede en este tipo de causas, se interpuso demanda en los términos del artículo 618 del CPCC, convirtiendo el expediente en un proceso de determinación de la capacidad jurídica. En virtud de ello, por pedido expreso del Ministerio Público se solicitó la intervención de la Asesoría Pericial Departamental a los efectos de que se realicen las pericias correspondientes a la

Sra. P. D. M., con el objeto de delimitar su capacidad de ejercicio y de esa manera designar los apoyos que correspondan.

En este contexto se adjunta la pericia médica/psiquiátrica, siendo las conclusiones de los profesionales intervinientes que por los antecedentes crónicos de enfermedad mental que padece la Sra. P.D.M., sufría una limitación a su capacidad de ejercicio en cuanto a la realización de ciertos actos jurídicos, sin perjuicio de destacar que a la fecha de la evaluación se encontraba transitando por una “buena etapa” cumpliendo regularmente con la toma de su medicación, pero resaltando que tal circunstancia podría modificarse en cualquier momento.

En contraposición a lo expuesto, el informe social efectuado por la perito de la Asesoría Pericial, reflejó el auto grado de autonomía que registra la Sra. P.D.M. en su vida diaria, conformando un hogar unipersonal sin ninguna dificultad en el desenvolvimiento de sus actividades cotidianas.

A los efectos de estudiar el caso planteado, resulta interesante el aporte realizado por la Curaduría Oficial Departamental, en su dictamen realizado en oportunidad de contestar la vista conferida del expediente. Tal presentación fue a su vez acompañado de un informe social elaborado por una de las Trabajadoras Sociales pertenecientes a dicho organismo judicial, el cual tuvo como objetivo reflejar aún más la independencia de la Sra. P.D.M. Se transcribe a continuación la parte pertinente de dicho dictamen:

“(…)De la lectura del informe aludido, se desprende la autonomía que despliega la Sra. P. en todas las actividades de su vida diaria, así como también la contención que percibe por parte de su grupo familiar. Así se detalla que es beneficiaria de una pensión derivada que ella misma administra, abona sus impuestos, posee tarjeta de crédito y débito y realiza de manera frecuente y por sus propios medios los controles médicos psiquiátricos, neurológicos, así como también las visitas al cardiólogo, odontólogo, etc.

Asimismo, posee una Acompañante Terapéutica que le abona su obra social y que la acompaña al centro comercial, a tomar café y a veces a realizar compras. Suele viajar por sí misma a Buenos Aires a visitar a su hermana O. , utilizando transporte público y visita a sus restantes hermanos domiciliados en Los Hornos, Berisso y Ringuet de manera frecuente; también concurre al cine con un amigo y dos o tres veces por semana trabaja cuidando a una señora que se domicilia a dos cuadras de su vivienda.

Por último y como punto que resulta importante destacar de la entrevista mantenida por la Lic. J. T. con la accionada, al momento de consultarle quien quisiera ella que fuera su apoyo, ella expresa textualmente “yo no creo que necesitaría, porque hago todo sola” “si voy a tener un curador que sea mi hermano”.-

(...) por las consideraciones de hecho y de derecho antes vertidas, entiendo que si bien el diagnóstico médico resulta necesario por ser parte integrante la pericia interdisciplinaria prevista en el art. 37 del CCyC, no puede ser dicho dictamen el único motivo para determinar la restricción en la capacidad de ejercicio de una persona.

Es este además el espíritu que ha establecido el legislador y que se encuentra plasmado en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 5 de la ley 26.657 que establece “La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede producirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado”.

Lo referido no sólo encuentra su respaldo en el informe que se acompaña al presente, sino que también es esta la opinión vertida por la Lic. M. J. P., perito de la Asesoría Pericial Departamental (ver fs. 148/149) y por los peritos médicos quienes consideran que actualmente la encartada “atraviesa una buena etapa, y ha comprendido la importancia del tratamiento ambulatorio y de la toma regular de

medicación”, todo ello sin perjuicio de las demás consideraciones vertidas por dichos profesionales en su respectivo dictamen (ver fs. 167).”

De la lectura del dictamen transcrito, puede advertirse que a lo largo del mismo se ha buscado hacer una interpretación de la situación de la Sra. P.D.M. desde un punto de vista acorde al nuevo paradigma en materia de salud mental, donde el modelo social de la discapacidad debe prevalecer por sobre el diagnóstico médico.

En tal sentido, si bien es cierto que la persona tenía antecedentes de enfermedades mentales, y que debía mantener un tratamiento ambulatorio de por vida, también es cierto que tal enfermedad no le impedía desarrollar su vida de forma normal. Asimismo, la Sra. P.D.M al momento de la realización del informe social expresamente manifestó su voluntad de continuar viviendo independientemente, sin ninguna interferencia por parte de un operador judicial, como podría ser la Curaduría Departamental.

Así las cosas se generan tres inconvenientes procesales para el magistrado interviniente. Una pericia médica que determina una restricción a la capacidad de ejercicio de la persona para ciertos actos, como producto de su enfermedad mental, lo que prima facie impediría concluir la causa y resolver la rehabilitación de la persona en los términos del art. 47 del CCyC⁴⁸. Un informe social que destaca la autonomía y desenvolvimiento de la Sra. P.D.M. sorteando todo tipo de obstáculo social que pueda llegar a tener que enfrentar; y por último, no sólo la falta de un referente familiar que pueda presentarse en el cargo de apoyo, sino la voluntad expresa de la persona de continuar viviendo una vida independiente.

⁴⁸ ARTICULO 47.- Procedimiento para el cese. El cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad debe decretarse por el juez que la declaró, previo examen de un equipo interdisciplinario integrado conforme a las pautas del artículo 37, que dictamine sobre el restablecimiento de la persona. Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador o apoyo.

En virtud de los derechos personalísimos en juego (derecho a vivir una vida digna, derecho a ser oído), el juez determinó que previo a resolver, debía citarse a la interesada en el marco de la audiencia de toma de contacto prevista por el art. 35, y solicitar que en dicha oportunidad se expida en relación a quien resulta ser su persona de confianza para así designarlo en su carácter de apoyo.⁴⁹ A la fecha, por diversos motivos, **dicha audiencia aún no ha podido realizarse**, por lo que la causa no cuenta con una resolución de fondo en lo relativo a las cuestiones planteadas.

Se genera un interrogante ante esta situación. ¿Qué sucederá si la Sra. P.D.M., decide no aceptar que nadie la asista, y reitera su deseo de continuar viviendo sola, tal y como lo viene haciendo desde hace años?.

El juez podría aplicar el principio procesal establecido por nuestro más Alto Tribunal, el cual ha indicado que en materia probatoria *“Las conclusiones de una pericia no tienen valor vinculante, no obligan al sentenciante, no resultando por ello absurdo el apartamiento de las mismas, cuando las razones alegadas son suficientes para ello”*. (SCBA LP C 116663 S 04/09/2013 Juez Pettigiani). Con dicho fundamento, y haciendo aplicación directa del art. 12 de la CDPD y de los artículos 23, 31 sptes. y ccdtes. del CCyC, podría desestimar las consideraciones vertidas por los médicos psiquiatras, haciendo prevalecer el modelo social de la discapacidad y la autonomía de la persona, evitando limitar su voluntad y reconociendo implícitamente el derecho a la “dignidad en el riesgo”.

Sin embargo, esto a su vez, generaría otro inconveniente. De aplicarse la solución antes descripta, nos encontraríamos ante un proceso de determinación de la capacidad jurídica que en principio no tendría objeto, toda vez que la

⁴⁹ ARTICULO 35.- Entrevista personal. El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias.

ARTÍCULO 43.- (...)El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo (...)

sentencia a dictarse en los términos del art. 37 y 38 del Código Civil y Comercial, establecería que la Sra. P.D.M. no necesita asistencia para ningún acto jurídico particular, todo ello, mientras se mantenga estable y realizando sus controles médicos. ¿Sería procedente entonces, la rehabilitación total de la persona, en los términos del art. 47 del CCyC?. Ambas posturas parecen extremas, pero nuestra legislación no otorga soluciones intermedias frente a estas situaciones que se dan en la práctica diaria.

Como antecedente de relevancia, y **posible solución**, resulta relevante citar un fallo dictado durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield en el año 2010, emanado de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Necochea. En el mismo se determinó vía jurisprudencial la figura de un “tutor de tratamiento”, como forma de culminar un proceso judicial de inhabilitación, todo lo cual resulta ser muy similar al caso en análisis. Así las cosas se dijo que “A. Z. se encuentra en condiciones de ejercer los derechos que cimentan su libertad personal, extrapatrimoniales, personalísimos y patrimoniales con la condición de cumplir el tratamiento psicoterapéutico que le indican los profesionales que la asisten.” (...) *“En conclusión: no existe relación causal “suficiente” entre la “enfermedad” y la consecuencia que la ley exige a fin de que se disponga inhabilitación: existencia de un peligro real y concreto de que el enfermo se dañe a sí mismo o a terceros. Tampoco advierto exista peligro para la administración del patrimonio de la causante. Ambos hechos no han sido demostrados en estos autos.”*(...) *“Por ello y teniendo en cuenta el mandato positivo que emerge de la C. I. P. P. D. (“Promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones en relación con el lugar de trabajo y el mercado laboral..”) no debe declararse la inhabilitación de A. Z. (CIPPD, arts. 3, incs.a), b), c), d), e) y f), 8° inc.2, III; 12 y arts. 152 bis, 481, 482, doc. 484,901, 903, 904 C.C.)”* (...) *“Creo sí, en cambio, que ha de disponerse una mínima limitación en su libertad personal a título del “ajuste razonable” que prevé la Convención Internacional a fin de que pueda ejercer*

plenamente sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas (art. 2 C.I.P.P.D.. "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 las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales)." (...) "Por todo ello propongo: 1) designarle a la A. Z. un "tutor de tratamiento" quien, complementando su voluntad, le haga comprender la necesidad de tratamiento y de su cumplimiento estricto y permanente, ajustando su función, en lo pertinente, a los fines y conforme los deberes previstos en el art. 481 del C.C.; 2) El "tutor de tratamiento" deberá informar, mensualmente, al Juez y al Sr. Asesor de Incapaces, previa consulta con los profesionales que atienden a la paciente, la evolución de su estado de salud y el grado de cumplimiento de su tratamiento y plan farmacológico."(...) "En consecuencia propongo revocar la sentencia de grado y desestimar la declaración de inhabilitación peticionada, limitando la intervención judicial a la designación de un "tutor de tratamiento" en los términos expuestos en los puntos "1) a 5)" del párrafo anterior."⁵⁰

II.- 2 CAUSA G.F.C. S/ DETERMINACION DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

Este expediente, en trámite por ante el Juzgado de Familia N° 5 del Departamento Judicial La Plata, fue iniciado originariamente por ante el Juzgado Nacional en lo Civil N° 102 de la Capital Federal y posteriormente remitido a este Departamento Judicial en virtud de una cuestión de competencia planteada.

Desde el punto estrictamente legal, cabe mencionar que con fecha 17 de octubre de 2007 se dictó sentencia y se resolvió declarar que la Sra. G.F.C. resultaba ser inhabilitada en los términos del antiguo 152 bis, inc. 2 del Código

⁵⁰ Z., A. s/ Inhabilitación" - CÁMARA DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE NECOCHEA, Sentencia del 18/10/2010, cit. por "eDial.com - AA6790"

Civil, designándose en tal oportunidad al Curador Oficial -quien entonces y según la normativa vigente, asumía el cargo al sólo efecto de prestar conformidad con ella, al momento de la realización de actos de disposición y de administración-. Asimismo, y con fecha 1 de julio de 2013, el magistrado a cargo del Juzgado de Familia de este Departamento Judicial resolvió aceptar la competencia en estos actuados y designó al Curador Oficial Departamental en el cargo que antes desempeñaba el Curador de la Ciudad de Buenos Aires, todo ello por considerar que se sostenían las mismas circunstancias que motivaran la inhabilitación oportunamente decretada.

La sentencia aludida resulta ser la actualmente vigente, aunque ya se han realizado nuevas pericias a los fines de dar cumplimiento con la revisión de sentencia en los términos del art. 40 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Habiendo determinado el contexto legal del caso de autos, corresponde ahora analizar las circunstancias fácticas que rodean a la Sra. G.F.C. y que demuestran ciertos inconvenientes en el desarrollo proceso que resultan relevantes para el presente trabajo.

Así las cosas, los informes periciales consignaron que la Sra. G.F.C. se encuentra inserta en una familia compuesta por su concubino y sus tres hijos, todos ellos producto de dicha unión. Destacan que entre ambos mantienen la organización de la dinámica familiar, siendo ella quien se encarga de la preparación de alimentos e higiene de sus hijos, mientras él trabaja en la crianza y venta de animales rurales. En lo relativo a la relación aludida, a lo largo de la causa existen indicios claros que acreditan que el Sr. R. se ha convertido en un soporte afectivo y apoyo en la vida de su pareja, siendo él quien la ayuda a sortear todo tipo de obstáculo que pueda llegar a encontrar.

En ese marco se produce la audiencia de toma de contacto prevista en los arts. 627 del CPCC y 35 del CCyC. En tal oportunidad, se le preguntó expresamente a la causante de autos si estaba de acuerdo con que la Curadora

Oficial siga detentando el cargo de apoyo judicial; a tal interrogante respondió *“preferiría que la persona que se hiciera cargo de su atención fuera su esposo el Sr. F.V.R., quien se ocupa de sus cuidados en todos los aspectos, y es una persona muy trabajadora y seria, y un muy buen padre”* Acto seguido se le consultó a su pareja si era su deseo ser designado apoyo de la Sra. G.F.C., a lo cual manifestó que *“sí”*; en esa oportunidad se le indicó que debía presentarse con debido patrocinio en el expediente judicial y que para tal aspecto, no era necesario pagar un abogado particular sino que contaba con la asistencia de las Unidades Funcionales de Defensa, que podían brindarle tal servicio sin generarle ningún tipo de erogación, dando con ello por concluida la audiencia.

Hasta aquí no se advierte ningún inconveniente a resolver por parte del magistrado, toda vez que se han cumplido con todas las medidas procesales necesarias para proceder al dictado de sentencia, respetándose asimismo derechos personalísimos tan fundamentales como son **el derecho a ser oído y manifestar su voluntad**. Sin perjuicio de ello, los inconvenientes se generaron a continuación, produciendo que la causa aún se encuentre sin resolución judicial, todo ello vinculado a un problema hartamente conocido por todos los que nos dedicamos al derecho: **el acceso a la justicia**.⁵¹

Si bien el Sr. F.V.R. manifestó expresamente su deseo de ser designado apoyo judicial, debido a las circunstancias fácticas que rodean su vida cotidiana, nunca ha llegado a poder cumplir con tal extremo, principalmente porque no cuenta con el tiempo necesario para poder realizar las gestiones procesales que requiere tal designación. Brevemente explicaremos cuáles fueron los

⁵¹ Larrandart Lucila “Acceso a la Justicia y tutela de los derechos ciudadanos”, en Sistema Penal Argentino, adHOC, Buenos Aires 1992. El acceso de la justicia, puede ser considerado desde tres aspectos diferenciados aunque complementarios entre sí: el acceso propiamente dicho, es decir, la posibilidad de llegar al sistema judicial; la posibilidad de lograr un buen servicio de justicia, es decir, no sólo llegar al sistema sino que éste brinde la posibilidad de lograr un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial; y por último, complementario necesariamente, es el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos, de los medios para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos y específicamente la conciencia del acceso a la justicia como un derecho y la consiguiente obligación del Estado de brindarlo y promoverlo.

inconvenientes que surgieron y que han hecho de que al día de hoy, la causa continúe sin el dictado de nueva sentencia:

- El Sr. F.V.R. y la Sra. G.F.C. viven en una zona alejada del conurbano, en una casa muy humilde, y se dedican a la crianza y venta de animales rurales. En virtud de tal actividad y el contexto donde tienen su residencia estable, han manifestado en diversas oportunidades que no pueden ausentarse de su domicilio por largos períodos de tiempo, porque eso conlleva a que les roben sus animales, o le ingresen a su casa, como ha sucedido en diversas oportunidades.
- Asimismo, no se encuentran en condiciones de abonar un abogado de la matrícula, por lo que deberían hacer uso de las Defensorías Oficiales; tal organismo se encuentra a una gran distancia de su domicilio, por lo que no sólo implicaría realizar un viaje de muchas horas, sino también destinar recursos económicos que no poseen, en transporte público.
- Por último, pero no menos importante, la presentación en el expediente judicial con el debido patrocinio letrado, no se limita a un mero escrito postulatorio sino que conlleva diversos trámites. Resulta ser práctica judicial el requerir ciertas medidas para evaluar la idoneidad de la persona que se propone para el cargo de apoyo judicial. Tales medidas consisten en :a) informe de anotaciones personales, para tomar conocimiento sobre la existencia de una inhabilitación general de bienes vigente; b) informe de antecedentes penales; c) la declaración de tres testigos.

Como puede advertirse, el cumplimiento de tales recaudos implica una serie de gestiones que necesariamente debe realizar el interesado –más aún si es representado por una Defensoría Oficial que no cuenta con los medios que posee un abogado de la matrícula-, y que difícilmente puedan cumplirse en dos o tres viajes.

Nuevamente nos encontramos ante un inconveniente netamente procesal, donde normas de forma se convierten en un obstáculo insalvable para aquella

persona que quiere presentarse en un expediente judicial, formalizando algo que en los hechos viene realizando desde hace años. Asimismo, no sólo se violenta el derecho al acceso a la justicia del Sr. F.V.R., sino también el de la Sra. G.F.C., quien ve desvanecer su derecho a seleccionar a su persona de confianza para que integre su sistema de apoyo, por cuestiones formales que le resultan de imposible cumplimiento.

Una posible solución para este tipo de inconvenientes, se encuentra previsto en el articulado del propio Código Civil y Comercial. Al definir a los apoyos, hemos dicho que los mismos pueden conformarse por un asistente personal, un familiar, un allegado, o red de aquellos, una asociación, una institución oficial, o cualquier otra figura; y a su vez mencionamos que según el art. 43 del CCyC *“Se entiende por apoyo 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.”*

De la lectura de dicho artículo, puede advertirse que el mismo legislador ha abierto la puerta a la posibilidad de designar un **apoyo extrajudicial**, quien no necesariamente debe cumplir con los requisitos de presentarse a estar a derecho en el proceso, con el debido patrocinio letrado. Mediante la utilización de dicha figura, se ha incorporado una norma de carácter netamente procesal en nuestra legislación de fondo, que permite a los magistrados flexibilizar situaciones como las planteadas en el caso de autos, todo ello en pos de respetar los deseos de una persona vulnerable.

Si bien la designación de un apoyo extrajudicial, en el marco de un proceso de determinación de la capacidad jurídica, resulta a nuestro entender viable, también genera ciertos inconvenientes que no podemos dejar de mencionar y que consisten en lo siguiente: Si se le otorga facultades al apoyo extrajudicial de percibir los ingresos económicos de los cuáles resulte ser beneficiaria la persona, ¿cómo se le exigirá la presentación de rendiciones de cuentas previstas por los

arts. 130 y 138, si no cuenta con abogado?. ¿Quién acreditará el cumplimiento de tratamiento médico, en caso de que el magistrado así lo requiera?.

Puede advertirse entonces que, la solución planteada altera marcadamente el control judicial que se hace al apoyo, tanto por parte del magistrado, como así también por la Asesora de Incapaces en su rol de representante promiscua de la persona con discapacidad⁵². Sin perjuicio de ello, considero que en casos particulares como el que se ha desarrollado, debe prevalecer siempre la voluntad de la persona, incluso si eso genera cierta incomodidad a los operadores judiciales. Asimismo, existen alternativas a disposición del juez de la causa que le permitirían tener un control de cómo se desarrolla la vida de la persona, incluso en este tipo de supuestos; ejemplo de ello podría ser el ordenar de forma periódica la realización de un amplio informe socio-ambiental en el domicilio, de cuya lectura se desprenda si las condiciones habitacionales y de higiene resultan ser favorables, si tiene mobiliario suficiente y si se afectan adecuadamente sus recursos, como así también si continúa a gusto con su apoyo o si por el contrario desea que alguien más la asista.

⁵² Ley 14.442, art. 38 ARTÍCULO 38.- Deberes y atribuciones del Asesor de Incapaces. Corresponde al Asesor de Incapaces:

Intervenir en todo asunto judicial o extrajudicial que interese a la persona o bienes de los incapaces, cuando las leyes lo dispongan, so pena de nulidad de todo acto o proceso que tuviere lugar sin su participación, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes - por acción u omisión- la hubieren impedido.

Tomar contacto inmediato y directo con los incapaces que representen judicialmente, y con aquéllos que requieran su asistencia, aunque no exista causa judicial en trámite.

Asistir al incapaz en toda audiencia ante los jueces de la causa, cuanto de cualquier otro magistrado que requiera su comparendo.

Peticionar en nombre de ellos, por propia iniciativa, cuando carezcan de representantes o existan entre éstos y los incapaces conflicto personal u oposición de intereses o resulte necesario para impedir la frustración de los derechos a la vida, salud, identidad, y de ser oídos por el juez de la causa.

Intervenir ante los órganos competentes en materia civil del niño, niña y adolescente.

Tomar contacto con la comunidad a través de las instituciones vinculadas con la protección y asistencia de los incapaces a fin de coordinar acciones conducentes a tales fines.

Controlar a la situación de los incapaces o internados alojados por cualquier causa en lugares de detención o establecimientos sanitarios, velando por el respeto de los derechos y garantías formulando las denuncias y requerimientos pertinentes; y promover su externación cuando corresponda.

Quienes dificulten, obstruyan o impidan el ejercicio de estas atribuciones, incurrirán en falta, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera corresponderles por ello.

Una vez más se advierte que, nuestras normas procesales, no han otorgado respuestas certeras para este tipo de situaciones. No obstante ello, deben encontrarse soluciones que sean acordes a los derechos más fundamentales, toda vez que los problemas de acceso a la justicia se vienen desarrollando desde hace años y no se limitan únicamente a los procesos donde se discute la capacidad de ejercicio de una persona.

II.- 3 CAUSA “P.A.J S/ DETERMINACION DE LA CAPACIDAD JURIDICA”

Resulta muy interesante la causa que pasamos a comentar, la cual tramita por ante el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 5, del Departamento Judicial La Plata, toda vez que en la misma se dictó sentencia restringiendo las capacidades del Sr. P.A.J. y contra dicha resolución se plantearon sendos recursos de apelación interpuestos por un lado por la Unidad Funcional de Defensa N° 13, en su carácter de Curadora Provisoria del proceso, y por otro lado, por la Curadora Oficial del Departamento Judicial La Plata.

Citaremos a continuación las partes pertinentes del fallo de la Excma. Cámara Primera de Apelación, Sala Segunda⁵³, todo ello en relación a los agravios planteados por la Curadora Oficial únicamente, toda vez que el recurso planteado por la Sra. Defensora fue rechazado y no se encuentra relacionado específicamente con el tema aquí propuesto.

En tal sentido, cabe destacar que el agravio planteado por la Sra. Curadora -legitimada procesalmente para apelar en los términos del art. 242 del CPCC, toda vez que en la sentencia cuestionada era designada curador del Sr. P.A.J.-, radicaba en el hecho de que no se había cumplido con una garantía tan esencial

⁵³ P.A.J. S/ DETERMINACION DE LA CAPACIDAD JURIDICA, Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial La Plata, Sala Segunda, Sentencia del 21 de Abril de 2016, Reg. N° 44, Voto de la Dra. Dolores Loyarte.

como resulta ser el brindarle la posibilidad al interesado de que elija a una o más personas de su confianza para que le presten apoyo, previo al dictado de sentencia (conf. arts. 35, 42 y 43 del CCyC). Así las cosas, la Cámara de Apelación estableció los siguientes principios, que resultan de aplicación a todos estos procesos:

(...) el elemento que define o caracteriza el modelo de apoyo es justamente la voluntad decisoria del sujeto que, a diferencia de lo que ocurre en el modelo de representación por sustitución, sigue en cabeza de la propia persona con discapacidad. En otras palabras, el modelo de apoyos tiene como objetivo asegurar que sea siempre la persona con discapacidad quien decida. (...) De conformidad con lo expuesto, entiendo que debe revocarse la sentencia de primera instancia en cuanto designa curador definitivo del Sr. P. a la Sra. Curadora Oficial de Alienados, debiendo en la instancia de origen, previa audiencia con el interesado, determinarse la modalidad y extensión del apoyo requerido, así como la persona en la que recaerá dicha tarea, garantizando el derecho del causante de elegir y proponer al juez su sistema de apoyo en la toma de decisiones (arts. 31,32, 35, 36, 37 inc. d, 38, 43 del C.C.C.) (...) La actuación del apoyo designado se deberá ajustar a las siguientes pautas: a) respetar los deseos y aspiraciones del Sr. P. con respecto a los actos para los que necesita la figura de apoyo; b) le deberá transmitir las situaciones complejas para que pueda decidir con el estímulo personal, promoviendo así su autonomía a los efectos de su manifestación de su voluntad para el ejercicio de sus derechos; c) si el apoyo resulta insuficiente, deberá acudir a la salvaguardia que impone la intervención del ámbito jurisdiccional (art. 32,38,40 y ccds. del Cód. Civ. y Com.)(...).

De la lectura del extracto antes transcrito, puede advertirse que la Excm. Cámara de Apelación, ha remarcado la importancia de dar cumplimiento con la audiencia del art. 35 del Código Civil y Comercial, y en dicho marco darle posibilidad al interesado de que exprese su voluntad. Se recalca de esta manera el concepto de que, en el nuevo sistema de capacidad establecido por la CDPD y

por el Código unificado, no puede suplantarse a la persona y siempre debe prevalecer su autonomía al momento de dirigir su vida, siendo esencial que se le garantice la posibilidad de seleccionar a aquella persona que deberá asistirlo para ciertos actos en particular.

Asimismo, el aporte de la Alzada también incorpora un elemento más, y establece cuáles son las pautas que deberá respetar el apoyo al momento de desempeñar su rol, estableciendo que siempre debe buscar “respetar los deseos y aspiraciones de la persona” y que “le deberá transmitir las situaciones complejas para que pueda decidir con el estímulo personal”.

II.- 4 CAUSA "L. P. M. C. D. P. S/ DETERMINACION DE LA CAPACIDAD"⁵⁴

Esta causa que llegó al Tribunal de Alzada de la ciudad de Mar del Plata, tuvo como consecuencia los agravios sostenidos contra la sentencia dictada a fs. 528/538 mediante la cual la Sra. Juez de Familia restringió el ejercicio de la capacidad de la Sra. M. C. del P. L. P. respecto de los actos que allí señaló y designó en carácter de sistema de apoyo a las Sras. M. I. L. P. y P. R. P., hermana e hija de aquella, respectivamente.

A la nombrada en primer término, le asignó la tarea de asistir respecto de: a) actos de la vida común (cuidado y atención personal, tareas domésticas, viajar); b) actos relacionados con el ejercicio de la salud; c) realización de gestiones administrativas (percepción del haber jubilatorio). A la hija, le asignó la de asistir con facultad de representación para los siguientes actos: a) actos de administración y disposición del patrimonio (campo ubicado en Coronel Vidal); b) actos procesales (intervenir por sí misma en los procesos judiciales y/o

⁵⁴ Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, Departamento Judicial de Mar del Plata, Sentencia del 22 de febrero de 2018, Reg. N° 36-S FOLIO N° 223/8, voto del Dr. Roberto J. Loustaunau.-

administrativos en los que sea parte), con cargo de rendición de cuentas (art 649 del CPCC).

Dicha designación fue apelada por la propia causante y por la Sra. M.I.L.P. La Sra. M. I. L. P. aduce como agravio que se ha hecho una diferenciación sin fundamento entre ella y su sobrina y los actos atinentes al sistema de apoyos. Afirma que se privilegia a P. R. P. con la administración y disposición del patrimonio, pese a su desinterés por la salud y cuidado de su madre y que actúa por un interés esencialmente patrimonial. Considera que la solución sólo aporta más problemas a la relación familiar, pues no tiene contacto con su hija ya que no la visita, por lo que mal puede ésta asistirle con facultades de representación. Entiende que ella, al convivir con su hermana, es quien se encuentra en mejor situación para la tarea, en tanto puede compartir opiniones acerca del destino de los bienes.

En último lugar, la apelante se queja por la falta de motivación de la sentencia respecto de la elección de la persona de su sobrina para la administración del patrimonio pues no explica por qué P. R. P. es idónea para la función. Cuestiona que la juez haya pasado por alto lo manifestado por su hermana, no respetando su voluntad de que sea ella quien esté a cargo de sus bienes. Acompaña una carta en este sentido.

Resulta sumamente interesante el análisis de la situación particular de la causante que realiza el magistrado y como debe asegurarse que su voluntad sea escuchada en el marco del proceso. En tal sentido consignó que *“Debe recordarse que la Sra. L. P. no ha sido declarada incapaz, pues no se encuentra absolutamente impedida de interaccionar con su entorno ni de manifestar su voluntad que justificaría tal determinación (arg art 32 CCyC). Solo se ha restringido su capacidad para ciertos actos. Pese al cuadro de psicosis crónica y psicosis injertada (asociada) en debilidad mental que presenta (fs. 198) y las limitaciones que informa el equipo interdisciplinario de fs.323/326 (ampliado a fs. 335), no debe*

perderse de vista que el objetivo de la actuación del apoyo o del curador es siempre promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos (art.43 CCyC). Pero para hacer efectivo ese propósito es imprescindible que exista un vínculo armonioso y fluido, que le asegure a la causante el ámbito confortable y confiable para expresar su voluntad. En tal sentido, lo primero que observo es que la Sra. L. P. ha manifestado en audiencia ante la juez a quo su voluntad en el sentido de que sea su hermana la persona designada como apoyo (fs.503, abonada por los instrumentos de fs. 323 y 552, argto. art 43 CCyC)”

La riqueza del fallo que estamos comentando, viene a continuación, en el considerando final que da fundamento último al Fallo, el cual desde ya adelantamos que no sólo hizo lugar al recurso de apelación interpuesto, sino que designó como único apoyo de la causante a su hermana, la Sra. M.I.L.P.

Así las cosas el juez estableció *“Finalmente, debo destacar que la decisión que propongo, tiene especial fundamento en los Principios de Interpretación del modelo de capacidad jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la REDI (Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad) y el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales)(<https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/principios-de-interpretacion-del-modelo-de-capacidad-juridica-y-del-sistema-de-apoyos-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion> del 12 de enero 2018), de los que puede extraerse que:*

a) la función del apoyo no es sustituir la voluntad de la persona titular de la capacidad jurídica ni derogarla, sino que debe coadyuvar para que se respete y promueva la autonomía de su voluntad.

b) los casos en los que se acuerda las facultades de representación se basan en el consentimiento prestado por la persona en el marco de un proceso judicial.

c) el sistema de apoyos no puede imponerse contra la voluntad de la persona titular del derecho, salvo que sea absolutamente imprescindible porque se hubiera

comprobado que del ejercicio de la plena capacidad puede resultar un daño a su persona o bienes y que fueron absolutamente infructuosos todos los intentos judiciales para que proponga o acepte un sistema de apoyos a largo plazo. En todos los casos se debe tener en cuenta en todo momento los deseos y preferencias de la persona titular del derecho.

d) De acuerdo con lo que se desprende de la CDPD y tal como lo reafirma el Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - organismo reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como guía interpretativa del tratado - en su Observación General n°1, un sistema de apoyos debe basarse en el vínculo de confianza. Si es impuesto judicialmente y el encargado no es elegido por la persona en base a dicho vínculo, se desnaturaliza la figura.

e) En todo momento el juzgado debe receptar la expresión de voluntad de la persona titular del derecho (en especial si rechaza a la persona de apoyo designada) y efectuar los ajustes del procedimiento necesarios a fin de atender a dicho reclamo.”

III.- IGUALDAD ANTE LA LEY Y DIGNIDAD HUMANA

Hemos caracterizado oportunamente a la dignidad humana como un pilar básico sobre el que se sustenta la teoría de los derechos personalísimos, y que su reconocimiento exige necesariamente vincularla a la igualdad de todas las personas, entendida esta como el igual reconocimiento de derechos fundamentales inalienables.

En tal sentido, si bien los fallos anteriormente mencionados tienen como fundamento último a la dignidad humana, a continuación se hace mención a dos fallos muy interesantes, cuyo fundamento último se encuentra específicamente en el respeto de la dignidad e igualdad ante la ley de todas las personas, incluso aquellas que padecen una discapacidad.

III.- 1 CAUSA S.O.S. S/ INSANIA⁵⁵

El proceso en análisis se inicia en fecha 15 de Abril de 2015, momento en que compareció el hermano de la accionada, solicitando se promueva la insania de su familiar, acompañando los certificados médicos de rigor. Fundamenta que su solicitud tiene como único objetivo el realizar los trámites necesarios ante organismos oficiales con el objeto de obtener una pensión por discapacidad, solicitando en consecuencia que se designe judicialmente a un curador, y se autorice al mismo a percibir los haberes que correspondan. Alega que para que la presunta insana pueda percibir la pensión que otorga ANSES para casos similares, se necesita la apertura de una cuenta judicial donde se depositará en adelante el importe que se perciba por dicho concepto.

Finalmente solicita que se tenga por promovido el juicio de insania, sin requerir expresamente la declaración de incapacidad de la nombrada, pero si la designación de curador definitivo y provisional, hasta tanto se discierna la curatela definitiva.

Al momento de resolver la admisibilidad de la pretensión articulada, el magistrado hace aplicación directa del Código Civil y Comercial de la Nación, todo ello por lo previsto en el art. 7 de dicho cuerpo normativo⁵⁶. Bajo ese contexto, en primer término establece que la declaración de incapacidad solicitada no resulta ser procedente, toda vez que una declaración de ese tipo se ha convertido en un supuesto excepcional, y que la presunción resulta ser siempre la capacidad de las personas, estableciendo un sistema de apoyos en caso de ser necesario. Funda su decisión en lo previsto por el art. 32 in fine y la CDPD, como tratado de derechos humanos expresamente reconocido por nuestro ordenamiento jurídico.

⁵⁵ En trámite por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial y Laboral, Secretaría N° 1, Monte Caseros, Provincia de Corrientes, Sentencia del 18 de Agosto de 2015, Reg. N° 202/15..-

⁵⁶ ARTICULO 7°.- Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. (...)

Más allá de lo expuesto, resulta sumamente interesante interpretar las consideraciones vertidas por el magistrado, en especial el punto 4 y 5 de la sentencia aludida, donde claramente hace referencia al derecho inherente a la dignidad humana y a la igualdad de las personas, como fundamento para rechazar la demanda. Transcribo a continuación la parte pertinente

“4. Que la demanda que se considera tiene un claro propósito crematístico, más allá de que indirectamente pueda redundar en un beneficio de la persona que se dice tutelar, cual es la obtención de una pensión por discapacidad que percibiría su curador. El problema es que, según se expone en la demanda, para que ello suceda, es necesaria la designación de curador; y para que se designe curador, se requiere la declaración de incapacidad de una persona. ¿No es muy alto el precio que debe pagar una persona para obtener una pensión, el que se declare su incapacidad? ¿Es ello posible bajo la vigencia del CCC y la CDPD? Rotundamente no. (...)

5. Que, en efecto, estamos frente a una demanda objetivamente improponible toda vez que el objeto perseguido, resulta improcedente en razón de la no idoneidad, juzgada en abstracto, de los propios hechos en los que se funda la demanda, los que no son aptos para obtener una sentencia favorable. En otro términos, considero que en el estado actual de la legislación, no es objetivamente proponible una demanda que persigue la declaración de incapacidad de una persona humana, para de ese modo, obtener la designación de un curador, y consecuentemente, obtener por vía administrativa el pago de una pensión por discapacidad”.

Bajo los fundamentos expuestos, el magistrado claramente ha considerado que la demanda resultaba ser improcedente desde un punto de vista procesal, y que asimismo, resultaba ser violatoria de los principios reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico vigente, atentando contra la igualdad y dignidad humana. Así las cosas, rechazó “in limine” la demanda de designación de curador

promovida y al mismo tiempo, en pos de no vulnerar ningún tipo de derecho, ordenó expedir testimonio y/o copia certificada de su resolución, a fin de que sea presentada por el interesado ante los organismos administrativos correspondientes.-

III.- 2 CAUSA “C. A. R.. INSANIA Y CURATELA”⁵⁷

La causa de referencia, llega a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires como resultado de la interposición de los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley planteados contra la sentencia de la Sala III, de la Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata, la cual confirmó lo resuelto en la instancia de origen, en cuanto a que el Sr. A.R.C. debía comparecer ante el Cuerpo Técnico Auxiliar para ser evaluado.

Los agravios del accionado se centraron en que, tanto el juez de origen como la Cámara, convalidaron la realización de una nueva pericia interdisciplinaria (en los términos de los arts. 31 inc. c y 37 del CCyC), sin advertir que aún no se había resuelto el planteo de nulidad absoluta del proceso oportunamente formulado por el Sr. A.R.C., por lo que a su entender se lo sometía a un escrutinio sobre su capacidad civil, negando su “personalidad jurídica”, todo ello con el único fundamento de su condición de pobreza y padecimiento mental.

Cabe destacar que el recurso extraordinario de nulidad fue rechazado por la Corte, todo ello bajo el entendimiento de que la omisión en el tratamiento de cuestiones a la que se refiere el art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires ocurre cuando el juzgador ha excluido el tema por descuido, pero no cuando la materia aparece desplazada por un razonamiento como el expuesto en

⁵⁷ Sentencia del 19 de Septiembre de 2018. SCBA, Acuerdo N° 2078

la sentencia en crisis, donde la Cámara de Apelación “hizo una exclusión consciente de la cuestión”.

No obstante ello, se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y es en los fundamentos de tal decisión donde se desprende lo destacable del fallo aquí comentado; se ha resaltado la importancia de la participación del interesado en el proceso, su carácter de parte y por sobre todas las cosas la necesidad de observar el respeto a las reglas del debido proceso legal, cuando intervenga en el mismo una persona en estado de vulnerabilidad.

Así las cosas, en el considerando V del voto del Doctor Genoud, se detallan los argumentos principales que dan fundamento a la sentencia de la Corte, la cual únicamente ha tenido el voto en disidencia del Dr. de Lazzari; de los mismos pueden destacarse los siguientes:

- Los órganos intervinientes se limitaron a convocar al impugnante a una nueva evaluación pericial, sin atender a la circunstancia de que el Señor C. había controvertido la totalidad del proceso, por lo que se le vulneraron garantías tan fundamentales como resultan ser el debido proceso y la defensa en juicio (art. 18 de la Const. Nac. y 8 CADH).-
- En la causa se ha desconocido la personalidad y la capacidad jurídica del Sr. A.C., alguien inscripto en un grupo –personas con discapacidad mental- al que históricamente les fueron negadas esas mismas condiciones de existencia social, jurídica y política.
- Para que el debido proceso legal exista realmente, es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.
- Con cita al autor Alfredo J. Kraut, la Corte destaca que “El respeto del modelo social implica que no debe privarse a la persona de su posibilidad de elegir y actuar. La aplicación del sistema creado a partir de la

Convención de la ONU para Personas con Discapacidad debe guiarse por el principio de la “dignidad del riesgo”, es decir, el derecho de transitar y vivir en el mundo, con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse”⁵⁸.

Bajo los fundamentos aquí vertidos, la Corte hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el entendimiento de que ante supuestos donde intervenga una persona en estado de vulnerabilidad, deben flexibilizarse ciertas normas procesales, y respetar la voluntad de la persona; se destaca en tal sentido que, si bien es cierto que el planteo de nulidad del proceso se realizó luego de notificada la sentencia, también existen constancias en el expediente de las cuales se desprende que el Sr. C. no estaba de acuerdo con la resolución que restringía su capacidad.

Tales constancias surgen de la notificación de la cédula, donde al firmar el Sr. C. consigna la leyenda “en disconformidad con la sentencia del expediente”, como así también en la audiencia celebrada a posteriori, en fecha 7 de abril de 2016, donde indicó que “insistía en mi planteo de nulidad de todo lo actuado, incluyendo la sentencia dictada en autos, que recortaba derechos fundamentales para mi persona”.

Por todo ello, la SCBA resuelve por mayoría⁵⁹ remitir los autos a la instancia de origen para que allí, el magistrado interviniente resuelva el pedido de nulidad

⁵⁸ Kraut, Alfredo J.; Diana, Nicolas, “Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria” LL 2011-C-1039.-

⁵⁹ El voto en minoría realizado por el Dr. de Lazzari, comparte el criterio de los demás magistrados votantes, pero difiere en la solución entendiendo que el planteo de nulidad debe ser resuelto por el propio Tribunal, declarando la nulidad absoluta de todo el proceso, procediendo a su vez al levantamiento de todas las restricciones inherentes a la capacidad impuestas por la sentencia recurrida. En tal sentido, se resalta que hubo una imposibilidad por parte del accionado a participar en el proceso, la cual se profundizó por no tener “igualdad de medios procesales por no habersele proporcionado información previa y detallada sobre el objeto del proceso, ni sobre el alcance de las consecuencias de los actos procesales (...), tampoco pudo controvertir todos los informes presentados, ni tomar contacto directo con el juez a los efectos de esclarecer los posibles interrogantes que aún pudieren subsistir, ni evaluar personalmente el cuadro configurado por el dictamen de peritos (...) es por ello que la privación de una oportuna intervención, comporta la nulidad por

del proceso que fuera formulado por el Sr. C.A.R., dictando así una resolución que, haciendo uso de los “ajustes razonables del procedimiento”⁶⁰ ha sido respetuosa de la voluntad de la persona, permitiéndole ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con los demás usuarios del sistema de justicia, remarcando así nuestro más Alto Tribunal la importancia de considerar la igualdad procesal de todas las personas que actúen en un proceso judicial, incluso si sufren algún tipo de discapacidad.

IV.- DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. CONSENTIMIENTO INFORMADO.

El derecho fundamental a la integridad personal, en su doble faz psíquica y física, ha sido expresamente consagrado en el inc. 1 del art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”⁶¹, además de lo establecido en el art. 17 de la CDPD, la cual específicamente en materia de discapacidad ha previsto “toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás”.

En lo relativo a nuestro trabajo, haremos hincapié en cómo se articula este derecho fundamental frente a la eventualidad de una práctica médica que implique que la persona deba expresar su consentimiento informado, destacando en relación a este concepto si, las personas con discapacidad, ven vulnerados sus

omisión de actos esenciales del proceso que afectan el derecho de defensa (arts. 18, Const. Nac. y 15, Const. Prov.)”.

⁶⁰ Art. 2, párrafo cuarto, CDPD: “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 las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (aprobada por ley 26.378)

⁶¹ Convención Americana de Derechos Humanos, firmada en la ciudad de San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Estado Argentino, por Ley N° 23.054, Sancionada: Marzo 1° de 1984. Promulgada: Marzo 19 de 1984.

derechos al momento de la toma de una decisión que afecta su integridad personal como es el someterse a una práctica quirúrgica o un tratamiento médico.

A tales efectos entonces y, previo a adentrarnos en el estudio de los casos individuales, debemos definir brevemente qué se entiende por consentimiento informado y cuál resulta ser el estado actual de la materia tanto a nivel legislativo como jurisprudencial y doctrinario. En tal sentido, doctrina autorizada ha definido al consentimiento informado como *“la aceptación (o rechazo) por parte de una persona competente de un procedimiento diagnóstico o terapéutico una vez que ésta ha sido adecuadamente informada acerca de aquello a que se le propone consentir; su finalidad es que la persona pueda implicarse de manera suficiente en la relación clínica y pueda tomar decisiones que le afectan con conocimiento de causa”*⁶²; otra definición lo ha denominado como la *“declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual, luego de brindársele suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención”*⁶³.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, también se ha expedido en relación a este concepto, y así ha entendido que *“el consentimiento informado tiene como núcleo de su razón de ser posibilitar que el paciente ejercite libremente su voluntad de someterse o no a determinada práctica médica, resaltando que la responsabilidad que genera el incumplimiento de ese recaudo se asienta en la afirmación de que, de haber conocido los riesgos, el paciente no se habría sometido a ella. Ese cuadro se integra, además, con los elementos objetivos que*

⁶² Lamm, Eleonora “Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud”, publicado en <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/consentimiento-informado-para-actos-medicos-e-investigaciones-en-salud>, Marzo de 2017.-

⁶³ Elena I. Highton y Sandra M. Wierzba, “La relación médico-paciente: el Consentimiento Informado”, 2ª ed. Act. y amp., Ed. Ad-hoc, Bs. As., 2003, pág. 45

indican su estado clínico y con la evaluación de los medios técnicos alternativos existentes para su diagnóstico y tratamiento...”⁶⁴

En lo que a legislación se refiere, este aspecto se encuentra previsto en la Ley Nacional de Salud Pública (Ley 26.529 con las modificaciones introducidas por ley 26.742, su decreto reglamentario 1089/2012, la cual ha sido ratificada por la Provincia de Buenos Aires mediante ley 14.464), siendo de especial interés para el análisis aquí propuesto lo consignado en los arts. 5 y 6, con su respectiva reglamentación, y la vinculación que actualmente posee el art. 59 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Así las cosas, el art. 5 de la ley 26.529 y el art. 59 del CCyC, definen el consentimiento informado y determinan como debe ser recabado el mismo. A tales fines, se establece una obligación para los profesionales médicos que consiste en brindar a sus pacientes información *“clara, precisa y adecuada”* respecto a su cuadro de salud y a los procedimientos que se encuentran a su alcance, explicando en su totalidad sobre los *“beneficios esperados, riesgos, molestias y efectos adversos previsibles”* sean estos del tratamiento recomendado, como así también de otras alternativas terapéuticas existentes. Asimismo, se destaca la obligación de informar sobre las consecuencias previsibles si se decide *“la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados”*, como así también sobre el derecho inherente a toda persona *“al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado (...)”*

Hasta aquí hemos realizado un análisis de que se entiende por consentimiento informado y cómo se articula el mismo, pero siempre limitándonos a aquellos supuestos en donde la persona es plenamente capaz y puede

⁶⁴CSJN, “Godoy Aguirre, Marta c/ Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina y otro.”, Fallos: 331:1804, del 12 de agosto de 2008)

comprender los alcances de la práctica médica a la cual se va a someter. Corresponde analizar ahora aquellos supuestos en donde la persona se encuentra imposibilitada de manifestar su voluntad, como así también los casos de personas capaces (en los términos de los artículos 23, 31 y 43 del CCyC) que cuentan con un sistema de apoyo que los asiste en diversos actos de su vida civil.

Para ello, debemos hacer mención a la totalidad de las normas vigentes e interpretar las mismas de una forma armónica con el nuevo paradigma en esta materia, para así evitar las posibles contradicciones que puedan generarse de la lectura individual de cada una de ellas. En este aspecto entonces, resultan de aplicación el art. 6 de la ley 26.529 (modificado por ley 26.742), el art. 5 de su decreto reglamentario 1089/12, y el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En tal sentido, el art. 6 de la ley 26.529 establece que todo profesional –en el ámbito público o privado-, debe obtener el consentimiento informado de forma previa a realizar cualquiera de las prácticas antes indicadas; no obstante ello, al momento de definir la situación de una persona incapaz o imposibilitada de brindar tal consentimiento⁶⁵, se realiza una remisión al art. 21 de la ley de ablación de órganos N° 24.193, en donde se determina que el curador siempre deberá prestar el consentimiento informado por la persona declarada “incapaz”.

No obstante ello, tales artículos deben completarse con lo previsto por el art. 5 del Decreto Reglamentario 1089/12 y con lo normado por el actual art. 59 del código unificado, cuyo enfoque principal resulta ser el respeto de la decisión de la

⁶⁵ ARTICULO 6º — Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente.

En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido.

Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

persona en cuanto a someterse a un tratamiento y/o práctica quirúrgica, fomentando así su autonomía en la toma de decisión;

- Art. 5 Decreto 1089/12: (...) *También operará este consentimiento por representación en el caso de los pacientes incapacitados legalmente o de menores de edad que no son capaces intelectual o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar. **Cuando los mismos puedan comprender tales alcances, se escuchará su opinión, sin perjuicio de suministrarse la información a las personas legalmente habilitadas, para la toma de decisión correspondiente. Para este consentimiento deberán tenerse en cuenta las circunstancias y necesidades a atender, a favor del paciente, respetando su dignidad personal, y promoviendo su participación en la toma de decisiones a lo largo de ese proceso, según su competencia y discernimiento (...)***
- Art. 59 del CCyC: (...) *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. (...) Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.*

Puede advertirse entonces que, en nuestro ordenamiento jurídico, la regla fundamental en materia del consentimiento informado resulta ser el respeto de la decisión de la persona con discapacidad y nunca la sustitución de su voluntad por parte de un tercero. En tal contexto, se impone como obligación el garantizarle el acceso a los apoyos que necesite para comprender los alcances del acto, contemplándose una única excepción a este principio, la cual sólo podrá requerirse ante el supuesto de que **“la persona se encuentre absolutamente incapacitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica”**, situación ante la cual el representante legal, el apoyo, o un familiar y/o allegado podrán prestar el consentimiento aludido.

IV.- 1 CAUSA “R. L. S. D. s/ PROCESO DE RESTRICCIÓN A LA CAPACIDAD”⁶⁶

Esta causa de restricción a la capacidad de ejercicio del Sr. R.L.S.D, llega a conocimiento de la Cámara de Apelación en virtud de que el Curador Oficial planteó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, ello por entender que el juez “a quo” se había excedido en cuanto a los alcances de la designación de apoyo y la restricción a la capacidad del accionado. En lo que al consentimiento informado se refiere, su agravio consiste en que *“de la lectura de los considerandos se desprende **que se autorizaba al señor L.S.D.R. a prestar el consentimiento informado para los tratamientos médicos, fisiológicos, psiquiátricos y su rehabilitación, mientras que luego, en la parte resolutive, se restringió su capacidad para prestar consentimiento informado para los tratamientos médicos, fisiológicos y psiquiátricos. Por ello, solicita se deje sin lugar la restricción impuesta, autorizándose al señor R. a prestar el consentimiento informado para tales actos”***.

⁶⁶ Radicado ante el Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil de Personas y Familia de 2ª Nominación de Salta. Sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, Sala III, de fecha 14 de mayo de 2019.-

Al momento de resolver esta cuestión, es interesante la interpretación que realiza la Alzada, cuya decisión resulta ser acoger de forma parcial el recurso impetrado por el Curador Oficial, modificando la modalidad del apoyo designado, ello sin perjuicio de que entiende que hubo una confusión al momento de la lectura de la sentencia por parte de dicho funcionario, como consecuencia de que tanto el causante de autos como su progenitor, poseen nombres similares.

Así las cosas, la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial modifica la sentencia de primera instancia entendiendo que de la lectura de autos *“se desprende la necesidad de mantener la restricción de la capacidad del joven R., en lo referente a las decisiones atinentes a los tratamientos vinculados a su salud mental, debiendo designarse a su padre como apoyo del mismo para el ejercicio de los actos personales antes detallados. Sin embargo, siendo necesario en la resolución **“señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación”** (cfr. artículo 38 y 43 Código Civil y Comercial), **se modifica la modalidad dispuesta** en la sentencia recurrida, y se dispone que el consentimiento informado en lo atinente a los tratamientos e indicaciones referentes a la salud mental del joven, **deberá ser prestado por el joven R., con el asentimiento de su padre designado como apoyo**, el que deberá serle requerido por los profesionales de la salud en las mismas oportunidades en que requieran el consentimiento informado del paciente, de conformidad a la normativa vigente. Ello, por cuanto *“el objetivo principal del apoyo es el “facilitar” a la persona la “toma de decisiones”. Con lo cual resulta evidente que el objetivo del apoyo no es decidir “por” la persona, sino facilitarle la toma de sus propias decisiones”*.*

CONCLUSION

A lo largo de las páginas del presente Trabajo Final Integrador hemos remarcado la importancia que detentan los derechos personalísimos en cualquier ordenamiento jurídico, siendo estos derechos inherentes a la condición humana y cuya base radica en la dignidad e igualdad. Así las cosas, podemos reiterar una vez más la importancia del concepto de dignidad, como eje de todos los derechos de la personalidad, citando otros antecedentes de nuestro más Alto Tribunal de Justicia *“la dignidad humana, además de todo cuanto ha sido dicho a su respecto, es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional adoptado”*⁶⁷.

No obstante lo expuesto, también hemos hecho mención a la evidente situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas con discapacidad en el ejercicio diario de sus derechos -incluso en aquellos considerados fundamentales- y cómo ello fue el detonante para la confección de un tratado específico que los ampare, como resulta ser la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), cuya ratificación por el Estado Argentino ha generado un proceso de reforma legislativa interna que aún no culmina.

Por último nos adentramos al estudio de aquellas personas cuya discapacidad tiene como motivo algún padecimiento vinculado a su salud mental, analizándose a su vez ciertos procesos judiciales de determinación de la capacidad jurídica, en donde se suscitaron cuestiones relativas a los derechos personalísimos.

Bajo tales consideraciones y conforme surge de la investigación realizada, puede advertirse que nos encontramos en un momento de transición en cuanto al reconocimiento pleno de los derechos personalísimos a las personas con discapacidad. En tal sentido, si bien desde el derecho de fondo la Argentina ha adecuado su normativa en cumplimiento con los estándares internacionales, la

⁶⁷ C.S.J.N., Fallos: 332:2043; Fallos 333:2306, 330:1989

realidad es que al momento de poner en práctica tales cuestiones, los magistrados se encuentran con códigos de forma sumamente desactualizados y que no resisten ningún control de convencionalidad.

Asimismo, y al igual que le sucede a gran parte de la sociedad, existen grandes inconvenientes de acceso a la justicia que impiden que las personas con discapacidad, con motivo de su salud mental, puedan ejercer aquellos derechos que constitucionalmente se les ha reconocido. Sumado a ello, los rigorismos formales de todo proceso judicial se ven en crisis en estas situaciones, y deben necesariamente ser sometidos a revisión si pretendemos que la voluntad de la persona prime por sobre todas las cosas.

En este contexto, la flexibilización de ciertas normas del proceso jugará un papel fundamental, ello hasta tanto se cuente con una reforma integral a las reglas establecidas en los diversos Códigos Provinciales. Jurisprudencialmente, tales cuestiones ya se encuentran a la vista y han sido motivo de especial análisis en este trabajo: por ejemplo en el punto III.- 2 de los presentes, se ha demostrado que por aplicación de los “ajustes razonables” del proceso, una sentencia debidamente notificada puede que no adquiera firmeza –bajo las consideraciones allí explicitadas-, permitiéndole así al interesado el plantear extemporáneamente la nulidad de todo lo actuado.

No obstante ello, el desafío continúa vigente y debe ser un compromiso de todos los magistrados el comprender que las reglas del juego han cambiado; la intermediación adquiere una relevancia extrema; la persona es parte en el proceso y debe respetarse su voluntad; la selección de una persona de su confianza para que integre su sistema de apoyo debe primar por sobre las formalidades intrínsecas del proceso –léase por ejemplo, la falta de presentación con el debido patrocinio letrado del familiar/allegado, quien en la vida diaria no sólo lo contiene sino que también asesora, no siendo esto óbice para su designación-.⁶⁸

⁶⁸ A modo de ejemplo, podemos citar un reciente fallo dictado por el Juzgado de Familia N° 4 de Mar del Plata, en autos "C P J S/ MATERIA A CATEGORIZAR (INCIDENTE DE REVISIÓN DE SENTENCIA)". En el mismo, si bien se rehabilita al accionado en los términos del art. 47 del CCyC, se designa a su vez como **“apoyo moral y**

Si bien queda aún mucho camino por recorrer, el Código Civil y Comercial de la Nación no sólo ha sido una reforma trascendental en todos los aspectos que hemos mencionado, sino que a su vez ha impuesto una vara aún mayor a los jueces, quienes ahora además de tener que motivar y fundar debidamente sus sentencias, ello en los términos del art. 3 de la Constitución Nacional⁶⁹, art. 171 de la Constitución Provincial⁷⁰ y art. 34, inc 4 del Código Procesal Civil y Comercial⁷¹, ahora deben contemplar que todas sus resoluciones hayan realizado una interpretación de la ley *“teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”* (art. 2 del CCyC).

Por todo lo expuesto y a modo de conclusión podemos decir que, todas las resoluciones dictadas en aquellos procesos judiciales donde se encuentren en juego los derechos personalísimos de una persona con discapacidad, deberían contemplar un mayor resguardo de la voluntad y preferencias del interesado, garantizarle su participación en el proceso y evitar el tomar medidas que deriven en una afectación directa a su dignidad humana y autonomía personal, imposibilitándole así el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones.

asistencial” (extrajudicial) a su pareja para que lo acompañe en su evolución personal y de salud en la medida de sus posibilidades, e inste en caso de resultar necesario el cumplimiento del tratamiento en la salud que pudiere requerir el Sr. C, requiriéndose se informe ello, dentro del término de seis meses.- Los fundamentos de la decisión por parte del magistrado competente, en la causa referida, radican en que designar un apoyo judicial, con la consecuente restricción a la capacidad de ejercicio, significaría una *“intromisión en la vida del causante la cual resultaría contraproducente para el devenir de su autodeterminación y voluntad, por lo que debe reconocerse su plena capacidad jurídica y con ello, la posibilidad de ejercer por sí mismo los derechos de los que es legítimamente titular”*, no obstante la designación de apoyo extrajudicial realizada en la parte dispositiva de tal resolución. Sentencia del 18 de Julio de 2019.-

⁶⁹ Art. 3 Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

⁷⁰ Art. 171: Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales letrados, serán fundadas en el texto expreso de la ley; y a falta de éste, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.”

⁷¹ Art. 34, inc. 4 “Fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia.”

BIBLIOGRAFIA

- Rivera, Julio C., Instituciones de Derecho Civil. Parte General, 5° Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.
- Lete Del Río, José Manuel, Derecho de la personalidad, Ed. Tecnos, Madrid, 1986. Cfr además, serrano ruiz, YaimaAnays, Los derechos inherentes a la personalidad en la esfera moral. Ponencia III Encuentro Internacional Justicia y Derecho, 2006.
- Alterini, Jorge H, "Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético", Ed. La Ley, 2015.-
- Palacios, Agustina y Bariffi Francisco. "La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad". Cinca: Madrid, 2007.-
- Bariffi, Francisco, "El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad", Colección Convención ONU, Madrid, 2014.-
- Kraut, Alfredo J.; Diana, Nicolás, "Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria", LL 2011-C-1039).
- Kemelmajer de Carlucci, Aída Fernández, Silvia E. Herrera, Marisa, "Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código", LA LEY 18/08/2015, 18/08/2015, 1.
- Sagüés, Néstor P., "Dificultades operativas del 'Control de Convencionalidad' en el sistema interamericano", artículo de doctrina publicado en La Ley, 2009-B, P. 1)
- Camps, Carlos E, "La capacidad de ejercicio de derechos en el proceso civil", Publicado en RCCyC 2016 (marzo), 07/03/2016,3 – DJ22/06/2016, 1".-

- Larrandart Lucila “Acceso a la Justicia y tutela de los derechos ciudadanos”, en Sistema Penal Argentino, adHOC, Buenos Aires 1992.
- MERCADER A., Poderes de la Nación y de las Provincias para instituir normas de procedimiento, Ed. Jurid. Arg., Bs. As., 1939, passim; id., Unificación de la legislación procesal en la Argentina en Estudios de Derecho Procesal, Ed. Platense, La Plata, 1964, pp. 69 y ss.
- Lamm, Eleonora “Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud”, publicado en <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/consentimiento-informado-para-actos-medicos-e-investigaciones-en-salud>, Marzo de 2017.-
- Elena I. Highton y Sandra M. Wierzba, “La relación médico-paciente: el Consentimiento Informado”, 2ª ed. Act. y amp., Ed. Ad-hoc, Bs. As., 2003, pág. 45
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Naciones Unidas, 13/12/2006.
- Observación general sobre el artículo 12 de la CDPD: igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/11/4.
- Ley 26.657. Derecho a la Protección de la Salud Mental.
- Código Civil y Comercial de la Nación. Publicado en el Boletín Oficial el 8 de Octubre de 2014. Su aplicación temporal se difirió hasta el 1 de agosto de 2015, todo ello según Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014.-