



**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE**

**Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas**

**Maestría en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia – 4ta Cohorte**

**La Figura de Apoyo para el ejercicio de la Capacidad Jurídica en el Código Civil y Comercial de la Nación y su diseño jurisprudencial**

**Tesista: De Zan María Eugenia**

**Directora: María Fátima Pando**

**Corrientes, 10 de Noviembre de 2023**

A mis padres, Edgardo y Graciela que siempre me acompañaron en este hermoso camino del ejercicio de la profesión y apoyaron cada una de mis metas y sueños. A mi hermana y colega Anahí por compartir este hermoso proyecto conmigo. A mi hermana Silvana y mis bellos sobrinos Joaquín e Irene.

En memoria de mi abuela Ranshi un pilar importante que me enseñó y acompañó a transitar esta vida con amor y valores.

#### Agradecimiento

A mí querida directora de tesis Dra. María Fátima Pando por haberme transmitido tantos conocimientos con pasión, dedicación y paciencia para la realización de este trabajo y por haberme acompañado hasta su fin.

A mis amigos y colegas.

## Índice

<b>Capítulo 1: “Introducción, planteamiento epistemológico y diseño de la investigación”</b>	
1.	Introducción.....7
1.1	Problema de la investigación Objetivos y problema de la investigación .....8
1.2	Delimitación del campo temporal y espacial.....9
1.3	Metodología de la Investigación.....10
<b>Capítulo 2: La Discapacidad en el discurso Jurídico</b>	
2.1	Discapacidad y Derechos Humanos.....13
2.2	Modelos de tratamientos de discapacidad.....13
2.3	La discapacidad como cuestión de derechos humanos en Convencion Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.....15
2.4	De los modos de restringir la capacidad jurídica en el derecho.....19
<b>Capítulo 3 La Convención sobre los Derechos de personas con Discapacidad y el cambio de paradigma</b>	
3.1	Evolución del tratamiento de la discapacidad en el derecho internacional de los Derechos Humanos.....24
3.2	Antecedentes normativos y propósito.....24
3.3	El derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su capacidad jurídica en todos los aspectos de su vida y su conexión con otros derechos.....33
3.4	El Sistema de Apoyos que diseña la CDPD para el ejercicio de la capacidad jurídica. Niveles.....38
3.5	Salvaguardias para la implementación de los apoyos.....43
<b><u>Capítulo 4</u> Las Personas con Discapacidad psicosocial en el Código Civil y Comercial de la Nación</b>	
4.1	Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación.....45

4.2 Reglas generales de las restricciones a la capacidad.....	51
4.3 Las restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica.....	52
<b><u>Capítulo 5 Las personas con discapacidad psicosocial y el acceso al apoyo</u></b>	
5.1 Acceso a distintas formas de apoyo para las personas con discapacidad basado en los derechos humanos.....	57
5.2 La importancia del apoyo.....	59
5.3 El apoyo a las personas con discapacidad en el derecho internacional de los derechos humanos. La obligación de los Estados de garantizar el acceso a apoyo.....	61
5.4 El apoyo en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	62
<b><u>Capítulo 6 Apoyo para el Ejercicio de la Capacidad Jurídica.</u></b>	
6.1. Apoyos. Conceptualización.....	65
6.2 Condiciones para un modelo de Apoyo.....	68
6.3 Toma de decisiones con Apoyo.....	73
6.4 Apoyo para el ejercicio de la Capacidad Jurídica en el Código Civil y Comercial de la Nación. ....	76
6.5 La Piedra Angular del Sistema: el art. 43 del Cód. Civ. y Com.....	79
6.6 Abordaje de los Sistemas de Apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica en el Derecho Comparado: .....	85
Colombia.....	86
Perú.....	87
México.....	87
<b><u>Capítulo 7 Análisis de los datos</u></b> .....	
7.1. La comprensión de los apoyos en relación a su función.....	89

7.2 El apoyo en relación a los derechos personalismos de las personas con padecimiento mental. ....	90
7.3 Actos patrimoniales de administración y disposición.....	91
7.5. Nivel socio económico y la percepción judicial.....	91
7.6. Construcción jurisprudencial del sistema de apoyo en el Excmo. Tribunal de Familia de la Provincia de Formosa.....	94
7.5. Aplicación de los arts. 32, 38 y 43 del Cód. Civ. y Com de la Nación en la Sentencias emitidas por el Excmo. Tribunal de Familia.....	96
7.6 Derechos Personalísimos.....	97
7.8. Derechos Patrimoniales.....	98
7.9 Derechos Políticos.....	98
<b><u>Capítulo 8 Conclusiones finales</u></b>	
Conclusiones.....	101
Bibliografía.....	104

**Listado de Abreviaturas**

**CDPD:** Convencion sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

**Cód. Civ. y Com:** Código Civil y Comercial de la Nación.

**Art:** Articulo.

**Excmo:** Excelentísimo

**ETC:** Etcétera

**Nro.** Numero

**SS:** siguientes

**SGTES:** Siguietes

## Capítulo 1

### **“Introducción, planteamiento epistemológico y diseño de la investigación”**

#### **1 Introducción**

El análisis de la discapacidad ha tenido un recorrido histórico que permitió la configuración de diferentes modelos con respecto a su construcción, concepción y abordaje.

En esta línea de razonamiento, la concepción de discapacidad ha variado a lo largo del tiempo. Históricamente ha sido entendida como una enfermedad, o una deficiencia, impediendo el ejercicio de los derechos, sustituyendo la voluntad de la persona padeciente.

Con la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y luego con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ratificadas ambas por la República Argentina mediante la ley 25.280 y por ley 26.378, implicaron un cambio de paradigma tanto en el concepto de persona con discapacidad como en el reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica de ellas en igualdad de condiciones que los demás.

Nuestro Código Civil y Comercial (en adelante Cod. Civ y Com.) recepciona este cambio de paradigma y no solo lo circunscribe a una simple transformación normativa, sino que implica una transformación mucho más profunda que importa dejar de lado el sistema de sustitución que consagraba el antiguo Código Civil, en el que la capacidad era un atributo de la personalidad, para adoptar un modelo de derechos humanos basados en la dignidad de la persona y la promoción de su autonomía, mediante un sistema de apoyo o salvaguardias. De este modo la capacidad jurídica deriva de la condición de ser humano.

En concordancia con ello, en este trabajo se abordará y analizará la figura de apoyo como uno de los mecanismos tendientes a promover la autonomía y la manifestación de la voluntad de la persona con discapacidad mental o psicosocial para el ejercicio de sus derechos. Y, si quienes cumplen función de apoyo comprenden el sentido de la misma.

## **1.1 Problema de Investigación**

En el presente trabajo se analizará la figura de Apoyo para el ejercicio de la Capacidad Jurídica consagrada en el Cód. Civ. y Com con el objetivo de comprobar si efectivamente cumple con su función de acompañar a la persona con discapacidad mental o psicosocial en el proceso de toma de decisiones para el ejercicio de sus derechos, respetando su autonomía e independencia. Se investigará si las partes que cumplen el rol de apoyo comprenden el significado de esta función y cómo se desempeña. Además, se analizará cómo se diseña el sistema de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica en las Sentencias de restricción a la de capacidad jurídica, emitidas por el Tribunal de Familia de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Formosa.

## **1.2. Objetivos**

**1.2.1 General:** Analizar los sistemas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica y su eficacia para la promoción de los derechos y respeto a la autonomía individual de las personas con discapacidad mental.

### **1.2.2 Específicos:**

a) Describir los sistemas de apoyo que se establecen en la jurisprudencia del Tribunal de Familia de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Formosa,

b) Identificar los argumentos utilizados en los fallos del Tribunal de Familia de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Formosa, para restringir la capacidad jurídica en función de los derechos comprometidos,

c) Analizar si las sentencias emitidas por el Tribunal de Familia de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Formosa responden a los postulados establecidos en el art. 32, 38 y 43 de C.C y C. de la Nación,

e) Indagar si las personas con discapacidad mental ejercen su capacidad jurídica a través del sistema de apoyo que se diseñan en las sentencias,

f) Determinar si las personas designadas como apoyo comprenden su función.

### **1.3 Hipótesis**

Por ello la hipótesis planteada es: “La figura de apoyo consagrada en el C.C y C de la Nación garantiza la autonomía en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad mental.”

### **1.4 Delimitación del campo espacial y temporal**

El área de estudio corresponde a la ciudad de Formosa capital de la Provincia del mismo nombre, en atención a los objetivos planteados en este trabajo de investigación, el área de circunscripción para su estudio es el Excmo. Tribunal de Familia de la Provincia de Formosa que corresponde a la Primera Circunscripción Judicial.

La estructura judicial de la Provincia de Formosa, territorialmente, está dividida en tres circunscripciones judiciales. Ello, de conformidad a la ubicación geográfica y a la densidad poblacional que posee el territorio provincial. Siendo que la mayor densidad se asienta en el Este provincial, allí existen dos circunscripciones judiciales, y la tercera ocupa todo el oeste geográfico (la de mayor superficie).-

La Primera Circunscripción Judicial, donde se asienta la Capital de la Provincia, está estructurada de la siguiente manera: Un Tribunal de Familia compuesto por dos salas, con dos miembros cada una, actuando uno de sus miembros a su vez, como presidente del presente Tribunal.

El Excmo. Tribunal de Familia actúa como instancia única para la Primera Circunscripción Judicial y como Tribunal de Apelación de las dos circunscripciones restantes. . El Ministerio Público que actúa ante el Tribunal de Familia está integrados por dos Defensorías de Pobres y Ausentes de Cámara (fuero civil, de familia, comercial y

laboral), dos Fiscalías de Cámara (multifuero) y una Asesoría de Menores e Incapaces de Cámara (multifuero). Se anticipa que en función de la competencia material, todos los procesos de restricción de capacidad de la Primera Circunscripción Judicial tramitan ante el Tribunal de Familia, quedando como instancia recursiva el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia (por vía de recurso extraordinario).-

A fin de llevar a cabo el presente trabajo de investigación se tomó como periodo de análisis el comprendido entre los años 2018-2021, teniendo en cuenta que el 01 de Agosto de 2015 entro en vigencia el Cód. Civ. y Com. que inauguró un nuevo marco normativo referente a la capacidad jurídica para las personas con padecimiento mental y la figura de apoyo. Ello permitió analizar si hubo o no efectividad de este cambio, tanto a nivel jurisprudencial como social.

### **1.5. Metodología de la Investigación**

Para llevar a cabo la investigación del presente trabajo se utilizó un enfoque cualitativo centrado en comprender las experiencias y percepciones de los participantes de este estudio.

El alcance de esta investigación será exploratorio y descriptiva. Para la recolección y análisis de los datos se seguirán los lineamientos de la teoría fundamental y el análisis documental de los fallos.

A los fines de verificar o no la hipótesis planteada, y en atención a los objetivos de investigación delimitados, se llevaron a cabo entrevistas semiestructuradas a las personas designadas como apoyos en las sentencias emitidas por el Tribunal de Familia de la Provincia de Formosa en los últimos tres años (periodo 2018-2021, donde también se incluyen las Sentencias de revisión (art. 40 del Cód. Civ y Com.)

Las entrevistas se realizaron a personas designadas apoyo en las sentencias de restricción a la capacidad, cuya selección se realizó de manera intencional. Los registros en bruto fueron efectuados mediante la toma de notas.

Por último, se analizaron las Sentencias de Restricción a la Capacidad emitidas por el Excmo Tribunal de Familia para indagar en qué elementos probatorios se funda el juez para restringir el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona, cómo interpreta el art. 43 del Cod. Civ. y Com. y de qué modo limita o restringe los derechos de la persona y el diseño del sistema de apoyo para su ejercicio.

### **1.6. Estructura de la Tesis.**

**La presente tesis se estructuro en ocho capítulos; 1 Capítulo “Introducción, planteamiento epistemológico y diseño de la investigación”; Capítulo 2 La Discapacidad en el discurso Jurídico: 2.1 Discapacidad y Derechos Humanos; 2.2. Modelos de Tratamiento de la Discapacidad; 2.3. Discapacidad como Cuestión de Derechos Humanos en la CDPD; 2.4 Modos de Restringir la Capacidad Jurídica en el Derecho; Capítulo 3 La Convención sobre los Derechos de personas con Discapacidad y el cambio de paradigma; 3.1 Evolución del tratamiento de la discapacidad en el derecho internacional de los Derechos Humanos; 3.2 La Convencion sobre los Derechos de las Personas con discapacidad antecedentes normativos; 3.3.Análsis del art. 12 de la CDPD; 3.4.El derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su capacidad jurídica en todos los aspectos de su vida y su conexión con otros derechos; 3.5. El Sistema de Apoyos que diseña la CDPD para el ejercicio de la capacidad jurídica. Niveles; 3.6 Salvaguardias para la implementación de los apoyos; Capítulo 4; Las Personas con Discapacidad psicosocial en el Código Civil y Comercial de la Nación 1 Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación; 1.2. La importancia del apoyo; .1.3.La obligación de los Estados de garantizar el acceso a apoyo; 1.4 El apoyo en la**

Convencion sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; **Capítulo 5 Las personas con discapacidad psicosocial y el acceso al apoyo** 5.1. Acceso a distintas formas de apoyo para las personas con discapacidad basado en los derechos humanos, 5.2. La importancia del apoyo, 5.3. El apoyo a las personas con discapacidad en el derecho internacional de los derechos humanos. La obligación de los Estados de garantizar el acceso a apoyo, 5.4. El apoyo en la Convencion sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; **Capítulo 6 Apoyo para el Ejercicio de la Capacidad Jurídica;** 6.1 Apoyos conceptualización; 6.2. Condiciones para un modelo de Apoyo; 6.3. Toma de decisiones con Apoyo; 6.4. Apoyo para el ejercicio de la Capacidad Jurídica en el Código Civil y Comercial de la Nación; 6.5. La Piedra Angular del Sistema: el art. 43 del Cod Civ. y Com; 6.6. **Abordaje de los Sistemas de Apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica en el Derecho Comparado;** Chile. Colombia, Perú, México; **Capítulo 7 Análisis de los datos;** 1. La comprensión de los apoyos en relación a su función, 1.2 Cuestionario en relación a los derechos personalismos de las personas con padecimiento mental, 1.3 Actos patrimoniales de administración y disposición, 1.5. Nivel socio económico y la percepción judicial, 1.6. Construcción jurisprudencial del sistema de apoyo en el Excmo. Tribunal de Familia de la Provincia de Formosa. 1.5. Aplicación de los arts. 32, 38 y 43 del Cód. Civ. y Com de la Nación en la Sentencias emitidas por el Excmo. Tribunal de Familia. 1.1.5. Derechos Patrimoniales. **Capítulo 8 Conclusiones Finales. Bibliografía. Anexo.**

## **Capítulo 2: La Discapacidad en el discurso Jurídico**

### **2.1. Discapacidad y Derechos Humanos.**

Explica Agustina Palacios (2020) que la concepción y las respuestas sociales hacia las personas con discapacidad han variado a lo largo de la historia, incluso dentro de una misma época y cultura. Y si bien no se han mantenido homogéneas ni estáticas, puede decirse que han oscilado entre dos enfoques<sup>1</sup>. El primero se enmarca en la tradición demonológica, que considera a la discapacidad fruto de causas ajenas a la naturaleza humana: el pecado o un castigo de los dioses y, por lo tanto, una situación incontrolable e inmodificable. El segundo enfoque ensambla en la tradición naturalista, que aborda la discapacidad como una enfermedad, fruto de causas naturales, y/o biológicas, y/o ambientales y, por lo tanto, la considera una situación modificable, lo cual se traduce en tratamientos de prevención, de cura, estrategias de integración etcétera.

Las últimas décadas del siglo XX han marcado el paso a una nueva perspectiva, que se encuadra en la tradición social, desde donde se concibe a la discapacidad como una situación, integrada en gran medida por los factores sociales; y que por tanto alientan a modificar prejuicios, prácticas y barreras que impiden la participación de las personas con diversidad funcional en igualdad de condiciones que las demás. Ello sentara las bases para que en el siglo XXI, la discapacidad quede sin duda situada y enmarcada dentro del discurso y del enfoque de los derechos humanos.

---

<sup>1</sup> PALACIOS, Agustina, Enfoque y perspectiva de discapacidad y derechos humanos en *Situaciones de Discapacidad y Derechos Humanos*, Palacios A., Fernández, S. e Iglesias M. G. Ed. La Ley 2020 pag. 1

## 2.2 Modelos de tratamiento de la discapacidad

Se advierte entonces que la discapacidad, no es un concepto estático, sino una categoría social en permanente cambio, que va variando conforme el contexto, el momento histórico y el desarrollo de los derechos, existiendo mucha confusión de conceptos.

El concepto de persona con discapacidad evoluciono en la línea de garantizar un mayor reconocimiento de sus derechos a través de la historia.

Agustina Palacios<sup>2</sup> explica que a lo largo de la historia se han dispensado tratamientos muy diversos a las personas con discapacidad, que se han visto reflejados en el ámbito del derecho.

Básicamente, dichos tratamientos pueden resumirse en tres modelos:

a) Modelo de Prescendencia: Considera que las causas que dan origen a la discapacidad tienen un motivo religioso, en el que las personas con discapacidad son innecesarias por diferentes razones: porque se estima que no contribuyen a las necesidades de la comunidad, que albergan mensajes diabólicos, que son una consecuencia del enojo de los dioses, o que por lo desgraciadas, sus vidas no merecen la pena de ser vividas. Este modelo presenta a su vez dos submodelos: 1) eugenésico: las personas con discapacidad son seres cuyas vidas no merecen ser vividas y entonces el exterminio aparece como solución (infanticidio) 2) marginación: exclusión social de la persona con discapacidad como objeto de compasión, por temor o por considerarlas objetos de maleficios o advertencias de un peligro.

b) Modelo Rehabilitador: Desde este modelo las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles o innecesarias, pero siempre en la medida que puedan ser rehabilitadas o “normalizadas”. Es por ello que el fin primordial que se persigue desde este paradigma es normalizar a la persona con discapacidad, aunque ello implique la desaparición u

---

<sup>2</sup> Palacios A., “El modelo social de discapacidad: origen, caracterización y plasmación en la Convención internacional de Derechos de Personas con Discapacidad” CERMI Ediciones CINCA, Madrid, España, Octubre de 2008.

ocultamiento que la discapacidad misma presenta. Se produce una identificación de la discapacidad con el concepto de enfermedad. La asistencia social pasa a ser el principal medio de subsistencia de las personas con discapacidad a través de la proliferación de pensiones, jubilaciones, subsidios como solución predominante. Este modelo ha homogeneizado desde la Segunda Guerra Mundial, el abordaje de la discapacidad en el sistema de salud.

c) Modelo Social de Discapacidad: Considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino preponderantemente sociales; y que las personas con discapacidad pueden aportar a las necesidades de la comunidad en igual medida que el resto de las personas, pero siempre desde la valoración y el respeto a su condición de personas y de la diversidad. El eje ideológico de este modelo está descrito en el art. 12 de la CDPD, parte de la premisa que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene en cuenta a las personas con discapacidad. Apunta a la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propia vida, y para ello se centra en la eliminación de todo tipo de barreras, a fin de brindar una adecuada equiparación de oportunidades. Desde el derecho se utilizan una serie de técnicas promocionales – medidas de acción positiva, ajustes razonables, discriminación inversa- como también la plasmación de ciertos principios como no discriminación, vida independiente, accesibilidad universal, diálogo civil, diseño para todos, transversalidad de políticas en materia de discapacidad entre otros.

### **2.3. La discapacidad como cuestión de derechos humanos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.**

Hasta fines del año 2006, y a pesar de que los tratados existentes abarcaban, por su propia definición, a todos los seres humanos, solo uno de ellos, contenía una mención expresa a las personas con discapacidad (art. 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño).A

ello se le sumaba que la aplicación por los órganos pertinentes no tenía en cuenta el contexto específico requerido en materia de discapacidad. Estas, entre otras razones, hicieron necesaria la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), que como, primer Tratado de derechos humanos del siglo XXI, se convierte en el mayor estándar de protección, por su nivel de protección y su especificidad<sup>3</sup>.

La CDPD persigue 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<sup>4</sup>. Desde dos principios fundamentales – dignidad inherente y no discriminación – uno de sus objetivos fundamentales ha sido adoptar las normas pertinentes de los Tratados de derechos humanos existentes, al contexto específico de la discapacidad. Contiene 50 artículos en los que abordan los derechos sustantivos desde una cláusula antidiscriminatoria.

El tratado refleja el modelo social de discapacidad desde su Preámbulo, al reconocer que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencia 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”<sup>5</sup>.

“La conceptualización del modelo social asimismo aparece en el art. 1º, al establecer que “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”<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Aprobada la Asamblea General, el 13/12/2006 y que entro en vigor en mayo del 2008. Incorpora a nuestra legislación a través de la ley 26.378 y otorga jerarquía constitucional a través de la ley 27.044 (22/12/2014).

<sup>4</sup> Artículo 1º de las Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>5</sup> Preámbulo, inc. e)

<sup>6</sup> Art. 1, párr. 2

Se enfatizan dos cuestiones esenciales. La primera, que la discapacidad, como ya se ha dicho, es un concepto en evolución, Y la segunda, que la discapacidad es el resultado entre diversidades funcionales individuales de las personas y barreras actitudinales y del entorno. Asimismo, se resalta que estas barreras limitan y hasta impiden la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto. Es importante resaltar que la definición que la CDPD asume no es cerrada, sino que incluye a las personas mencionadas, por lo que se entiende que este artículo debe interpretarse como un piso, a partir del cual cualquier otra interpretación que beneficie o amplíe su marco protector debe ser aplicada<sup>7</sup>.

Por otro lado, la CDPD define la discriminación por motivos de discapacidad, al expresar que será “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos políticos, económicos, sociales, culturales, civil o de otro tipo. Esto incluye todas las formas de discriminación, y entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

Agustina Palacios (2020) destaca que el modelo social y la perspectiva de derechos humanos se encuentran reflejados en los principios recogidos por la Convención que son un faro y un parámetro a tener en cuenta tanto al momento de interpretar, como de aplicar la CDPD. Según el art. 3º, estos son: “ a) el respeto a 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 plena y efectiva 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 humana; e) la igualdad de oportunidades; f) la

---

<sup>7</sup> Palacios, A. (2008) *El Modelo Social de Discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la convención internacional de derechos de las personas con discapacidad*. CERMI Ediciones CINCA en documentos Temáticos INADI 2012 Discapacidad y No Discriminación pág. 325.

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”.

Teniendo en cuenta estos principios, es importante resaltar en este trabajo de investigación los incisos a) y f).

Con respecto al inciso a) porque este se refiere a tres principios o valores que se encuentran íntimamente relacionados – dignidad, autonomía e independencia-. La noción de dignidad humana es la piedra fundamental sobre la que se asientan los derechos humanos, refuerza y potencia la idea de que las personas con discapacidad tiene un papel en la sociedad que hay que atender con absoluta independencia de cualquier consideración de utilidad económica y/o social.

Como enseña Gerard Quinn<sup>8</sup>, si partimos del valor de la autonomía, la simple idea de que cada persona se autogobierna y dirige sus metas, podemos advertir que todavía se niega a las personas con discapacidad el derecho a tomar sus propias decisiones y tener incidencia sobre su propio destino. La respuesta correcta para aquellas personas que tienen restringida su autonomía funcional – es el apoyo y no la sustitución de su autonomía. Este es el paradigma que la Convención claramente recoge en el artículo 12 que regula la materia capacidad jurídica.

El principio de accesibilidad universal está íntimamente ligado con el de igualdad y para entenderlo resulta indispensable mencionar las barreras que enfrentan las personas con discapacidad a la hora del ejercicio de sus derechos. Que son la consecuencia del diseño de una sociedad pensada solo para una persona estándar. Para eliminar estas barreras, la CDPD

---

<sup>8</sup> Quinn G., *Personalidad y Capacidad Jurídica: Perspectivas sobre el cambio de paradigma del art 12 CDPC*. Centro de Derecho y Políticas de la Discapacidad. Universidad Nacional de Irlanda en Galway) Conferencia impartida por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard el 20.02.10, en el marco del seminario “CDPC Disability and Legal Capacity Under the Unions Convention on the rights of persons with disabilities”

brinda algunas estrategias, que requieren de una mirada amplia e inclusiva de la diversidad humana.

La principal estrategia es la accesibilidad universal, que es la condición que garantiza que todas las personas puedan, accedan, participen.

Así, para alcanzar esta condición de accesibilidad se cuenta con dos estrategias complementarias: el diseño universal y los ajustes razonables.

El diseño universal consiste en concebir o proyectar desde el origen, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas. Mediante la técnica del diseño universal, se aspira a la realización de la accesibilidad universal. Es un medio, un instrumento, una actividad, dirigida al alcance de dicho fin<sup>9</sup>.

Los ajustes razonables son aquellas medidas destinadas a adaptar el entorno a las necesidades específicas de ciertas personas que, por diferentes causas, se encuentran en una situación especial, que no ha podido ser prevista a través del diseño universal. Estas medidas tienden a facilitar la participación en igualdad de condiciones<sup>10</sup>.

Es decir que la accesibilidad sería la situación a la que se aspira, el diseño universal una estrategia a nivel general y previa, para alcanzarla; y los ajustes razonables una estrategia a nivel particular, cuando la prevención del diseño universal no llega a asegurar la accesibilidad.

Estos conceptos se desarrollan en el ámbito de la accesibilidad arquitectónica y comunicacional; pero respecto a la accesibilidad actitudinal, se hace necesario sumar una estrategia a la hora de aspirar a la accesibilidad universal: los sistemas de apoyo, tanto para el ejercicio de los derechos y la toma de decisiones, como para la vida independiente.

---

<sup>9</sup> Cfr. Art. 2° de la CDPD.

<sup>10</sup> Ídem.

#### **2.4. De los modos de restringir la capacidad jurídica en el derecho**

Antes de continuar, es relevante comprender cómo se ha venido restringiendo o privando del ejercicio de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad mental e intelectual en el derecho y cómo ello contrasta con los postulados de la CDPD.-

En efecto, nos referimos a normas que explícita o implícitamente determinan que una persona sea considerada como “incapaz” o inapta para tomar decisiones por sí misma, sean de carácter personal como patrimonial.-

Se han identificado tres modelos o métodos de atribución de incapacidad:

D) Modelo de atribución por estatus Se presenta en legislaciones en las que una vez que se establece que una persona tiene una discapacidad, el Derecho presume su falta de capacidad jurídica. En este modelo, llamado también criterio basado en la condición o status, el retiro de la capacidad jurídica de una persona se decide en función del diagnóstico de una discapacidad. Sobre el particular, Bariffi (2012)<sup>11</sup> ha distinguido dos modalidades enmarcadas en el modelo de atribución por estatus:

a) Modelo de atribución directa por estatus: Este modelo supone la existencia de tres elementos: una deficiencia, principalmente mental o intelectual; una sentencia judicial y la imposición de una interdicción. En este sentido, se atribuye incapacidad de modo directo, en especial hacia las personas con discapacidad mental e intelectual, porque la legislación dispone que tienen “incapacidad” para ejercer válidamente actos jurídicos y, por el proceso de interdicción que básicamente afirma los resultados de un examen médico. Precisamente, este modelo es criticado desde el paradigma del artículo 12° de la CDPD porque refuerza estereotipos que equiparan discapacidad con incapacidad y por la concepción de la discapacidad desde el modelo médico rehabilitador.-

---

<sup>11</sup> Bariffi, F. (2011) “Capacidad jurídica y discapacidad: una visión del Derecho Comparado”. En: Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. EDIAR, Buenos Aires, pp. 289 -330.

b) Modelo de atribución indirecta por estatus: Este modelo implica la existencia de cuatro elementos: una deficiencia, principalmente mental o intelectual; el efecto de dicha deficiencia que debe imposibilitar la autodeterminación de la persona asociada a los aspectos personales y patrimoniales de su vida; una sentencia judicial y la imposición de una interdicción. En otras palabras, se atribuye incapacidad de modo indirecto, en especial hacia las personas con discapacidad mental e intelectual, no por su condición de discapacidad sino por su incapacidad para autogobernarse. Por tanto, este modelo es interpelado desde el paradigma del artículo 12° de la CDPD porque no reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual para tomar decisiones sobre su vida, tanto de carácter personal como patrimonial.-

II) Modelo basado en resultados. Este modelo se presenta en legislaciones que cuestionan la capacidad jurídica cuando la persona con discapacidad mental o intelectual toma una decisión que no es considerada como socialmente aceptable. En efecto, para este modelo, el retiro de la capacidad jurídica de una persona se aplica en función a si toma decisiones con consecuencias negativas. En relación a los modelos de atribución por estatus y al modelo basado en resultados, Quinn (2010)<sup>12</sup> llama la atención de que mientras el enfoque tradicional o de estatus asume automáticamente la falta de capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual; el enfoque de resultado atribuye la falta de capacidad jurídica como producto de decisiones incorrectas tomadas por la persona con discapacidad.-

En este marco, ambos enfoques son criticados desde el paradigma del artículo 12° de la CDPD, en el primer caso por basarse en estereotipos y en el segundo porque todas las personas pueden tomar decisiones equivocadas. Y es que como afirma Quinn (2010), “nos gobernamos a nosotros mismos, porque somos autónomos, a través de una mezcla de lo

---

<sup>12</sup> Quinn G., ob. Cit.

racional y lo irracional, o a través de una mezcla de preferencias y de elecciones”. De allí la crítica al criterio de discernimiento para determinar si una persona puede o no ejercer su capacidad jurídica.

III) Modelo funcional. Este modelo se presenta en legislaciones en las que las personas con discapacidad mental e intelectual son consideradas incapaces sólo si, por causa de su discapacidad, no puede realizar una función específica. Para este modelo, la restricción de la capacidad jurídica de una persona con discapacidad mental o intelectual se aplica cuando se considera que su aptitud para tomar decisiones es deficiente. Por tanto, si bien hay una contextualización para evaluar la incapacidad, finalmente se admite la restricción de la capacidad jurídica de este colectivo, lo que resulta incompatible con el artículo 12° de la CDPD. No obstante, el modelo funcional supone un avance puesto que la incapacidad no es atribuida de manera general como en el sistema de atribución por estatus sino que se trata de evaluar la capacidad de manera personalizada y en función de una situación específica. Ello elimina la figura de incapacitación absoluta que restringe tanto derechos personales como patrimoniales de la persona con discapacidad mental o intelectual.-

Por último, encontramos el modelo de apoyos que es el que consagra la CDPD. A diferencia de los modelos antes descriptos, no se recurre a la adopción de una medida de protección que implique la incapacitación de la persona con discapacidad. Mediante este modelo no se persigue proteger a estas personas a través de su incapacidad, sino que se acude a apoyos o herramientas para que el individuo pueda actuar como las demás personas en un plano de igualdad. Conforme este modelo, la persona puede adoptar sus propias decisiones con los apoyos que necesite, mientras que en los anteriores modelos descriptos, representan lisa y llanamente una limitación a la capacidad, lo que implica la sustitución de voluntad.

En definitiva, el modelo de apoyos presupone la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y busca colocar a la misma en igualdad de condiciones que las demás mediante la designación apoyos.-

### **Capítulo 3 La Convención sobre los Derechos de personas con Discapacidad y el cambio de paradigma.**

#### **3.1 Evolución del tratamiento de la discapacidad en el derecho internacional de los Derechos Humanos.**

Si revisamos los diferentes tratados internacionales de derechos humanos, podemos advertir la casi total ausencia de específicos Tratados en materia de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, pese a ser uno de los grupos particularmente vulnerables, hasta 2006, en el marco de las Naciones Unidas. Los Tratados generales o relativos a las otras categorías de personas vulnerables, bien se limitan a reconocer el derecho a la no discriminación, o bien incluyen sólo, marginalmente, algunas referencias a las personas con discapacidad.-

Así podemos destacar entre los Instrumentos Internacionales, los arts. 1, 3, 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 2, 3, 16 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los arts. 9, 11.1 y 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes (1984), Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979) y la Convención de los Derechos del Niño, en su art. 23 (1989)-

A turno, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó, basándose en la Carta Internacional de Derechos Humanos, los primeros documentos específicos relacionados con la discapacidad, entre otros: la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental mediante Resolución 2856 (XXVI) de 20 de diciembre de 1971, la Declaración de los Derechos de los Impedidos mediante la Resolución 3447 (XXX) de 9 de diciembre de 1975, los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental mediante la Resolución 46/199 de 17 de diciembre de 1991, las Normas

Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad aprobadas mediante Resolución 46/96, de 20 de diciembre de 1993 y la Resolución 1998/31 de la Comisión de Derechos Humanos: Los derechos humanos y las personas con Discapacidad.-

A nivel regional podemos citar los arts 3 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San Jose de Costa Rica (1969)), la Declaración de Caracas (1990), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999), aprobada en nuestro país por Ley 25280<sup>13</sup> (Julio de 2000), Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Promoción y Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental (CIDH, 2001).-

Aunque el siglo XX culmina sin ninguna convención específica que aborde los problemas particulares de las personas con discapacidad ni de aquellas que sufren una discapacidad mental, desde los años 70, se adoptan las primeras declaraciones y resoluciones en la temática de la discapacidad que evidencian los primeros síntomas del paso de un sistema de atención a uno basado en derechos<sup>14</sup>. –

Esto ha permitido una toma de conciencia y compromiso internacional acerca de los derechos humanos de las personas privadas de autonomía, las cuales, durante mucho tiempo, han permanecido “invisibles”.-

Entonces, la CDPD y su Protocolo facultativo<sup>15</sup> emerge no solo como un hito normativo, sino también sociocultural en tanto supone un punto de inflexión al marcar un

---

<sup>13</sup> Ley 25280 Aprobación de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Publicada en el BO el 04/08/2000 Nro 29455

<sup>14</sup> Bariffi F. (2014) El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Ediciones Cinca, Madrid - España, pág 60.-

<sup>15</sup> Aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de Diciembre de 2006

antes y un después, cambiando radicalmente el panorama jurídico en esta materia, no por establecer nuevos derechos humanos a los ya proclamados en otros Acuerdos Internacionales que por su condición de universales, se predicaban de todos los hombres y mujeres sin excepción, sino por introducir un nuevo concepto de discapacidad y contemplar medidas de no discriminación y de acción positiva para lograr la efectiva tutela de las personas con discapacidad. -

### **3.2. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**

#### **3.2.1 Antecedentes normativos y propósito.**

La primera propuesta para elaborar una convención de derechos de las personas con discapacidad fue realizada en el ámbito de la ONU en el año 1987, en el marco de una Reunión de Expertos con el objetivo de evaluar la aplicación del Programa de Acción Mundial. Aunque existieron algunos intentos, los mismos no lograban avanzar, en tanto la oposición radicaba en la excesiva preocupación de que el sistema de derechos humanos fuera demasiado exigente o difuso, como también en el convencimiento de que existían otros instrumentos de derechos humanos que protegían adecuadamente a las personas con discapacidad (y que han sido detallados en el acápite anterior, entre otros).-

En este contexto, como lo anticipara, el siglo XX, fenece sin ningún tratado internacional que contemple la situación de personas con discapacidad. Sin embargo, en Noviembre de 2001, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó una resolución por la que decide establecer un comité especial encargado de examinar las propuestas relativas a una convención amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.-

Este Comité Especial trabajó sobre la base de un enfoque holístico en las esferas del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación, y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos y de la Comisión de Desarrollo

Social. El Comité Especial celebró ocho reuniones. La primera se celebró en el mes de agosto del año 2002, y la última en agosto de 2006, y el día 5 de diciembre de 2006, adoptándose el texto de la Convención, que luego fue aprobado por la Asamblea general el día 13 de diciembre de 2006.-

Si bien el proceso de elaboración tuvo una amplia participación de diferentes actores: Estados miembros de la ONU, Observadores de la ONU, Cuerpos y organizaciones importantes de la ONU, Relator Especial sobre Discapacidad, Instituciones de derechos humanos nacionales, y Organizaciones no gubernamentales, se advierte en este sentido el papel destacado que tuvieron las organizaciones de personas con discapacidad, quienes por primera vez y en la discusión para la elaboración de un instrumento internacional ( foro normalmente reservado para la participación de los Estados miembros), se organizaron, se propusieron objetivos, en definitiva se hicieron escuchar. Señala Bariffi<sup>16</sup> que esta activa participación de las personas con discapacidad en la elaboración de la Convención, no solo significa un hecho simbólico hacia el empoderamiento de las mismas, sino que da cuenta que las mismas son verdaderas “expertas” en relación con sus derechos y necesidades-

Palacios (2007)<sup>17</sup> entiende que este nuevo instrumento supone importantes consecuencias para las personas con discapacidad, y, entre las principales, se destaca la «visibilidad» de este colectivo dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, la asunción indubitada del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, y el contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer

---

<sup>16</sup> Bariffi (2014) Oc. Cit pág 130 -131

<sup>17</sup> Palacios, A. (2007) La Discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional de Derechos de Personas con Discapacidad. Ediciones Cinca pag 51 y sgtes

valer los derechos de estas personas. Asimismo, es el primer instrumento internacional vinculante del siglo XXI, que aborda de modo específico la situación de las personas con discapacidad.-

Ingresemos ahora en el propósito central de la CDPD, el que se encuentra plasmado en su art 1, siendo el mismo *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.*-

De su lectura se desprende que los principios de igualdad y no discriminación se presentan como ejes centrales de la CDPD, lo que se traduce en el establecimiento de los mecanismos conducentes para garantizar el ejercicio de todos los derechos reconocidos en los diferentes tratados de derechos humanos a las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones y sin discriminación que el resto de las personas.-

Pero este debate en el proceso de negociación no fue sencillo y se presentaron posturas diferentes. Para una postura, el fin de la Convención no era reconocer derechos, en tanto los mismos ya estaban reconocidos en otros tratados, por lo tanto solo debía contener cláusulas generales de no discriminación. Otros entendían que la mera cláusula de no discriminación era insuficiente, en consecuencia la Convención debía contener derechos sustantivos.

Finalmente, se adoptó una tercera postura o mixta. Un Tratado que aborda la protección contra la discriminación, pero que, asimismo, provee herramientas a fin de que el goce y ejercicio de derechos de las personas con discapacidad no se quede solo sobre el papel, y resulte aplicable en cada derecho o área particular.-

La CDPD contiene una serie de derechos sustantivos, como el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho al empleo, entre otros, pero dichos derechos son

abordados desde la perspectiva y desde la fórmula de la no discriminación. De este modo, se debió identificar, a la hora de regular cada derecho, cuáles eran las necesidades extra que debían garantizarse, para lograr adaptar dichos derechos al contexto específico de la discapacidad. Así, si bien la no discriminación es un principio vital de la Convención, no debe olvidarse que dicho principio interactúa con cada uno de los derechos sustantivos que el instrumento regula<sup>18</sup>.

### **3.2.2. Análisis del art. 12 de la Convención: El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.-**

Uno de los mayores desafíos que plantea la CDPD es el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental, quienes integran uno de los grupos más excluidos dentro del colectivo heterogéneo de personas con discapacidad. Esta situación de exclusión, no solo se debe a los prejuicios y estereotipos arraigados en la sociedad en relación a estas personas, sino también a las barreras impuestas por legislaciones civiles que al considerar a estas personas como incapaces, han adoptado sistemas de sustitución en la toma de decisiones, tal como lo establecía nuestro antiguo Código Civil. En consecuencia, el análisis de este artículo es clave para el objeto de esta investigación. -

-Reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad mental

La personalidad jurídica es un derecho reconocido en distintos instrumentos de todos los sistemas internacionales de protección de derechos humanos<sup>19</sup>, entre los que destaca el

---

<sup>18</sup> Palacios A. (2007) Ob. Cit. Pag. 56

<sup>19</sup> En el ámbito universal, el artículo 16° del PIDCP establece que “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. También este derecho está reconocido en el artículo 6° de la DUDH que tiene la misma redacción del artículo 16° del PIDCP. En el sistema interamericano, el artículo 3° de la CADH señala que “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Además, este derecho está reconocido en el artículo XVII de la DADDH: “Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”. En el sistema europeo, no se menciona específicamente, pero, el artículo 1° del CEDH estipula que “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades

artículo 16° del PIDCP, norma considerada como un modelo seguido por el artículo 12° inciso 1 de la CDPD por su redacción similar. En efecto, mientras que el artículo 16° del PIDCP dispone que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”; el artículo 12° inciso 1 de la CDPD establece que “los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Cabe destacar que en la quinta sesión del Comité Ad Hoc para la elaboración de la CDPD, el ACNUDH presentó un informe en el que se analizó de manera exhaustiva los términos “personalidad jurídica” y “capacidad jurídica”, utilizados en tratados de derechos humanos y en algunos sistemas nacionales específicos como el de Francia, Reino Unido y el common law. En este contexto, se definió la capacidad jurídica como un concepto más amplio que el de personalidad jurídica, compuesto por “la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático) y la capacidad de ejercer dichos derechos o de asumir obligaciones a través de sus propias decisiones (elemento dinámico)”. En este sentido, mientras que la personalidad jurídica alude sólo al mencionado elemento estático; la capacidad jurídica engloba tanto al elemento estático como al elemento dinámico. -

A propósito del tema materia de análisis, la CADH establece que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (artículo 3°). Al respecto, la Corte IDH ha considerado en reiterada jurisprudencia que el contenido propio de este derecho es que se reconozca a la persona: *En cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales [, lo cual] implica la capacidad de ser titular*

---

definidos en el título del presente Convenio”. Por último, el artículo 5° de la Carta Africana indica que “Toda persona tiene derecho al respeto de la dignidad inherente a la persona humana y al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

*de derechos (capacidad y goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de [los] derechos y deberes [civiles y fundamentales]<sup>20</sup>.*

En función de lo expuesto, se pueden identificar tres aspectos claves en torno al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad mental:

a) Igual reconocimiento como persona ante la ley

Este derecho pertenece a todas las personas - mujeres y hombres, niños, y adolescentes, extranjeros, personas con discapacidad, entre otros - desde el nacimiento y se pierde sólo con la muerte. Por tanto, todas las personas con discapacidad mental tienen derecho a un igual reconocimiento como persona ante la ley.-

b) Capacidad de ser titular de derechos y obligaciones

La Corte IDH ha señalado que el derecho a la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de derechos. Por tanto, implica el reconocimiento de toda persona como sujeto de derechos y obligaciones por lo que la violación de aquel reconocimiento hace a la persona vulnerable frente al Estado o particulares. De este modo, el contenido de este derecho se refiere al correlativo deber del Estado de procurar los medios y condiciones para que la personalidad jurídica pueda ser ejercida libre y plenamente por sus titulares o, en su caso, la obligación de no vulnerar dicho derecho. En consecuencia, se puede afirmar que el reconocimiento de la personalidad jurídica es condición sine qua non para el goce y ejercicio de todos los derechos. Expresa claramente

---

<sup>20</sup> Cfr. CORTE IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de setiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 87; Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 166; Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de setiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 176; entre otros.

Bariffi (2009)<sup>21</sup> que “la condición de persona es la puerta de acceso a la titularidad de los derechos, y la capacidad jurídica, es la puerta de acceso al ejercicio de los mismos”. Podemos concluir que el artículo 12 de la CPDD efectúa una distinción entre la capacidad de ser titular de derechos y deberes (personalidad jurídica amparada en el artículo 12 inciso 1 ) y, la capacidad de ser titular de derechos y deberes y de poder ejercerlos (capacidad jurídica amparada en el artículo 12° inciso 2 ).-

c) Reconocimiento a la personalidad jurídica como parte del núcleo duro de derechos humanos.

La denominación de núcleo duro de derechos humanos se refiere a algunos derechos fundamentales que no pueden ser suspendidos bajo ninguna circunstancia, un mínimo irreducible en la protección de la persona. En esta línea, se observan disposiciones en tratados de derechos humanos que especifican estos derechos. Por ejemplo, el artículo 4° inciso 2 del PIDCP establece que la personalidad jurídica es uno de los derechos que no puede ser suspendido en “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente”. De manera similar, el artículo 27° inciso 2 de

la CADH dispone que no se autoriza la suspensión de determinados derechos como la personalidad jurídica “en caso de guerra, de peligro público o de cualquier otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte”. En otras palabras, el reconocimiento a la personalidad jurídica es parte del conjunto de derechos que conforman el núcleo duro de derechos humanos. Por tanto, la personalidad jurídica es una condición inherente que no está sujeta a ninguna restricción, a diferencia de la capacidad jurídica que,

---

21

Bariffi, F. (2009) “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”. En: Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo. PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, p. 357

como veremos, es una aptitud que puede estar sujeta a requisitos como el de la mayoría de edad.-

### **3.2.3. El derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su capacidad jurídica en todos los aspectos de su vida y su conexión con otros derechos**

El artículo 12° inciso 2 de la CDPD establece que “los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. En este marco, como sostiene Francisco Bariffi, “garantizar la igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica constituye muy probablemente el mayor desafío que presenta esta Convención”<sup>22</sup>

Siguiendo a Agustina Palacios (2011)<sup>23</sup>, es interesante mencionar que precisamente los primeros debates en el proceso de elaboración del artículo 12° de la CDPD se relacionaron con el significado del término capacidad jurídica y con la adopción del modelo que regiría en este ámbito. Ello se ha evidenciado en las disputas entre las distintas delegaciones de los Estados en las reuniones preparatorias a la adopción del texto final de la CDPD y en las legislaciones civiles de los países que continúan adoptando un sistema de sustitución en la toma de decisiones, en lugar de un régimen de apoyo como lo dispone la misma CDPD.-

---

<sup>22</sup> Bariffi F. ob. Cit pág. 356

<sup>23</sup> Palacios, A “Reinterpretando la capacidad jurídica desde los derechos humanos. Una nueva mirada desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. En: BARIFFI, Francisco y Palacios, Agustina. Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Buenos Aires, Ed. EDIAR, 2011, pp. 201 a 236.

En efecto, si bien existe consenso en entender que la capacidad jurídica refiere a la capacidad de la persona para ser titular de derechos, la cuestión se plantea en cuanto a la capacidad de obrar o ejercer esos derechos. Esto se vio reflejado en la elaboración de la CDPD, especialmente para interpretar su significado y los términos de su vigencia.-

Del análisis de los primeros debates se advierten dos discusiones sustanciales relacionadas entre sí. La primera se refería a la adopción del modelo que regiría el ámbito de la capacidad jurídica (modelo de sustitución o modelo de apoyo). Y la segunda, respecto al significado del término capacidad jurídica.-

En relación al concepto de capacidad jurídica, el ACNUDH realizó un análisis desde tres perspectivas. En relación al Derecho internacional concluyó que teniendo como antecedente al artículo 15° inciso 2 de la CEDAW se debe entender que capacidad jurídica incluye capacidad para obrar. Respecto al Derecho comparado, se analizó la figura de la *personnalité juridique* y de *legal capacity* en Francia y Reino Unido, respectivamente y que incorpora la capacidad de goce como de ejercicio, así como, la figura en el Derecho español en el que parece solo referirse a capacidad de goce. –

En consecuencia, conforme al Derecho Internacional como a gran parte del Derecho comparado, la capacidad jurídica engloba la capacidad de goce o de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático) y la capacidad de ejercicio o de asumir obligaciones a través de sus propias decisiones (elemento dinámico). De esta manera, se considera que la capacidad jurídica incluye la capacidad de obrar, es decir, la facultad de una persona de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.-

En este contexto, es claro que el artículo 12° de la CDPD es una norma revolucionaria porque supone un cambio de paradigma en el Derecho, al plantear el reemplazo del sistema de sustitución por el de apoyo en la toma de decisiones, con especial énfasis en las personas

con discapacidad mental e intelectual a quienes con mayor frecuencia se les restringe o limita su capacidad jurídica.-

Finalmente, resulta fundamental postular el reconocimiento de la capacidad jurídica como un condicionante para el ejercicio de otros derechos puesto que no es lo mismo el ejercicio de la libertad de una persona que tiene garantizada su capacidad jurídica, en relación a otra persona a la que se le deniega este último derecho. Cabe aclarar que el reconocimiento de la capacidad jurídica no es sólo indispensable para el ejercicio de derechos civiles y políticos sino también para el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales. Y en esta cuestión existen algunos ámbitos donde las personas con discapacidad mental han afrontado históricamente mayores barreras para ejercer su capacidad jurídica.-

Así, podemos señalar:

- 1) Libertad personal y vida independiente e inclusión en la comunidad, reconocido en el art 14 de la CDPDC<sup>24</sup>, que se traduce en la Prohibición de restricción de la libertad de manera ilegal o arbitraria por motivo de discapacidad, la obligación de contar con el consentimiento libre e informado: prohibición del internamiento involuntario, libertad para elegir el lugar de residencia y con quién vivir (art 19 CDPCD)<sup>25</sup>: Prohibición de la institucionalización, Obligación de

---

<sup>24</sup> *Artículo 14:* Libertad y seguridad de la persona.1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás: a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona; b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables

<sup>25</sup> *Artículo 19:* Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que: a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las

contar con servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad (art 3 y 9 CDPCD).-

2) Integridad personal en relación a prohibición contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes: Condiciones de vida digna en los centros de salud mental, Prohibición de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes,

Consentimiento libre e informado para tratamientos médicos o experimentos médicos y/o científicos (art 15, 17, 25 inc d) CDPD)<sup>26</sup>.

3) Participación en la vida política y pública: Derecho a votar de manera libre y a ser elegida para cualquier función pública, Garantía de procedimientos, instalaciones y materiales electorales adecuados, accesibles, fáciles de entender y utilizar, Participación en asuntos públicos, partidos políticos y organizaciones de diferente índole incluidas las organizaciones de personas con discapacidad (art 29, 9 y 21 CDPCD)<sup>27</sup>.-

---

demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico; b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta; c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades

<sup>26</sup> *Artículo 15:* Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. 1. Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que sean efectivas para evitar que las personas con

<sup>27</sup> Art 29: Participación en la vida política y pública. Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a: a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras formas mediante: i) La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar; ii) La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda; iii) La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar; b) Promover activamente

4) Respeto del hogar y la familia: Derecho a contraer matrimonio libremente y a la elegir sus propias relaciones personales, Derecho a la autonomía reproductiva, con acceso a orientación y medios necesarios para ejercer este derecho, así como a la patria potestad de sus hijos (art 23 CDPDC)<sup>28</sup>.-

5) Acceso a la justicia: No discriminación en el acceso a tribunales de justicia en nombre propio y en cualquier etapa del proceso, Garantía de accesibilidad física y comunicacional ( Art 13 CDPD)<sup>29</sup>.

---

un entorno en el que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás, y fomentar su participación en los asuntos públicos y, entre otras cosas:i) Su participación en organizaciones y asociaciones no gubernamentales relacionadas con la vida pública y política del país, incluidas las actividades y la administración de los partidos políticos;ii) La constitución de organizaciones de personas con discapacidad que representen a estas personas a nivel internacional, nacional, regional y local, y su incorporación a dichas organizaciones.

<sup>28</sup> Respeto del hogar y de la familia.1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.5. Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.-

<sup>29</sup> ARTICULO 13 Acceso a la justicia.1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y

6) Reconocimiento de la autonomía y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en lo que concierne al ejercicio de sus derechos en materia patrimonial (Art 12 inc 5 CDPD).

### **3.3. El Sistema de Apoyos que diseña la CDPD para el ejercicio de la capacidad jurídica. Niveles.**

Para efectivizar el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental que consagra la CDPD, es necesario la implementación de medidas de apoyo y salvaguardias que promuevan el ejercicio de aquella en todos los ámbitos de la vida, ya sea en actos personalísimos como de carácter patrimonial.-

Así, el artículo 12° inciso 3 de la CDPD dispone 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”-

A su turno en el inciso 4 establece que: “Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial

---

adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. -

De la lectura de estos incisos, se desprenden dos aspectos a considerar: qué se entiende por apoyo y qué son las salvaguardias (que se desarrollarán en acápite siguiente) .-

En cuanto al concepto de *apoyo* , la Observación General sobre el Artículo 12( Igual reconocimiento como persona ante la Ley) del Comité sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, expresa que *“apoyo” es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, 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 distintos tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como la ayuda mutua, la promoción (incluido el apoyo a la autopromoción) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño y la accesibilidad universales (por ejemplo, una medida que exija a entidades privadas y públicas como los bancos y las instituciones financieras que ofrezcan información comprensible), a fin que las personas con discapacidad puedan realizar actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. (El apoyo también puede constituir en la elaboración y reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias).*

Los apoyos los elige la propia persona con discapacidad, siendo un complemento de la capacidad, no una regla ni una sustitución<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Rosales, P. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Una introducción al marco teórico y jurídico de la Discapacidad y los Derechos Humanos. Discapacidad, Justicia y Estado. Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad pag 3 y sgtes, Ediciones Infojus – 2013- Buenos Aires

El sistema de apoyo se presenta como una herramienta para la persona que lo solicita, que promueve el ejercicio de su capacidad jurídica, su derecho a la autodeterminación y, que no podrá suponer la sustitución en la toma de decisiones. De este modo, el sistema de apoyos permitirá una mejor calidad de vida y el desarrollo de este sector de las personas con discapacidad, desarrollo entendido como la ampliación de sus capacidades, oportunidades a partir del respeto y garantía de sus derechos y libertades individuales.-

Se han distinguido tres niveles de apoyo:

a) Apoyo mínimo: En este primer nivel de apoyo y como su nombre lo indica, la persona debe tener la capacidad de tomar decisiones con un apoyo mínimo. Así, la persona con discapacidad mental puede tomar y manifestar sus decisiones de manera comprensible mediante ajustes razonables como la utilización de un lenguaje simple, tecnologías alternativas de la comunicación, entre otros. Por tanto, no sería necesario que terceras personas las apoyen en la toma de decisiones.-

b) Apoyo en la toma de decisiones: En este segundo nivel, la persona con discapacidad es apoyada en la toma de decisiones por un tercero de su confianza, elegido por la propia persona con discapacidad. Pueden darse a través de un asistente personal, un familiar, un grupo de amigos, una asociación, entre otros.-

Aquí también ingresan los acuerdos de representación, de carácter extrajudicial y que permitirían a toda persona mayor de edad, incluyendo las personas con discapacidad mental, determinar quién será su representante, cuáles serán sus facultades y cuándo empezaría a aplicarse esta representación en la toma de decisiones sobre los asuntos que le competen. Esto no supone una sustitución en la toma de decisiones, en tanto existirían salvaguardias para evitar cualquier abuso del representante así como recursos adecuados para que la persona que lo requirió pueda cuestionar sus decisiones e incluso revocar el acuerdo. Para

---

estos efectos, las personas aptas para suscribir un acuerdo de representación serían aquellas que logran expresar su deseo de tener un representante; que comprendan las consecuencias de esta decisión y, que puedan demostrar sus elecciones y preferencias. Será esencial que el representante sea alguien de su entera confianza. Este sistema de apoyos lo podemos ver plasmado en el art 60 del CCC que prescribe las directivas anticipadas médicas y en el art 139 que determina qué personas pueden ser curadores<sup>31</sup>.

c) Asistencia en la toma de decisiones

Este nivel de apoyo sólo debe ser utilizado como último recurso cuando se han agotado todas las medidas para conocer la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, pero, no se han conseguido resultados. En estos casos excepcionales, un asistente o representante determinará lo que la persona con discapacidad hubiera decidido en base a su historia personal y a la mejor interpretación de sus deseos. Antes de aplicar esta asistencia, la persona que realizará esta tarea debe haber desplegado todos los esfuerzos para comunicarse con la persona a quien apoyará, incluyendo el uso de medios alternativos de comunicación para construir una relación con esta persona. Este nivel de apoyo sólo debe aplicarse a decisiones específicas y por el tiempo necesario para el propósito de la asistencia. Por ello, es fundamental un control periódico y que se cuente con los recursos adecuados para cuestionar la decisión adoptada. No se debe confundir: el rol del asistente es totalmente distinto a la figura del curador o curadora. En efecto, no se puede negar que en determinados casos excepcionales, las personas con discapacidad pueden ser asistidas por un tercero en la toma de decisiones. Esta acción deberá realizarse desde el paradigma de los apoyos por lo

---

<sup>31</sup> Art 139: La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela.  
Art 60: La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela...”

que debe ser coherente con la vida de la persona con discapacidad, sus preferencias, valores, deseos, entre otros. Por tanto, se trata de un mecanismo de promoción y no de restricción de la capacidad jurídica en el que la decisión debe ser tomada para la persona con discapacidad y, no por ella<sup>32</sup>.

Es preciso destacar que el concepto de apoyo es flexible y está en constante evolución como el concepto de discapacidad y capacidad jurídica.-

En esta línea Bariffi (2013)<sup>33</sup> establece algunas pautas que posee el sistema de apoyos: a) Gradual: la implementación del sistema de apoyos debe ser gradual, considerando el autor que poner en marcha un sistema como el que consagra la CDPCD llevará tiempo b) Complejo: el sistema de apoyos no solo significa reformas legales, sino también políticas públicas que garanticen educación y recursos financieros adecuados entre otras cosas. Por ello, el sistema no consiste solamente en cambiar el nombre de curatela o tutela por el de “persona de apoyo” c) Diverso: para que el sistema de apoyos resulte efectivo, deberá adecuarse a las condiciones personales y las diferentes deficiencias intelectuales de la persona, según el acto a desarrollar (jurídico u ordinario de la vida común), puede ser una persona, una institución o un grupo de personas d) Abierto: debe diseñarse pensando no solo en las personas que tienen un tipo de discapacidad, sino para el caso de personas mayores analfabetas o con discapacidad comunicacional severa por ejemplo. e) Formal (por escrito y

---

<sup>32</sup> Curso On Line: Discapacidad y Derechos Humanos, Academia de la Magistratura de Peru. Noviembre de 2015. Villareal Carla: El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su incompatibilidad con los efectos jurídicos de la interdicción y la curatela(tesisperuana): [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5259/VILLARREAL\\_LOPEZ\\_CARLA\\_CAPACIDAD\\_JURIDICA.pdf?sequence=1](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5259/VILLARREAL_LOPEZ_CARLA_CAPACIDAD_JURIDICA.pdf?sequence=1)

<sup>33</sup> Bariffi F (2013) El régimen de capacidad del Código Civil Argentino a la luz de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad en Discapacidad, Justicia y Estado. Acceso a Justicia de las Personas con Discapacidad pag 107 y sgtes Ediciones Infojus Buenos Aires.-

con ciertas formalidades), Judicial y Registral (susceptible de registrarse para dar publicidad a terceros).-

Por último, independientemente de la implementación de un sistema de apoyos, resulta fundamental y complementario garantizar la accesibilidad y los ajustes razonables en todos los ámbitos en los que se ejerce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual. Si se deniegan los ajustes razonables, se estaría incurriendo en un supuesto de discriminación por motivo de discapacidad (artículo 5º inciso 3 CDPCD). Ahora bien, el Estado no está obligado a “proveer” apoyos a las personas con discapacidad, sino garantizar el acceso a dicho apoyos. Asimismo, los apoyos no deben significar un nuevo sistema de curatela, conforme el antiguo CCC.-

#### **3.4. Salvaguardias para la implementación de los apoyos**

Conforme se anticipara, las salvaguardias están descritas en el inc 4 art 12 de la CDPD. Así, se puede definir a las mismas como garantías, constituyendo mecanismos para evitar abusos por parte de las personas a quienes se confía el apoyo en la toma de decisiones. Cabe precisar que, al cumplir un rol de control al sistema de apoyo, las salvaguardias deberían ser ejercidas por personas distintas a las que proveen estos apoyos. Como señala la misma CDPD, los apoyos deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

Agustina Palacios<sup>34</sup> que señala que las medidas de apoyo deben implementarse desde el modelo social, por ende, deben ser coherentes con la narrativa de vida de la persona con

---

<sup>34</sup> Palacios A.: Presentación “Introducción a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” y “Desde el modelo de sustitución hacia el modelo de apoyo en la toma de decisiones: la capacidad jurídica en la CIDPD”. En: Seminario “Capacidad jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos”, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid del 15 al 18 de febrero de 2010. En: [http://www.uc3m.es/portal/page/portal/instituto\\_derechos\\_humanos/eventos\\_actividades/seminarios\\_cursos\\_jornada\\_s\\_en\\_el\\_idhbc/materiales/seminario\\_capacidad\\_juridica\\_discapacidad\\_derechos\\_humanos](http://www.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/eventos_actividades/seminarios_cursos_jornada_s_en_el_idhbc/materiales/seminario_capacidad_juridica_discapacidad_derechos_humanos). Consulta: Mayo 2017

discapacidad, sus preferencias, valores, deseos, etc. La decisión debe ser tomada para la persona con discapacidad mental, y no por ella. Se trata de un mecanismo de promoción y, no de restricción o sustitución de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad.

Asimismo, es fundamental que la persona que brinde el apoyo no tenga ningún conflicto de intereses ni influencia indebida en relación al acto jurídico sobre el que se le ha solicitado ayuda, sea de carácter patrimonial o personal.

De otro lado, las medidas de apoyo deben ser proporcionales y adaptarse a la situación de cada persona, merituando que el grupo de personas con discapacidad mental también es diverso y que existen distintos grados de discapacidad. A mayor interferencia en los derechos de la persona con discapacidad, mayores medidas de protección deben aplicarse.-

Para que sistema de apoyo en la toma de decisiones cumpla su cometido y sea efectivo, deberá adaptarse a las situaciones personales de la persona en cuestión. Será necesario pensar el apoyo desde un enfoque funcional: el tipo de acto jurídico, los ajustes razonables necesarios, el tipo de figura del apoyo adecuado (personal, familiar, institucional). En definitiva: un traje a medida.-

## **Capítulo 4 Las Personas con Discapacidad psicosocial en el Código Civil y Comercial de la Nación**

### **4.1. Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación.**

En el año 2015 se sancionó Cód. Civ. y Com, cuyo diseño recepta varios de los principios convencionales en materia de discapacidad, asumiendo el compromiso de derechos fundamentales de la persona humana. El nuevo ordenamiento procura hacer efectiva la regla de adecuación constitucional/convencional al regular el ejercicio de la capacidad jurídica a la luz de los derechos humanos<sup>35</sup>.

El Cód. Civ y Com. rediseña el régimen de capacidad jurídica sobre la base de que ella involucra y compromete derechos fundamentales de la persona humana. Podemos afirmar que la modificación más sustancial bajo esta perspectiva es la recepción de la mutación que ha sufrido el concepto de capacidad jurídica en el escenario internacional de los derechos humanos, en que ha pasado de ser considerado un “atributo de la persona” para ser afirmado un concreto derecho humano<sup>36</sup>.

En esta línea, la Observación General número 1 sobre el artículo 12 de la CDPD, dictada por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad establece “(...) La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad especifican que el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley es operativo en todas partes. En otras palabras, con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley, o que permita limitar ese derecho. Esto se ve forzado por el artículo 4, párrafo

---

<sup>35</sup> Cfr. Fernández, Silvia Eugenia, “El régimen de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial”, LORENZETTI, Ricardo (director), Suplemento Especial Nuevo Código Civil, La Ley, noviembre 2014, p.25

<sup>36</sup> Ídem

2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que no es posible suspender ese derecho ni siquiera en situaciones excepcionales (...). El artículo 12 de la Convención afirma que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica. El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás. La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales con respecto a su salud, su educación y su trabajo. En muchos casos, la negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha hecho que se vean privadas de muchos derechos fundamentales, como el derecho a voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos reproductivos, a la responsabilidad parental, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad<sup>37</sup>.

En sintonía con lo expuesto, el Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas <sup>38</sup>afirma que la capacidad jurídica excede la posibilidad de tomar decisiones por sí o por una tercera persona; guarda relación con el ser persona; de allí que las restricciones a la capacidad deben valorarse con sumo cuidado y criterio excepcional, por restringir un derecho humano: una limitación total de la capacidad jurídica por la sola existencia de una discapacidad intelectual o psicosocial viola los principios de la Convención de Naciones Unidas.

---

<sup>37</sup> Observación General nro. 1 Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, 11° periodo de sesiones, 31 de marzo al 11 de abril de 2014, CRDP/C/GC/1.

<sup>38</sup> Comisionado de Derechos Humanos, “¿Quién debe decidir? Derecho a la Capacidad Jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial”, Estrasburgo, 20 de Febrero de 2012, [www.commissioner.coe.int](http://www.commissioner.coe.int).

En consecuencia, entre la regla de la capacidad civil como atributo de la personalidad en el Código Civil derogado (art. 140) y la capacidad jurídica como principio derivado de su condición de derecho humano (CDPD)<sup>39</sup> se observan diferencias profundas receptadas en el Cod. Civ. y Com; este principio de capacidad no se agota en una presunción procesal/sustancial – “toda persona es capaz hasta que se demuestre lo contrario”-, sino que genera efectos mucho más trascendentes, entre los que mencionamos:

a) Como reglamentación civil de derechos humanos fundamentales, el Código regula la capacidad jurídica en sintonía con lo dispuesto por los tratados internacionales y documentos emanados de los órganos autorizados de interpretación (específicamente, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad);

b) Como legislación sobre la capacidad jurídica, reglamenta un derecho humano, lo que afecta derechos varios que son sus derivados, contenidos entre los principios transversales de la Convencion de Naciones Unidas: la dignidad, la autonomía, incluida la posibilidad de tomar las propias decisiones y la independencia de la persona (artículo 3º, CDPD) La capacidad jurídica aparece como la puerta de acceso al ejercicio de los derechos. Aquellos que se entienden por capacidad jurídica en el ámbito ético y en el jurídico es consecuencia de la propia idea de dignidad humana<sup>40</sup>.

c) Toda persona con discapacidad tiene el derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica y a su ejercicio en igualdad de condiciones con las demás. El parámetro “en igualdad de condiciones” implica que la capacidad jurídica de las demás personas con discapacidad

---

<sup>39</sup> Segundo Informe elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos el termino capacidad jurídica incluye la capacidad de obrar. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 6ta. Session, “Backgorund conference document about Legal Capacity”, ps. 16 y ss.

<sup>40</sup> DE ASIS ROIG, Rafael, “Sobre la Capacidad”, en PALACIOS, Agustina – BARIFFI Francisco (coord.), Capacidad jurídica, capacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convencion internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, Editar, Buenos Aires, 2012, p. 13

podría verse limitada en aquellas condiciones en que las demás personas también podrían ver limitadas su capacidad; es decir, no exclusivamente por motivo de discapacidad. De allí que la eventual limitación que pueda establecerse – siempre referida a actos específicos – no puede basarse en criterios discriminatorios.

Adentrándonos al Cód. Civ. y Com., en su artículo 22 regula el régimen de capacidad de la persona. Sigue el principio general de capacidad en relación a ambos tipos de capacidades; de derecho y de hecho, goce o ejercicio. Define que se entiende por cada una y contempla la posibilidad de establecer determinadas restricciones y sus condiciones. Siendo que la capacidad siempre constituye la regla, puede admitirse la existencia de excepciones al principio solo con carácter restrictivo, excepcional y en función de la protección de un determinado interés; las limitaciones a la capacidad no pueden ser totales o absolutas, al punto que eliminen la condición de persona.

Explica Fernández (2020) que el artículo 23, en tanto, el Cod. Civ. y Com. Incorpora el que constituye el principio general en materia de Capacidad de ejercicio: “Toda persona humana puede ejercer por si misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.”

Este principio conecta con la concepción de la capacidad como derecho humano y profundiza las exigencias al momento de admitir una eventual restricción. El artículo refiere a las “limitaciones expresamente previstas” en el Código, con lo que se alude a la situación de niños, niñas y adolescentes que no presenten las condiciones de edad y madurez suficiente para el ejercicio del o los actos de que se trate; y por otro lado, al establecimiento de restricciones a la capacidad jurídica como consecuencia de una sentencia dictada luego de un proceso judicial que debe transitar según las “Reglas generales” que también se establecen<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> FERNANDEZ, Silvia, La Capacidad Jurídica en el Código Civil y Comercial de la Nación en *Situaciones de Discapacidad y Derechos Humanos* Ed. La Ley 2020 pag. 332

Es de interés dejar de resalto que las restricciones a la capacidad no constituyen una “nueva categoría jurídica”: la persona cuya capacidad ha sido restringida para el ejercicio de determinados actos no es una persona incapaz ni tampoco “parcialmente incapaz”: la capacidad jurídica es un derecho inherente a la condición de determinadas restricciones para el ejercicio autónomo de ciertos actos, pero permanece subsistente la condición de capacidad; se trata de un régimen de restricciones parciales, excepcionales y revisables periódicamente. El art. 12 de la CDPD diferencia los conceptos de personalidad jurídica y decisiones jurídicas. Ellos no son sinónimos. El Informe presentado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en Sexta reunión del Comité Especial de la Convención sobre discapacidad arriba citado, sobre “capacidad jurídica”, ofrece una aproximación general sobre el modo en el cual los términos “personalidad jurídica” y “capacidad jurídica” confiere al individuo la capacidad de ser reconocido como persona ante la ley, y por tanto, es un requisito previo a todos los otros derechos. La “capacidad jurídica” es un concepto más amplio que lógicamente presupone la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático), pero también la capacidad de ejercer dichos derechos, o asumir obligaciones (elemento dinámico). Por ello, y según este informe, la capacidad jurídica incluye la “capacidad de obrar”, entendida como la capacidad y la facultad de una persona de asumir compromisos o transacciones particulares, o en un sentido más general, de crear, modificar, o extinguir relaciones jurídicas <sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup>. BARIFFI, Francisco, El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, Cinca Ediciones, Madrid, 2014, p. 307. De este modo, mientras la personalidad jurídica se erige como un derecho no sujeto a restricción por parte de los Estados, en el reconocimiento y regulación de la capacidad jurídica los Estados gozan de un cierto margen de apreciación. Dicho margen de apreciación no puede exceder o afectar el principio general de no discriminación, reconocido por todos los instrumentos internacionales de derechos humanos vinculantes, ni desconocer o anular la esencia misma del derecho, su núcleo duro.

La regulación del Cód. Civ. y Com. en torno a un régimen de restricciones parciales, excepcionales y revisables periódicamente aparece conteste con las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, siendo que la incapacidad se reserva para casos extremos y excepcionales ajustados a ciertos requisitos (artículo 31,32).

Desde la jurisprudencia se sostuvo que “La capacidad restringida supone que la persona conserva su capacidad, la cual solo es limitada para determinados actos. Es decir, que la excepcionalidad de la Restricción no se fundamenta en una característica de la persona, su discapacidad, (criterio subjetivo), sino que se restringe para un acto determinado o una serie de actos determinados y debidamente especificados en la sentencia (criterio objetivo). De este modo no existe en el Código Civil y Comercial un supuesto de restricción a la capacidad jurídica por motivo de discapacidad<sup>43</sup>”.

De tal modo, el Cod. Civ. y Com. se estructura en torno a:

1) las restricciones particulares al ejercicio de la capacidad, que limitan al mismo exclusivamente en la extensión determinada en la sentencia, manteniendo la regla de capacidad respecto a todos los actos que no han sido expresamente restringidos (artículos 32, 38 y concs.) A los fines de favorecer el ejercicio de estos actos por la persona se dispone el establecimiento de medidas de apoyo para la toma de decisiones (artículo 38,43);

2) como excepción, la declaración de incapacidad, de carácter restrictivo, en caso de absoluta imposibilidad de comunicación de la persona por cualquier medio, forma o formato adecuado y en tanto se evalué que ineficaz el establecimiento de medidas de apoyo. El Cod. Civ. y Com. exige un criterio objetivo, que excede de un diagnóstico de la persona y/o a su pertenencia a un grupo social – personas con discapacidad.

---

<sup>43</sup> CApel. CC, Mar del Plata, sala III, 22/12/15, “D., J.s/ insania y cuartela, “ED”, 267-107, 2016.

La que califica es la absoluta imposibilidad de interacción y/o comunicación por cualquier modo, medio o formato adecuado; imposibilidad no es cualquier complejidad, sino que debe ser un impedimento de carácter absoluto. Se trata de aquella persona que se encuentra en situación de ausencia de conciencia de sí, de su alrededor, imposibilitada de comunicación con el entorno, con otras personas, y por todo lo cual un sistema de apoyo aparece insuficiente, correspondiendo la figura de un curador que ejerza representación<sup>44</sup>. Al respecto se ha dicho que “la incapacidad es el supuesto de excepción en el nuevo régimen”.

#### **4.2. Reglas generales de las restricciones a la capacidad**

El artículo 31 del Cód. Civ. y Com., tanto para el supuesto de restricción como el de incapacidad, establece las reglas generales a ser aplicadas en los procesos judiciales, las que constituyen reglas de orden público que deben observarse independientemente de lo que dispongan en menos las regulaciones locales.

El Cód. Civ. y Com establece reglas generales a observar en la actuación de las injerencias estatales a la capacidad de la persona; “Según se expresa en los fundamentos del anteproyecto de Cód. Civ. y Com., se recepta el nuevo paradigma en materia de persona con discapacidad restringida por razones de padecimiento mental, de conformidad con la Ley 26.657 de Salud Mental. El punto de partida, es que existe una ley especial que regula la temática, de ahí que el nuevo Código se limita a: 1) establecer reglas generales que den observarse en toda decisión que limite la capacidad de ejercicio de tales personas; 2) determinar quiénes pueden ser protegidos por esos procesos, las personas legitimadas para iniciarlos, las facultades y deberes judiciales, el régimen de la prueba; 3) reconocer las nuevas

---

<sup>44</sup> FERNANDEZ, Silvia A., Comentario al art. 32 en Herrera, Marisa – Carmelo Gustavo – Picasso, Sebastián, Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, t. 1, Sistema Argentino de Información Jurídica, Buenos Aires, 2015, p. 87. Desde la jurisprudencia se ha sostenido: “La persona que padece psicosis crónica desde hace más de diez años no debe ser declarada incapaz por ello no se encuentra justificado en los informes del equipo interdisciplinario, motivo por el cual corresponderá disponer una restricción en cuanto a su capacidad con apoyos en lo que refiere a su persona – tratamiento de la patología y convivencia – y a sus bienes, como realizar actos que excedan de la administración normal, en especial para disponer y afianzar obligaciones y para realizar

figuras como redes de apoyo; 4) priorizar los aspectos personales, sociales y familiares de esas personas por sobre los patrimoniales; 5) fijar pautas generales para los traslados e internaciones para evitar todo tipo de abuso; 6) sistematizar las normas sobre validez y nulidad de los actos celebrados por las mismas. Metodología que resulta razonable, desde que vigentes las normas de la CDPD y la LSM, se viene a conformar, junto con las disposiciones de los ordenamientos procesales, el “microsistema” correspondiente<sup>45</sup>”

Dispone el 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;

c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;

d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;

e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;

f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

Es dable agregar la norma procedimental reconocida en el art. 707: “Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes. Las

---

<sup>45</sup> BERIZONE, Roberto O., “Normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación. Personas con discapacidad restringida”, La Ley, 12/5/2015, 1. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, sala I, 2/2/2016, M.M.P., inhabilitación, MJ-JU-M- 97124.

personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”.

#### **4.3. Las restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica**

Dispone el artículo 32 Cod. Civ y Com: “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 a 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 interactuar 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”.

A tales fines el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el art. 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de las personas. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Las restricciones a la capacidad constituyen una denominación genérica, que incluye un amplio abanico de posibilidades relacionadas con la amplitud o estrechez de los actos que sean limitados a la persona por medio de una sentencia.

A los fines de determinar los supuestos que se ven incluidos por la norma, en primer lugar, el artículo 32 recurre a una formula objetiva, persona que pueden ser sujeto de un proceso y consecuente sentencia de restricción a la capacidad: mayor de trece años, con padecimiento de adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad.

El requisito de los trece años guarda coherencia con la categoría de adolescente incorporada en el nuevo Cód. Civ. y Com. (art. 25) y la presunción de inexistencia de discernimiento para los actos ilícitos por debajo de dicha edad.

A su turno, se refiere a una situación de adicción o bien una alteración mental permanente o prolongada y de suficiente gravedad. Se elimina así calificaciones discriminatorias como las preexistentes relativas a “sordomudos que no saben darse a entender por escrito”; “dementes”; “disminuidos en sus facultades mentales”. Sin embargo, la mención alteración mental tampoco resulta ajustada al modelo social de la discapacidad.

En relación a la adicción a que se refiere la norma, es necesario efectuar una aclaración inicial frente al amplio contenido que este término involucra.

En efecto hoy día múltiples situaciones y conductas de la persona podrían calificarse de “adictivas”, sin embargo no es este el sentido pretendido por la norma, la que debe leerse no solo a la luz de los principios propios al régimen de restricciones mencionados – principio de menor restricción, de excepcionalidad y por ende interpretación restrictiva -, y asentando en la ideología que nutre al régimen general a luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

De la mano de esta perspectiva la jurisprudencia ha señalado que “El Cód. Civ. y Com. establece que se debe partir de la presunción de la capacidad de toda persona, por lo que las limitaciones al ejercicio de la misma deben ser de carácter excepcional, basadas en

intervenciones interdisciplinarias y priorizándose siempre las alternativas menos restrictivas de derechos y libertades<sup>46</sup>”.

Enseña Fernández (2020)<sup>47</sup> que en torno a las adicciones como una alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad, se desprende de estos requisitos que no basta con el solo diagnóstico, incluso interdisciplinario; la norma exige una valoración contextual dada por las circunstancias personales y sociales de la persona – no por su pertenencia a “un grupo” y/o identificación con un diagnóstico -; se requiere que la persona se encuentre o pueda encontrarse en situación de daño o eventual daño a su persona o a sus bienes consecuencia de sus actos. Para efectuar esta valoración es necesario analizar la aptitud de la persona para comprender y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado; todo lo cual habría de sugerir con el auxilio de la prueba interdisciplinaria a producir en el curso del proceso.

La concurrencia del llamado presupuesto biológico como ser la adicción o alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, no es suficiente para la declaración de capacidad restringida. Es necesaria una determinada incidencia de aquella en la vida de la relación de la persona. Así, en los términos del art. 32 del Cód. Civ. y Com. requiere que el juez aprecie si del ejercicio de la plena capacidad pueda resultar un daño a la persona o a sus bienes, no es necesario que este sea actual o que se haya producido, es suficiente con la fundada posibilidad que se produzca.

Otra vez, el carácter de excepción de las limitaciones a la capacidad (art. 31, inc. b) impone que la evaluación se realice con estrictez: no será suficiente la posibilidad de un daño probable o remoto, sino que existan un grado de posibilidades de que el daño acaezca. Es

---

<sup>46</sup> CCv. y Com., Lomas de Zamora, sala I, “Q.G.M.S / insania cuartela”, 5/11/2015, MJ-JU-M-95639-AR- MJJ95639

<sup>47</sup> Fernández. S. ob. Cit. 344

importante mencionar que no se trata de una suma de presupuestos, sino de una relación de causalidad entre ambas.

Finalmente, el último párrafo del artículo 32 prevé la incapacidad exclusivamente para el caso de la persona en situación de absoluta imposibilidad de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz.

Lo que se califica es la “situación” en que se halla la persona: absoluta imposibilidad de interacción y/o comunicación por cualquier modo, medio o formato adecuado; se alude a la situación de ausencia de conciencia de sí, de su alrededor, carencia e imposibilitada de comunicación con el entorno, con otras personas, y por todo lo cual un sistema de apoyo aparece insuficiente, correspondiendo entonces la figura de un curador que ejerza representación<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> FERNANDEZ, S., comentario art. 32, en HERRERA, Marisa – CARAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián, Código Civil y Comercial ob cit.

## **Capítulo 5 Las personas con discapacidad psicosocial y el acceso al apoyo**

### **5.1. Acceso a distintas formas de apoyo para las personas con discapacidad basado en los derechos humanos.**

De acuerdo al Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas<sup>49</sup>, apoyo es el acto de prestar ayuda o asistencia a una persona que la requiere para realizar las actividades cotidianas y participar en la sociedad. El apoyo es una práctica, profundamente arraigada en todas las culturas y comunidades, que constituyen la base de todas nuestras redes sociales. Todas las personas necesitan apoyo de otras en algún momento, o incluso a lo largo de toda la vida, para participar en la sociedad y vivir con dignidad. Ser receptores de apoyo a otras personas son dos funciones que todos compartimos como parte de nuestra experiencia humana, independientemente de la

---

<sup>48</sup> Informe de la relatora especial sobre las personas con discapacidad, Consejo de Derechos Humanos 34° periodo de sesiones 27 de febrero, marzo de 2017

deficiencia, la edad o la condición social. Sin embargo, aunque algunas formas de apoyo se han integrado de forma natural en el diseño social, otras, como las que requieren las personas con discapacidad, siguen siendo marginales.

El apoyo a las personas con discapacidad comprende una amplia gama de intervenciones de carácter oficial y oficioso, como la asistencia humana o animal y los intermediarios, las ayudas para la movilidad, los dispositivos técnicos y las tecnologías de apoyo. También incluye la asistencia personal; el apoyo para la adopción de decisiones; el apoyo para la comunicación, como los intérpretes de lengua de señas y los medios alternativos y aumentativos de comunicación; el apoyo para la movilidad, como las tecnologías de apoyo o los animales de asistencia; los servicios para vivir con arreglo a un sistema de vida específico que garanticen la vivienda y la ayuda doméstica; los servicios comunitarios. Las personas con discapacidad pueden precisar también apoyo para acceder a servicios generales como los de salud, educación y justicia, y utilizar esos servicios.

Para la mayoría de las personas con discapacidad, el acceso a un apoyo de calidad es una condición fundamental para vivir y participar plenamente en la comunidad haciendo elecciones como las demás personas. Sin un apoyo adecuado, las personas con discapacidad están expuestas a un trato negligente o a ser institucionalizadas. La prestación de un apoyo adecuado es necesaria para hacer valer toda la gama de derechos humanos y permite a las personas con discapacidad alcanzar su pleno potencial y contribuir así al bienestar general y la diversidad de la comunidad en la que viven. Para muchas personas con discapacidad, el apoyo es una condición indispensable para participar de forma activa y significativa en la sociedad y, al mismo tiempo, conservar su dignidad, autonomía e independencia.

La existencia de barreras sociales y ambientales genera la necesidad de apoyo. Por ejemplo, las personas con discapacidad que viven en comunidades inaccesibles pueden requerir más apoyo que si vivieran en comunidades accesibles. Las necesidades individuales

de apoyo varían también en función de factores personales, como el grado de deficiencia, la edad, la condición socioeconómica y el origen étnico. Si bien la existencia de sólidos marcos jurídicos contra la discriminación y entornos generales plenamente accesibles facilita en gran medida la participación de las personas con discapacidad, muchas siguen precisando medidas de apoyo para poder participar en la comunidad en igualdad de condiciones con las demás.

## **5.2. La importancia del apoyo**

Las personas con discapacidad representan el 15 % de la población mundial, esto es, mil millones de personas aproximadamente. Muchas de ellas necesitan distintas formas de apoyo, entre otras cosas para actividades cotidianas como levantarse, bañarse, vestirse y alimentarse.

Pese al aumento de la demanda, las necesidades de apoyo de la mayoría de las personas con discapacidad en el mundo están desatendidas. Los datos indican que, en la mayor parte de los países desarrollados y en desarrollo, son muchísimas las personas con discapacidad que tienen un acceso limitado a servicios de apoyo. Existe escasez de servicios comunitarios de apoyo para las personas con discapacidad que precisan asistencia personal. En muchos países, solo entre el 5% y el 15% de las personas que necesitan dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo pueden obtenerlos. Las personas con discapacidad psicosocial e intelectual están sobrerrepresentadas entre las personas sin hogar porque carecen de apoyo para vivir en la comunidad y tomar decisiones. Además, los servicios públicos generales en esferas como la educación y el empleo no prevén medidas de apoyo para garantizar la plena participación de las personas con discapacidad. Aunque todas las personas con discapacidad experimentan dificultades a la hora de obtener apoyo, las que tienen una necesidad elevada se ven afectadas de manera desproporcionada por la falta de servicios adecuados.

Lamentablemente, existe poco interés público y político y apenas se presta atención a las necesidades de apoyo de las personas con discapacidad. En muchos países, el apoyo no se contempla en la legislación y las políticas nacionales y, en los casos en que si se hace, se trata de un servicio residual infrafinanciero con un presupuesto escaso que no se corresponde con las necesidades de las personas. (oms y banco mundial, world report on disability 2011,pags. 144 a 147). Además, si bien en los países de ingresos altos existen algunas formas de apoyo oficial para las personas con discapacidad, tal no es el caso de los países de ingresos medios o bajos. En consecuencia, la mayoría de las personas con discapacidad tienen que depender de formas oficiosas de apoyo, principalmente de la familia y las redes personales.

El apoyo es una parte normal de la vida comunitaria, en que las familias son la primera fuente de apoyo para todos. En el caso de muchas personas con discapacidad, el apoyo de la familia sirve de puente para tener acceso a otras formas de asistencia necesarias para disfrutar plenamente de los derechos humanos. Sin embargo, cuando no existen otras opciones y las familias son el único proveedor de apoyo, la autonomía de las personas con discapacidad y sus familias se ven reducida. Los receptores del apoyo no tienen ningún tipo de elección o control en cuanto a la asistencia que necesitan para realizar su proyecto de vida y suelen surgir problemas relacionados con la sobreprotección y los conflictos de intereses. Las familias, especialmente las más pobres, también experimentan una presión considerable dado que el apoyo familiar no remunerado afecta asimismo a las relaciones sociales, los niveles de ingreso y el bienestar general de la familia. Las mujeres y las niñas se ven afectadas de manera desproporcionada, ya que en la práctica son las principales proveedoras de apoyo en el hogar, lo cual reduce su libertad y sus opciones respecto de sus propios proyectos de vida.

La falta de sistemas de apoyo adecuados incrementa el riesgo de segregación e institucionalización. Cuando las familias no reciben el apoyo necesario, existe una gran

presión para internar al familiar con discapacidad en una institución. Por lo tanto, el único modo de que una familia pueda conseguir algún tipo de ayuda para tener acceso a servicios básicos es colocando a su familiar en una institución. Tanto la institucionalización como la falta de apoyo en la familia incrementan el riesgo que corren las personas con discapacidad de ser objeto de un trato negligente, violencia y abusos.

### **5.3. El apoyo a las personas con discapacidad en el derecho internacional de los derechos humanos. La obligación de los Estados de garantizar el acceso a apoyo.**

El derecho internacional de los derechos humanos exige a los Estados que proporcionen un apoyo adecuado a las personas con discapacidad para que puedan desempeñar sus actividades cotidianas y participar en la sociedad. La CDPD estipula claramente la obligación de los Estados de garantizar el acceso a una amplia gama de servicios de apoyo para las personas con discapacidad y establece un marco general para su aplicación. La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce también la obligación de los Estados de ofrecer la asistencia que requieren los niños con discapacidad para lograr su integración social y desarrollo individual máximo (artículo 23).

Así también otros instrumentos Internacionales de Derecho Humanos contemplan el apoyo a las personas con discapacidad a través de asistencia con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad.

La obligación de los Estados de garantizar el acceso de las personas con discapacidad a apoyo no debe confundirse con la obligación de asegurar la accesibilidad. La accesibilidad es la obligación relacionada con el entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones – un requisito de las sociedades libres de barreras e inclusivas -, mientras que el apoyo es una obligación vinculada a la persona. En lugar de transformar el entorno, el objetivo es ayudar a la persona en una serie de actividades diferentes que van de la comunicación hasta la movilidad. Aunque el nivel de accesibilidad puede aumentar o

disminuir la necesidad de apoyo, ambos son obligaciones complementarias para asegurar que las personas con discapacidad puedan llevar una vida independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida.

#### **5.4. El apoyo en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**

En la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el apoyo se asienta firmemente en un complejo modelo sustantivo de igualdad introducido por la Convención. El tratado subraya la importancia de tener en cuenta la diversidad de la experiencia humana. La Convención resalta la importancia de adoptar todas las medidas necesarias para apoyar la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Su enfoque basado en los derechos humanos coloca también a las personas con discapacidad en el centro de todas las decisiones que las afectan, incluidas las relativas al apoyo y a la asistencia.

En la Convención no figura una definición de apoyo, pero el término se utiliza en varias disposiciones. Según el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su observación general n° 1 “apoyo” es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Todas las formas de apoyo deben proporcionarse respetando los principios generales de la Convención.

El apoyo es una obligación transversal establecida en la Convención. Como parte de las obligaciones generales enunciadas en el artículo 4, los Estados partes deben adoptar todas las medidas pertinentes para hacer efectivo los derechos reconocidos en el tratado, incluida la prestación de servicios de apoyo cuando sea necesario (artículo 4, párrafo 1 a)). Los Estados también deben emprender o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de dispositivos técnicos y tecnológicos de apoyo (artículo 4, párrafo 1 g)), y proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre

ayudas móviles, dispositivos técnicos y tecnológicos de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo (artículo 4, párrafo 1 h)).

Asimismo se hace alusión al suministro de formas específicas de apoyo en los artículos 9 (accesibilidad), 12 (igual reconocimiento como persona ante la ley), 13 (acceso a la justicia), 16 (protección contra la explotación, la violencia y el abuso), 19 (derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad), 20 (movilidad personal), 21 (libertad de expresión y de opinión y acceso a la información), 23 (respeto del hogar y de la familia), 24 (educación), 26 (habilitación y rehabilitación), 27(trabajo y empleo), 28 (nivel de vida adecuado y protección social) y 30 (participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte).

En muchas de sus observaciones finales, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha solicitado a los Estados que proporcionasen acceso al apoyo a las personas con discapacidad en distintos aspectos de la vida. De manera más concreta, en su observación general número 1 (2014) sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley, el Comité destacó que el apoyo debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y que el tipo y la intensidad de apoyo prestado variaran notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de personas con discapacidad.

Muchas formas de apoyo, como el requerido para ejercer la capacidad jurídica, deben hacerse efectivas de inmediato (observación general número 1). Si bien la plena efectividad de otras formas de apoyo puede alcanzarse de manera progresiva, los Estados tienen la obligación de tomar medidas inmediatas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, incluidos los recibidos a través de la asistencia y la cooperación internacionales, para garantizar el apoyo a las personas con discapacidad, entre otras cosas adoptando marcos legislativos y de políticas y medidas presupuestarias.

La Convención cuestiona los enfoques tradicionales de atención y ofrece la posibilidad de corregir el legado de desempoderamiento y paternalismo. Además, la noción de apoyo en la Convención trasciende la interpretación tradicional de la atención y la asistencia a otros grupos, como las personas de edad y de niños. La Convención restablece la importancia del “ser humano” en el discurso de los derechos humanos resaltando los aspectos individuales y sociales de la experiencia humana. Estas innovaciones pueden y deben incorporarse en la aplicación de todos los instrumentos de derechos humanos existentes.

## **Capítulo 6 Apoyo para el Ejercicio de la Capacidad Jurídica.**

### **6.1. Apoyos. Conceptualización.**

Cuando hablamos de apoyo para el ejercicio a la capacidad jurídica, es el art. 12 de la CDPD el que hace referencia al mismo. Representa un recurso que se relaciona directamente con la capacidad jurídica. El artículo 12 de la CDPD establece en el apartado 3º “Los Estados Partes adoptaran todas las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

La conceptualización del apoyo da respuesta al reclamo de las personas con discapacidad en el sentido que la decisión de establecer una relación de confianza para la toma de decisiones con apoyo sea una decisión propia y no ordenada por las autoridades civiles.

¿Cómo se establece un apoyo de acuerdo a la CDPD? A través de: las redes de apoyo familiar/comunitarias, el apoyo mutuo de las personas con discapacidad, la defensa personal – ayuda en la reclamación de derechos - , la planificación para una crisis, la asistencia personal, la interpretación debiendo entender que su papel es facilitar y no manejar, escuchando activamente todas las formas de comunicación, dejando el espacio para que la persona exprese sus deseos actuales y respetando la voluntad de la persona.

El apoyo al que hace referencia el artículo 12 de la CDPD alude a aquella persona, organismos o instituciones que a través de la comprensión y la confianza de la persona, colabora en la toma de decisiones.

La capacidad jurídica requiere de apoyos para su ejercicio para aquellas personas que lo soliciten o necesiten, pero no es una regla fija. Esto tiene mucha importancia al momento de valorar los sistemas de apoyo y considerar que necesariamente ante una situación de discapacidad debe implementarse un apoyo, sin interpretar adecuadamente el modelo que

introduce el concepto de capacidad jurídica que impone la toma de decisiones de las personas con discapacidad en forma directa.

El punto de partida se afina en la conceptualización de persona. Distintas corrientes filosóficas y jurídicas se vienen ocupando en debatir a que se alude cuando se refiere a persona: 1) si hace a la razón de la conceptualización, no a la realidad que se conceptualiza, debe aceptarse que, si todo ser humano es persona en sentido filosófico, lo es también en sentido jurídico; 2) la persona como el titular de derechos subjetivos; 3) la persona como beneficiaria del interés jurídicamente protegido; 4) la persona como ser desmaterializado/a ; 5) la persona como el ser capaz formalmente, es decir, la persona es la obra del derecho; 6) la persona como fundamento del derecho y de la justicia; 7) la persona protagonista del orden jurídico (Lachance), la persona es un ser que nace, que se hace, al decir de Lachance la persona es el “alterum” por excelencia<sup>50</sup>.

En nuestros países, las coyunturas socio – políticas que ha vivido la región de las Américas influyen en la diferencia de la dinámica de los apoyos, la dependencia al poder público como el proveedor de prestaciones y reconocimientos; ello nos diferencia de otros países que tienen los recursos comunitarios para generar procesos de la sociedad civil que inciden en la inclusión efectiva de las personas con discapacidad, pues el Estado responde generando una política pública de accesibilidad, que en definitiva implica la existencia de una política de apoyos. Canadá y Suecia, son ejemplos de ello.

La instrumentación de un apoyo en la vida de las personas debe ser ubicada desde la realidad del colectivo al que va dirigido. En el caso de las personas con discapacidad psicosocial hay que tener en cuenta la realidad social que muchas miles de ellas atraviesan.

---

<sup>50</sup> Iglesias, María Graciela, “La capacidad Jurídica.” El modelo de Apoyo”, en AA.VV., Hacia un nuevo concepto de Capacidad Jurídica, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014 p. 50.

Así, por ejemplo, en las condiciones de permanencia en hospitales u hogares se visualiza la necesidad de medidas efectivas para que la inclusión sea posible y esto toma cuerpo en la seguridad social, acceso a la vivienda, subsidios habitacionales y la atención, la habilitación y la rehabilitación dentro de la comunidad.

A partir de la sanción de la CDPD, la cláusula que impone el control de convencionalidad otorga una adecuada interpretación en relación a los apoyos. El control de convencionalidad permite verificar la compatibilidad de las normas internas con la convencional, ponderando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los demás tratados interamericanos de los cuales el estado es parte, por lo tanto, es una obligación de los órganos competentes dentro de la competencia que les cabe. Es por eso que al momento de realizar dicho control puede declararse la contrariedad con la CDPD, interpretando a esta para el caso concreto.

Las normas que reconocen derechos de las personas con discapacidad refieren primordialmente al respecto a la autonomía, a su autodeterminación y autorresponsabilidad, el respeto a su decisión y el apoyo para la toma de decisiones; sin embargo, la realidad es que las personas no deciden, no pueden hacerlo y se someten consciente o inconscientemente a imposiciones porque se encuentra ausente el espacio del ejercicio de su subjetividad, donde ejercer autonomía cuando no se accede a derechos básicos de salud, trabajo o inclusión social.

Adentrándonos en el derecho vigente, el Código Civil y Comercial Argentino, en su artículo 23 establece: “Capacidad de ejercicio. Toda persona humana puede ejercer por si misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial. ” Mientras que sobre la base de los artículos 31 y 32 se impone una facultad jurisdiccional para restringir un acto determinado, sin que pueda interpretarse que la persona en relación al acto que se restringe, esté teñida de “incapacidad”, sino que el ejercicio de la

capacidad se ejercerá con apoyos, con toda significación que el control de constitucionalidad y convencionalidad impone a la judicatura en su aplicación. Son excepciones al concepto de capacidad universal que jueces y juezas deben aplicar teniendo como base la armonización normativa que traen los artículos 1° y 2° del Código reformado.

## **6.2. Condiciones para un modelo de Apoyo**

El modelo de apoyo en la toma de decisiones, en cuyo concreto diseño deben participar de manera relevante las personas con discapacidad, debería basarse en los siguientes principios:

a) Gradualidad: su implementación deberá ser paulatina, por lo que durante un periodo deberá convivir en paralelo con el sistema de sustitución;

b) Complejidad: no se trata de “reemplazar el nombre de tutela o curatela en las legislaciones nacionales” sino de crear y/o promover la creación de figuras de apoyo y dotarlas de un estatus legal; adaptar o reemplazar otras instituciones legales (poderes preventivos, instrucciones previas); crear protocolos que favorezcan la prevención de ciertas situaciones; desarrollar una acción política que garantice la capacitación de las personas con discapacidad y de las personas de apoyo, establecer recursos financieros;

c) Diversidad: el sistema de apoyo debe adaptarse a las diferentes situaciones personales y sociales.

d) Respeto por los deseos y la voluntad de las personas: también en la propia elección de los mecanismos o personas de apoyo.

e) Abierto: a todas las personas que puedan tener dificultades para ejercer la capacidad jurídica y no solo a las personas con discapacidad.

f) Presidido por los derechos: debe orientarse a favorecer al máximo el ejercicio de los derechos por parte de las personas apoyadas y ser plenamente respetuoso con los mismos<sup>51</sup>.

“Para proporcionar el apoyo, a la vez que para determinar el tipo de apoyo que la persona aceptaría o le resultaría útil, siempre debe utilizarse un proceso interactivo. Se debe proporcionar una comunicación creativa y accesible, a la vez que los ajustes/modificaciones razonables a los modos habituales de interacción, con el fin de establecer una buena relación de apoyo y funcionar adecuadamente dentro de ella. Lo ideal sería que las relaciones de apoyo fueran continuas y que la gente estableciera tales relaciones de manera anticipada, para un futuro en que pudiera llegar a necesitarlas. Sin embargo, también puede recurrirse a los apoyos para el caso de operaciones o actos jurídicos específicos, de manera que las personas con discapacidad puedan utilizarla los servicios e médicos, abogados, notarios, bancos, etc. de forma ordinaria cuando opten por ser autosuficientes o por no entablar una relación de apoyo continua. Este apoyo, en contextos ordinarios en los que las personas con discapacidad interactúan con las demás personas en pie de igualdad, puede verse como equiparable a las condiciones requeridas de accesibilidad en la comunicación y a los ajustes razonables<sup>52</sup>”

Apoyo significa desarrollar una relación y formas de trabajar con otra u otras personas, hacer posible hacer que una persona se exprese por su misma y comunique sus deseos, en el marco de un acuerdo de confianza y respeto de la voluntad de la persona.

---

<sup>51</sup> PALACIOS Agustina, “Consultative meeting with stakeholder on legal measure key for the ratification and effective implementation of the CRPD. También “Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD, citada por CUENCA GOMEZ, Patricia, La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CDPD en el Ordenamiento jurídico español, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Disponible en [https://core.ac.uk/download/pdf/29403785\(14/1/2020\)](https://core.ac.uk/download/pdf/29403785(14/1/2020)).

<sup>52</sup> Ida International Disability Alliance Member organizations: Disable Peoples’ International Inclusion International, International Federation of Hard of Hearing People, Rehanilitation International, World Blind Union, World Federation of the Deaf, World Federation of the Deafblind, World Network of Users and Survivors of Psychiatry, European Disability Forum, Arab Organization of Disabled People.

De acuerdo con la Observación General Número 1 del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad “El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas. En el artículo 12, párrafo 3, no se especifica cómo debe ser el apoyo. Apoyo es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíe para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad – por ejemplo, la exigencia que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezca interpretación profesional en la lengua de señas -, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distinta y no convencional, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbal para expresar su voluntad y sus preferencias<sup>53</sup>.”

Es decir que el apoyo no hace, no realiza actos, no decide; acompaña y asesora, colabora para que la persona tome decisiones en relación a los actos de la vida que hacen a sus preferencias. Un régimen de apoyo para la adopción de decisiones comprende diversas opciones de apoyo que dan primacía a la voluntad y las preferencias de la persona y respetan

---

<sup>53</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11° periodo de sesiones, 31 de Marzo a 11 de abril de 2014, Observación General nro. 1 (2014) Artículo 12: Igual reconocimiento ante la ley.

las normas de derechos humanos. El régimen debe proteger todos los derechos, incluidos los que se refieren a la autonomía (derecho a la capacidad jurídica, derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, derecho a elegir donde vivir, etc.) y los relativos a la protección contra el abuso y el maltrato (derecho a la vida, derecho a la integridad física, etc.). Además, los sistemas de apoyo para la adopción de decisiones no deben regular en exceso la vida de las personas con discapacidad. Obs. Gral. nro. 1, CDPD<sup>54</sup>.

Si bien hay personas que cuentan con lazos familiares y comunitarios para desempeñar funciones de apoyo, existen personas que no tienen este tipo de estructuras de apoyo social a su alcance y a quienes no se le puede negar el derecho de la toma de decisiones apoyada. Independientemente del contexto de apoyo social, el texto de la Convención trae obligaciones ineludibles al Estado. Se ordena la creación de mecanismos judiciales o administrativos para lograr apoyo en contextos extrafamiliares y el Estado debe designar representantes autorizados. Países como Suecia, Canadá, el Reino Unido, Alemania e Italia han adoptado disposiciones institucionales en este sentido. Sin embargo, aun esas jurisdicciones no responden al diseño de modelo de apoyo basados en la voluntad o preferencias de las personas establecidos por la CDPD a nivel internacional.

Es importante resaltar que no existe un modelo único de servicios de apoyo que funcione en todos los contextos y atienda todas las necesidades.

Entonces un primer nivel de construcción de apoyo lo constituyen la cercanía, escucha, compañía y respeto como condición de validez para la eventual decisión de la persona al momento de designar un apoyo.

La responsabilidad social y Estatal requiere de medidas para garantizar los principios contenidos en la CDPD (art.3°) y que refirieren a la no discriminación e igualdad de

---

<sup>54</sup> Iglesias M. G. Apoyos al Ejercicio a la Capacidad Jurídica en Situaciones de Discapacidad y Derechos Humanos Ed. La Ley 2020 pg. 253 y ss.

oportunidades. Sin embargo, para comprender en su extensión el funcionamiento del apoyo, la premisa de interpretación debe pensarse en cómo se construyen y modifican lógicas que parten de la “especialización” o saber de terceras personas, sin priorizar que es desde las personas con discapacidad y desde su opinión y manifestación de preferencias. Así puede pensarse a partir de: a) el desplazamiento en la relación de comunicación: son todos los modos y medios de comunicación al servicio de comprender las expresiones o manifestaciones de la persona y se representa con la responsabilidad de la cercanía a la persona; lo que facilita la designación del apoyo; b) la participación auténtica y efectiva de la persona en la construcción de los apoyos; c) incidencia en los sectores que intervienen en forma directa con las personas. Esto implica un proceso de reforma para que, como se ha denominado en algunos proyectos existentes, haya oferta.

El apoyo resulta así imprescindible para asegurar la inclusión social. Para muchas personas con discapacidad, la asistencia y el apoyo son requisitos imprescindibles para participar en la sociedad. La falta de los servicios de apoyo necesarios puede hacer que las personas con discapacidad tengan una dependencia excesiva de los miembros de la familia, y puede impedir que tanto ellas como sus familiares sean económicamente activos y se integren en la Sociedad.

Puntualmente en el campo del derecho a la salud, se necesitan recursos y modelos que garanticen el derecho a la salud en términos proporcionales a la concepción que surge del artículo 12 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, aspectos que son abordados dentro del Consejo de Derechos Humanos<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> <sup>55</sup> Disponible en [http://www.conadis.gov.ar/doc\\_publicar/informe%20mundial/informe%20mundial.pdf\(14/1/2020\)](http://www.conadis.gov.ar/doc_publicar/informe%20mundial/informe%20mundial.pdf(14/1/2020))

Una de las consideraciones más importantes para la efectiva implementación de los apoyos es generarlos a través de condiciones de accesibilidad y ajustes razonables que faciliten su promoción. Las personas han estado, excluidas, segregadas del tejido social y requieren de “puentes” para el ejercicio efectivo de derechos. Por ejemplo, los procesos de desinstitucionalización de las personas que salen de internaciones o alojamientos prolongados, donde los procesos de externación las ubican en el margen de una vida en la que tiene que anejarse con suficiencia y absoluta soledad, debiendo resolver como vivir, adonde ir, como realizar trámites y organizar la dinámica social.

Nos explica Iglesias (2020) que para evitar esto es imprescindible que se establezca una política pública de apoyos. Una experiencia que se da en la República Argentina es la creación de un Registro de apoyos en los procesos de determinación de capacidad jurídica. El Registro fue pensado como un mecanismo para des-institucionalizar los hospitales psiquiátricos y dentro del proceso judicial de restricción a la capacidad jurídica destinado a aquellas personas que en su particular situación de vida no puede decidir quién será su persona de apoyo y asesorara y acompañara en los procesos de externación<sup>56</sup>.

Entonces si la discapacidad es una cuestión de derechos humanos, la capacidad jurídica un derecho iusfundamental inalienable, independiente de la situación clínica o limitación que pudiera observarse en la persona, los apoyos son las herramientas que pueden ayudar a llevar a la práctica precisamente los principios y valores que sustentan a los derechos humanos.

### **6.3. Toma de decisiones con apoyo**

La toma de decisiones es un proceso que puede adoptar diversos modos para promoverse. En principio la manifestación de la preferencia es insustituible. Aquello que

---

<sup>56</sup> Iglesias M.G. ob cit Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Acordada 29167, 12 de marzo de 2019.

ayude a que una persona pueda comunicar las intenciones a otras personas o ayudarle a comprender las opciones que existen. Ha sido un efecto de las reformas legislativas pensar que el apoyo es quien lo presta y no lo que recibe la persona para tomar una decisión o expresar una preferencia. La promoción de apoyo puede adoptar numerosas formas. Pueden también ayudar a comprender que una persona con discapacidad es una persona con sus propios antecedentes, intereses y objetivos en la vida. Y que aunque una persona se encuentre en una situación de restricción a la capacidad y/o imposibilidad de expresar su voluntad, es posible forjar un camino a partir de la lectura de sus decisiones anteriores.

Resguardar la historia de una persona y el mecanismo para leer esa voluntad resulta vital. Es por esta razón que las directivas anticipadas son un mecanismo respetuoso de la voluntad de una persona. Son todas herramientas que pueden facilitar y reconocer la forma en que las personas utilizan los apoyos en su vida para tomar decisiones y para expresarlas.

Este principio de facilitación a la autonomía donde el apoyo puede ser humano, animal o tecnológico puede incluir:

- Apoyo de comunicación por ejemplo, tecnología de asistencia, interpretación o traducción.
- Asistencia informal.
- Apoyo para desarrollar la capacidad de autogestión.
- Apoyo entre pares con apoyo.
- Promoción y defensa de derechos.
- Acuerdos de apoyo.
- Redes de apoyo personal, acuerdos de representación formales o personas de apoyo principales que se ocupan de ayudar a la persona a tomar alguna o todas las decisiones.

- Se ha sugerido la “toma de complejas decisiones facilitadas” como apoyo cuando las decisiones son complejas o cuando la persona necesita apoyos considerables o no se comunica de forma tradicionales.

Cada una representa una forma difícil de homogeneizar, su característica ha de ser tornarse accesible a través de las garantías que el sistema de derechos humanos otorga.

Si bien podríamos decir que hoy en día existen algunos buenos modelos de redes de apoyo, por lo general no cuentan con una estructura precisa en cuanto a sus políticas; todavía predominan las leyes y practicas sustitutivas. A veces es difícil designar redes de apoyo, especialmente cuando una persona con discapacidad no pueda identificar a otra persona o personas de confianza. La toma de decisiones con apoyo puede reconocerse en la legislación a través de diversos mecanismos (acuerdos de representación, adaptaciones en el sistema judicial que reconozcan los apoyos, planes económicos y patrimoniales, la planificación centrada en la persona, etcétera.) pueden utilizarse muchos mecanismos legales y económicos existentes para reconocer la voluntad y las preferencias de la persona.

Entonces, el apoyo no es la persona o medio que lo facilita, sino es lo que se recibe para promocionar la autonomía personal, el ejercicio de la autodeterminación y la toma de decisiones.

El informe mundial para la toma de decisiones “Independiente pero no solo” ha establecido; “Al mismo tiempo, el banquero o el medico con el que la persona con discapacidad puede querer entrar en un acuerdo o dar su consentimiento legal para hacerlo, puede sentir que la persona no puede ejercer su capacidad jurídica, sin el apoyo de los demás. Por lo tanto, pueden no estar dispuestos a entrar en un acuerdo con esa persona o aceptar su consentimiento para el cuidado de la salud, a menos que los demás en la toma de esa decisión. Es importante reconocer que nadie puede obligar a otra persona a entrar en un acuerdo con ellos, o forzar a un médico para aceptar su consentimiento para el cuidado de las

salud, si esa parte está firmemente convencida de que la persona requiere la toma de decisiones con asistencia para ejercer su capacidad jurídica (...).- Favorecer la elección y el control en servicios y apoyos para las personas con discapacidad intelectual y sus familias.- Ampliar los apoyos para asegurar la participación y la inclusión en la comunidad.- Aumentar el apoyo y la facilitación de la participación colectiva de las personas con discapacidad intelectual: autogestión<sup>57</sup>

#### **6.4. Apoyo para el ejercicio de la Capacidad Jurídica en el Código Civil y Comercial de la Nación.**

Hay situaciones que requieren contar con apoyos formales, que garanticen la realización de un acto jurídico. Los apoyos formales serán los que intervienen, en aquellos actos que celebre la persona con discapacidad, que comprometen la voluntad negocial, la disposición, el compromiso en el ámbito de los contratos, del dominio, del pago, etcétera.

Este sistema de apoyo está contenido en el art. 38 del Cód. Civ. y Com que establece que la sentencia debe determinar el sistema de apoyo.: “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 personal sea 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. ”

---

<sup>57</sup> Independiente pero no solo: informe mundial sobre el derecho a decidir, Librería y Archivo de Canada (LAC), Independent but not Alone. Global Report on the Right to Decide. ISBN 978-0-9917430-2-5 independiente. Pero no solo. Informe Mundial sobre el Derecho a Decidir. ISBN 978-0-9917430-3-2c2014 Inclusión Internacional.

Este sistema de apoyo es diferente a la mera asistencia cuando referimos a un apoyo de carácter informal: persona amiga, allegada, familiar, un par, ONG. Existe asimismo la facultad de delegar u otorgar mandato a través de la figura contractual o mediante acuerdos voluntarios de representación.

Para esta construcción es imprescindible realizar los ajustes de procedimiento que den cumplimiento a las disposiciones del Código Civil y Comercial que garantice la participación de la persona y permita cumplir con la CDPD desde el inicio del proceso de determinación de capacidad jurídica.

Entre tales ajustes, por ejemplo, cabe reflexionar que hoy “los Códigos Procesales locales deben ser interpretados a la luz del Código de Fondo, de la Constitución Nacional y de las Convenciones Internacionales (todas ellas normas superiores); y nunca al revés, lo que parecería realizarse si se interpreta la necesidad de nombrar a un curador provisorio en la apertura a prueba, conforme lo dispone el art. 626 del CPCCN<sup>58</sup>”. En este sentido, la labor de quien ejerza la defensa de la persona debe consistir en manifestar su voluntad en contra de las restricciones a la capacidad que pretenden imponérsele, para algunos o para todos los aspectos. Es preciso señalar, que la intención de “protección” de las personas que se pretende alegar en estos procesos no puede de ningún modo ir en desmedro del cumplimiento de las garantías.

Luego de la sanción del Cód. Civ y Com. y como efecto de la misma, un grupo de organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la defensa de los derechos humanos de las personas con discapacidad presentaron los principios de interpretación de la nueva normativa. En relación a los apoyos se deja sentado desde el inicio que “1) La función del apoyo no es sustituir la voluntad de la persona titular del derecho a la capacidad jurídica. El sistema de

---

<sup>58</sup> FERRAIUOLO, Anabella – Budich, Marcelo – MUÑOZ GENESTOUX, Rosalia, “La Importancia de la Defensa Técnica de los Procesos de Determinación de la Capacidad Jurídica”, Ponencia presentada en el Congreso del Ministerio Público de Defensa, Chaco, agosto 2015.

apoyo se diferencia de la curatela, básicamente, porque el primero propicia que la persona titular del derecho a la capacidad jurídica decida sobre las cuestiones de su vida y no lo haga un /a tercero/ a en su lugar. Si se admitiese que quien debe prestar apoyo puede tener funciones de representación, se estaría legitimando la sustitución de la voluntad, cuya erradicación es el objetivo principal del modelo de apoyos. Esto es exactamente lo que ocurría con el antiguo sistema y es lo que debe evitarse. En definitiva, la función del apoyo no es sustituir la voluntad de la persona titular de la capacidad jurídica ni derogarla. Por el contrario, debe coadyuvar para que se respete y promueva la autonomía de su voluntad (de acuerdo al art. 3, inciso a de la CDPD).

”En ningún caso la sentencia podrá restringir la capacidad jurídica sobre: a) derechos personalísimos: vida, dignidad, salud (arts. 51 a 61 del CCYCN), b) derechos políticos: especialmente el derecho a votar (art. 29 de la CDPD), c) derecho al nombre (art. 62 del CCYCN), d) derecho a contraer matrimonio (art. 62 del CCYCN), e) derecho a estar en juicio, f) responsabilidad parental<sup>59</sup>.

Para la efectiva implementación de los apoyos y su construcción, se debe modificar y erradicar creencias, dar una apertura que imponga el reconocimiento a la autonomía en la legislación. Desplazar la creencia de que una persona responde a su diagnóstico y no puede salir de él. Este estigma sobre las personas lleva en toda la América Latina donde Argentina ha sido el primer país que modifico su legislación incluyendo a los apoyos en la toma de decisión a partir de admitir que en casos particulares y solo en actos determinados se puede restringir el ejercicio de dicha capacidad para que se realicen con apoyos; su implementación

---

<sup>59</sup> Principio de interpretación del modelo de capacidad jurídica y del sistema de apoyos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El documento fue elaborado por la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Conto con la colaboración de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) y por el Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Alicia Moreau” de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata (CIDDH). [https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/principios-de-interpretacion-del-modelo-de-capacidad-juridica-y-del-sistema-de-apoyo-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/\(14/1/2020\)](https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/principios-de-interpretacion-del-modelo-de-capacidad-juridica-y-del-sistema-de-apoyo-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/(14/1/2020)).

requiere un cambio de prácticas y de conciencia en la conceptualización que se vislumbra lentamente, si bien hay sentencias que dan cuenta del cambio que se produce<sup>60</sup>.

### **6.5. La Piedra Angular del Sistema: el art. 43 del Cód. Civ. y Com.**

Una de las consecuencias de la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el derecho Argentino, es la ruptura con el régimen binario imperante en la capacidad jurídica y con ella, el orden público imperante en la capacidad jurídica como gobierno y control del Estado. El concepto de capacidad jurídica universal se basa en el respeto a elegir, a tomar decisiones sin que una condición de discapacidad pueda obstar para manifestar una preferencia. Un diagnóstico médico no fija el derecho y así es que la capacidad legal no tiene como contenido la capacidad mental.

En la mayoría de los informes de los Estados Partes del Comité de los derechos de las personas con discapacidad ha examinado hasta la fecha que se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le reitera en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión. “Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una deficiencia (criterio basado en la condición), o cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en el resultado), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). El criterio funcional supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica si la evaluación lo justifica. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Este criterio es incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma

---

<sup>60</sup> Entre otras, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, 22/12/2015, “D.,J.S/INSANIA Y CURATELA”, disponible en [www.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar).

discriminatoria a las personas con discapacidad; b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley.

En el Código Civil y Comercial de la Nación es el art. 43 el que estructura lo concerniente a los apoyos y representa la mayor expresión de armonía con la CDPD.

Dice la norma: “Artículo 43. 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 la 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 y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

El artículo propone una herramienta clara, que habrá de ser utilizada no solo en el marco de los procesos de restricción a la capacidad, como una consecuencia de la sentencia que limita el ejercicio de la capacidad jurídica, sino que por su parte, habilita designar u homologar un acuerdo de apoyos de forma autónoma, tal como se desprende de la redacción de la norma.

Empero, no es frecuente observar esto último en relación a los apoyos en forma autónoma.

Una excusa frecuentemente invocada para ello es que los apoyos están legislados dentro del proceso de restricción y, en consecuencia, dicho proceso es necesario para acceder al derecho. Nos enseña Iglesias (2020) que esto implica un grave desconocimiento convencional de los apoyos, y más ampliamente del principio pro homine o interpretación de la norma en la forma más favorable a la persona humana. El principio pro persona importa un aporte muy importante en materia de interpretación constitucional-convencional. Su trascendencia radica básicamente en la naturaleza instituir una obligación más que una atribución propia del Estado. En este sentido, el principio prescribe constitucionalmente cuales deben ser, en primer lugar, la plataforma de acción para interpretar los derechos fundamentales; en segundo lugar, el sentido tuitivo o protectorio que debe adjudicársele a la interpretación en favor del más débil, en tercer lugar, da certidumbre sobre los límites de los derechos fundamentales; en cuarto lugar, como debe dirimirse una decisión más beneficiosa a los derechos de la persona, soslayando aquella que garantice en menor grado un derecho fundamental. Por tal motivo, todo apartamiento jurisdiccional de estos estándares importa una flagrante interpretación violatoria del derecho constitucional<sup>61</sup>.

Según el art. 43 citado, “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”. Por lo tanto, los apoyos no siempre son designados en un proceso judicial y menos aún en uno específico de restricción a la capacidad; la independencia entre una y otra cuestión – apoyo y restricción a la capacidad – viene de la mano de la propia función u objetivo del apoyo: “(...) promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de la voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos” (art. 43, Cód. Civ. y Com.).

---

<sup>61</sup> Iglesias M. G. ob cit pag. 255 y ss.

Entonces el art. 43 debe ser leído bajo la luz que aporte el art. 12 de la CDPD, vectorizado por los derechos humanos y que constituye el gran desafío de garantizar la igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica. El apoyo es nada menos que una obligación de derechos humanos y se desprende de varios derechos constitucionales, como el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a protección social, el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y el derecho a la educación.

Sobre el particular, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el párrafo 33 de su Observación General nro. 5 (1994) sobre las personas con discapacidad, reconoció que el apoyo y un nivel de vida adecuado están interconectados y que la prestación de los servicios de apoyo necesarios para las personas con discapacidad, incluidos los recursos auxiliares, aumenta a su nivel de autonomía en su vida cotidiana y el ejercicio de sus derechos. Ello significa hacer visible la dignidad que atraviesa a todas las personas protagonizando su condición de sujeto independientemente de la discapacidad intelectual y social que pudieran enfrentar.

Pretender mantener como única vía la designación de apoyos en el marco de un proceso judicial de restricción a la capacidad implica sostener un entramado de designación formal que ha sido conmovido por la reforma y a lo que esta ha pretendido dotar de un sentido diferente. Así, existen muchas otras vías por medio de las cuales puede reconocerse un apoyo en la esfera judicial, por fuera de un proceso de restricción a la capacidad; v.gr., en el marco de un proceso en que se debata el ejercicio de la responsabilidad parental puede determinarse la necesidad de establecimiento de apoyos para el ejercicio de la misma; o bien lisa y llanamente reconocerse la legitimación de la persona para iniciar actuaciones judiciales como acceso a la posibilidad de homologar sus preferencias en un proceso homologatorio cuyo contenido es exactamente, la designación de sus apoyos. De allí que, reiteramos en forma enfática, el establecimiento de apoyos no depende no se limita en forma exclusiva a la

promoción de un proceso de restricción a la capacidad, cuando el mismo no resulta justificado y solo se desea dotar de forma jurídica a la expresión de voluntades y preferencias de la persona a través de la designación de apoyos.

Tampoco resulta necesaria en todo caso la designación judicial de apoyos para el ejercicio de derechos humanos relacionados con actos de la vida independiente, por cuanto la norma convencional no alberga esta interpretación y menos aún lo hace el Cód. Civ. y Com. que refiere a medidas de carácter judicial o extrajudicial, siendo lo determinadamente la finalidad: facilitar la toma de decisiones.

Sostener una posición contraria, confunde conceptos, del mismo modo a cuando se confunde la capacidad mental con la capacidad legal y para decidir sobre esta última se reposa en informes que definen la graduación de la enfermedad.

Por último, cabe agregar que el art. 43 se autoabastece procesalmente cuando faculta la inscripción de apoyos<sup>62</sup>. Es decir que la causal autónoma de apoyo es aplicable y tal ha sido la intención del legislador. No todas las personas requieren de un proceso de determinación de la capacidad jurídica y la respuesta judicial debe brindarse en forma proporcional al derecho reconocido.

La interpretación que sostenemos – ancla en la normativa legal y convencional vigente – no es caprichosa ni infundada; por el contrario en tal sentido están legislando los apoyos diversos países<sup>63</sup>, a través del reconocimiento de un proceso verdaderamente voluntario y respetuoso de lo prescripto en la CDPD, que promueve que se respete la

---

<sup>62</sup> Art. 43 del Cod. Civ. y Com. 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 y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

<sup>63</sup> Colombia prevé un proceso de acuerdo de apoyos en los centros de conciliación, por vía notarial y la adjudicación judicial de apoyo. Cfr. Ley 1996, agosto de 2019.

voluntad, las preferencias y los intereses de la persona, garantizando al acceso a la justicia con un recurso sencillo y rápido<sup>64</sup>.

Iglesias (2016) expresa que el apoyo no es una función, ni un funcionario determinado, sino que, con un alcance más general, el apoyo es un constructo del derecho para que la persona pueda tomar decisiones, pero su eficacia está determinada por condiciones de accesibilidad y ajustes razonables<sup>65</sup>.

El juez debe fijar en la sentencia las funciones y modalidades de los apoyos de acuerdo a las circunstancias particulares de cada persona, es decir, estos deben ser proporcionales a la extensión de la limitación a la capacidad. El magistrado debe determinar cuáles son los actos que requieran asistencia del apoyo para poder otorgarse. No debe quitarle más capacidades que las necesarias para garantizarle la protección de sus intereses personales y patrimoniales. La persona cuya capacidad se restringe conserva la capacidad de actuar para aquellos actos que no estuvieran contenidos en la sentencia. No así sobre aquellos actos que sí estuvieran contenidos en la misma, para los que requerirá de la asistencia del apoyo bajo pena de nulidad de los actos que realice. La resolución debe establecer la condición y calidad de las medidas de apoyo.-

Independientemente de la implementación de un sistema de apoyos, se debe garantizar la accesibilidad y los ajustes razonables en todos los ámbitos en los que se ejerce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental. Si se deniegan los ajustes razonables, se estaría incurriendo en un supuesto de discriminación por motivo de discapacidad (artículo 5º inciso 3 CDPC). Asimismo, los apoyos no deben significar un nuevo sistema de curatela.-

---

<sup>64</sup> Cfr. Art. 13 de la CDPD, art. 25 CADH.

<sup>65</sup> Iglesias M.G. *Modelo de apoyo. ¿Cómo se construye?* En Revista de Derecho Privado y Comunitario. Derecho de Familia II Relaciones entre los adultos Ed. Rubinzal Culzoni 2016 Santa Fe pag. 557

Las medidas de apoyo establecidas en el art 43 del CC y C deben ser integradas con las debidas salvaguardias. Estas son medidas fijadas por el Estado para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en relación al régimen de apoyos y evitar los abusos por parte de las personas a las que se confían estos apoyos. Se trata de prevenir que adquieran un carácter sustitutorio de la voluntad de la persona con discapacidad mental.-

Si bien el CCyC no receptó de modo expreso las salvaguardias, son varios los artículos que pueden considerarse como tales: garantías del procedimiento, derecho a ser oído, contar con asistencia letrada, revisión de la sentencia (art 35, 36 y 40 CCC).-

El CCyC ha prescripto un sistema abierto y formal ya que dispone que cuando la actuación de los apoyos sea requisito para la validez de determinados actos a celebrarse, conforme la modalidad prevista para su actuación (art 38 in fine CCyC) la sentencia que así lo dispone deberá inscribirse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.-

El punto de partida, como se anticipara, será reconocer la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad mental. A partir de allí, diseñar el sistema de apoyos adaptado a la persona en su exclusivo beneficio, para el real ejercicio de sus derechos, especialmente el de acceso a la justicia.

## **6.6. Abordaje de los Sistemas de Apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica en el Derecho Comparado**

### **Chile.**

Este país propone una reforma en la que elimina el concepto de demente e instituye la figura del facilitador.

Esta figura puede ejercer actos de sustitución cuando sea imposible celebrar el acto, con la salvedad de que no debe alterar el régimen general pudiendo ser considerado un apoyo intenso de carácter excepcional.

Asimismo, deroga la interdicción y establece normas con la toma de decisiones con apoyo en concordancia con el art. 12 de la CDPD.

### **Colombia.**

Sancionó la Ley 1996 donde define a los apoyos como un tipo de asistencia para la persona con discapacidad y así favorecer el ejercicio de su capacidad legal. Promueve mecanismos para establecerlos y garantizar a través de ellos su realización.

Los apoyos dependen de la preferencia de las personas y los establece a través de un proceso de jurisdicción voluntario o verbal sumario, a través de acuerdos de apoyos notariales.

Esta ley también habilita establecer acuerdos extrajudiciales en las consejerías de conciliación o ser adjudicados judicialmente.

El sistema de salud colombiano cuenta con un sistema de apoyos para la toma de decisiones en la salud sexual y reproductiva. Para ello cuenta con una guía que brinda herramientas para los profesionales a fin de que sepan cómo determinar y proveer los apoyos que las personas requieren para la toma de decisiones y hacer elecciones informadas sobre la salud sexual y reproductiva.

### **Perú.**

El ordenamiento peruano, no contaba con un modelo de apoyo y salvaguardias lo que llevo a una reforma de su Código Civil en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica. A raíz de ello, se sanciona un Acuerdo Reglamentario donde en su art. 4 reconoce la capacidad jurídica de: las personas naturales, entidades públicas y entidades privadas que brinden

servicios públicos y los obliga a reconocer que la persona con discapacidad tiene plena capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos.

Este reconocimiento no está condicionado a la designación de un apoyo por lo que no es exigible para reconocer y ejercer un derecho.

La persona con discapacidad accede libremente y voluntariamente a los apoyos que considere necesario para posibilitar su capacidad de ejercicio.

### **México.**

México no cuenta con un sistema de apoyo para las personas con discapacidad por lo que se está trabajando en la implementación de artículos específicos de la CDPD. Explica María Graciela Iglesias (2020)<sup>66</sup> que México suscribió un Convenio Marco de Colaboración entre el SCJN y el CONAPRED, en fecha 27 de abril del 2010, donde se establece un análisis sobre la capacidad jurídica en el marco de acciones para prevenir la discriminación hacia las personas con discapacidad como así también implementar un sistema de apoyo para el ejercicio de la voluntad que garanticen las decisiones y no un veto absoluto de la voluntad de quien requiera de este sistema.

En definitiva las diferentes legislaciones latinoamericanas se encuentran implementando procesos de cambio de su legislación progresivo que respondan a los postulados del modelo social de discapacidad.

---

<sup>66</sup> Iglesias M.G. ob cit pag. 293

## **Capítulo 7 Análisis de los datos.**

La presente investigación tuvo como objetivo comprobar si efectivamente si la persona designada como de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, cumplen efectivamente su función de acompañar a la misma como lo determina nuestra legislación en el art. 43 del Cód. Civ. y Com, y en el CDPD en su art. 12. También se indago si los apoyos comprenden el significado de su función y como lo desempeñan.

Para ello se procedió a aplicar como técnica de recolección de datos la entrevista. La misma fue realizada a un total de 40 personas las cuales han sido designadas como apoyo en las sentencias emitidas por el Tribunal de Familia durante el periodo 2018-2021.

También se analizó como los jueces recepcionan e interpretan la figura de apoyo de acuerdo a los postulados de los arts. 32 y 38 del Cód. Civ. y Com., cómo diseñan los sistemas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de acuerdo al art. 43 del Cód. Civ. y Com, y qué elementos probatorios sustentan la decisión de restringir la capacidad.

Para ello se utilizó como unidad de análisis las sentencias emitidas por el Excmo., Tribunal de Familia durante el periodo 2018-2021 que representa un total de sesenta (60) sentencias.

### **7.1. La comprensión de los apoyos en relación a su función.**

Aquí se analizara si las personas que cumplen el rol de apoyo comprenden su función. La selección de los entrevistados fue intencional, personal y por escrito.

Respecto al interrogante ¿sabe en qué consisten sus funciones? Puede describirlas brevemente. Del análisis de las repuestas brindadas, se concluye que los entrevistados desconocen cuál es su función. Entiende que consiste en acompañar al padeciente, pero ninguno de ellos describe acertadamente el rol de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Por ende los apoyos no conocen en profundidad cuál es el alcance de su función,

quedando en muchos casos anclados en muchos casos en el paradigma tutelar, como un sistema de sustitución de voluntad jurídica. No podemos evitar preguntarnos si la educación y la condición socioeconómica no resultan obstáculos significativos para sostener al apoyo en su función. Nótese que en muchos casos el proceso se inició para obtener o finalizar un trámite previsional, tratándose de familias de escasos recursos. En este contexto de carencias económicas, el sistema de apoyos que el Cód. Civ y Com establece y el sentido del mismo, requerirá de red social y comunitaria que colabore con la familia de la persona.

Si bien es positivo que comprendan que deben cuidar y acompañar a la persona, esta no es la única función que deben cumplir, sino mucho más profunda consistente en el acompañamiento personal, familiar y social que permita a quien padece enfermedad mental desenvolverse en la mayor cantidad de ámbitos posibles de su vida en relación, que permita e incentive la autonomía jurídica de la persona con padecimiento mental y su verdadera integración en la comunidad. Es necesario que puedan ver que su función consiste en promover sus derechos, no sustituirlos

Respecto a la pregunta ¿Conoce cuáles son los derechos de las personas con discapacidad? ¿La persona con discapacidad puede ejercer sus derechos y de qué modo? Puede explicar cómo lo haría? Los entrevistados desconocen cuáles son los derechos del padeciente y por ende no logran contestar la inquietud

Solo “Norma” designada apoyo de su hijo en el Expte. V.G.G.S/RESTRICCIÓN A LA CAPACIDAD N° 973/17 expresó que sería apoyarlo en su educación, aprendizaje y todo aquello que implique un cambio. Con respecto al segundo interrogatorio contesto que su hijo no puede ejercer sus derechos. Que se limitan a explicarle que puede y no puede hacer, refiriendo que el padeciente respeta la decisión de ella.

Respecto a la pregunta ¿Cómo promueve el ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad? En este caso, todos los entrevistados han contestado acompañando a que

realice actividades que le gusta. Aquí podemos observar que los apoyos confunden derechos con actividades de la vida cotidiana que pueden realizar. Siendo una cuestión evidente que aquellas actividades de la vida diaria (comer, higienizarse entre otras) no hacen al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona. Se confunde la capacidad jurídica con la autonomía física o funcional, confusión que también proviene del modelo rehabilitador tan arraigado en el tratamiento de la PCD. La capacidad de realizar tareas físicas de manera autónoma (comer, vestirse, correr, etc.) no está relacionada con la capacidad de tomar decisiones sobre la propia vida, y en definitiva de eso se trata el proceso.

Respecto a esta pregunta ¿Ud tiene en cuenta la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad en relación al ejercicio de sus derechos? Me puede explicar como lo hace? Los entrevistados han contestado que sí, pero no logran explicar de qué modo. Lo que lleva a concluir que no tienen en cuenta las preferencias y voluntad de la persona, siendo este punto esencial en su función (su actuación responde al sistema de sustitución de voluntad que contenía el Cód. Civ. y Com derogado).

Respecto a esta pregunta ¿Que entiende usted por complementar/asistir la voluntad en la toma de decisiones de la persona con padecimiento mental? Los entrevistados han contestado que lo entienden como un acompañamiento, lo que denota la falta de conocimiento y de interpretación por parte de los apoyos en relación a la prevalencia de la voluntad del padeciente a la hora de tomar sus propias decisiones.

## **7.2 El apoyo en relación a los derechos personalismos de las personas con padecimiento mental.**

Respecto a esta pregunta ¿Que haría si la persona con discapacidad y/a quiere casarse? A que recursos acudiría. Los entrevistados coinciden en acompañar ante esta toma

decisión, pero no especifican a que recursos acudirían, solo a explicarles de que se trata el matrimonio.

Respecto a esta pregunta ¿Cómo promocionaría la capacidad jurídica de la persona con discapacidad en el caso que quiera reconocer un hijo y ejercer los derechos y obligaciones que de ello se desprenden? Los entrevistados dieron la misma respuesta que la anterior pero manifestando no saber cómo promocionarlo.

Respecto a esta pregunta ¿De qué manera promocionaría los derechos sexuales y reproductivos de la persona con discapacidad? Aquí todos han contestado que no correspondería promocionarlos porque no están en condiciones de ejercerlos. Y se aprecia que esta respuesta total no distingue el tipo de discapacidad o condición de la persona (distinta es la situación para el caso de una persona con bipolaridad y otra con retraso mental profundo) Salvo uno de los entrevistados dijo que acudiría a la psicóloga, informando que su hijo ha participado de una charla donde explicaban sobre derechos y reproductivos.

### **7.3 Actos patrimoniales de administración y disposición**

Respecto a esta pregunta ¿La persona con discapacidad puede realizar de forma autónoma actos de disposición de su patrimonio? ¿Puede describir brevemente cuáles? En el caso de que no pueda realizarlo de manera autónoma, cómo promociona y complementa su voluntad para que ejerza ese derecho? Todos los entrevistados han dicho que los padecientes no pueden realizar actos de disposición de su patrimonio y cuando se les pregunto cómo promocionarían o complementarían la voluntad para que lo ejerzan manifestaron no saber cómo hacerlo.

Respecto a esta pregunta ¿La persona con discapacidad puede realizar de forma autónoma actos de administración? ¿Puede describir brevemente en qué consisten? En el caso de que no pueda realizarlos de manera autónoma, como promociona y complementa su

voluntad para que ejerza ese derecho? Los entrevistados tuvieron la misma respuesta que la pregunta anterior.

En definitiva los apoyos no comprenden que los actos patrimoniales pueden revestir diferentes entidades. Una cosa es contraer una hipoteca o realizar una donación, pero muy distinto es realizar una compra de una entrada para ir al cine o manejar su beneficio previsional. Con esta aclaración se concluye que la persona designada apoyo no asiste en la voluntad de la persona con discapacidad sino que la sustituye.

**Derechos Políticos:** Puede la persona con discapacidad ejercer sus derechos políticos? Cuales? Cómo lo haría? Como promociona ud el ejercicio de esos derechos? En este caso los entrevistados manifestaron que los padecientes ejercen su derecho político siendo el único acto el derecho a votar y que lo promocionan explicándole en la medida de sus posibilidades cuales son los candidatos políticos en época de elecciones. Una cuestión a destacar es que si bien la persona con discapacidad en algunos casos puede comprender la realidad política y las diferentes categorías que se eligen no tienen interés en la realidad socio política del país y prefieren no realizar su derecho a voto.

#### **7.4. Nivel socio económico y la percepción judicial.**

De las personas entrevistadas todas entendían en términos generales de qué se trataba el proceso. Acudo a esta afirmación porque explican que el proceso se inició *para cuidarlos, porque que la persona con discapacidad que cumplió los 18 años necesita de un proceso de restricción a la capacidad con apoyo para poder percibirla*. No consideran que el proceso es una forma de sustituir su voluntad o de visibilizarlo, pero tampoco comprenden en plenitud lo que significa el ejercicio de la capacidad jurídica y la posibilidad de restringir la misma para

determinados aspectos a partir de una sentencia, o que para determinados actos va a necesitar la asistencia o representación de su apoyo o que sus derechos pueden ser restringidos.

Se puede inferir que el grado de comprensión del proceso y el sentido que tendrá la sentencia en sus vidas, va relacionado con el grado de instrucción que poseen los apoyos, como así también el nivel socio económico.

Así, la situación socioeconómica de la persona y su entorno familiar, influye directamente sobre la posibilidad que va a tener la persona con discapacidad para poder evolucionar e ir tomando sus propias decisiones con la menor injerencia posible del apoyo, que en definitiva es lo que busca este modelo social de discapacidad. Por ejemplo si la persona vive en una comunidad rural lejana a la ciudad capital en situación de pobreza, no accede a atención médica y psicológica especializada, o cuanto menos a asistencia ambulatoria o servicios comunitarios, no acude a la escuela, talleres de capacitación u otras actividades que la ayuden a promover su autonomía, en función del ejercicio de la capacidad jurídica, los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica serán mucho más intensos.

Un dato peculiar a resaltar es que se observa una cuestión de género en el tema, en tanto los apoyos son mujeres en su mayoría (madres o hermanas), siendo principalmente amas de casa y con nivel educativo primario. Ello explicaría en algún modo que el proceso significa para las mismas la posibilidad de acceso a una fuente de ingresos para la economía familiar proveniente del beneficio social del que es titular el sufriente mental. También que para el entorno familiar la mujer, o sería la más capacitada para cumplir dicho rol o existiría algún tipo de imposición sociocultural que ello *debe* ser así “la mujer cuida y protege la prole” (estereotipo cultural).

### **7.5. Construcción jurisprudencial del sistema de apoyo en el Excmo. Tribunal de Familia de la Provincia de Formosa.**

Las sentencias analizadas dentro del periodo 2018-2021, describen integralmente cómo es el sistema que instaura en la materia el Cód. Civ y Com, tomando como prueba el Informe interdisciplinario (art 31 inc Cód. Civ. y Com) y la entrevista personal con el interesado (art 35 CCyC), para determinar si corresponde restringir o no el ejercicio de la capacidad de la persona, qué sistema de apoyos tendrá en su caso y los alcances. Estas son las dos medidas probatorias dirimentes a los fines de determinar el alcance de la restricción a decretar (o no). Además fundan las sentencias en los arts. 31, 38 y concordantes del Cód. Civ y Com. y los arts. 3 y 12 de la CDPD.

Cotejo esto con la lectura de las demandas donde se solicita la restricción de capacidad, visualizándose que todas las correspondientes a este periodo no detallan con exactitud cuáles son los actos, decisiones o derechos susceptibles de restricción o limitación en relación a la persona, con escasa (por no decir nula) propuesta probatoria a tales fines.

En este tópico, en términos generales, el denunciante solo requiere la restricción de capacidad de la persona por su condición de persona con padecimiento mental. Se puede concluir que los operadores judiciales (los abogados patrocinantes o apoderados) tampoco comprenden plenamente los alcances del modelo social de la discapacidad y el giro trascendental que da el Cód. Civ. y Com en la materia.

Como bien se enumeró más arriba uno de los elementos probatorios para restringir o no la capacidad es el Informe del Equipo Interdisciplinario así, se advierte que los profesionales del Equipo Interdisciplinario del Tribunal de Familia, describen que actos no puede realizar la persona con discapacidad. A modo de ejemplo cito la sentencia n° 251/21: *No puede realizar actos personalísimos como casarse, divorciarse, reconocer un hijo, ejercer los deberes inherentes a la patria potestad. Conoce el valor del dinero, aunque*

*eventualmente podría utilizarlo en forma inadecuada e ilógica, según sus percepciones cognitivas precarias, ya que su juicio de la realidad se encuentra alterado en forma cuantitativa (insuficiente) por su padecimiento, por lo que no podrá realizar actos de administración y disposición de su patrimonio (compra venta, donación), no puede votar. Posee capacidad de autocuidado (aseo y alimentación) y puede realizar actividades diarias de rutina en general sin apoyo. No está en condiciones de prestar consentimiento informado para el suministro de medicación y/o realización de tratamientos psicológicos, psiquiátricos y/o clínicos que se le propongan, atento a que su enfermedad afecta la comprensión global de la necesidad de un tratamiento continuo. Sin perjuicio de las limitaciones señaladas, cabe dejar a salvo aquellas capacidades residuales que, gracias al acompañamiento que recibe por parte de su hermana, le permiten llevar adelante una vida menos dificultosa al otorgarle un margen – si bien relativo- de autodeterminación y autonomía personal. Quedan incluidas aquí, aquellas actividades simples y no stressantes en lugares donde se sienta contenido. Me refiero a las denominadas de auto aseo (como vestirse, alimentarse e higienizarse) y las realizadas rutinariamente en el entorno familiar (casa), colaborando con las tareas domésticas, así como las desarrolladas en ámbitos cercanos y conocidos (vecindario, lugares cercanos a su casa donde lo conocen), como ser encomiendas necesarias para el sostenimiento diario, realizar mandados y compras de poco monto, sin perjuicio de excluir aquellos trámites complejos que lo alejen de su ámbito de contención y seguridad. Es decir, puede desenvolverse en actividades sencillas dentro y fuera del hogar, excluyendo aquellas que impliquen gran complejidad o responsabilidad, debiendo en tales casos contar con la supervisión de terceros. Asimismo, llegado el caso, puede realizar trabajos sencillos pudiendo recibir remuneración por ello. En síntesis, ante la imposibilidad de abarcar todas las hipótesis posibles, será la curadora quien deberá continuar velando por que los actos y actividades que desarrolle el Sr....., sean adecuando a su condición, a fin de que el mismo*

*pueda desenvolverse con el mayor grado de autonomía posible, pero sin quedar expuesto a situaciones inadecuadas o riesgosas innecesarias.* Se aprecia que los informes enumeran que actos NO puede ejercer la persona con discapacidad, pero no ilustra o aclara qué sistema de apoyo necesitaría para ejercer esos derechos. El interrogante no sería que no que puede hacer, sino cómo lo puede hacer.

También se visualizan modificaciones en las entrevistas personales con el interesado, ya que se lo escucha y se tiene en cuenta sus preferencias, destacando que la construcción de la decisión judicial – como lo anticipara- se funda no solo en el resultado del Informe Interdisciplinario, sino también en el resultado de la entrevista personal, explicando la magistrada cómo analiza ese Informe en función del resultado de la entrevista, que es transcripta en sus conceptos más importantes.-

#### **7.6. Aplicación de los arts. 32, 38 y 43 del Cód. Civ. y Com de la Nación en la Sentencias emitidas por el Excmo. Tribunal de Familia.**

Analizando la aplicación de los arts. 32,38 y 43 por parte de los magistrados en las sentencias, se observa que detallan de una manera superficial y generalizada cuáles son los actos, decisiones o derechos susceptibles de restricción o limitación en relación a la persona, pero no prevén la medida de apoyo acorde a los intereses, necesidades y situación del padeciente.

Si bien menciona los actos jurídicos que deben llevarse a cabo con apoyos, no discriminan a que actos jurídicos se refieren y en qué medida la persona necesitara del apoyo para complementar su capacidad jurídica a fin de poder concretar el acto de manera autónoma y respetando su voluntad.

Empero, se observa que se restringe la capacidad para determinados actos (p ej, actos personalísimos, actos jurídicos simples y complejos, votar), pero no explica la sentenciante

porqué estima en relación a los mismos que el ejercicio de la plena capacidad del interesado, puede resultar un daño a la persona o a sus bienes, en función del mandato contenido en el art 32 del CCyC 1 er párrafo y el art 31 inc b) que dispone que las restricciones son en beneficio de la persona, pero no desde una concepción paternalista, sino como promoción de su autonomía. Solo se transcriben las conclusiones del Informe Interdisciplinario.

### **7.7 Derechos Personalísimos.**

En cuanto a los actos personalísimos, se detallan cuáles son los actos alcanzados por la restricción (casarse, reconocer hijos, responsabilidad parental, divorciarse por ejemplo), pero se aprecia que la remisión a fórmulas genéricas en este aspecto, resultan violatorias de estándares universales de derechos humanos. En esta línea, y todo lo que tenga que ver con consentimiento informado para prácticas médicas o tratamientos y medicación, indican que el apoyo va a complementar la voluntad de la persona (no supliendo la misma).

A modo de ejemplo se especifica lo que dispone la Sentencia Nro. 810/22 declarar la restricción de la capacidad de la Sr. N.B.C. únicamente en relación para los siguientes actos: a) ejercer derechos personalísimos (reconocer un hijo, ejercer los deberes y derechos inherentes a la responsabilidad parental, divorciarse.) b) prestar consentimiento informado para el suministro de medicación y/o realización de tratamientos psicológicos, psiquiátricos y clínicos que se propongan. Para la realización de estos actos su figura de apoyo integrara, asistirá o complementara su voluntad sin suplir la misma. En esta sentencia se puede observar lo que se analizó más arriba, describe algunos de los derechos personalísimos pero de forma general al igual que en el ámbito de la salud. No aclara el alcance y extensión del acto. Es importante resaltar en esta sentencia que si bien establece que puede realizar actos personalísimos con la asistencia de su apoyo, en el apartado 3) dice: *HACER SABER que para el caso de que N.B.C. desee contraer matrimonio, deberá el apoyo iniciar la acción de*

*autorización (venia judicial) ante este Excmo. Tribunal (o ante el Juzgado de Familia del domicilio del causante) de conformidad a lo previsto en los arts. 403- inc. g) y 405 del C.C. Y C.*

Esta sentencia demuestra una ilogicidad, ya que -al principio de la resolución cuando enumera los actos personalísimos, si bien no nombra el derecho a contraer matrimonio, porque posteriormente describe que como debe llevarse a cabo el matrimonio, la pregunta que se impone es porqué en relación a los otros derechos personalísimos, la sentencia no fue más específica, conforme la realidad de la personan.

### **7.8. Derechos Patrimoniales**

Ingresado ahora a los actos patrimoniales, las sentencias recurren a fórmulas genéricas como actos de disposición o administración, en términos generales, indicando que el apoyo en tales casos tendrá facultades de representación, sin establecer las condiciones de validez para que el acto jurídico de la persona con apoyo se repute plenamente válido. Por ejemplo en la Sentencia Nro. 277/21 declara la capacidad restringida de la Sra. C.E.G. para la realización de actos jurídicos negociables simples y complejos, percepción y administración de beneficios previsionales, para actuar en procesos judiciales y administrativos de los que sea parte y designa como apoyo con facultades de representación para los actos mencionados a la Sra. C.M.B.

Si bien, las sentencias del Tribunal de Familia en su parte dispositiva, desarrollan fundamentos atendibles que sustentan la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona para determinados actos, lo hace en función del resultado del Informe Interdisciplinario y la entrevista personal. Si bien esto significa un avance cualitativo en función de la interpretación del sentido de los arts 32, 38 y 43 del CCC, considerando que a la hora de resolver no cumple con lo establecido en la norma al no determinar con claridad a

que actos se refiere y el alcance de los mismos. Con respecto a la figura de apoyo si bien desarrollan el concepto del mismo, no determina qué tipo de apoyos se dará a la persona y porqué. Solamente aclara en un grupo de sentencias que para los actos de disposición designa apoyo con representación como lo vimos en la sentencia transcripta arriba.

Citando otro ejemplo se especifica lo que dispone la Sentencia N° 749/22 declara la restricción a la capacidad de E.L.A. para la realización de actos jurídicos complejos (disposición patrimonial y administración), pero no distingue que los actos de administración pueden ser simples o complejos. En relación a lo que venimos desarrollando, en este ejemplo se puede notar que si bien clasifica actos jurídicos como complejos (patrimonial y administración) no identifica cuales serían esos actos. Lo mismo ocurre cuando habla de *actos simples y por escaso dinero*, esta disposición del juez es ambigua y genérica, que representa serias dificultades para realizar su alcance en la práctica generando inseguridad jurídica dejando un vacío con respecto al ejercicio de los derechos de disposición y su modo de ejecución. Así tampoco aclara en qué medida necesitara de la asistencia del apoyo para efectivizar el acto.

Se aprecia que las sentencias no se expiden con respecto a los distintos niveles de apoyo que cuenta una persona de acuerdo a sus necesidades, intereses y situación., acudiendo a fórmulas genéricas, sin distinguir las diferentes situaciones que puede presentar la persona.

### **7.9. Derechos Políticos.**

En relación al ejercicio de los derechos políticos, vemos que en la mayoría de las sentencias, dependiendo del grado de discapacidad mental de la persona, establecen que el voto es optativo, informando que el interesado no puede ser considerado como infractor electoral. Disposición esta que se le notifica al Organismo Electoral respectivo.

Es de destacar que aquí tampoco hacen una aclaración o enumeración de los derechos políticos que no puedan ejercer en el caso de que se restrinja. Lo hacen de una manera muy

ambigua. A modo de ejemplo en la sentencia n°525/20 se restringir la capacidad de A.R. de integrar mesas electorales o ser votado para cargos electivos.

## **Capítulo 8**

### **Conclusiones Finales.**

El régimen de capacidad de las personas con padecimiento mental en la ley argentina, ha pasado por muchos cambios en los últimos años, de la mano de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino especialmente a partir de la Ley 26378 que recepta la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, norma que posee actualmente jerarquía constitucional (art 75 inc 22CN), como la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad. A ello debemos aditar posteriormente la Ley 26657, o comúnmente conocida como Ley de Salud Mental. Esto trajo aparejado un importante cambio de paradigma.

Ese cambio fue receptado en los actuales arts. 31 y sgtes. del Cod.Civ.y Com. que establecen como punto de partida el principio de presunción de la capacidad general de toda persona y el carácter excepcional de las limitaciones a la capacidad. Asimismo el Cód. Civ. y Com. en su art. 38 prescribe que la sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción a la capacidad y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Entonces, la actual legislación civil y comercial argentina, adopta el modelo social de discapacidad, abandonando el modelo médico rehabilitador previsto en el antiguo Código Civil y Comercial.

Este reconocimiento de la capacidad jurídica va a acompañado de la figura de apoyo la cual tiene la función de promover la autonomía y la manifestación de la voluntad de la persona con discapacidad para el ejercicio de sus derechos. Ello se ve reflejado en el art. 43 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual estructura a los apoyos y representa la mayor expresión de armonía con la Convencion.

La hipótesis de la cual se partió, no quedo demostrada, en tanto se desprende de los resultados de las entrevistas realizadas a los apoyos que no conocen la dimensión del rol que deben cumplir, confundiendo su actuación de asistencialismo por sustitución que lejos está de ser un apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. El rol del apoyo resulta esencial para la promoción de los derechos de la persona con discapacidad, y si el apoyo no conoce cuál es su función correctamente, difícilmente puedan promocionar y garantizar el ejercicio de los derechos. Esto va de la mano de que los apoyos no comprenden que deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad impidiendo de esta manera el pleno goce de los derechos de aquellas personas con padecimiento mental.

En consecuencia esto desencadena, que el apoyo realice un acto de sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad alejándose de la función de asistir y complementar la voluntad del padeciente creándole barreras para el desarrollo de su autonomía.

En relación a las personas designadas apoyos, se observa una peculiar cuestión de género, en tanto en la mayoría de los casos analizados son las mujeres (madres, hijas o hermanas) quienes están condicionadas socialculturalmente a cumplir dicho rol.

Ahora bien, las sentencias enfocan la discapacidad desde el modelo de derechos humanos, mediante un régimen de toma de decisiones a través de los apoyos que la persona pueda necesitar para ejercer su capacidad jurídica, basado en el respeto de la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Pero a pesar de ello se visualiza que las sentencias son standarizadas, no personalizadas ni enfocadas a la historia de la persona, acudiendo en algunas de ellas a categorías genéricas, sin definir en concreto un diseño específico de apoyos, teniendo en cuenta las habilidades y necesidades de la persona.

Es por ello que se observa una acotada comprensión del real alcance del modelo social de discapacidad, en los operadores judiciales (magistrados, funcionarios, empleados, profesionales integrantes de los Equipos Técnicos). . Este panorama, constituye un obstáculo

que condiciona significativamente el alcance que se dará (o no) a la restricción de la capacidad jurídica de la persona con padecimiento mental, en función de la definición del tipo y alcance de apoyo que será el más adecuado para la persona, conforme su historia vital.

Si como Estado nos hemos comprometido a garantizar la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y en esta línea el actual Cod. Civ. y Com, consagra la presunción de la capacidad jurídica de la persona con padecimiento mental, este compromiso tiene un significado que traspasa la mera consagración normativa o lo que pueda disponerse en una sentencia. Será necesario un involucramiento efectivo de todos los actores, para que el sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica resulte verdaderamente eficaz, que sea considerado como una herramienta de promoción de capacidad jurídica, en constante evolución y dinámica. Por ello, el sistema de apoyos debería incorporar toda una gama variable de medidas que logren promover la autonomía de todas las personas con discapacidad, especialmente considerando que la figura puede adoptar múltiples facetas.

Finalmente, resultará fundamental la toma de conciencia de la sociedad, en especial de los actores involucrados (operadores de justicia, sistema de salud público y privado, funcionarios públicos, personal que brinde los apoyos, medios de comunicación, familiares de las personas con discapacidad, entre otros) en relación al reconocimiento de la capacidad jurídica y autonomía de las personas con discapacidad mental e intelectual.

## **Bibliografía**

Asis de Roig R. (2012) Sobre la Capacidad. En Palacios, A. y Bariffi F. (Comp) *Capacidad Juridica, Discapacidad y Derechos Humanos – Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ed. Ediar pag. 13-29*

Bariffi F. (2009) “Capacidad Jurídica y Capacidad de Obrar de las Personas con Discapacidad a la luz de la Convención de la ONU. En *Hacia un derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Miguel de Lorenzo. PEREZ BUENO L.C. (Dir) Pamplona, Thompson Reuters Aranzadi, pág.357*

Benavente, M. (2013). Nuevos Paradigmas Vinculados a la Capacidad de las Personas. Ley 26.657 y su aplicación práctica. Las primeras tendencias jurisprudenciales. *Revista de Derecho privado y Comunitario*, 1, 185/186

Hernández-Sampieri, R., & Torres, C. P. M. (2018). *Metodología de la investigación* (Vol. 4). México. Editorial: McGraw-Hill Interamericana.

Iglesias, M. (2016). Modelos de apoyo. Como se construye un apoyo. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2,557.

Ley 26.657, “Ley Nacional de Salud Mental” Sancionada el 25 de noviembre de 2010. Argentina.

Organización de las Naciones Unidas (2016). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aprobada el 13 de Diciembre de 2016.

Observación General N° 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU. Editado 19 de mayo de 2014.

Palacios, A, Fernández, S y Iglesias, M. (2020). *Situaciones de discapacidad y derechos humanos*. Thomson Reuters. Lugar: CABA; Año: 2019.

Palacios A. (2008) “*El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional de Derechos de Personas con Discapacidad*” CERMI Ediciones CINCA, Madrid, España.

Quinn G, *Personalidad y Capacidad Jurídica: Perspectivas sobre el cambio de paradigma del art 12 CDPC* (2010). Conferencia impartida en el marco del Seminario “*CPCDP Disability and Legal Capacity Under the Union Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*”, organizado por el Proyecto sobre Discapacidad de Harvard dirigido por Michel Stein

Pando. M.F. (2018) Tesis de Maestría: La Salud Mental en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Alcances y Desafíos en la Aplicación del Nuevo Paradigma. UBA.

## **LEYES**

**Ley 22431** Sistema de Protección Integral de Discapacitados. Publicado en el BO 20/03/1981 Nro 24632

**Ley 25280.** Aprobación de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la personas con discapacidad. Publicada en el B.O. el 04/08/00 Nro 29455

**Ley 26378.** Aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Publicada en el BO el 09.06.08 Nro 31422

**Ley 26994.** Aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación. Publicado en el BOLETIN OFICIAL (ARGENTINA) el 08/10/14 Nro 32985

**Ley 27044** Jerarquía Constitucional. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Publicado en el B.O el 22.12.2014 Nro 33035

## **Anexo**

### **Entrevista**

La presente entrevista es anónima, la información aquí recolectada solo será empleada para fines académicos.

Entrevista Semiestructurada a los Apoyos Designados en las Sentencias emitidas por el tribunal de Familia de la Provincia de Formosa.

Nombre y Apellido:

Edad:

Sexo:

Nivel de Instrucción:

Ocupación:

Situación socio-económica:

Tipo de relación con el paciente:

Tipo de discapacidad del paciente:

### **Cuestionario en relación a quien inviste la figura del apoyo.**

1 ¿Cuál fue el motivo que lo llevó a iniciar el proceso de Restricción a la capacidad de ....?

2 Ud ha sido designado apoyo de ... en la Sentencia: ¿sabe en qué consisten sus funciones? Puede describirlas brevemente

Si no quizás. ¿Puede describirlas?

2 ¿Cuenta con otra red de apoyo el paciente para promover los derechos?

3 ¿Conoce cuáles son los derechos de la persona con discapacidad? Si no quizás.

¿La persona con discapacidad puede ejercer y de qué modo? Si no. Me puede explicar cómo lo haría?

4 ¿Cómo promociona el ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad?

5 ¿Ud tiene en cuenta la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad en relación al ejercicio de sus derechos? Me puede explicar como lo hace?

6 ¿Que entiende usted por complementar/asistir la voluntad en la toma de decisiones de la persona con padecimiento mental?

### **Cuestionario con relación a los derechos personalismos del padeciente**

1 ¿Que haría si la persona con discapacidad quiere casarse? A que recursos acudiría

2 ¿Cómo promocionaría la capacidad jurídica de la persona con discapacidad en el caso que quiera reconocer un hijo y ejercer los derechos y obligaciones que de ello se desprenden?

3 ¿De qué manera promocionaría los derechos sexuales y reproductivos de la persona con discapacidad?

### **Cuestionario en relación a los actos patrimoniales de administración y disposición**

1 ¿La persona con discapacidad puede realizar de forma autónoma actos de disposición de su patrimonio? Si No. ¿Puede describir brevemente cuáles? En el caso de que no pueda realizarlo de manera autónoma, cómo promociona y complementa su voluntad para que ejerza ese derecho?.

2 ¿La persona con discapacidad puede realizar de forma autónoma actos de administración? Si No ¿Puede describir brevemente en que consisten? En el caso de que no pueda realizarlos de manera autónoma , como promociona y complementa su voluntad para que ejerza ese derecho?

3.- Derechos Políticos: Puede la persona con discapacidad ejercer sus derechos políticos? Cuales? Como lo haría? Como promociona ud el ejercicio de esos derechos?

