

# El sistema de “apoyos” para el ejercicio de los derechos. Hacia una ampliación de su horizonte.

Magdalena Beatriz Giavarino

## I.- El tema a considerar.

Recientemente, el fallo recaído en la causa “V., M. C. A. s/ restricciones a la capacidad”<sup>1</sup>, unido a otros precedentes a los cuales haré mención en el presente, me sugieren estas breves líneas con el objeto de aportar una reflexión sobre la incorporación en nuestro derecho, de una figura nueva en el campo del ejercicio de los derechos de los sujetos, que considero ofrece un amplio espectro de posibilidades de aplicación, si hacemos una interpretación armónica y congruente de nuestro sistema jurídico.

Me refiero a la figura del “apoyo”, que –adelanto en parte mi opinión- considero una institución que puede funcionar de modo autónomo, como un recurso eficiente en el campo de la capacidad de ejercicio de las personas humanas, con el mínimo de injerencia en su autonomía personal y consecuente esfera de derechos<sup>2</sup>.

Ello implica su abordaje desde dos ángulos: el sustancial y el formal, ambos ofrecen sus dificultades por el hecho que, en el primer caso, la figura está estrechamente asociada al tratamiento de la “restricción de la capacidad” en los términos del art. 32 del Código Civil y Comercial y en el segundo caso, no hay –como en todos los supuestos vinculados a la capacidad según el paradigma del nuevo código- un proceso que le dé adecuada cabida.

Esta breve ubicación en nuestro presente jurídico, nos la presenta a esta herramienta, como una alternativa no exenta de problemas. El propósito entonces de este trabajo, es proponer una línea interpretativa del plexo normativo, que redunde en

---

<sup>1</sup> Publicado en elDial AAAB71

<sup>2</sup> No es la primera vez que abordamos este tema ni que proponemos el alcance que mantenemos en este trabajo. Se puede consultar también “La implementación de los sistemas de apoyo en la falta de capacidad y el proyecto de Reformas”- Revista Derecho de Familia y de las Personas-La Ley-Año V-10 noviembre de 2013; Giavarino, Magdalena-Balmaceda, Mónica. “La autonomía de las medidas de apoyo” .Ponencia al XXV Congreso Nacional de derecho Civil-Bahía Blanca-Prov.de Buenos Aires-2015; Giavarino, Magdalena: “La búsqueda de un espacio judicial para los “apoyos” al ejercicio de la capacidad jurídica” ErreNews-Boletín Digital Nº 2073 de fecha 26 de enero de 2015; Giavarino, Magdalena-Balmaceda, Mónica: “La consideración del sistema de “apoyos” como recurso autónomo” –Revista de Derecho de Familia y de las Personas – Editorial La Ley-Año IX-Nº 11-Diciembre de 2017

un mayor aprovechamiento de los recursos jurídicos con que contamos en aras del cumplimiento de los objetivos que hacen a nuestra labor disciplinar.

## II.- Un fallo, una puerta.

Forzoso es hacer una escueta referencia al fallo citado ut-supra en tanto nos aporta algunos datos que entiendo, operan como disparadores idóneos para reflexionar conforme se postula en el presente.

La causa citada precedentemente, tramitó por ante el fuero Civil y Comercial de la ciudad de Paraná (Prov. de Entre Ríos), cuya Cámara, por intermedio de la Sala Segunda, dictó el decisorio en cuestión el pasado 14 de agosto del año en curso, en el marco de lo dispuesto por el art. 614 del Código Procesal local<sup>3</sup>, es decir, en instancia de consulta.

El caso de autos, trata de la situación de una persona afectada por una disminución física –displasia congénita de cadera<sup>4</sup> que le provocaba “...anormalidades en la marcha y en la movilidad...” siendo ello un obstáculo para “...la realización en forma personal de trámites, gestiones administrativas y/o judiciales tendientes a hacer efectivos sus derechos, a la atención integral de su salud y a gozar de los beneficios previsionales y de la seguridad social..”, pero que “...no le impedía y no alcanzaba a los demás actos de la vida civil, los cuales puede llevar a cabo, sin limitación alguna en el pleno ejercicio de su capacidad jurídica”.

Trascribo en lo pertinente la descripción de la situación que hace la Cámara, pues ello busca resaltar el hecho, también comprobado, que la causante se encontraba en pleno uso y goce de sus facultades mentales, padeciendo sólo una discapacidad física.

---

<sup>3</sup> Art. 614º: “Sentencia. Supuesto de Inhabilitación. Recursos. Consulta. Antes de pronunciar sentencia y si las particularidades del caso lo aconsejaren, el juez hará comparecer al presunto demente a su presencia o se trasladará a su domicilio o lugar de internación. La sentencia se dictará en el plazo de quince (15) días a partir de la contestación de la vista conferida al defensor de menores e incapaces o, en su caso, del acto a que se refiere el párrafo anterior. Si no se verificare la incapacidad, pero de la prueba resultare inequívocamente que del ejercicio de la plena capacidad pudiere resultar daño a la persona o al patrimonio de quien sin haber sido hallado demente presente disminución de sus facultades mentales, el juez podrá declararlo inhabilitado en la forma y con el alcance previstos en el artículo 152º bis del Código Civil. En este caso, o si se declarase la demencia, se comunicará la sentencia al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La sentencia será apelable por el denunciante, el presunto demente o inhabilitado, el curador provisional y el defensor de menores e incapaces. En los procesos de declaración de demencia, si la sentencia que la decreta no fuere apelada se elevará en consulta. La cámara resolverá previa vista al defensor de menores e incapaces, sin otra sustanciación”.

<sup>4</sup> “La displasia congénita de la cadera (DCC) o displasia del desarrollo de la cadera es una afección en que la articulación de la cadera es anormal. Algunos bebés nacen con esta malformación. En ella, la cabeza del fémur no encaja adecuadamente en la articulación, lo que puede provocar cojera y dolor más adelante. En casos más graves, esta afección puede ser discapacitante”. <https://www.aboutkidshealth.ca/Article?contentid=944&language=Spanish>.

En este contexto fáctico, el tribunal de origen decidió la restricción de la capacidad de ejercicio de la involucrada –designándole el consecuente “apoyo”- sosteniendo fundamentalmente, la anticonvencionalidad del art. 32 del CCC en tanto violatorio del art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)<sup>5</sup>, al limitar el presupuesto normativo susceptible de tutela exclusivamente al sujeto afectado en sus facultades mentales o adicto, con lo cual concluía que “...*la ausencia de una enfermedad mental no podía obturar de modo insalvable que se le proporcionen los apoyos necesarios a la persona discapacitada, por la razón que fuese.*”, máxime cuando el último párrafo del art. 32 posibilitaba la incapacitación –es decir, una medida más extrema- ante la imposibilidad de comunicación por cualquier medio y ello podía deberse a una afectación física y no solamente mental.

Así las cosas, llegados los autos a la Cámara en consulta, el tribunal de alzada deja sin efecto la antedicha sentencia, rechazando los argumentos invocados por el magistrado anterior por entenderlos no ajustados a derecho ni a los hechos acreditados con las probanzas producidas.

A esta altura es muy interesante destacar la postura asumida por el Defensor quien si bien sostuvo tanto en primera como en segunda instancia su rechazo a la demanda y consecuente restricción a la capacidad que se resolviera, en esta etapa solicitó “...*se mantenga el régimen de apoyos dispuesto en la sentencia.*”.

Resumiendo entonces, podemos decir que se inició una causa judicial sobre determinación de la capacidad jurídica, para obtener la designación de “apoyos” en los términos del art. 43 del CCC. Al rechazarse la pretensión, corrió la misma suerte el “apoyo” pretendido y éste es el punto que nos dispara nuevamente la reflexión.

Puesto en otros términos el dilema, entiendo que es el momento de plantearse si hemos de considerar al sistema de “apoyos”, exclusivamente como un recurso inescindiblemente unido a una decisión judicial sobre el estatus jurídico de una persona o, podemos reconocerle una “vida propia”, darle una identidad y una operatoria que no lo ate necesariamente a la afectación mental que además –según lo prescripto por el Código Civil y Comercial- se requiere manifieste como una situación estable y suficientemente grave para el individuo.

Como anticipáramos ut-supra, el tema requiere de un doble abordaje: el sustancial y el formal, lo cual haremos a continuación.

### III.-La cuestión de fondo:

Cuando hablamos de “apoyo” no podemos resistirnos a la tentación de recurrir a su significado en el idioma que utilizamos todos para comunicarnos y entendernos, esto es a su semántica, la cual nos indica que responde a varias ideas a las que

---

<sup>5</sup> Adoptada por la Asamblea General de la ONU, en su 75º Sesión Plenaria el 13 de diciembre de 2006, aprobada por la República Argentina por Ley Nº 26378 en el año 2008 y con jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 de la CN, por ley Nº 27044 de diciembre de 2014

podríamos asignarle como común denominador, la de “ayuda”. Así, leemos que el término se utiliza con tres acepciones o sentidos: “**1. m. Cosa que sirve para apoyar o apoyarse. 2. m. Protección, auxilio o favor. 3. m. Fundamento, confirmación o prueba de una opinión o doctrina.**”<sup>6</sup>.

Fundamentalmente, las dos primeras acepciones son muy fáciles de trasladarlas a la vida cotidiana; todos, en nuestra rutina, necesitamos y brindamos ayuda, protección, somos -metafóricamente hablando-, soporte de alguien material, moral o psicológicamente, en muchas cuestiones buscamos el auxilio de otro que nos asesore, nos ayude a tomar una determinada decisión o a realizar cualquier actividad que nos representa un obstáculo; sea por interés, necesidad o colaboración, todo ello nos enmarca en un comportamiento de base solidaria, colaborativa, dispuesto al acompañamiento. Sin embargo, como imperfectos que somos los humanos, tales parámetros de conducta muchas veces, no se adoptan con tanta espontaneidad y desinterés, salvo en aquellos casos donde priman las relaciones afectivas o median obligaciones asumidas convencionalmente o impuestas legalmente.

Cuanto más podemos decir entonces, cuando esta “ayuda” es demandada o requerida respecto de una persona limitada en sus capacidades naturales más allá de un determinado estándar de tolerancia y que por tal razón, la coloca en situación de desigualdad con relación a sus semejantes a los fines del desarrollo de su vida. No se trata de sostener que todos los seres humanos somos “iguales” en el sentido de desconocer nuestras diferencias individuales y la diversidad que nos caracteriza, sino de reconocer en ciertas particularidades de cada ser, una causa que objetivamente considerada, se la identifique con un valor minimizante del desarrollo pleno de las potencialidades propias del individuo. Así es como, en quien se verifique ese dato personal, encontraremos una persona socialmente debilitada y con ello, vulnerable.

Será en estos casos, donde el derecho como disciplina del conocimiento cuya razón de ser estriba en la protección y defensa del ser humano, en el marco de una sociedad organizada y en paz, tiene un papel de relevancia como ordenador de conductas intersubjetivas.

Los ordenamientos jurídicos modernos no han sido ajenos a los cambios socio-culturales que han experimentado no solo las sociedades en las últimas décadas, ni a la corriente humanista que se ha instalado en todo el pensamiento científico y ha atravesado todos sus estamentos de un modo transversal.

---

<sup>6</sup> Diccionario de la Real Academia Española- Actualización 2017- .

Los mayores frutos en este campo, los vemos en los acuerdos internacionales suscriptos por Estados que, a través de ellos, asumen obligaciones internas en resguardo de los genéricamente considerados “derechos humanos”, es decir, aquéllos fundamentales e inescindibles de los seres humanos por su condición de tales.

En este contexto, la traspolación de la idea de “ayuda” como conducta intersubjetiva en lo cotidiano, doméstico, usual en el marco de las relaciones interpersonales, al plano normativo no ha escapado a este cambio de mirada; en el conjunto de sus obligaciones típicas, los Estados integran la de proveer mecanismos, medidas, herramientas de ayuda a los individuos desfavorecidos en razón de la merma de ciertas cualidades naturales y que por tal razón, están a priori, en desigualdad de condiciones para interactuar con su prójimo en la sociedad. A tales medios, que responden a la finalidad de institucionalizar un criterio de “ayuda” recíproca y mutua, los acuerdos internacionales los denomina “apoyos”.

Partiendo de esta base y sumando a ella la nueva legislación civil que nos rige desde agosto de 2015, intentaremos reflexionar sobre la utilidad práctica de aquéllos, a partir de su reconocimiento jurídico.

De allí, que el fallo citado ut-supra con el que comenzáramos el presente comentario, nos brinde una oportunidad valiosa.

#### IV.- El origen:

Este concepto de los “apoyos”, aparece en nuestro firmamento jurídico a partir de la aprobación de la CDPD en el año 2006 y se recepción en el derecho interno dos años después, la que lo incluye en su art. 12<sup>o</sup> como un recurso de asistencia al ejercicio de la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad.

Mucho trabajo bibliográfico se ha generado desde entonces sobre la significación y el alcance del mentado art. 12<sup>o7</sup>, sobre el cual no es del caso ahondar en esta reflexión salvo en lo que hace a marcar su relación con la restricción a la capacidad o a la incapacitación, en tanto estatus en que se coloca a un individuo discapacitado.

Han marcado bien los autores, la diferencia que media entre una situación fáctica como es la discapacidad de un sujeto y una situación jurídica, como es su emplazamiento en un determinado nivel de afectación de sus relaciones con proyección jurídica y es la

---

<sup>7</sup> Se puede ver una rica colección de artículos vinculados al tema, en la obra “Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos – Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad” bajo la Coordinación de Palacios, Agustina y Bariffi, Francisco –Ediar – Buenos Aires-2012

errónea asimilación entre ambos planos, que la CDPD ha buscado eliminar al reconocer que todas las personas con discapacidad por el hecho de ser tales, no sufren merma alguna en su capacidad jurídica, es decir, en el pleno goce y ejercicio de sus derechos.

Es que cuando la CDPD se refiere a la discapacidad lo hace desde una doble perspectiva: incluye a todas sus manifestaciones –físicas y síquicas- y requiere de una cierta estabilidad en la situación del individuo; es en este contexto subjetivo, que tales deficiencias determinen que “...*al interactuar con diversas barreras, (le) puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.*” (art. 1º CDPD)

Cuando ello pasa, es cuando se torna operativo el sistema de “apoyos” como mecanismos de asistencia, de acompañamiento, de ayuda, de complementación y aún en algunos casos de sustitución en la decisión que vaya a tomar el sujeto respecto de su persona o sus bienes.

Pero aquí entiendo necesario hacer dos aclaraciones. En primer lugar, la discapacidad del individuo no lo inhabilita *per se* para que tome sus propias decisiones, sin interferencias de terceros. Hay personas no discapacitadas, que por circunstancias puntuales o plazos breves, ven mermada o excluida su aptitud decisoria y no por ello, se hace necesario mutar su estatus jurídico. En segundo lugar, la “toma de decisiones” – frase con la cual se alude a la causa-fin de la designación de “apoyos”- no implica sólo la formación de la voluntad interna del individuo –es decir, no solo discernir sobre un determinado accionar, sino querer hacerlo y optar libremente por él- sino también su exteriorización, su comunicación de modo reconocible por el resto de los individuos.

Si hablamos del ejercicio de los derechos, hablamos de la posibilidad no solo de elegir hacer lo que realmente quiero, entiendo que quiero y que la ley me reconoce como “derecho”, sino también de comunicarlo, darlo a conocer de modo que sea comprensible por el resto y de ejecutarlo, de materializarlo en un hecho positivo o negativo concreto. Si nos limitamos a la comprensión que se requiere para la toma de una decisión y no le adicionamos la aptitud del sujeto para exteriorizarla, para hacerla reconocible, para que el resto pueda a su vez comprender el alcance de esa decisión, entonces mantenemos las vallas. Esa es la idea que inspira la CDPD, al referirse a los “apoyos” unidos a los “ajustes razonables” y a las “salvaguardias” como mecanismos de superación de aquéllas.

A fuerza de ser reiterativa, es claro el mensaje de la CDPD: por un lado, el colectivo humano alcanzado, abarca a quienes tengan deficiencias físicas, mentales, sensoriales e intelectuales a largo plazo y por el otro lado, el Estado es el que debe arbitrar medidas que permitan al individuo la interacción con su prójimo en igualdad de

condiciones y esto último, supone la igualdad en el goce y ejercicio de todos los derechos, lo cual implica no solamente la posibilidad de resguardar su autonomía en la toma de sus decisiones, sino también la de comunicarlas y de ejecutarlas adecuadamente.

V.- Lo que vino después.

En el marco de la obligación asumida por el Estado Argentino al incorporar al derecho interno la CDPD, la sanción de la Ley N° 26657 en el año 2010, si bien dictada para regular la relación entre los servicios sanitarios y los usuarios afectados en su salud mental, supuso una primera aproximación al nuevo modelo de abordaje de dicha problemática y con ello, del encuadre jurídico de las personas con tales afectaciones. Así, consagró estándares tan básicos como que “*se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas...*”(art. 3°), que el padeciente mental tiene “*...derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable...*” (art. 7°, inc. n.) y que toda sentencia judicial que verse sobre la capacidad de las personas –en el régimen del Código de Vélez- debe limitar los actos de ejercicio personal, “*...procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible*” (art. 152 ter del CC agregado por el art. 42 de la ley).

Fue recién el Código Civil y Comercial entrado en vigencia a partir del 1° de agosto de 2015, que nuestra legislación interna se enroló definitivamente en el modelo de la CDPD regulando en su Libro I, título I, Capítulo 2, Sección 3° un régimen tuitivo de ciertas personas que considera vulnerables en razón de su salud mental o adicción, salvedad hecha del Parágrafo 5° de tal Sección que mantiene una de los antiguos supuestos de la inhabilitación civil, como es el del pródigo.

Dentro de esta sistematización de normas, aparece caracterizada en principio, la figura de los “apoyos” en el art. 43, bajo el rótulo de “sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad”.

Por último, vemos que esta figura vuelve a aparecer en la “Convención Interamericana sobre protección de los derechos Humanos de las Personas Mayores”<sup>8</sup>, cuyo art. 30 es una reproducción casi literal –salvedad hecha de los sujetos involucrados- del mentado art. 12 de la CDPD:

Ello quiere decir que, como vemos y ampliaremos a continuación, esta idea de dar identidad a ciertas medidas, identidad definida por su función en las relaciones intersubjetivas y resguardo de los derechos en juego, está empezando a fortalecerse paulatinamente.

---

<sup>8</sup> Aprobada por ley N° 27360 (B.O. del 31.05.17)

## VI.- El juego entre la “capacidad jurídica” y los “apoyos”.

Empecemos por la nueva legislación civil. Cotejando este régimen jurídico con los aspectos destacados precedentemente de la CDPD, nos encontramos con dos diferencias sustanciales: en primer término, tenemos la causa que habilita el cuestionamiento de la capacidad de ejercicio del sujeto y en segundo término, la utilización de los “apoyos” como recurso para superar ciertas situaciones de vulnerabilidad en el pleno desarrollo de la autonomía personal.

El presupuesto fáctico que habilita el cuestionamiento de la capacidad de ejercicio de un sujeto, es la “adicción” o “...la alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad..” y en la medida que lo pueda perjudicar si mantiene el pleno ejercicio propio de sus derechos (art. 32 CCC), en cuyo caso se limitará en esa medida, su capacidad de obrar. Hablamos aquí de “restricción” a la capacidad.

Por excepción, se computa el supuesto en que el sujeto esté absolutamente imposibilitado de exteriorizar su voluntad, de comunicarse por cualquier vía y/o modo, como otra causal para afectar su capacidad de ejercicio. En ese caso, se le desconoce jurídicamente hablando, su aptitud para ejercer sus derechos por sí. Hablamos entonces de “Incapacidad” (mismo art. 32, in fine).

Ya tenemos tres causas –adicción, alteración mental e imposibilidad de comunicación- que operan como detonantes para la intervención del Estado a través del poder Judicial, el que decidirá sobre el estatus jurídico del individuo, recortándole su autonomía no solo respecto de aquéllos actos que se fijen en la sentencia –o en todos, en el caso de la incapacitación-, sino en un otros tantos actos y/o situaciones en las cuales la legislación civil les impide intervenir por sí<sup>9</sup>,

A este panorama tenemos que sumarle el caso específico de la “inhabilitación” que en sí, supone de hecho un recorte de la capacidad de ejercicio patrimonial, pero cuya causa es de tipo conductal, involucra al pródigo, al despilfarrador y el derecho, antes que a él, apunta a proteger a la familia.

El común denominador en estos supuestos, es que el derecho valida la intervención del Estado a través de una sentencia que cambia el estatus jurídico del sujeto. Las causas son diversas, las hay de conductas disvaliosas –como la adicción y la prodigalidad-, de afectaciones mentales con ciertas características y de imposibilidad material de transmitir la voluntad. No puede decirse que la situación del adicto o del

---

<sup>9</sup> Baste, a título de ejemplo, con reparar en los arts. 110, 135, 976, 1333,2297, 2331 y 2543 del CCC:

pródigo, encuadren como “discapacitados” pero sin embargo, el derechos los trata como sujeto vulnerables y viene en su auxilio. Pero, ¿cómo?

Esto nos lleva al segundo punto de los indicados en el primer párrafo del presente apartados: el sistema de “apoyos” consagrado en el Código Civil y Comercial en el art. 43.

Vemos en principio-por su ubicación metodológica- que aparece conectado con esa decisión que tome la justicia respecto de la restricción o exclusión de la capacidad de ejercicio.

Podemos advertir entonces que *a priori*, la legislación civil parece adoptar la figura del “apoyo” como consecuencia lógica del cambio de estatus jurídico en razón de una revisión de la capacidad de obrar de las personas. Sin embargo, no lo hace solo frente a la ineptitud mental del sujeto –equiparable a los términos de la CDPD-, sino también lo aplica para auxiliar, acompañar, asistir, velar por el ejercicio de los derechos de personas con conductas socialmente disvaliosas o con nulas posibilidades de conectarse con el mundo exterior, sin que por ello medie en el caso, un problema mental.

Si reparamos en la redacción dada al art. 43 del CCC, se puede apreciar que más allá de su ubicación metodológica y el título asignado, conceptualmente, está planteada en términos genéricos; define la figura, le da un contenido y prevé la posibilidad que el sujeto a tutelar, pueda proponer en quién se personificará la o las medidas necesarias.

Bien leído, su texto es extraíble de su ubicación; se refiere al objetivo del “apoyo” como una medida que “facilite” a la persona la “...*toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general...*”, es decir, cualquier acto, aún personalísimos y remarca esta idea, cuando dice: “*las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de la persona para el ejercicio de sus derechos*”, es decir, todo el proceso, decidir, manifestar, actuar.

La norma es amplia y generosa y considero que no podemos darnos el lujo de acotarla al sujeto declarado incapaz o con capacidad restringida.

Tampoco el Código Civil y Comercial lo hace. Además del citado caso del “inhabilitado”, encontramos por ejemplo, la previsión del art. 59 en el cual se prevé la designación de un “apoyo” cuando el paciente es discapacitado y debe prestar consentimiento informado para un acto médico o investigación de salud. ¿Tendremos que someter a juicio su capacidad de obrar, por el hecho de no alcanzar a tener una idea clara de la envergadura del acto inclusive por deficiente instrucción o por algún déficit sensorial

que le impida transmitir con claridad su voluntad?. Precisamente el citado art. 59, no se refiere al “Incapaz” ni al “capaz restringido”, se refiere al discapacitado

Otro ejemplo lo tenemos en la conjunción de los arts. 403 inc. g), 405 y 411 a 415 del CCC. que incluyen como impedimento dirimente “*la falta permanente o transitoria de salud mental, que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial*”, el Código no se refiere al “incapaz” o al “capaz restringido”, sino a quien carece de discernimiento para el acto matrimonial, en razón de su deficiente salud mental, estado que puede ser transitorio y que no necesariamente requiere una determinación judicial de su estatus.

Pero si estas situaciones tomadas de la propia legislación civil resultaran insuficientes, el art. 103 del CCC en tanto asigna la competencia material del Ministerio Público, es más que contundente cuando prescribe que deberá intervenir “... *respecto de las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos...*” (la negrita me pertenece, al solo efecto de resaltar la remisión).

Y este es precisamente el hilo que me conecta con el último escalón de esta reflexión: la interpretación de la figura del “apoyo” a la luz del ordenamiento jurídico en su conjunto.

#### VII.- La armonización normativa.

La nueva legislación civil, fiel a su espíritu humanista, se encargó de destacar la interacción no solo entre las normas de todo el ordenamiento jurídico interno, sino también con las normas contenidas en los tratados de derechos humanos en los que el país es parte. Así es como en los arts 1 y 2, deja claro que todos los casos alcanzados por el Código, se deben resolver conforme las leyes que resulten aplicables, la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, sin perjuicio de la costumbre, usos y prácticas, así como los principios y valores que lo inspiran, en tanto fuentes de derechos y todo ello “...*de modo coherente con todo el ordenamiento*”

Ello quiere decir, que el código Civil y Comercial es un eslabón más de la cadena, cadena donde también están los tratados de derechos humanos que en este tema, por su íntima vinculación con la dignidad personal e inviolabilidad de la esfera jurídica del sujeto, adquieren singular relevancia.

Así, la CDPD y la “Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores” han sido aprobadas e incorporadas al derecho interno y la primera, cuenta con jerarquía constitucional; el Código es una ley con

prescripciones generales que se integran por las normas especiales que rijan la respectiva materia.

Ello lleva a que si una situación que afecta los derechos fundamentales de un sujeto no está prevista dar respuesta en el Código Civil y Comercial o en la legislación especial, pero sí en un tratado de derechos humanos, no sería posible sostener que carece de tutela jurídica. Es que debe haber una correspondencia de objetivos entre el ordenamiento local y el proveniente de los acuerdos internacionales por los cuales el Estado ha asumido obligaciones. Esto es lo que se denomina control de convencionalidad.

La figura de los “apoyos” nos enfrenta a este dilema: ¿hemos de aplicarla exclusivamente a sujeto sometido a un juicio de determinación de su capacidad de ejercicio o podemos hacerla extensiva a otros supuestos donde el sujeto, por otras causas y sin estar condicionado a dicha determinación judicial, puede verse impedido de ejercer sus derechos por distintos tipos de minusvalías personales?.

Por supuesto que la segunda alternativa nos lleva de la mano a un campo de decisión mucho más amplio y variable, con más imprecisión, pero ambas convenciones internacionales nos marcan un límite. ¿Porqué no disponer un “apoyo” para una persona sordo-muda, un analfabeto o impedido motriz para ciertos actos que no pueda realizar por sus limitaciones físicas, intelectuales o sensoriales? ¿y una persona mayor, que por su edad avanzada, educación, entorno, relaciones familiares o condiciones sociales no está en condiciones de comprender la importancia de ciertos actos puntuales o de llevarlos a cabo por sí misma?, los tribunales están llenos de casos de personas adultas mayores, mentalmente sanas, pero que por la propia fragilidad de sus años, son captadas por terceros que ganan su confianza en su perjuicio. ¿tenemos que someterlas a un juicio para restringirle su capacidad o bastará con que le designemos medidas de “apoyo”?.

El sentido común parece indicarnos lo contrario. Es cierto que la convivencia en la sociedad debe tender a desjudicializar en lo posible, la vida y los conflictos privados, pero también es cierto que si limitamos la intervención judicial a través de las herramientas que nos provee el sistema jurídico, a situaciones interpretables de modo estricto, dejamos sin amparo a un sin número de situaciones que se dan en la práctica y que coloca a los sujetos, en estado de vulnerabilidad.

#### VIII.- La faceta procesal.

Es este un tema no menor desde la praxis. Nuestros códigos procesales han quedado totalmente obsoletos y se impone una reforma, la cual no podrá prescindir de las

normas adjetivas contenidas en la legislación de fondo, que, en esta temática, es importante por los derechos involucrados.

El beneficio de la informalidad con que cuentan los procesos donde está vinculada la capacidad de ejercicio de las personas, da cierto margen de acción. La medida de “apoyo” podrá ser objeto de un proceso cautelar, de un amparo, tratada como autosatisfactiva o como una protección de persona. Lo que no se puede admitir, es dejar al sujeto sin protección jurídica, considerando que la asistencia puede quedar bajo la responsabilidad de terceros. No olvidemos que ambas convenciones no solo imponen la necesidad de que el Estado brinde los “apoyos” que fueren necesarios, sino también que rodee el caso de las “salvaguardias” suficientes para que no haya una desviación de la finalidad de aquéllos.

Los tribunales, si bien siguen abordando el tema de las medidas de “apoyo” unidas a los procesos de determinación de la capacidad, es decir, por causas de enfermedad mental y en el marco de proceso de restricción o de incapacitación, han empezado a producir fallos en los cuales se va insinuando cierta independencia entre aquéllas como soluciones prácticas a una situación de vulnerabilidad y la proyección que supone una declaración de interdicción aún parcial.

El fallo referido ut supra es un ejemplo de ello. Una discapacidad física llevó al planteo de una causa judicial para limitar la capacidad de ejercicio de la causante. El rechazo obedeció precisamente a que aquélla no está contemplada como causal de interdicción, más allá de la incidencia que tenga en la vida de la interesada en cuanto al ejercicio de sus derechos. Es curioso que en alguno de los anteproyectos del actual Código, se incluía como causal las deficiencias “funcionales” y se separaba la discapacidad mental de la enfermedad mental.

Lo cierto es que el fallo, resulta conforme a derecho en tanto rechaza la restricción a la capacidad, pero es interesante que pondera el pedido de “apoyo” el que descarta como medida judicial en sí misma, por considerar que se satisface en el ámbito privado.

En autos “F., M. P. s/Determinación de la capacidad”, la magistrada a cargo del Juzgado Civil Nº 92, en junio de 2016 dictó sentencia firme por la cual rehabilitó a la causante y evaluó la pertinencia del apoyo que necesitaba para el desarrollo de su vida habitual, entendiendo que contando con familia continente, el requisito se cumplía en la actuación de su familia directa<sup>10</sup>..

---

<sup>10</sup> eDial.com. AA97BE.

En autos S. O. s/Insania" de agosto de 2015, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y laboral de monte Caseros (Corrientes)<sup>11</sup>, dictó sentencia declarando improponible la denuncia de insania iniciada para obtener la designación de un "curador" a fin de percibir un beneficio previsional, en términos tales como los siguientes: *"La demanda que se considera tiene un claro propósito crematístico, más allá de que indirectamente pueda redundar en un beneficio de la persona que se dice tutelar, cual es la obtención de una pensión por discapacidad que percibiría su curador. El problema es que, según se expone en la demanda, para que ello suceda, es necesaria la designación de curador; y para que se designe curador, se requiere la declaración de incapacidad de una persona. ¿No es muy alto el precio que debe pagar una persona para obtener una pensión, el que se declare su incapacidad? ¿Es ello posible bajo la vigencia del CCC y la CDPD? Rotundamente no. El error en todo caso está en las normas que exigen para obtener una pensión por discapacidad, la designación de un curador definitivo o la tramitación de una curatela. Son ellas las que deberán readecuarse."* Si bien el magistrado evaluó la necesidad de un "apoyo", consideró que ni se había solicitado ni se habían acreditado los extremos requeridos para disponerlo.

Un muy interesante fallo en esta línea, es el dictado por el Juzgado en lo Civil y Comercial 37 Nom.Córdoba- (Córdoba)<sup>12</sup> en autos: "S., A. D .s/ demanda de limitación a la capacidad". La demanda se inicia antes de la entrada en vigencia del nuevo Código, pero la resolución se da a pocos días de este hecho (11.08.2015).

Se trataba de un señor con discapacidad física, pues acreditó padecer *"hipoacusia profunda con labioescritura sin fonación reeducada, como así también que no sabe leer ni escribir..."* (considerando I), que se desempeñaba *"...de manera autónoma en todos los actos de su vida...."* (vistos de la sentencia) y que intervenía como actor en un juicio laboral que se suspendió a pedido de la parte demandada, hasta que el señor S se presentara con un representante, a fin de evitar posibles nulidades. Ante esta situación, el Ministerio Público inicia la demanda de limitación de la capacidad, como medio para que se designe "curador provisorio" a la hermana del causante a los fines de cubrir la representación solicitada.

Lo interesante del fallo es que el magistrado ante una causa no habilitante de afectación a la capacidad de ejercicio, consideró pertinente dictar una medida de "apoyo" en los términos del art. 43 del CCC., personificada en la designación de la hermana del causante *"...a los fines de completar la personería del actor señor S...."*

#### IX.- Para pensar

Queda mucho por trabajar en la construcción de la figura de los "apoyos" como una herramienta que funcione con independencia de un proceso de determinación de la capacidad de ejercicio, que emplace al individuo a través de una sentencia judicial, en un estatus con mayores proyecciones prácticas a las del propio acto jurisdiccional.

<sup>11</sup> elDial.com.-AA9171

<sup>12</sup> Rubinzal Online 2740829/36 RC J6170/15, con nota de Terzaga Patricia.

Habrá que seguir pensando en la personificaci3n de los “apoyos”, si pueden ser plurales o solo singulares, cuál es su contenido funcional, que pueden ser asignadas como tales las personas jurídicas, cuál es la responsabilidad de quien se desempeñe o tenga a su cargo el cumplimiento de la respectiva medida de asistencia y demás circunstancias.

Pero mientras tanto, entiendo factible su utilizaci3n con un criterio más flexible que permita la superaci3n de dificultades funcionales del individuo, valoradas por su resultado antes que por su causa y teniendo presente el fin del ordenamiento jurídico instituido para proteger precisamente, esas situaciones de vulnerabilidad personal y social.